

A CONSTITUIÇÃO DE 1988

I

Considerações Gerais

Fernando Whitaker da Cunha
(Prof. Titular da UFRJ)

A inépcia do sistema implantado em 1964 que, malgrado alguns avanços tecnológicos, não conseguiu enfrentar nossos grandes problemas, agravando-os com as denominadas “obras faraônicas”, algumas das quais redundaram em imperdoável fracasso, tornou-o insustentável. A tecnocracia implantada, que ambicionava criar uma nova mentalidade, mostrou-se ainda mais teórica e alienada do que a classe política que substituiria.

O “milagre econômico” brasileiro impulsionado pela aparente euforia do Governo Garrastazu Médici, que ocultava luta feroz contra a guerrilha, teve uma vida curta.

O final do período Ernesto Geisel, governante que detivera a maior soma de poder em nossa história e não soube usá-la, como deveria, em benefício da nação, demonstrara já que era impossível evitar uma abertura política.

A Emenda nº 11, em seu artigo 3º, revogava os atos institucionais e complementares, no que contrariassem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais continuavam excluídos de apreciação judicial. Para ela contribuiu, igualmente, sem dúvida, a repercussão obtida pela “Carta aos Brasileiros” elaborada pelo Professor Gofredo Telles Júnior, lida no dia 8 de agosto de 1977, na gloriosa Faculdade de Direito de São Paulo e subscrita por inúmeros patriotas, entre os quais nos colocamos, pois a ela aderimos por telegrama, e que exigia o Estado de Direito no país, como um imperativo da consciência jurídica nacional.

A indicação do General João Figueiredo, que como o General Médici, chefiara o Serviço Nacional de Informações, foi uma

incontornável imposição do sistema, na sucessão de Geisel.

Paradoxal em suas atitudes, Figueiredo poderia ter facilitado a transição democrática se não tivesse se entregado na segunda fase de sua gestão a uma total abulia, motivada, talvez, pela grave cirurgia cardíaca a que se submeteu em Cleveland. Todavia, deu-nos a "Lei da Anistia" e mostrou-se simpático às eleições diretas.

A 8ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1980, teve como tema, a Constituinte, mostrando a relevância dela naquele difícil momento histórico.

Ao término dos seis anos da administração Figueiredo, seriamente comprometida com o episódio do "Rio Centro", no qual bomba explodiu em carro, matando um sargento (Guilherme Pereira do Rosário) e ferindo um oficial (Wilson Luíz Chaves Machado), que o tripulavam, deixando inequívoco ato de terrorismo de Estado, que possivelmente praticou, também, o atentado à OAB, através de uma carta-bomba, causando a morte da secretária dela, d. Lida Monteiro da Silva (sua mesa danificada, esposta na portaria do edifício, permanece como um triste memorial), e ferimento no servidor José Ribamar era totalmente impensável a continuidade de líderes impostos à nação. O PDS, partido situacionista, lançou Paulo Maluf, que vencera Mario Andreazza, na convenção, como candidato à sucessão de Figueiredo, tendo como companheiro de chapa o parlamentar Flávio Marcílio, que fora Presidente da Câmara dos Deputados.

Embora, com qualidades de administrador, demonstradas anteriormente, Maluf, uma cria do sistema agonizante, que não justificara, em absoluto, sua eleição para deputado federal, não tinha cacife político, ainda mais com sua reputação gravemente afetada, para competir com o candidato da Aliança Democrática, que se constituira em 1984, Tancredo Neves, o qual renunciara o governo de Minas, após uma intensa vida pública, e que era apoiado pelo PMDB e pela dissidência do PDS, o PFL, tendo como companheiro de legenda o Senador José Sarney, que fora presidente do PDS e que rompera com o partido.

A derrota da emenda das "Diretas Já" (seu precursor fora o Senador Teotônio Vilela que se batera anteriormente pela anistia), do deputado Dante de Oliveira, por pressão do governo, apesar dos grandes comícios que motivou, facilitaria, por sua vez, a eleição no

colégio eleitoral, de Tancredo Neves, para a Presidência da República, ainda mais porque, in casu, não se aplicava o princípio de fidelidade partidária, no qual se escudava o candidato da situação que, entretanto, não era o candidato do Presidente que, apenas, formalmente, o apoiava.

Eleito Presidente, Tancredo não pode tomar posse, vítima de insidiosa moléstia da qual veio a falecer e o Vice-Presidente, que tomara posse, sucedeu-o normalmente nos termos do art. 77 da Carta Magna, então em vigor, tendo-se discutido se precisava ou não prestar novo compromisso, o que nos pareceu desnecessário, pela natureza da sucessão constitucional, tendo Alcino Pinto Falcão dedicado ao tema percuciente estudo (“Direito de Acrescer ou Direito de Suceder do Vice-Presidente no Caso de Vacância do Cargo de Presidente da República?”, em Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, No 3), no qual reclamava a necessidade da nova Constituição, regular, como, aliás, o faz a alemã, “com clareza e minúcia esse ponto, em que a prática republicana se mostra entre nós vacilante”.

A Constituinte era ponto de honra para a Aliança Democrática e seu candidato, e, Sarney convocou-a através da Emenda Constitucional nº 26/85 que, entre outras coisas, estabeleceu que Deputados e Senadores deveriam reunir-se, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, e que a constituição seria promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos constituintes, entre os quais figurariam forçosamente, pelos termos da convocação, os senadores eleitos pelo sufrágio de colégio eleitoral, nos termos da Emenda nº 8, e por isso chamados “biônicos”.

Por 394 a 126 votos, os convencionais decidiram, acertadamente, que os 23 senadores eleitos em 1982 podiam participar da elaboração da nova Constituição. A deliberação foi tomada, por motivo de questão de ordem formulada pelo Líder do PCB, Roberto Freire (PE), e pelo Deputado Plínio de Arruda Sampaio (PT-SP), que consideravam ilegítima a participação daqueles Senadores.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Moreira Alves, que presidiu a sessão de instalação da Assembléia havia decidido pela inclusão dos Senadores na eleição da Presidência da Constituinte e, por extensão, no processo de elaboração constitucio-

nal. Arruda Sampaio, todavia, recorreu ao plenário, que acabou confirmando o entendimento do Ministro.

O PT, o PCB e o PC do B votaram contra a participação dos 23 senadores. Os Deputados do PDT votaram a favor argumentando que esta orientação fora dada pelo Diretório Nacional do Partido. Mesmo assim, alguns pedetistas rejeitaram a orientação, como Amaury Müller e Floriceano Paixão, ambos do Rio Grande do Sul.

A Constituinte instaurada (compuseram-na 487 deputados e 72 senadores) exerceu, pois, um legítimo poder originário e incondicionado na elaboração do Código Político, ao mesmo tempo em que seus integrantes atuavam no Poder Legislativo ordinário, como tem sido constante em nossa evolução política, não se justificando, a rigor, uma bipartição da função normativa, como se pretendia, e que importava na eleição distinta de parlamentares e constituintes.

O Presidente Tancredo Neves convidou o Prof. Afonso Arinos, para presidir uma Comissão destinada a preparar um anteprojeto de Constituição, prevendo um debate de grande interesse nacional, e cumprindo esse desiderato o Presidente Sarney, pelo Decreto nº 91.450/85, que almejava proporcionar uma contribuição, para os futuros debates, instituiu Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, composta de 50 membros escolhidos em diversas áreas, e presidida por um de seus componentes, também, de livre escolha da Chefia do Executivo.

A Comissão, composta de algumas grandes expressões de nossa cultura, mas heterogênea, instalou-se em agosto de 1985 tendo-se desdobrado em sub-comissões internas e comitês regionais. Sua tarefa findou em setembro de 1986 e como disse Afonso Arinos, entregue-o texto final ao Presidente, preferiu ele “não remetê-lo à futura Assembléia, embora lhe dedicasse belo e generoso discurso”. O Jornalista Villas-Boas Corrêa escreveu que ele foi “virtualmente atirado às traças do arquivo”.

