

A Constituição de 1988 – Um Balanço após Dezesesseis Anos de Vigência

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Titular Aposentado de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP, Doutor em Direito Honoris Causa pela Universidade de Lisboa, Doutor em Direito pela Universidade de Paris, Professor Visitante da Universidade de Aix-en-Provence (França), Ex-Membro da Comissão Executiva da Associação Internacional de Direito Constitucional, Presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas, Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

SUMÁRIO: I – A constituição como aparecia ao ser promulgada; II – A constituição tal qual aparece hoje; III – Os méritos da constituição; IV – Efeitos perversos: a concentração do poder nas mãos do executivo; V – A proliferação dos partidos; VI – A politização do judiciário; VII – A centralização na federação; VIII – A proliferação de municípios; Considerações finais.

1. O transcurso do aniversário da promulgação da Constituição de 1988 sugere, sem dúvida, que seja feito um balanço, no qual se registrem seus méritos e deméritos.¹ É a isto que se propõe este trabalho, que se procurou fazer com objetividade e sem partidarismos, para registrar o resultado da aplicação de suas normas, nisto incluídos os seus eventuais efeitos perversos.

I – A CONSTITUIÇÃO COMO APARECIA AO SER PROMULGADA

2. Certamente vale a pena lembrar que a elaboração da atual Constituição, como ponto de consolidação da “abertura” – iniciada pelo Governo Geisel ao dar fim aos poderes extraordinários conferidos ao Presidente da República por força do AI 5 –, fez-se num clima inusitado de otimismo e esperança. Da nova Constituição não se esperava apenas uma nova base –

¹ Na verdade, em aniversários anteriores já foi feito tal balanço que, com as devidas atualizações e correções, aqui se repete.

democrática – para a ordem jurídica, porém muito mais: a solução – ou pelo menos o equacionamento – de todos os problemas nacionais. Basta ler o prefácio de ULISSES GUIMARÃES à edição feita pelo Senado do texto constitucional para apreciar o que se aguardava da “Constituição-cidadã”. Quem disso discordava, ou duvidava, era logo suspeito de ter inconfessáveis vínculos com o autoritarismo.

3. Como aparecia, então, numa primeira leitura, a Constituição-cidadã, na tese de seus preceitos que ainda não tinham experimentado a realidade dos fatos?

Saltava aos olhos, em primeiro lugar, a extensão da Constituição. Com 245 artigos, mais os 70 das Disposições Transitórias, era ela a mais longa das Constituições brasileiras e uma das mais extensas das que o mundo conhece ou conheceu. Uma Constituição mais que analítica, pois, detalhista.

Isso advinha de sua pretensão abrangente, quer dizer, do desejo de tudo regular, e integralmente, que tomara conta da Constituinte. Por um lado, para dirigir a atuação dos governos que a ela se seguiriam; por outro, para impor, desde logo, a efetividade das normas, sem a necessidade de integração legislativa.

Tal intuito associava-se a uma tese em voga: a da constituição-dirigente, divulgada pelo mestre português CANOTILHO.² Essa pretendia fazer da Constituição um instrumento de orientação impositiva dos futuros governos, aos quais dirigiria. Estes seriam adstritos a executar mesmo as promessas, as normas programáticas da Lei Maior. Destarte, se a Constituição propusesse a transição para o socialismo, como a portuguesa de 1976 na sua primeira versão, isto seria imposto aos governos posteriores.

A alusão não é arbitrária. Poucos tomam consciência de que essa intenção socializante influiu na Constituinte e deixou, na Carta, traços sutis mas nítidos. Por exemplo, a aparentemente anódina expressão “Estado Democrático de Direito”, que foi cunhada pelo espanhol ELIAS DIAZ como “codinome” para transição para o socialismo.

O reflexo principal do dirigentismo aparecia em 1988 na ordem social prescrita, melhor, programada. Benefícios, direitos, aceitáveis em tese, mas certamente fora dos meios do Estado brasileiro, quiçá da sociedade brasileira no seu estágio de desenvolvimento, eram generosamente distribuídos. Por outro lado, o corporativismo encontrava ampla acolhida, consagrando, para inumeráveis categorias de servidores ou trabalhadores, vantagens ponderáveis.

