

A CONSTITUIÇÃO E A ESTRUTURA DE PODERES*

José AFONSO DA SILVA

SUMARIO: I. *O sentido da Constituição de 1988.* II. *A organização do poder.* III. *O sistema representativo.* IV. *O sistema eleitoral.* V. *Votação distrital e eleição proporcional.* VI. *O sistema de governo.* VII. *O funcionamento do Estado.* VIII. *As reformas e o sentido da Constituição.* IX. *Conclusão.*

I. O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. A Constituição de 1988 instituiu uma nova idéia de Direito e uma nova concepção de Estado (*o Estado democrático de direito*), que se fundamentam em princípios e valores que incorporam um componente de transformação da situação existente, que as elites não aceitam e repudiam. Esse conteúdo ideológico de transformações sociais provoca ataques e críticas que assumiram uma dimensão política total, na medida em que aparece como o resultado da negação prévia de toda a concepção que lhe serve de fundamento.

2. Mais de uma vez tenho dito que a Constituição de 1988 não é a Constituição ideal de nenhum grupo nacional. Mas o é ainda menos para as chamadas classes superiores, que sabem que a sua eficaz aplicação importa em retirar-lhes privilégios em benefício da população excluída. Ela muda o eixo do constitucionalismo brasileiro com inovações de relevante importância voltadas para a realização de uma democracia preocupada com o destino do povo, para tanto seja cumprida, aplicada e realizada, pois uma coisa são as promessas normativas, outra a realidade.

* Este texto, em homenagem ao meu querido amigo, doctor Diego Valadés, é uma versão desse tema recorrente que é o do valor, eficácia e funcionamento da Constituição de 1988, que foi objeto de diversas palestras que proferi em homenagem a seus aniversários.

3. Aqui é que se situa a questão. Até que ponto se tem realizado. Por certo que quinze anos de uma Constituição é tempo razoável para o seu julgamento e para dizer se ela está ou não sendo eficaz, mormente se levarmos em conta que a história constitucional do País revela que nossas constituições têm vida curta e geralmente atormentada.

4. Fatores de variada natureza, contudo, interferem com a eficaz vigência da Constituição de 1988. Talvez se possa dizer, como resumo de tudo, que a sua parte velha embaraça a aplicação da parte nova. Ela deixou praticamente intacta a estrutura de poderes. Enfim não concluiu a reforma do Estado. Esse aspecto merece alguma consideração, porque o exame dos quinze anos de vigência da Constituição deve ter a finalidade de suscitar reflexões para que interpretação construtiva lhe corrija os defeitos e a aperfeiçoem.

II. A ORGANIZAÇÃO DO PODER

5. Ela falhou na organização do poder. Um dos arraigados elementos da cultura política brasileira consiste na primazia do Poder Executivo e na tradicional desconfiança no Poder Legislativo. Larga camada do povo mais carente acalenta a cultura paternalista, que vem do coronelismo, e espera do Chefe do Poder Executivo, em todos os níveis de governo, a solução de seus problemas e dificuldades pessoais. Daí decorre um presidencialismo monárquico e personalista, que, não raro, tende a governar por cima dos demais Poderes. Esse centralismo presidencial assumiu feições exacerbadas no regime militar, em detrimento de um equilíbrio mais eficaz com os Poderes Legislativo e Judiciário.¹

6. Aspásia Camargo lembra que, durante o regime militar, a tendência crônica, já secular, do neo-patrimonialismo não só coexistiu pacificamente com o clientelismo mas até

...exacerbou-se, tendo em vista a decisão estratégica de manter o Congresso inoperante, mas em funcionamento, ao lado de um Poder Executivo (com exceções das prefeituras menores) nomeado pelo poder militar. Sendo o Congresso a única arena competitiva e, além do mais, vital para garantir legitimidade formal a certas decisões políticas de cunho autoritário,

¹ Sobre isso, *cf.* Camargo, Aspásia, “As dimensões da crise”, em Camargo, Aspásia e Diniz, Eli (Orgs.), *Continuidade e mudança no Brasil da Nova República*, São Paulo, Vértice, 1989, p. 29.

a tendência natural foi a de negociar, manter e até exacerbar a mediação clientelística da classe política, favorecendo o fluxo de distribuição de benesses em favor de elites regionais influentes através do acesso fácil à contratação para postos públicos.²