Na prática, não foi assim, mas de qualquer forma, colaboração que não é diretamente comunicada a quem deve interessar perde em utilidade e a Constituinte se ressentiu de não ter partido inequivocamente de uma concreta proposta de organização política. Todavia, se utilizou de sugestões do trabalho da Comissão que para o seu Secretário Ney Prado (Os Notáveis Erros dos Notáveis) era preconceituoso, casuísta, elitista, utópico, demagógico, socialista,

estatista e xenófobo.

As eleições de 15 de novembro de 1986 que indicaram os governadores e os constituintes atraíram mais a atenção para os primeiros do que para os segundos, por uma lastimável falta de consciência da nação, principalmente através de importantes segmentos da classe média, sobre a relevância da elaboração de sua Lex Magna e o resultado disso foi a escolha de 479 deputados federais e de 49 senadores que, salvo honrosas exceções, não tinham a mesma expressão dos integrantes de Constituintes anteriores.

As dificuldades começaram com a redação do regimento interno da assembléia (sucendendo-se ao provisório o definitivo, com 14 artigos, que sofreria alterações), da Constituinte, a qual se prolongou até a promulgação do novo Código Político, em 5 de outubro de 1988, portanto por um ano e dez meses, superando os limites das constituintes Venezuelana (1 ano e 6 meses) e Espanhola (1 ano e 3 meses).

Em nove comissões, representando os diversos partidos, se articulou o trabalho constituinte, oito temáticas e uma de sistematização a mais numerosa (93 membros) e importante que teve por missão receber e conciliar as propostas daquelas, dando unidade orgânica ao texto para encaminhá-lo a votação pelo plenário. Presidiu-a o eminente constitucionalista Senador Afonso Arinos de Mello Franco (ansioso de prestar ao país os mesmos patrióticos serviços que seu ilustre pai prestara à Constituinte de 1934), tendo sido seu Relator o Deputado Bernardo Cabral, que liderou pequeno grupo de parlamentares, na difícil tarefa de dar feição a massa de dispositivos que recebera das comissões específicas e que somavam a mais de 500. Seu trabalho seria, ao depois, louvado, igualmente, pelo Presidente da Constituinte. Relatores Adjuntos foram necessários para as questões técnico-jurídicas, tendo-se falado, igualmente, em Relatores Auxiliares, para questões políticas, cuja função era a de negociar, procurando pontos de consenso, para evitar posições extremadas no plenário da Comissão de Sistematização (o que não foi conseguido), que votou o substitutivo apresentado pelo Relator, contendo 271 artigos permanentes (o substitutivo original chamado de "Cabral 2" possuía 496 dispositivos), o qual foi remetido ao plenário da Constituinte. Mudanças no projeto dependeriam de 280 votos (maioria absoluta), tendo a comissão de Sistematização novo prazo

para refazê-lo, com as modificações aprovadas.

As Comissões temáticas foram as da Ordem Social, da Família, Educação, Esportes, Ciências, Tecnologia e Comunicação, da Ordem Económica, da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, de Organização do Estado, do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher e, finalmente, a de Organização Eleitoral, Partidária e Garantia da Instituições, sem prejuízo das vinte e quatro sub-comissões, todas alvo de pressões, jogos de interesses, e "lobbies" de toda a ordem. Posteriormente, seria instalada, para a correção do texto, Comissão de Redação, presidida pelo Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da constituinte, e composta de 15 parlamentares, tendo como assessores especiais, o filólogo Celso Cunha e o jurista José Afonso da Silva.

Desde o princípio verificou-se a impossibilidade de produzir-se um discurso constitucional enxuto, preciso, incisivo, que contrariaria, diga-se de passagem, nosso caráter nacional prolixo, caudaloso, retórico e sem objetividade, preferindo-se uma lei Suprema excessivamente analítica (que detalhou, inutilmente, as teses partidárias), uma vez que incontáveis dispositivos, discutindo-se seu número exato, ficaram dependendo de leis complementares e ordinárias, fazendo com que a Constituição, em grande parte, não tenha imediata aplicação.

Blocos atuantes apareceram no Congresso constituinte: o "Centrão" (surgido em virtude da aprovação, na Comissão de sistematização, de certas teses de esquerda), o "Grupo dos 32" (que elaborou três projetos, o Icaro, Hércules 1 e o Hércules 2, que foi utilizado no Cabral 2, o segundo esboço de Constituição), o "Grupo do Consenso" (veículo das propostas de centro esquerda aos pontos controvertidos) e o "Centro Democrático" (integrado por peemedebistas), que discordavam da liderança do Senador Mario Covas e pretendiam dar sustentação ao Governo, o qual não obteve a ressonância do "Centrão" que reunia os "Imoderados" do plenário, num grupo suprapartidário.

A respeito dos apelidos de projetos, como os do "Grupo dos 32", acima referidos, um comentarista político observou que: "Quando o primeiro anteprojeto de Constituição chegou ao "Grupo dos 32", com seus 497 artigos, os constituintes não tiveram dúvidas

quanto ao apelido que lhe dariam ao encaminhá-lo ao Centro de Processamento de Dados do Senado (Prodasen) para as primeiras cópias: "Frankenstein". E por motivos óbvios, segundo o Senador José Richa que, mais impiedoso, sempre se referiu ao primeiro anteprojeto como "o monstrengo". As outras seis versões preparadas pelo grupo receberam também denominações curiosas, a maioria inspirada na mitologia grega. Foi a forma encontrada pelos constituintes para codificar os trabalhos junto ao Prodasen, utilizando-se de nomes que, sequer de longe, poderiam sugerir o verdadeiro conteúdo das enormes listas produzidas pelos computadores. A segunda versão, que suprimiu vários artigos, foi chamada de "Quasimodo" — homenagem de Richa ao personagem de Vitor Hugo, "Corcunda de Notre Dame". A partir daí, entraram em cena os personagens mitológicos. Com as modificações no texto introduzidas pelo grupo ao anteprojeto inicial, surgiu "Medéia" — feiticeira que ajudou o herói Jasão, líder dos Argonautas, a encontrar o Velocino de Ouro. Um pouco mais adiante, já com algumas modificações na redação de alguns artigos, ficou pronta a quarta versão: "Atenas", filha de Zeus, que era conhecida pelos romanos como Minerva. Quando o esboço de substitutivo começou a tomar a forma atual, o "Grupo Interpartidário" elaborou o "Prometeu", outra figura mitológica que, por ter furtado o fogo celeste, foi acorrentado no Cáucaso e condenado a ter o fígado comido por um abutre. O fígado refazia-se diariamente. "Tântalo", a quinta versão, foi um rei que, por ter matado o próprio filho e oferecido aos deuses como iguaria, foi condenado a permanecer em um local privado de comida e bebida, apesar de tê-las sempre à vista. Era o "suplício de Tântalo", que virou figura de retórica. O penúltimo trabalho chamou-se "Ícaro", jovem que decidiu voar como os passáros. Para tanto, construiu uma asa com penas de passarinhos, colando-as com cera. Conseguiu voar, mas aproximou-se tanto do sol que as asas derreteram e ele acabou morrendo, vítima de sua ousadia. Finalmente, chegou o anteprojeto de consenso, "Hércules" — o herói grego condenado por Zeus a realizar 12 trabalhos de imensas dificuldades. E se saiu bem? Duvidosa Mitologia.

Alguns temas, ocuparam a atenção dos constituintes, grande parte do tempo, quando outros, mais importantes deveriam ter sido melhor discutidos. A Constituição anterior previra o mandato de 6

anos para o Presidente da República. Esse concordara em que fosse ele reduzido para 5, mas seus opositores defendiam o mandato de 4. O correto seria que, através de emenda constitucional à Constituição de 1967 e 1969, fosse o período novamente fixado, uma vez que os constituintes estavam exercendo um poder originário e não derivado, mas a questão evoluiu para um confronto entre o Executivo, que considerava sua tese essencial para uma transição pacífica, e a oposição, consumindo tempo demasiado das atenções políticas, terminando com a decisão do plenário, aceitando o mandato de 5 anos e rejeitando a emenda do deputado Jorge Hage, vitoriosa por 48 votos a 45, na Comissão de Sistematização, que estabeleceria o mandato de 4 anos para o Presidente Sarney e de 5 para os demais, como derrubou, igualmente, entre outras coisas, a instituição do vitando Conselho Nacional de Justiça que pretendia, de forma indevida, controlar a atividade administrativa e o desempenho dos deveres funcionais do Poder Judiciário e do Ministério Público e cuja organização despertou as maiores controvérsias.