Isso se ajustava mal com a ordem econômica. Embora, nos primeiros passos da sua elaboração, tenha se pretendido – mal disfarçadamente – o

2 Fórmula hoje renegada por ele, e reiteradamente.

estabelecimento de uma economia dirigida, a reação do chamado Centrão o derrubara. Resultava disso uma proposta ambígua, mormente nos seus princípios, que abria uma porta para a livre iniciativa, todavia mantinha em favor do Estado um amplo espaço monopolístico e não lhe cerceava o intervencionismo. Na verdade, o texto – na ordem econômica e na ordem social – previa o Estado onipresente, talvez onipotente.

Já a ordem política era caracterizada por uma estruturação democrática, com extensão do sufrágio aos jovens de mais de dezesseis (o voto do analfabeto já viera no período militar), a previsão de mecanismos de manifestação popular direta (plebiscito, *referendum*, iniciativa popular). Conservava-se como sistema de governo o presidencialismo – adotado por pequena maioria em substituição ao parlamentarismo proposto pelo Projeto –, mas se procurava fortalecer o Congresso e diminuir o poder do Executivo. Com efeito, eliminava-se a aprovação de projetos de lei pelo “decurso de prazo”, extinguiu-se o decreto-lei (substituído pelas medidas provisórias de vigência – supunha-se – efêmera).

Por outro lado, no plano judicial, ampliou-se o controle judicial da constitucionalidade, estendendo-se a legitimação ativa para as ações diretas. Reforçava-se a fiscalização da administração pública, alargando-se o alcance da ação civil pública, mas, sobretudo, dando-se autonomia e força ao Ministério Público, que se tornava um fiscal não só da lei, mas também da própria moralidade pública.

Enfim, transparecia no texto a convicção ufanista de ser a formulação perfeita dos ideais democráticos, especialmente da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, as limitações materiais ao poder de revisão que enuncia – as “cláusulas pétreas” –, especialmente nos termos genéricos em que foram postas (e na forma como eram – e têm sido – lidas) importavam na imutabilidade da Constituição em tudo o que de importância esta regula.

II – A CONSTITUIÇÃO TAL QUAL APARECE HOJE

4. Hoje, passados dezesseis anos, a Carta é vista, sem dúvida, com outros olhos. Para formar um juízo, basta registrar que muitos dos que mais influíram na sua elaboração já propugnaram por sua “revisão” – modo delicado de reclamar uma “re-escritura” da Carta, com a mudança substancial de suas regras, e isto apesar do muito que já foi ela alterada (quarenta e nove vezes).³

5. Esta freqüente alteração do texto parece demonstrar por si só a inadequação da Constituição em face do País e do momento.

3 Há alguns anos Fernando Henrique Cardoso, mais recentemente Michel Temer, por exemplo.

Certamente, é sintoma significativo de uma inadequação o fato de haver a Constituição, em cerca de dezesseis anos, recebido – repita-se – seis emendas de revisão, mais quarenta e três emendas pelo processo ordinário, e estarem muitas outras em elaboração, como a do Judiciário.

6. A necessidade de freqüente alteração de suas normas era previsível dado o estilo da Carta. É ela – já se acentuou – detalhista, desce a pormenores próprios à legislação ordinária. Por isso qualquer inflexão da política governamental que não coincida com a preferida pelo constituinte em 1988 exige alteração constitucional. Está nisso, aliás, defeito conhecido das constituições analíticas, entre as quais se integram as constituições dirigentes.

7. Ora, a repetida modificação da Constituição – como a da lei – tem por si só um efeito negativo. Tende a depreciá-la, a torná-la algo que não dura o suficiente para ganhar o respeito devido aos cabelos brancos. Numa palavra, a fazê-la algo contingente, algo que se muda quando entrava.

8. Das alterações adotadas, a maior parte visou meramente a aspectos tributários e financeiros, caso das muitas emendas concernentes a tributos e sua repartição.

Com impacto profundo no sistema constitucional propriamente dito, duas merecem menção. A primeira é a Emenda Constitucional nº 16/97, que veio a permitir a reeleição do Presidente da República; a segunda, a Emenda Constitucional nº 32/01, que estabeleceu novo regime para as medidas provisórias.

9. De importância foram também as emendas que tiveram por objetivo atenuar o estatismo do texto. Delas, algumas vieram a reduzir o peso do Estado no domínio econômico, propiciando uma liberalização. É o caso das emendas ditas de “privatização”.

Outras, inspiradas principalmente pelas conseqüências financeiras – os custos – da generosidade do constituinte, vieram a reduzir vantagens e direitos dos servidores públicos, quanto à aposentadoria e pensões, inclusive com a instituição do teto de remuneração, bem como reestruturar a previdência social.

10. Tais modificações, porém, fizeram-se e se têm feito ao preço de batalhas políticas para obter a sua aprovação no Congresso Nacional. Essa aprovação muitas vezes importa em composições, em que grupos de pressão fortes obtêm satisfação em detrimento do interesse geral, ou, pelo menos, da igualdade.

Fica assim mais uma vez demonstrada na prática a inconveniência das constituições detalhistas, que condicionam qualquer mudança de política a uma reforma constitucional.

Na verdade, essas batalhas políticas não excluem batalhas jurídicas perante os tribunais. Nestas últimas, fica nítida a imperfeição de redação do texto, a ambigüidade de suas cláusulas.

III – OS MÉRITOS DA CONSTITUIÇÃO

11. O principal dos méritos da Lei Magna, que talvez a redima dos muitos defeitos, está em haver implantado um regime democrático. Não ficou no papel o sistema democrático que desenhou, mas este realmente se implantou. Os governos, em qualquer nível, vêm do povo, provêm da vontade deste. Coisa diferente é considerar se são bons ou ruins, se atendem aos interesses do povo-soberano ou não, mas são democráticos. Isso se reflete na marginalização dos partidos “revolucionários”, embora estejam eles sendo substituídos pelos “movimentos”.

12. Complete-se o quadro, assinalando, por um lado, a ampla liberdade política de que deu a todos. Nenhum cerceamento atinge o indivíduo na formação e expressão de sua vontade política. Todos os meios necessários a tal liberdade estão abertos – inclusive para os inimigos da democracia – a ponto de ensejar abusos, seja na formação e na atividade de partidos, de grupos de pressão, dos meios de comunicação de massa, bem como no desenvolvimento dos chamados “movimentos” etc.

13. Por outro, o fortalecimento da cidadania. Se não podia ela fazer de todo brasileiro um ativo participante do processo político e governamental – contra isso milita o famoso individualismo denunciado por figuras tão distantes no tempo como Frei Vicente do Salvador e Oliveira Viana –, multiplicou ela os meios de defender o interesse público para os que com ele se preocupam. Estão aí a ação popular, de esfera ampliada, a ação civil pública, a iniciativa popular, a ampliação da legitimidade para a ação direta de inconstitucionalidade, o direito à informação, a ampla liberdade de manifestação, de imprensa etc.

14. Enfim, ao enfatizar os direitos fundamentais, contribuiu decisivamente para criar uma nova consciência – a consciência dos direitos – no seio do povo. É verdade que, em contrapartida, inflacionou esses direitos, muita vez sem lembrar que têm eles por limites os direitos alheios, e esqueceu dos deveres. Embora o Capítulo I do Título II se intitule “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, nele não se vêem deveres, mas incontáveis direitos.

IV – EFEITOS PERVERSOS: A CONCENTRAÇÃO DO PODER NAS MÃOS DO EXECUTIVO

15. Se as decorrências do detalhismo eram facilmente antecipáveis – como o foram por alguns, que remavam contra a corrente –, outras conse-

qüências do arranjo constitucional adotado somente com o tempo se fizeram sentir.

Uma, a concentração do Poder nas mãos do Executivo. Certamente, esta não foi desejada por ninguém, ao contrário, na Constituinte. Nesta Assembléia, aliás, temia-se a inclinação tradicional do Executivo para o autoritarismo e até se procurou fortalecer o Legislativo e o Judiciário em detrimento dele.

Note-se, ademais, que o projeto consagrava o parlamentarismo, o qual contava com apoios significativos, como o do ex-Presidente da República, FERNANDO HENRIQUE CARDOSO. Foi por pressão do ex-Presidente JOSÉ SARNEY que se voltou ao presidencialismo.