O substitutivo do Relator, na esteira do anteprojeto de Comissão de Estudos Constitucionais, previu o Parlamentarismo, sistema de governo mantido pela comissão de Sistematização. O Governo pressionando pela aprovação do Presidencialismo obteve, afinal, sucesso no plenário da Constituinte (“tudo indica que o embate se dará entre os adeptos de um presidencialismo atenuado ou de um regime misto”, previra Bolivar Lamounier, em artigo sobre “O poder presidencial”, publicado em O Globo de 19-04-1987), mas a disputa apaixonada desgastou os dois poderes e não evitou que ficassem na Constituição andaimes do sistema rejeitado, o que era para ser e não foi, e que contribuiu para a visão que se tem dela, por uma série de aspectos, de uma obra inacabada.

Adepto do Parlamentarismo sempre fomos, mas, na ocasião, não poderíamos concordar com a implantação do sistema, por seu casuísmo, que repetia os equívocos da Emenda Nº 4 à Constituição de 1946 e comprometia um nobre ideal.

As tensões políticas provocaram não só o fim da Aliança Democrática, como viriam a seccionar o PMDB, com o advento do PSDB, que adotou o tucano como símbolo nativista, aproveitando o desgaste do Presidente motivado, em grande parte, não só por suas indecisões, como pela tutela pouco objetiva do PMDB que empolgava

a ação política e em decorrência as rédeas da economia, que não conseguiu controlar, resultando no fracasso seguido de planos econômicos.

O PMDB, no poder, não soube corresponder à esperança nele depositada, incorrendo em erros mais graves que o PDS, por ele destronado, e que fora o "maior partido do ocidente".

Na verdade, erguido na oposição, o PMDB não soube ser situação esclarecida, perdendo-se em sérias contradições quando pretendeu ser uma coisa e outra, num contexto global contraditório com capitalistas de esquerda e esquerdistas paradoxais.

Aliás, os termos progressista e direita são mal aplicados, confundindo-se esse como fascismo, que é, por natureza, extremista e aquele com o socialismo e olvidando-se, que há uma esquerda reacionária como existe uma direita progressista e evoluída. Gorbachev deixou claro, aliás, que, em uma política de abertura, enfrentou não só a esquerda como a direita do Partido Comunista, mostrando a relatividade de certos conceitos e rótulos. Crane Briston denominava mesmo o regime estalinista de "fascismo de esquerda". O insuspeito Senador Fernando Henrique Cardoso ("Folha de São Paulo", de 9-4-87) observa que há "muito progressista retrógrado e muito conservador avançado".

Muitos autores (Benedito Campos, Evaristo de Moraes Filho, Gofredo Telles Junior, Fávila Ribeiro, Eros Roberto Gron, Tércio Sampaio Ferraz, M.G. Ferreira Filho, Roberto Aguiar, Arnaldo Süssekind, Geraldo Ataliba, Ronaldo Poletti, Miguel Reale, Dalmo Dallari, Raymundo Faoró, Nelson Saldanha, Vamireh Chacon, Saulo Ramos, Cândido Mendes e Oscar Corrêa, entre outros) buscaram em oportunos trabalho, estudar a função constituinte, procurando trazer uma colaboração para a assembléia que tinha o dever de preparar o texto constitucional, demonstrando a preocupação dos juristas pela feitura dele.

O Professor Albert Blaustein, da Rutgers University Law School, com precisão, escreveu: "I Know what Brasil needs. And the First thing is a constitutional structure which separates "economic rights" from the political-justiciable rights. Structure, structure, structure. In its absence, the Brazilian document will come out looking lide Peru or the ill-fated first draft of the new Philippines constitution".

Estrutura constitucional sólida era efetivamente o que mais necessitávamos, mas para que ela surgisse necessidade havia de um lúcido trabalho constituinte que não se coadunava com o pasionalismo das posições assumidas, muitas vezes casuísta, que bradava por direitos, olvidando-se dos deveres, nem com o despreparo de parlamentares.

“O grau de desinformação fática e econômica é comovente, senão fosse ridículo. Estamos repetindo com 14 anos de defasagem os erros do populismo português da Constituição dos Cravos, que garantiu ao país um largo tempo de estagnação”, observou, então, Roberto Campos (“A Vingança da História”, em O Estado de São Paulo, de 28-02-88).

O primeiro turno de votação foi, obviamente, o mais importante (uma vez que, no segundo, apenas seriam permitidas emendas supressivas, após o que o texto deveria ser enviado à Comissão de Redação, cujo projeto final teria a apreciação do plenário) e, durante ele, tensas negociações, meramente circunstanciais, tiveram lugar para evitar a ocorrência do chamado “buraco negro”, motivado pela impossibilidade de alcançarem, qualquer das alas do Congresso, o quorum de 280 votos (maioria absoluta). O regimento interno foi alterado pelo “Centrão”, que para tanto reuniu adeptos suficientes, tendo-se travado sérias batalhas regimentais.

Confronto entre direita e esquerda, ambas sem conteúdo ideológico, votações aceleradas e sob pressões, “os equívocos de um Colégio de Lideranças”, apontados pelo Des. Odyr Porto, em ser artigo “A Justiça na nova Constituição”, comprometeram, infelizmente, os trabalhos da Constituinte, alvo, ainda, de cerrada crítica do Governo, completamente desprestigiado pelo fracasso de uma hesitante política econômica, quer usando medidas de impacto demagógicos, como o “Plano Cruzado”, quer aplicando métodos convencionais, e que não aceitava a inclusão, no texto, de vários itens (turno de seis horas, por importar em aumento de despesas, direito de greve indiscriminado, tabelamento de juros, por dificultar uma economia livre, voto aos 16 anos, anistia fiscal, pelas perdas que iria sofrer, aspectos da Previdência, que também acarretariam aumento de despesas, licença-paternidade, que deveria ser tratada por lei ordinária, anistia aos micro-empresários e aos pequenos produtores rurais, pelo fato de aumentar o deficit publico, abrandamento do

artigo que atribuía, exclusivamente, à empresa brasileira de capital nacional, a pesquisa, a lavra e o aproveitamento das jazidas e permissão dos contratos de risco, porque a Petrobrás não dispõe de recursos para maiores trabalhos de prospecção), ficando vencido, o que significou uma derrota pessoal e política de Presidente.

No discurso pronunciado no ato de promulgação da Carta Magna, o Deputado Ulysses Guimarães afirmou entusiasmado num tom de campanha presidencial: “a exposição panorâmica da lei fundamental que hoje passa a reger a Nação, permite conceituá-la sinoticamente, como a Constituição Coragem, a Constituição Cidadã, a Constituição Federativa, a Constituição Representativa e Participativa, a Constituição do Governo Síntese Executivo-Legislativo, a Constituição Fiscalizadora”.

Forçoso é dizer, entretanto, que essas palavras, óbvias algumas, meramente retóricas outras, não contribuem em nada para uma análise serena da Constituição, produto das transações políticas, de negociações (nas quais nem sempre se colhia “o quanto válido havia na divergência, nas opiniões diversas”, na expressão otimista de Miguel Reale Junior, em o artigo “Legitimidade Plena”, na Folha de São Paulo, de 12-10-88), e não de sólidas convicções, e cujos elaboradores (teriam estudado cerca de 39.000 emendas) deveriam calçá-la de legitimidade plena, submetendo-a referendun, tal como se fez, na França, em 5 de maio de 1946, tendo sido rejeitada a Constituição votada em 19 de abril, o que motivou a Constituição de 24 de outubro do mesmo ano. Em o nosso caso, o interesse partidário falou mais alto que o interesse nacional.

No “prefácio” comercial que fez para edição oficial da Constituição (coisa insólida, porque ela tem preâmbulo e não prefácio), que acabou sendo suspensa, o Presidente da Assembléia Constituinte (Co-Presidente eram os senadores Afonso Arinos e Jarbas Passarinho) assinalou que a inovação da Carta foi a de “dividir competências para vencer dificuldades contra a ingovernabilidade concentrada em um, possibilita a governabilidade de muitos”. Nisso ela não difere de suas antecessoras mais representativas, como as de 1891, 1934 e 1946.