Isso provocou amplo descontentamento entre constituintes, a ponto de terem tido a péssima idéia de buscar a desforra num plebiscito, o que foi previsto nas Disposições Transitórias. Tal plebiscito consultava o povo sobre duas alternativas: república ou monarquia, presidencialismo ou parlamentarismo. O resultado foi a manutenção do *status quo*: república e presidencialismo. Mas, se a restauração da monarquia nunca passou do sonho de um punhado de idealistas, a alternativa parlamentarista não poderia ser tão levemente descartada.

Com efeito, o resultado do plebiscito criou um forte empecilho político para a reforma do sistema de governo. Sim, porque, mesmo não tendo o plebiscito senão caráter consultivo, como passar sobre a decisão popular a favor do presidencialismo? Renovando o plebiscito?

16. A concentração do Poder em favor do Executivo tem um primeiro instrumento no amplíssimo poder de intervenção na economia e nas finanças que, provindo de regimes anteriores – desde o Estado Novo, sem dúvida –, não foi desfeito pela Constituição.

Conquanto muito se tenha falado sobre a liberalização da economia que a letra do texto teria operado, na realidade, o comando do Estado – isto é, do Executivo – sobre a economia persiste até hoje. Fatos, como os sucessivos planos econômicos, inclusive com o confisco do Governo Collor, demonstram-no cabalmente, qualquer que seja a tentativa de refutação que se pretenda fazer, argumentando com a exegese do art. 174 da Carta. É verdade que várias dessas proezas vieram a ser corrigidas – e a que custo – pelo Judiciário, mas muito tempo demais.

Ainda que o art. 174, lido com isenção, comande uma economia descentralizada, outros muitos preceitos propiciaram a recepção do direito ordinário anterior – essencialmente intervencionista –, e essas normas é que prevalecem no dia a dia.

17. Outro instrumento são as medidas provisórias com força de lei (art. 62 da Lei Magna). Com efeito, essas se tornaram o modo comum de

legiferação e, como sua edição é da competência do Executivo, propiciam em favor deste o que aterrorizava MONTESQUIEU: a concentração do poder executivo e do poder legislativo nas mesmas mãos. Estaria aí a porta aberta para todos os abusos e, numa palavra, para o despotismo.

Na letra do texto constitucional primitivo, a medida provisória seria uma forma extraordinária – para casos de relevância e urgência – pela qual se editariam normas – provisórias – com força de lei. Normas estas que – está no texto – caducariam em trinta dias, se até lá não fossem convertidas em lei pelo Congresso Nacional. Com a invalidade de todos os atos praticados com base nela se essa medida não merecesse a conversão.

Entretanto, havendo o Supremo Tribunal Federal admitido a possibilidade de reedição – indefinida – de normas não rejeitadas de medidas provisórias não convertidas em lei, bem como havendo ele se recusado a apreciar, de modo geral, as condições de urgência e relevância, tornaram-se essas medidas provisórias a forma comum de legiferação. De uma legiferação expedida pelo Executivo sem controle prévio algum do Legislativo, que era “provisoriamente” renovada por cinqüenta vezes ou mais.

A Emenda Constitucional nº 32/01 quis corrigir o desvio. Tornou, na prática, a medida provisória vigente por sessenta dias, prorrogáveis por mais sessenta, proibiu a reedição na mesma sessão legislativa de medida não aprovada etc. Certamente atenuou os aspectos negativos mais gritantes das medidas provisórias. Entretanto, não desfez o hábito adquirido, o de ser o Presidente da República um legislador, um legislador que edita normas imediatamente eficazes, o que não ocorre com as leis, sempre de demorada tramitação.

18. Deve-se incluir entre os fatores de concentração do Poder em favor do Executivo a possibilidade de reeleição do Presidente da República, fruto da Emenda nº 16/97.

Por força dos vastos poderes do Executivo, mormente dos poderes de atuação econômica, sobretudo do poder econômico da União em face das unidades federativas, o Presidente da República tende a ser – já muitos o disseram – um monarca temporário. Esse caráter temporário certamente se atenua em face da reeleição, mesmo por uma só vez.

A perspectiva de um longo período de permanência de um mesmo homem (ou mulher) no Poder certamente contribui para que a elite política se faça dócil e mesmo subserviente para com ele. Em tal ambiente, enfraquecem-se os freios e contrapesos. Nem se falando no desequilíbrio que introduz na disputa política – num país como o Brasil – a competição entre o candidato à reeleição que tem o poder nas mãos e seus desafiantes.

19. A óbvia contrapartida da concentração do poder em favor do Presidente da República é, evidentemente, o amesquinçamento do Poder Legislativo.

A concentração tende a reduzir o Congresso Nacional a uma tribuna de debates inconseqüentes. Todos sabem que as decisões não serão tomadas em decorrência dos argumentos contrapostos, mas em função de argumentos mais concretos de que o Executivo usará, ou não usará, segundo lhe convenha.

Supre o Congresso este esvaziamento com CPIs. Investiga e investiga para disfarçar a sua impotência. Estas investigações que não vão ao fundo das coisas têm, porém, repercussão nos meios de comunicação de massa, sobretudo na televisão. Esta cobra um preço, contudo, que é comandar o espetáculo. Freqüentemente, as CPIs atendem servilmente aos meios de comunicação de massa, inclusive quando estes as denigrem.

V – A PROLIFERAÇÃO DOS PARTIDOS

20. Outro efeito perverso é a excessiva multiplicação de partidos.

Não faz dúvida que a Constituinte desejou facilitar a criação de partidos e liberar os parlamentares das peias da chamada “fidelidade partidária”. Tratava-se de uma reação, até natural, contra as normas estabelecidas no período militar que visavam a restringir a instituição de partidos – chegaram elas a buscar um bipartidarismo – bem como pretendiam vincular os eleitos ao partido por que se tinham elegido, prevendo a perda do mandato do parlamentar “infiel”.

Mas o quadro que dessa facilitação resultou, certamente foi além da expectativa.

21. A Constituição quis a multiplicidade partidária. Nisto, traduz-se a idéia que cada corrente de idéias deve poder manifestar-se num partido que a exprima, pregue e, quiçá, chegue ao poder em seu nome.

Facilitou, por isso, a criação de partidos, que surgem como meras pessoas jurídicas de direito privado, e tornou pouco difícil que tais entes venham a disputar eleições.

Ademais, manteve como sistema eleitoral para a Câmara dos Deputados, as Assembléias estaduais e Distrital, assim como para as Câmaras Municipais, a representação proporcional que – desde DUVERGER se sabe – contribui naturalmente para a multiplicação de partidos.

Disto resultou, em números, que, por exemplo, nas eleições nacionais de 2002, trinta partidos apresentaram candidatos, e dezenove elegeram deputados federais.

Ora, um número muito grande de partidos leva a um esfarinhamento da opinião pública e da representação popular nas Câmaras. Provoca, num verdadeiro círculo vicioso, a “pequenização” dos partidos – todos os partidos tendem a ser “pequenos” partidos, elegendo frações cada vez menores

em relação ao total da Câmara. Sim, pois os mini ou micropartidos sempre erodem a base dos que, sem eles, seriam grandes. Isto comprova-se pelo fato de que os maiores partidos brasileiros não detêm senão 20% das cadeiras na Câmara dos Deputados.

22. O quadro se agrava, porque nenhum óbice real existe para que o eleito abandone o partido pelo qual se elegeu, ou vote contra o seu programa e diretrizes nas deliberações parlamentares.

Tal fato muito contribui para um processo político em que as idéias pouco importam, os candidatos são tudo. E é convictos disto que os eleitos, hoje pela esquerda, amanhã postulam votos pela direita, e vice-versa. Os partidos são uma “camisa”, exigida pela lei, para a disputa da eleição que se troca sem hesitação em face de uma nova conjuntura.

23. Resultado disto: o Brasil tem muitos partidos, mas, na verdade, não tem partidos. Tem facções eleitorais transitórias. Quem sabe terá sido inventada uma democracia sem partidos?

24. Claro que isto repercute sobre a governabilidade. Realmente, dificulta a estabilização de maioria parlamentar que, controlando as Câmaras, tenha uma atitude nítida quanto aos planos do Executivo.