Antes de se focar alguns pontos seus de interesse, ressaltando-se aspectos positivos e indiscutíveis inovações, é preciso reconhecer que ela, como as anteriores, não encerra, como deveria, o

país real, conservando forte odor de bovarismo político e, até certo ponto, é um coquetel de Constituições estrangeiras, distinguindo-se a influência (revigorada) da americana, da francesa, da portuguesa, da italiana, da alemã, da uruguaia, da espanhola e de países socialistas, tendo sido, indubitavelmente, sua principal fonte interna, convém repetir, inclusive em desníveis, o trabalho da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (“Comissão Arinos” ou “Comissão dos Notáveis”) que se dividira em dez Comitês Temáticos e examinara 10.000 sugestões. Idéias, não restritas “aos terrenos que imediatamente interessariam ao empresariado”, foram apresentadas, igualmente, à Constituinte pela Confederação Nacional da Indústria, originárias dos debates ocorridos no encontro de presidentes de Federações das Indústrias, no mês de fevereiro de 1986, em Contagem, e denominadas Proposições Iniciais do Empresariado Industrial à Assembléia Constituinte.

Assinalando tímidos avanços, como se alguém segurasse o instrumento com a mão esquerda e executasse com a direita, para utilizar as palavras do Deputado Afif Domingos, falta-lhe uma espinha dorsal ideológica, é pendular, oscilando de uma concepção política à outra, prolixa, omissa, redundante, casuísta e contraditória, estando sua eficácia plena na dependência de copiosa e dificultosa legislação que a complementa (“meia Constituição” chamou-a, por isso, Miguel Reale), adotando, ainda, inúmeras e dispensáveis regras de natureza infraconstitucional. E’ mais um revide ao sombrio período anterior do que uma proposta para o futuro, não se equipando, na forma devida, para evitar estados de exceção e sendo mais emotiva que racional.

Ao mesmo tempo em que robustece o Poder Legislativo em face do Executivo, compromete-o pela necessidade de regulamentar centenas de dispositivos através de leis complementares e ordinárias que, em virtude das circunstâncias, pode levar muito tempo, resultando isso em responsabilidade maior do Judiciário por, inclusive, ter de, em certas situações, gerar normas, em face das omissões constitucionais, ou exortar o Congresso para que as faça.

A Constituição devia ser fruto orgânico de um pacto social, de nossa verdade sócio-político-econômico, de nossos problemas históricos e das soluções corajosas que eles impõem (num país, de 14 milhões de analfabetos que ocupa o sexagésimo lugar em nível de vida), deixando o nominalismo e o idealismo de suas antecedentes,

que não tinham bases fáticas, tendo Alberto do Amaral Júnior (“A nova Constituição e a Ordem Econômica”, no Estado de São Paulo, de 8-10-88), a notado que “é pouco provável que, diante das diferentes interpretações possíveis a nova Constituição realmente sirva como balizamento da ordem jurídica no tocante à legislação econômica, o que certamente acabará dando origem a uma legalidade paraconstitucional”.

Não trouxe segurança à coletividade, (o capítulo dedicado àquela, art. 144 é dos mais inodoros), senão dúvidas, perplexidades e inquietações. Perfilhou uma concepção ultrapassada de democracia-direito, na qual a democracia-dever, que é a forma autêntica de governo, não tem guarida.

Deu direitos sem exigir responsabilidade, ao contrário do que fazem as Constituições do Japão (art. 12: “a liberdade e os direitos garantidos ao povo por esta Constituição serão mantidos pelo esforço constante do povo, o qual se absterá de qualquer abuso dessas liberdades e direitos e sempre se responsabilizará pela utilização dos mesmos em prol do bem público”) e da Iugoslávia (art. 153: “as liberdades e os direitos do homem e do cidadão determinados pela presente Constituição são exercidos na solidariedade dos homens, cada um assumindo seus deveres e suas responsabilidades para com todos e todos para com cada um”).

“Esses dois excelentes Códigos Políticos”, escrevemos (“Sugestões para Constituinte”, em RIL, nº 87, no qual propusemos, também, entre outras coisas, o voto das praças de pré, a elegibilidade dos analfabetos e a diminuição da maioria eleitoral para 16 anos), “incorporando o povo, de forma visceral, na vida pública, fá-lo responsável pela própria liberdade, na qual está contida toda a ciência política, segundo estrada, e pelos próprios direitos, despertando-lhe um sentido comunitário, indispensável à vida democrática, incompatível com quaisquer individualismo”. A substância de um Estado democrático deve ser uma nação efetivamente democrática, que, organicamente, compreenda ser a liberdade “un droit à l’ abstention d’autrui” (François Luchaire-La Protection Constitutionnelle des Droits et des Libertés, p.77).

Foram discriminados, pela Constituição, os analfabetos e as praças de pré, conforme a tradição, desprezou-se a figura do ombudsman e fez ela pouco para erradicar alguns de nossos mais

gritantes problemas básicos, mesmo porque, como assinalamos mais acima, preocupando-se com circunstâncias, existem nela incontáveis regras que, por sua natureza, deviam constar de leis ordinárias.

A Constituição prevê no art. 3º das Disposições Transitórias que será revista após 5 anos contados de sua promulgação (depois desse quinquênio poderá sê-lo sem prazo pré-fixado), prescrevendo no art. 2º das referidas Disposições que, no dia 7 de Setembro de 1993, plebiscito definirá a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.

Com isso, com sua certidão de nascimento pode ter apresentado, também, sua certidão de óbito. Realmente, determinou dois importantes atos políticos com a diferença de 28 dias, reconhecendo, taxativamente, que deve ser revista ordinariamente (quando, por cautela, deveria admitir revisões extraordinárias), após o plebiscito (mas, não em virtude dele). Se a "cláusula pétrea" da Constituição anterior (art. 47, parágrafo 1º) proibia ser objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República, foi derrubada, em parte, deve-lo-ia ter sido por inteiro e a solução seria uma Constituição provisória que permitisse o plebiscito antes da feitura da que se pretende duradoura.

A opção pela monarquia (que é regime e não forma de governo, como assevera o texto) alterará profundamente a Lei Suprema muito mais que a adoção do parlamentarismo, do qual já tem ela um certo sabor, Constituição Centauro que é, sob esse aspecto, e poderá por em confronto, perigosamente, forças históricas, além de possibilitar, mais um incontornável paradoxo: a monarquia "progressista".

Acertadamente consignou Hélio Jaguaribe ("A Constituição de 1988", em Folha de São Paulo, de 16-10-88): "a nova Constituição, produto como foi mencionado, de uma ampla e prolongada negociação, contém concessões a cada uma das correntes que pressionaram a Constituinte".

A Constituição, ao final, foi aprovada, votando eletronicamente 484 constituintes, por 474 votos a favor, 15 contra (do PT) e seis abstenções. O Deputado Luiz Inácio da Silva, líder dos que votaram contrariamente ao texto, apesar de, ao depois, tê-lo assinado, esclareceu que sua bancada assim o fizera, porque não estava satisfeita

com o produto do trabalho da Constituinte, por não ter ela atendido a certas reivindicações de seu partido.

Seu entendimento poderia, entretanto, ser em tese, o de todos os partidos.

II

SINTESE CRITICA

O Capítulo mais importante da Constituição é o dedicado aos direitos e garantias fundamentais e, talvez, contenha o artigo (5º) mais extenso que se conhece, contendo 78 incisos, porque vários de seus preceitos melhor ficariam em leis ordinárias.

Entre outras coisas aboliu a censura (IX), no que andou bem, considerou a prática do racismo crime inafiançável e imprescritível (XLII) e inafiançáveis e insusceptíveis da graça ou anistia, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os hediondos, por eles respondendo os mandantes, ou executores e os que, podendo evitá-los se omitirem (XLIII).

Sucedo que não temos delito de racismo e de tortura (que aliás, pode ser física ou mental, abrindo um leque de possibilidades), acolhendo mesmo o texto (XXXIX) o princípio consagrado de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, e o adjetivo "hediondo", além de não ser de boa técnica, pode gerar sérias controvérsias, uma vez que a hediondez pode não coincidir com a gravidade do crime, como em certas espécies de injúria real (art. 140, parágrafo 2º do Código Penal).

O crime de tortura como figura típica, pode abranger entre outros transgressores da lei, a sequestradores, de toda a ordem, estropadores, autores de atentados violentos ao pudor e de raptos violentos, mas como pode ser um delito-meio, como tal é encarado mais severamente que o delito-fim.

O inciso LXIII adotou, em princípio, a Miranda Rule do direito americano (o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, assegurada a assistência da família e de advogado), que pode motivar, na ação penal, a invocação de outra regra conexa, a Mirando Hearing, que consiste em argüir preliminar sobre o cumprimento de Miranda Rule, originária do caso "Miranda v.

Arizona" (1966).

Foi criado mandado de segurança coletivo (LXX) a ser impetrado por partido político representado no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída, em defesa de seus membros ou associados.

Todavia, ele já era reconhecido pelos tribunais (da mesma forma que pessoa jurídica pode impetrar habeas corpus em favor de pessoa física), como decorrência mesmo de Leis como as de nºs 4215/63 (art. 129), Estatuto da Ordem dos Advogados, e 1134/50 que, no funcionalismo público, confere às associações de classe a representação coletiva ou individual de seus associados perante a administração e a justiça.

Melhor teria sido dada redação mais abrangente ao item dedicado ao mandado de segurança.

O mandado de injunção referido no inciso LXXI é utilizado sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas é incabível quando lei complementar é necessária.

Não é ele idêntico ao injunction americano que, com o desuso do mandamus, após a fusão das jurisdições comum e de Eqüidade, tem sido largamente utilizado para a determinação de uma ação ou omissão à autoridade ou a particular.

Em verdade, parece não ter ele "símile em nossa legislação e na alienígena" (Ulderico Pires dos Santos).

Como escreve Mauro J. Ferraz Lopes, em "O Mandado de Injunção" (Sup. Jurídico nº 3, do D.O.RJ), o mandado de injunção "pode ser requerido por qualquer pessoa, física ou jurídica, contra qualquer outra, física ou jurídica, pública ou priva", admitindo litisconsórcio.

Sob certo ângulo, a injunção se liga à cláusula "due process of law", não em seu sentido processual, mas substantivo, que impõe à ação estatal "ao procurar atender aos interesses públicos, restrinja ao máximo possíveis lesões de interesses privados" (Maria Chaves de Mello — Dicionário Jurídico, 3ª ed. p. 309).

Consagra-se, ainda, o habeas data (LXXII) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou Bancos de Dados de entidades governamen-

tais ou de caráter público e para a retificação de dados, quando não se refira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

A garantia civil, (“não é senão mandado de segurança descaracterizado em sua designação jurídico-formal, com específica função de tutela”, opina Saulo Ramos, no parecer publicado no D. O. de 11-10-88), de formação etmológica híbrida, latina e inglesa, originária do anteprojeto da “Comissão Arinos”, onde fora introduzida pelo Prof. José Afonso da Silva, mas existente nas Constituições Portuguesa (art. 35) e Espanhola (art. 105, b), tem, como as demais normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, aplicação imediata (LXXVII, 1o).

Todavia, não pode postergar as informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (XXXIII), e sua extensão, enquanto não houver procedimento estabelecido, deverá ser apreciada pelo Poder Judiciário que será acionado quando houver omissão da autoridade pública, e circunstancialmente, poderá utilizar o rito do habeas corpus.

De qualquer forma, deve-se reconhecer que o art. 5o preocupou-se em proteger os direitos individuais com sofreguidão, embora utilizando-se de uma didática excessivamente casuística, defeito inconveniente de todo o Foral Supremo que pode anquilosá-lo precocemente.

O capítulo dos direitos sociais é um bom segmento da Constituição, no qual estavam interessadas poderosas entidades como a Companhia Siderúrgica Nacional, a Belgo-Mineira, contrárias à jornada de seis horas para turnos interruptos, e a Confederação Nacional da Agricultura que discutia a imprescritibilidade das ações trabalhistas no campo. O próprio governo não era simpático, como se sabe, à licença-paternidade, belo exemplo de um trabalhismo romântico.

São pontos importantes do capítulo, outrossim, duração de trabalho normal não superior a oito horas diárias e 44 semanais (estranhando esse último limite, e a ampliação do direito de greve, Mario Henrique Simonsen, no comentário “Prosperidade e Constituição”, em O Globo, de 19-10-86, assevera que “a prosperidade só se conquista com o trabalho e a acumulação de capital; esta última, ou se consegue pela renúncia ao consumo via poupança, ou pela importação

de poupança do exterior”); remuneração de hora-extra, com mais 50 por cento da normal; licença à gestante de 120 dias; salário mínimo, fixado em lei, (se não o for caberá mandado de injunção), nacionalmente unificado capaz a atender a múltiplas necessidades, inclusive, lazer, periodicamente reajustado; proteção do salário, constituindo crime (exigindo lei que o defina e puna), sua retenção dolosa; gozo de férias anuais remuneradas em, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; prescrição maior para as ações trabalhistas e direito amplo de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade e os interesses que devam defender por meio dele. O art. 9º parágrafo 1º, no entanto determina que a lei deve definir os serviços ou atividades essenciais e dispor sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Em “A greve na Constituição aprovada” (O Estado de São Paulo, de 17-9-88), Cassio Mesquita Barros, entretanto, deixa claro que o “texto constitucional, tal como se apresenta, e a inexistência de lei regulando o exercício do direito de greve, não impedem que se afirme e faça valer a existência de limites e, por conseguinte, a possibilidade de qualificar a greve como ato ilícito”.

Foram diminuídos, com toda a justiça, num país de imigrantes, os cargos privativos de brasileiro nato (os de procurador-Geral da República e de Governador deveriam ter sido preservados, contudo, pela natureza de suas funções) e pela primeira vez consagrou-se o português como língua oficial da República, quando a própria Constituição Portuguesa não o fez. O idioma falado no Brasil, aliás, já tem características próprias, influenciando por seus modismos, principalmente através de programas de televisão, o linguajar de Portugal.

O texto acolheu, em boa hora, o referendo e a iniciativa popular, esta (art. 61) para a apresentação de projetos de lei, bem como o voto dos maiores de dezesseis anos, considerando-o, entretanto, facultativo bem como o dos analfabetos e o dos maiores de setenta anos, esse último plenamente justificável e de acordo com nossa tradição jurídica.

Foi facilitada a criação de partidos políticos, que após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral (art.17, parágrafo 2º).

O dispositivo, aparentemente, marca um retrocesso pois o

Partido Político, ao contrário de na Itália, foi considerado pessoa jurídica de direito público por norma legal (Lei nº 4.740/65, art. 2º) que se entrosava com o art.152, IV da Constituição anterior (“o Partido Político adquirirá personalidade jurídica mediante registro dos seus Estatuto no Tribunal Superior Eleitoral.”)

O art. 18 transforma o nosso federalismo de tri em tetradimensional, com a inclusão do Distrito Federal como integrante de nossa organização político-administrativa, e explícita que nossa Capital não é mais o Distrito Federal, mas Brasília, e entre outras prescrições, registrou competir à União a responsabilidade civil por danos nucleares independente de culpa, encampado a orientação da legislação ordinária, e a legislação concorrente sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI) merece especial atenção pois o processo tem inegáveis conotações locais e até folclóricas, sendo, pois, justo que, mormente, os Estados possam, ao lado da União, legislar, também, sobre ritos; embora com certa moderação, mas não podem eles modificar polos de legitimação ativa ou passiva, matéria essencialmente, processual, que está sob a competência exclusiva da União (art. 22, I).