O sistema presidencial – é certo – não postula haver necessariamente uma maioria definida a dar apoio ao gabinete, que exerce o Poder Executivo. Entretanto, necessário é convir que, num Estado de Direito, no mundo atual, a ação política exige um mínimo de coordenação entre esses poderes. Afinal, nesse tipo de Estado, o Executivo não pode atuar senão de acordo com a lei, que ele não aprova.

Por isso, pode-se dizer que, na realidade brasileira, a pulverização e a indisciplina partidárias fragilizam a separação dos poderes. Sim, porque dificultando a definição de maiorias pró ou contra os projetos do Governo, dão pretexto à concentração do poder via medidas provisórias que de excepcionais se tornaram ordinárias. E são fonte de corrupção, pelas barganhas que tal situação propicia.

VI – A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

25. Um nítido efeito inesperado, e perverso, da Constituição foi a hoje reconhecida politização que penetrou o cerne do Judiciário.

Trata-se de um exemplo típico de efeito perverso.

A Constituição ampliou o controle judicial sobre a administração pública. Fê-lo não só quanto aos meios pelo qual este controle é desencadeado, o que já se apontou, mas também quanto ao seu alcance. Antes de 1988, o controle era estritamente de legalidade, não alcançava o mérito da ação administrativa, quer dizer, sua conveniência e oportunidade. A Lei Magna

tornou obrigatórios, e, portanto, judicialmente imponíveis, os princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e até eficiência. Ora, pela concretização destes⁴ – que como princípios são de conteúdo naturalmente vago – o juiz decide da oportunidade e da conveniência. Isto o “politiza”, para o bem como para o mal, pois o torna responsável pela ação administrativa aos olhos do público.

26. Contribui em muito para esta politização o papel confiado pela Constituição ao Ministério Público.

A Lei Magna lhe deu autonomia, mas não ficou nisto. Ela lhe acrescentou à função de *custos legis*, a função de *ombudsman* e, sobretudo, a de fiscal da administração. Este último aspecto ao retraçar as lindes da ação civil pública.

Assim, enquanto no passado o Ministério Público, dependente do Executivo, “trabalhava” para este, ajudando a justificar seus atos contestados, hoje praticamente ocorre o inverso. É ele hoje autônomo e, no exercício dessa função de fiscalização, o mais forte e poderoso crítico da administração. Como sua atuação leva sempre à demanda de providência judicial, ao juiz se acaba por imputar a sanção ao procedimento do administrador.

Acrescente-se uma nota sociopolítica. O controle pelo Ministério Público sobre a administração prepondera sobre o controle parlamentar, ninguém o negará, mas se trata de uma fiscalização sem legitimação democrática. O Ministério Público, realmente, não é eleito. Como ao magistrado, a seus membros se aplicam critérios de seleção e progressão na carreira de índole aristocrática (no sentido original do termo).⁵ Em face disto e da politização da própria magistratura, não teria a Constituição real do país incorporado um elemento “classista” – o controle como direito da classe média instruída e bem pensante, a que pertencem não só os membros do Ministério Público como os do próprio Judiciário?

Será que estamos diante de uma nova fórmula de governo misto?

27. Além de acentuar o controle judicial da administração, já mencionado, a Constituição veio ampliar o papel do sistema concentrado de controle de constitucionalidade. Isto se deu pela ampliação da titularidade da ação direta de inconstitucionalidade, mas também pela instituição de outras ações, como a de inconstitucionalidade por omissão (sem maior consequência), e pela instituição da ação direta de constitucionalidade (pela Emenda nº 3/93).

4 E pelas doutrinas da moda quem concretiza decide sobre o conteúdo da norma, de modo que...

5 Pela sua origem social e pela sua mentalidade, o Ministério Público aparece politicamente como uma representação classista da classe média, instruída e bem pensante.

Ora, o controle concentrado põe em causa frontalmente leis e atos normativos do governo. E com uma circunstância politicamente relevante, pouquíssimo tempo depois de sua edição, de modo a constituir o juízo de inconstitucionalidade uma nítida reprovação da ação governamental.

Ademais, sempre é preciso ter em mente que este controle se opera a partir de uma Constituição detalhista, analítica (e, diga-se, mal redigida), que consagra limites materiais ao poder constituinte derivado, as famosas “cláusulas pétreas”, de contornos mal definidos.