Conferiu-se ao município a prerrogativa de reger-se por lei orgânica (os denominados “conselhos populares” que alguns querem criar, incidirão em inconstitucionalidade se integrarem a estrutura do poder decisório), como no Rio Grande do Sul, votada e aprovada pela Câmara Municipal, (art. 29); aos vereadores reconheceu-se inviolabilidade no exercício do mandato e na circunscrição do município; ao Prefeito o direito de ser julgado pelo Tribunal de Justiça (o que, é compreensível, com relação aos alcaides das Capitais, mas não com pertinência aos do interior, sendo óbvios os motivos políticos que levarão à obtenção do privilégio), e ao servidor público civil foi garantido o direito a livre associação sindical.

Outra boa iniciativa da Constituição foi possibilitar à União, para efeitos administrativos, articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando o seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

O Congresso Nacional cresceu em poder, recuperando o prestígio político que perderá, desde a Revolução de 1964, para o Executivo, podendo sustar os atos normativos dele que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa, e sua

estrutura demonstra, claramente, que, na última hora recuou-se da intenção de implantar o parlamentarismo.

O art. 52, I diz que compete privativamente ao Senado Federal processar e julgar as autoridades que menciona, nos crimes de responsabilidade. Entrementes, o art. 51, I exara que compete à Câmara dos Deputados autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração do processo contra aquelas autoridades. Ora, essa prerrogativa é importante ato processual, equivalendo ao recebimento da denúncia, não se podendo tecnicamente sustentar, pois, que ao senado cabe todo o processo, que pode findar com a condenação a perda do cargo, agora inabilitação por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das cabíveis sanções judiciais (art. 52, parágrafo único).

Não existe mais limitação de número para a criação de Comissões Parlamentares de inquérito pela Câmara e pelo Senado, em conjunto ou separadamente, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo.

Foi abolido o decreto-lei, mas o art. 62, praticamente conservou-o com o nome de medida provisória (art. 77 da Constituição Italiana), com força de lei, reconhecendo a sua necessidade, em caso de relevância e urgência. Não deve ser ela, por analogia, apresentada, na mesma legislatura, se não for convertida em lei mas pode ser emendada e devolvida quando a matéria for de exclusiva competência do executivo. Igualmente foi extinto o decurso de prazo (art. 66, parágrafo 6º), que não se aplicava às leis complementares.

O Presidente da República deverá se eleito em dois turnos, se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, concorrendo então, os dois candidatos mais votados, vencendo aquele que tiver a maioria dos votos válidos.

Foram criados dois importantes órgãos consultivos do Chefe do Executivo, o Conselho da República (art. 89), não desejado pelos militares, e o Conselho de Defesa Nacional, aquele com 15 e esse com 10 membros.

A Constituição (art. 92) criou o Superior Tribunal de Justiça, com a extinção do Tribunal Federal de Recursos, e Tribunais Regionais Federais e em providências felizes (art. 93, II, a, b) tornou

obrigatória a promoção do juiz que figurar por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento, pondo fim a injustiças praticadas, como a que sofreu o Juiz Clarindo Nicolau, do Estado do Rio de Janeiro, que teve de ir até ao Supremo Tribunal Federal, na defesa de seus direitos, e determinou que a promoção por merecimento deve pressupor dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o Juiz a primeira quinta parte da lista de antiguidade desta (o que fulminou o carreirismo), salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago.

O quinto dos lugares dos Tribunais (art. 94), será composto por integrantes do Ministério Público e advogados, todos com os requisitos legais e indicados em lista sextupla pelos órgãos de representação das respectivas classes (se a medida veio como consequência de indicação de alguns advogados feita por Tribunais, é de se aguardar que a OAB não aja com sectarismo na escolha que fizer) da qual o Tribunal formará a lista tríplice que enviará ao Poder Executivo. A orientação já constara de artigo da Constituição da Bahia declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal.

Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos competentes para causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor gravidade deverão ser criados e possibilita-se julgamento de recursos por turmas de Juízes de primeiro grau.

Finalmente, foi assegurada ao Poder Judiciário a necessária autonomia administrativa e financeira (art. 99), mas, principalmente, autonomia política (art. 96, c), devendo os tribunais prover, na forma prevista constitucionalmente, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição.

Vale dizer que a nomeação, promoção, remoção e, em decorrência, a aposentadoria dos magistrados serão feitas dentro do próprio âmbito do Judiciário sem mais a constrangedora interferência do Executivo, responsável por não poucas e clamorosas injustiças.

Essas conquistas foram o coroamento de uma cruzada encetada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, quando presidida pelo, então, Desembargador e, posteriormente, Ministro Sydney Sanches, hábil e combativo líder da classe.

Na ocasião publicamos tese intitulada "Autonomia Política do Poder Judiciário", largamente difundida e que defendia pontos de vista como os que viriam a ser adotados pela Constituição.

Ao Supremo Tribunal compete, precipuamente, a guarda da Constituição, dando-lhe características atenuadas de Corte Constitucional, tendo-lhe sido conferida a iniciativa de lei complementar que deverá dispor sobre o Estatuto da Magistratura (art.93). A Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) nem por isso se pode considerar revogada, uma vez que pelo princípio da recepção, os diplomas ou dispositivos que não conflitem com a nova ordem constitucional consideram-se em vigor. Não é esse o caso do art. 27, parágrafos 2º e 6º da Lei Complementar nº 35 expressamente revogado pelo art. 93, IX da Constituição.

Foi alargado o elenco para a legitimação ativa da ação de inconstitucionalidade (art. 103) e da mesma forma importou-se de Portugal a inconstitucionalidade por omissão de medida, para tornar efetiva norma constitucional, que se declarada deverá ser comunicada ao Poder competente para as devidas providências.

O Superior Tribunal de Justiça, integrado por no mínimo trinta e três ministros, dos quais um terço será composto por desembargadores dos Tribunais de Justiça, não aliviará, embora seja de sua competência julgar o recurso especial (art.105, II), que é um recurso extraordinário, a carga de serviço do Supremo Tribunal Federal, transformado, sob certo ângulo, em 4ª instância.

Ao contrario da carta anterior (art.133, III) a Constituição (art. 120, III) explicita que os membros juristas do Tribunal Regional Eleitoral devem ser escolhidos dentre advogados, uma vez que pelo texto revogado, não havendo essa exigência, membros do Ministério Público poderiam ser indicados para essa alta Corte.

Aos Tribunais de Justiça (art. 126) foi determinado que designassem Juízes de entrância especial, competentes exclusivamente para questões agrárias, para dirimir conflitos fundiários, evitando, assim, pressões sobre Juízes locais.

Um dos capítulos mais elogiáveis da Constituição, fruto, principalmente, da ação dinâmica dos parquets paulista e gaúcho, é aquele em que, mais do qualquer de suas antecessoras, valoriza a nobre instituição do Ministério Público, conferindo-lhe autonomia funcional e a administrativa e a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), fazendo-o subir ao nível político da

Prokuratura que, na União Soviética, vela pela engrenagem do Poder e pela legalidade do Sistema, cabendo-lhe o monopólio da ação penal pública (art. 129, I), incluído o processo contravencional.

O Procurador Geral da República cuja a escolha passou a ser aprovada pelo Senado Federal, para um mandato de dois anos, permitida a recondução, apenas poderá ser destituído, mediante a prévia autorização da Câmara Alta e deve pertencer a carreira, como, aliás, é justo.

Ao Ministério Público foram reconhecidas as mesmas garantias que as da magistratura e entre suas funções institucionais estão a proteção do meio ambiente e a defesa judicial dos direitos e interesse das populações indígenas, que, entretantes, deveriam ser tuteladas por um organismo específico só a elas dedicado, sem os defeitos da FUNAI.

A antiga estrutura da Procuradoria-Geral da República foi desfeita, reservando-se essa, para cúpula do Ministério Público da União e entregando-se a representação judicial e extrajudicial dela à Advocacia Geral da União que exerce, outrossim, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, cabendo, é certo, a representação da União, na execução da dívida ativa de natureza tributária, à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

E' estranho, diga-se de passagem, que o Advogado Geral da União, de livre nomeação do Presidente da República, e que é processado e julgado nos crimes de responsabilidade pelo Senado (art. 52, II), não tem foro privativo expresso para responder por crime comum, como o tem o Procurador-Geral da República (art. 102, b).

Fez bem a Constituição, por outro lado, em dedicar os artigos 133, 134 e 135 à Advocacia e a Defensoria Pública, mostrando a sua importância na administração da Justiça.