Mais, por descer esta Carta ao campo dos pormenores, toda mudança de política acaba por tornar-se uma questão constitucional e, mais, exigir uma alteração – uma Emenda – da Constituição. Claro está que isto aumenta os litígios que o Judiciário tem de dirimir. Pior, multiplica os atritos entre o Judiciário, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, e o Executivo, que edita a medida provisória ou sanciona uma lei, de cujo projeto freqüentemente é o autor, e o Legislativo, que adotou o projeto ou converteu em lei a medida provisória, como já se apontou. E dessa litigiosidade não escapam as próprias emendas constitucionais.

Para piorar, a Constituinte teve o mau vizo de, cada vez que antagonismos de superação difícil surgiam – mormente na ordem econômica ou social – buscar fórmulas conciliatórias ambíguas. Estas resolviam, na hora, o problema político, mas deixavam para o futuro, para o juiz, o problema de definir o conteúdo e o alcance da norma. Ou então, sempre para fugir à decisão conflituosa, tornavam a regra dependente de regulamentação posterior – que normalmente até hoje não veio – frustrando expectativas e gerando litígios (p. ex., juros máximos de 12% ao ano, prescrição revogada apenas em 2003).

E isto nos antagonismos de superação difícil. Quantas bombas de retardamento foram assim legadas ao Judiciário!

28. Some-se a isto o fato de que os conflitos políticos – como os que ocorrem no andamento dos trabalhos parlamentares – podem tornar-se questões judiciais. Não permite a Constituição o *judicial restraint* da Suprema Corte americana que lhe permite evitar as questões preponderantemente políticas.

Resulta isto de uma interpretação ampla do que seja “lesão de direito individual”, que, por força de norma constitucional, não pode ser subtraída à apreciação do Judiciário. Assim, freqüentemente se vêem mandados de segurança contra atos *interna corporis* do Congresso etc., com a conseqüência de ter o juiz de mediar litígios essencialmente políticos, sem a possibilidade de recorrer aos meios essencialmente políticos: a negociação, a composição de interesses, a conciliação etc.

Para nem se falar no fato de que o processo eleitoral é presidido pelos magistrados. Isto tem um lado evidentemente positivo, mas não deixa de

trazer-lhes a apreciação de questões delicadíssimas, como abuso de poder econômico, o controle dos programas de rádio ou televisão de propaganda partidária, direito de resposta etc.

29. Não é surpreendente, em face do exposto, que tenha havido, por um lado, uma sobrecarga de questões de nítido reflexo político postas perante os juízes e tribunais (o que indiretamente contribui para retardar a prestação da justiça), mas diretamente leva à politização da justiça. Quer dizer, serem as decisões judiciais analisadas como atos políticos e os juízes apresentados como motivados por inclinações ou desígnios políticos.

Insista-se no caso mais saliente, o do Supremo Tribunal Federal. Chamado diuturnamente a decidir questões políticas, este é visto como um Tribunal político. E o modo por que se opera a seleção de seus ministros não desfaz a impressão.

As decisões da Suprema Corte são encaradas politicamente. Simplisticamente, ou servem ao governo, ou servem à oposição. Em ambos os casos, são contestadas, denunciadas, criticadas, vilipendiadas, não apenas nos corredores do foro, mas pela imprensa, rádio e televisão.

Certamente, a atual crise do Judiciário – postos de lado os pecados de seus membros que, sendo humanos, não são santos – tem muito a ver com essa politização indesejável.

VII – A CENTRALIZAÇÃO NA FEDERAÇÃO

30. Dentre os pecados da Constituição, este nada tem de original: consiste na repetição de erros anteriores, mas com agravamento.

Certamente, o Brasil, dada a diversidade de suas regiões, a sua grande extensão territorial, e até certa diversidade de culturas, reclama uma estruturação federalista. Não estavam equivocados os que, no Império, como RUI BARBOSA, por isso batalharam.

Entretanto, a disparidade de condições entre essas regiões, os grandes desníveis de desenvolvimento e a má distribuição da riqueza exigem que seja assimétrico esse federalismo, não como o é, fundamentalmente simétrico. Conseqüência desta simetria elevada a princípio constitucional, a distribuição de competências entre os Estados é absolutamente igualitária. Disto resulta que, ou como em 1891, o modelo é o Estado mais desenvolvido, recebendo os menos desenvolvidos competências que não têm condição de bem desempenhar, já que os seus tributos, por falta de base econômica, não geram os recursos necessários, ou como hoje, o modelo é o menos desenvolvido, ficando peados os mais desenvolvidos.

Esta última opção é a da Constituição. Ela abre terreno amplíssimo para a centralização. De fato, a União é que assume competências que não

deveria assumir, porque os Estados menos desenvolvidos não as poderiam bem exercer, mas as assume em toda parte, mesmo em relação aos Estados desenvolvidos. Isto em nome do princípio de simetria.

Além disto, ela sustenta Estados, inclusive os seus Poderes políticos, que não teriam recursos para sê-lo, dado o seu baixo nível de desenvolvimento. Afinal, na Constituição de 1946, por exemplo, esperava-se que o Território alcançasse a renda do Estado mais pobre para assumir tal dignidade.

31. Sem dúvida, depois de 1930, a hegemonia da União é tão pronunciada que desfigura a federação brasileira. Atualmente, sob a Lei Magna de 1988, raro é o Estado que não esteja subjugado ao Poder central.

Assim, a federação se torna fictícia, impera o centralismo, renovando-se os defeitos que, sob a Lei Magna de 1824, fizeram vicejar a reivindicação federalista.

Ela não advém, apenas, da referida divisão de competências, mas se reforça com a repartição de fontes tributárias. Esta deixa a parte maior nas mãos do Poder central, além de fazê-lo árbitro de uma redistribuição em favor dos menos ricos, redistribuição que lhes sacrifica *de facto* a autonomia.

Mais poder assim se concentra em Brasília e, sobretudo, nas mãos do Executivo “monárquico”.

E fato a registrar: já se vê, no meio tecnocrático, quem sonhe com o restabelecimento do Estado unitário, ainda que descentralizado.

32. Curioso, porém, é que a simetria não se estende aos critérios de repartição de cadeiras na Câmara dos Deputados entre os Estados.

Esta prejudica os Estados mais populosos – pois nenhum pode eleger mais que 70 deputados – em benefício dos menos populosos, que no mínimo escolhem 8 deputados. Ora, entre a população dos menos habitados e a dos mais habitados há muito mais que 8,5 vezes. Está nisto flagrante desigualdade.

No fundo da questão, porém, está a opção por deixar a maioria da Câmara dos Deputados nas mãos dos eleitos pela metade menos desenvolvida, teoricamente mais controlável, do país.

VIII – A PROLIFERAÇÃO DE MUNICÍPIOS

33. Enfim, por força do *lobby* municipalista, a Constituição em vigor tornou o Município um mini-Estado – consagrou o que tecnicamente se chama de federalismo de segundo grau. Não só lhe reconheceu a autonomia, como é tradicional, mas deu-lhe até o poder de auto-organização em termos muito próximos do atribuído aos Estados.

Esta exageração agradou aos políticos locais que aperceberam os altos vãos que isso lhes propiciaria. Daí a multiplicação de municípios, não raro criados para satisfazer a ambições, sem qualquer condição de vida própria.

Não seria esse fenômeno daninho – o espírito de autonomia local é até merecedor de aplausos – se não acarretasse o correspondente aumento de despesas com órgãos políticos e administrativos, onerando a já mui onerada sociedade brasileira.

Para coibi-lo foi necessária uma Emenda Constitucional (15/1996) – tecnicamente uma centralização – para condicionar a criação de municípios, na prática vinculando-a a alguns critérios federais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

34. Deflui deste balanço que se procurou fazer com prudência, um juízo mitigado da Constituição de 1988.

Se tem ela méritos importantes – a implantação da democracia, da liberdade política, do espírito de cidadania, de apego aos direitos fundamentais – isto não ocorreu sem deméritos graves – a concentração do Poder em mãos do Executivo, a fragilização do Legislativo, a pulverização do sistema partidário, a politização do Judiciário, a centralização do federalismo, a proliferação municipalista, afora o seu estatismo e o seu assistencialismo corporativista.

O balanço, afinal, é positivo ou negativo?

Isto é questão de opinião, que cada um responderá por si.