Para a defesa do Estado foram regulados o Estado de Defesa e o Estado de Sítio (art. 136 - 137), a serem decretados pelo Presidente da República após audiência dos Conselhos da República e de Defesa Nacional. No primeiro caso o Congresso Nacional apreciará o ato a posteriori e, no segundo, a solicitação para a decretação.

As Forças Armadas conservaram suas prerrogativas tradicionais de defender a Pátria e garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem. Foi dilucidado que, com relação às punições disciplinares

militares, não haverá habeas corpus e admitiu-se, tolerantemente, serviço alternativo, apenas em tempo de paz, aos que, após o alistamento, alegarem escusa de consciência, por imperativo de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para não exercerem atividades de caráter essencialmente militar (art. 143, parágrafo 1º).

O capítulo reservado à segurança pública já foi considerado mais atrás inexpressivo, mas duas disposições merecem elogios. Aquele que informa deve ser a polícia civil dirigida por delegado de polícia de carreira (o que põe término a um grave problema da polícia, cuja direção tem sido entregue, constantemente, a advogados, a militares, e a promotores, sem vivência dos problemas policiais e sem prestígio para liderar a sacrificada classe, permanentemente desamparada de garantias) e aquela que permite aos municípios constituir guardas municipais destinados à proteção de seus bens e instalações (art. 144, parágrafos 4º e 8º), cuja criação era perfeitamente lícita, no regime constitucional anterior que, entretantes, não era expreso a respeito.

No sistema tributário, encontra-se nova discriminação de rendas, devolvendo-se aos estados e municípios a imprescindível autonomia fiscal que lhes fora retirado em 1964, sendo interessante que a Constituição (art. 147) conceda à União receber, em Território Federal, os impostos estaduais, cumulativamente com os impostos municipais, na hipótese que menciona, quando ela transformou em Estados os que existiam (art. 14 das D T) devolvendo, ainda, Fernando de Noronha a Pernambuco (art. 15 das D T), a cuja área se reincorporou.

Os impostos atribuídos à União, foram reduzidos de dez para sete (art. 153), entre os quais o de tributar grandes fortunas (o que está correto), na forma da lei complementar, devendo-se ressaltar que o imposto de renda não incidirá, nos termos da lei, sobre proventos da aposentadoria pagos pela previdência social pública a pessoa acima de sessenta e cinco anos, cuja renda total seja constituída, exclusivamente, de rendimentos do trabalho.

Os três impostos estaduais (e do Distrito Federal), em tese, mantiveram-se os mesmos, mas o de transmissão intervivos e o de vendas a varejo de combustíveis líquidos e gasosos, exceto óleo diesel, passaram à competência dos municípios (art. 156) que podem,

conseqüentemente, instituir cinco impostos pertencendo-lhes o produto de arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e os percentuais referidos no art. 158 e incisos e aos Estados o numerário arrolado pelo art. 157 e incisos, verificando-se que os municípios foram, com razão, os mais beneficiados com a reforma tributária, saindo do sufoco que lhes fora imposto pela situação política anterior, uma vez que era deficiente a arrecadação com três impostos municipais.

O Congresso que apreciava, apenas, o orçamento fiscal, passou, também, a votar os da previdência e das empresas estatais, mas não as despesas de custeio das empresas públicas.

O Capítulo polêmico reservado à Ordem Econômica e Financeira (arts. 170 - 181) revela o conteúdo neo-capitalista da Constituição que dá ênfase ao sentimento nacionalista e reduz a presença do Estado na economia.

Distinguiu-se a empresa brasileira (art. 171), da brasileira de capital nacional, com evidentes propósitos, sendo a primeira as constituídas e instaladas no País, e segunda, aquela cuja direção acionária esteja nas mãos de pessoas físicas domiciliadas no País ou de entidades de direito público interno, merecendo os estímulos elencados no parágrafo 1º.

Os investimentos de capital estrangeiro serão disciplinados por lei que incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros (art. 172).

Em boa hora (art. 173, parágrafo 5º), permitiu-se a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, independentemente da responsabilidade de seus dirigentes, abrindo-se um necessário campo novo em nosso Direito Penal Econômico que, aliás, já havia sido discutido em pioneira tese de mocidade de Afonso Arinos (Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas).

Constituem monopólio da União as atividades mencionadas no art. 177 (que abrangem a pesquisa, a lavra, o enriquecimento etc. de minérios), incluindo os riscos e resultados delas decorrentes.

Com o escopo de incentivar o desenvolvimento das micro empresas e das empresas de pequeno porte deu-se a elas tratamento jurídico diferenciado e determinou-se que todas as dimensões da Federação promovam e estimulem o turismo como fator de progresso social e econômico (art. 180).

Isso exigiria, no entanto, uma infraestrutura que não temos e preços realmente competitivos.

As cidades com mais de vinte mil habitantes terão, obrigatoriamente, um plano diretor como necessário instrumento básico de política de desenvolvimento e de expansão urbana e permitiu-se usucapião urbano sobre área possuída com animus domini, durante cinco anos, exceto sobre imóveis públicos (artigos 182, I e 183).

A UDR foi sem dúvida, a grande vitoriosa no tema de reforma agrária, vindo a considerar-se insuscetíveis de desapropriação, para fins de reforma agrária, a pequena e média propriedade rural, definidas em lei, desde que seu proprietário não possua outra, e a propriedade produtiva (art. 185) enumerando-se, os requisitos simultâneos para que seja apurado o cumprimento da função social (art. 186).

A orientação constitucional foi sensata, mas a lei, ao garantir tratamento especial à propriedade produtiva, deverá estabelecer índices de produtividade, sem o que ela não terá qualquer sentido e não passará de mero rótulo.

A autorização (carta patente) para o funcionamento das instituições financeiras (e dos estabelecimentos de seguro, previdência e capitalização etc.), recebida gratuitamente do Banco Central, será inegociável e intransferível e com a medida se atalhou vendas suspeitas que atingiam milhões de dólares.

O art. 192, parágrafo 3º estabelece que as taxas de juros reais não poderão superar a de doze por cento ao ano, considerando-se a cobrança acima desse limite, crime de usura.

Os juros reais, frutos do capital, não incluem a correção e era pensamento do autor da emenda, o Deputado Fernando Gasparian (uma vez que a matéria votada pela Comissão de Sistematização confiava à legislação ordinária toda a regulamentação do sistema financeiro), que o dispositivo fosse prontamente aplicável, mas a mens Legislatoris teve que ceder a mens legis, uma vez que os princípios hermenêuticos levam à interpretação da necessidade de lei complementar prevista no caput do art. 192, para o sistema financeiro nacional, tal como o entendeu Saulo Ramos, em discutido parecer cuja ementa é a seguinte: "Em único artigo, a Constituição promulgada ontem, manda reformar o Sistema Financeiro Nacional,

estabelecendo exigências e diretrizes que deverão ser observadas pelo legislador ordinário em lei complementar. Impossibilidade de vigência imediata de uma única diretriz destacada do conjunto. O tabelamento dos juros, previstos em parágrafo, sujeita-se para aplicação imediata no sistema ainda não submetido à reforma determinada pelo constituinte. Interpretação gramatical e sistemática. Preceito constitucional de integração e a imprescindibilidade das interpositio legislatoris”.

De maneira idêntica, entendendo não ser o dispositivo auto-executável se posicionaram Caio Tácito, M. G. Ferreira Filho, Rosah Russomano, Oliveira Baracho, Hely Lopes Meirelles, José Frederico Marques e Celso Batos, em pareceres distribuídos pelo Instituto Brasileiro de Capacitação Bancária, que é administrado pela Federação Brasileira das Associações de Bancos.

A ordem social deve ter como fundamento o primado do trabalho e como objetivo o bem estar e a justiça social e permitiu-se, entre outros ao garimpero e ao Pescador artesanal, em interessate providência, nas condições do art. 195, parágrafo 8º, contribuir para a siguridade social, registrando o art. 198 que as ações regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único.

Deu-se maiores verbas para a educação (a União aplicará anualmente, no mínimo, dezoito e os Estado, o Distrito Federal e os Municípios, vinte e cinco por cento, nos termos do art.212, na manutenção e desenvolvimento do ensino) e permitiu-se às comunidades indígenas a utilização, igualmente, de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

Prega-se melhoria ou garantia da qualidade do ensino, mas para isso será necessário uma profunda reforma educacional que sane os populista e ineficientes métodos utilizados pela ditadura militar, que levaram a uma estagnação de valores, mormente nas Universidades.

São protegidas as variadas manifestações de cultura de grupos participantes do processo civilizatório nacional, cuja contribuição histórica deve ser considerada (art. 142, parágrafo 1º), mas sem demagogia.

Certamente, por lobby da CBF, (talvez pressionada pela FIFA), que não tem correspondido às expectativas, prescreveu-se que o Poder Judiciário só admitirá ações relativa à disciplina e às

competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da Justiça Desportiva, regulada em lei.

A regra adotada não foi boa, em virtude da forte e notória influência clubística nos tribunais desportivos.

Deu-se relevo à promoção pelo Estado do desenvolvimento científico, da pesquisa e da capacitação tecnológica.

O art. 220 garante a livre manifestação do pensamento (como a liberdade de ensino foi assegurada, no art. 206, II), sem qualquer restrição, vedada toda e qualquer censura, não podendo os meios de comunicação social ser objeto de monopólio ou oligopólio. Não havendo restrição à criação, à expressão e à informação não se pode mais proibir a divulgação de pesquisas pré-eleitorais.

O Congresso Nacional passou, oportuna, e moralizadamente, dificultando manobras nepotistas do Poder Executivo, a deliberar sobre as concessões, permissões e autorizações para o serviço de rádio e TV, devendo instituir, como órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social.

A natureza passou a ter uma proteção mais efetiva (art. 225), defendendo-se o direito a meio ambiente ecologicamente equilibrado e determinando-se, entre outras providências, que as usinas nucleares deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas, objetivando-se, com isso, maior segurança na escolha dos lugares e melhor preservação dos ecossistemas.

Deu-se efeito civil, nos termos da lei, ao casamento religioso; considerou-se, acertadamente, o concubinato estável, entidade familiar, para efeito de proteção do Estado, que não poderia ficar insensível à realidade social; proclamou-se que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, valorizando a essa e estimulando-a a libertar-se de uma concepção patriarcalista (não exclusiva dos homens), completamente superada, no mundo contemporâneo, do qual a mulher participa com muita responsabilidade, mas cujos resíduos ainda permanecem em determinadas sociedades; permitiu-se o divórcio após prévia separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois, mas sem limites de vezes, e estimulou-se o planejamento familiar inteligente, como livre decisão do casal.

A criança e o adolescente foram contemplados (art. 227) com

cuidados especiais, regulando-se a adoção por estrangeiros, pondo-se fim a escandalosos episódios e igualando-se os filhos, havidos ou não de relação do casamento, ou por adoção, que terão os mesmos direitos e qualificações.

O art. 228 repete que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, encerrando um paradoxo, uma vez que o art. 14. II, c possibilita o voto aos maiores de dezesseis anos e destarte se pode ele ser cidadão deveria responder, em plenitude, por seus atos, sob pena de graves abusos, que podem comprometer, inclusive a verdade eleitoral.

Os programas de amparo aos idosos, segundo os princípios da Geriatria, deverão ser executados preferencialmente em seus lares, mas não se esclareceu quanto aos recursos para eles e, desnecessariamente (e mesmo indiscriminadamente), deu-se gratuidade, nos transportes coletivos urbanos, aos maiores de sessenta e cinco anos. Nem essa idade é mais comprometedora e nem com a medida se presta um autêntico e relevante serviço social.

Os índios (o seu lobby lutou contra a distinção entre os aculturados e os que não o são, que, na verdade, só teria significado, numa dimesão penal) receberam um oportuno capítulo especial (arts. 231-232), o primeiro, em texto constitucional brasileiro, em que se reconhece sua cultura e os direitos às terras tradicionalmente ocupadas por eles, mas evitou-se o romantismo exagerado dos que defendiam a soberania limitada do Estado com relação às referidas terras, devendo o Ministério Público intervir em todos os atos do processo em que os indígenas, suas comunidades e organizações defendam seus direitos e interesses, para que esses sejam melhor resguardados e fiscalizados.

Entre as disposições gerais se destacam aquela que traça normas básicas, nos dez primeiros anos de criação de estado (art. 235); outra que ampara os delegados de polícia de carreira (art. 241), que, todavia, em fase do art. 39, parágrafo 1º não é auto-aplicável, e a que faz o Poder público dar assistência, em certas hipóteses e condições, aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito, regulada pelo Código Civil, quando deveria a Constituição ter tomado drásticas medidas no combate à criminalidade, concomitantemente.

No Ato das Disposições Transitórias, foi que se decidiu matéria das mais controvertidas na Constituinte, como já referido; o mandado

do Presidente José Sarney, que terminará em 15 de março de 1990, (art. 4º) designando-se eleições presidencial para o dia 15 de novembro de 1989.

Para remediar situações, como a da cidade de São Paulo, registrou-se que os parlamentares federais e estaduais eleitos Vice-Prefeitos, não perderia o mandato, se convocados a assumir a Prefeitura. Concedeu-se anistia, nos termos do art. 8º; criou-se o Estado do Tocantins, liberando-se Goiás de débitos e encargos, possibilitando-se maior desenvolvimento da região; os Territórios Federais de Roraima e do Amapá foram Transformados em Estados Federados; fixou-se prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, cujos princípios devem ser obedecidos, para que as Assembléias Legislativas elaborem as Constituições Estaduais e de seis meses, após esse último prazo, para que as Câmaras Municipais, em dois turnos (critério que deveria ter sido imposto, outrossim, às Cartas dos Estados), votem as leis Orgânicas respectivas (art. 11), respeitadas as Constituições Federal e Estadual; deu-se condenável estabilidade a servidores não concursados, numa Constituição que se diz moralizadora (art. 19), mas, felizmente, não aos professores de nível superior, ansiosos de ostentarem títulos imerecidos, e a Juízes togados de investidura limitada no tempo, que existiam no Estado do Amazonas, admitidos em concurso regular (art. 21); dispensou-se correção monetária aos micro e pequenos empresários ou seus estabelecimentos e aos pequenos e médios produtores rurais, nos termos do art. 47 (o art. 46, III, pondo término a intensa controvérsia concedeu correção monetária, por seus termos genéricos, inclusive, em matéria falimentar); cometeu-se grave injustiça contra os que já haviam saldado seus compromissos e com a sociedade que, na verdade, pagou essa dívida por ela não contraída; reconheceu-se a propriedade definitiva aos remanescentes dos quilombos ("resendência" em lingua ioruba) que estejam ocupando suas terras, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos (art. 48), devendo-se notar que o art. 216, parágrafo 5º do texto permanente já tombara os documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos, alguns dos quais tinham verdadeira organização econômico-militar.

Esse dispositivo transitório, que já aparecia no Anteprojeto da

Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias (da Comissão de Ordem Social), possivelmente, tenha sido introduzido para atender a casos específico, porque, do contrário, seus termos poderiam violar o art. 170, II da Constituição, que consagra a propriedade privada incidindo, pois, em inconstitucionalidade.

Curso: Mestrado

Uma síntese crítica da Constituição, apesar dos inocultáveis desníveis básicos assinalados, não pode deixar de reconhecer nela certos avanços significativos em segmentos diversos e de almejar que superando suas deficiências, abra caminho para um verdadeiro Estado Democrático.

I - INTRODUÇÃO

* * * *

II - AS ORDENS DE COMPETENCIA NO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO

1. O Federalismo brasileiro
2. Repartição de competência
3. As ordens de competência no Estado Federal brasileiro

III - A QUESTÃO DA COMPETENCIA LEGISLATIVA

1. Considerações gerais
2. Modalidades de competência

IV - A COMPETENCIA PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONOMICO

1. Característica das leis em Direito Econômico
2. A competência para legislar sobre o Direito Econômico na Constituição de 1988
3. As comissões estaduais e municipais de preço de 1988