7. Essa foi a situação que a Constituinte encontrou. Desde logo, conscientizou-se de que uma de suas tarefas importantes seria reformar o sistema de poder. Ninguém se iludia, pretendendo instituir um Executivo fraco. Se não se estava construindo um “Estado mínimo”, segundo o figurino liberal, mas se da Constituição sairia um Estado forte, por certo que um tal Estado requereria um Executivo forte, embora sujeito a freios que o contivessem nos limites da legalidade constitucional. Não se aceitou a posição de que o Estado forte seja incompatível com a modernidade; antes compreendeu-se que a modernização brasileira não prescinde do Estado. O equilíbrio de poderes não estará no enfraquecimento do Executivo, retirando dele o que só a ele deve corresponder. Estará no aparelhamento do Legislativo para o exercício de suas funções com eficiência e presteza.

8. Já se sabe a esta altura que a Constituição de 1988 não conseguiu realizar o equilíbrio de poderes, porque a hegemonia do Poder Executivo é notória. É certo que o Poder Legislativo foi prestigiado pelo novo texto constitucional. De fato, o Congresso Nacional foi sendo plasmado, durante o processo constituinte, para exercer as funções de Parlamento num sistema parlamentarista de governo, que também foi sendo construído durante a elaboração constitucional. No final, contudo, por diversos tipos de pressão do Presidente da República e de Governadores de Estado, foi aprovada uma emenda presidencialista, mal adaptada ao texto já aprovado, sem os ajustamentos necessários, pelo que certos instrumentos, aceitáveis e convenientes num sistema parlamentarista, acabaram perdurando, de sorte a dar ao Executivo presidencialista mais poderes. O exemplo característico disso se tem nas famigeradas *medidas provisórias*.

III. O SISTEMA REPRESENTATIVO

9. Reflitamos um pouco sobre o funcionamento do Poder Legislativo. Para tanto é necessário dizer algo sobre a *questão da representação no Brasil*. O duplo centralismo do regime militar gerou distorções no fun-

² *Ibidem*, p. 29.

cionamento do Congresso Nacional. Por um lado, o Poder Executivo centralizava a formulação e as decisões da política nacional. O Congresso Nacional foi posto à margem desse processo. De outro lado, o centralismo financeiros da União, em detrimento de Estados e Municípios, criava uma dependência econômico-financeira destes àquela.

10. A conseqüência disso, como observou certa vez Nelson Jobim, é que Estados e Municípios se deram conta de que não havia necessidade de mandar para o Congresso Nacional formuladores de política nacional. Não havia necessidade alguma de se ter lá gente que pudesse ter visão nacional. Precisavam ter lá gente competente para negociar com Ministros de Estado as transferências de recursos para seus Estados e Municípios, que foi a base do modelo. A partir daí, modelou-se o parlamentar de representação federal como agente de interesses regionais e isto era condição de sua reeleição. O importante era conseguir dinheiro para a construção de pontes, de estádio de futebol, para asfaltamento de estrada, não a formulação de política nacional, de interesse geral. Se ele não tinha esse perfil, não se reelegeria, porque não contaria com o apoio do Governador e de Prefeitos. O âmbito e o universo de trabalho do parlamentar não eram o plenário do Congresso Nacional, mas a ante-sala dos Ministérios: é ali que ele desempenhava a função para a qual foi eleito: *agenciar interesses regionais*. Assim, como o parlamentar não estava no plenário, tornou-se necessário criar um mecanismo que possibilitasse o funcionamento das Casas do Congresso. Daí o *voto de liderança*, modo de decisão em que os líderes partidários decidem por suas bancadas, como se estas estivessem presentes e votando. A falta de *quorum*, para votação da matéria, tão criticada pela imprensa, decorre desse fenômeno.³

11. A Constituição de 1988 modificou esse panorama, porque elevou o Congresso Nacional à condição de partícipe relevante do processo de tomada de decisões nacionais, especialmente porque fora modelado para o exercício das funções de Parlamento num sistema parlamentaristas. Por outro lado, a nova discriminação de rendas tributárias entre as unidades federativas fortaleceu as finanças estaduais e municipais, o que não mais seria necessário negociação parlamentar de transferência de recursos. Não é certo, contudo, que isso, por si, importe em romper com a cultura política de representação regionalizada, que, embora exacerbada no regime militar,

³ Cf. Jobim, Nelson, “Os partidos políticos e a modernização política nacional”, em *Fórum Nacional*, *ob. cit.*, pp. 229 e ss.

tem raízes mais remotas. Mas o Congresso, após a Constituição, não assumiu o papel que ela lhe reservou, especialmente porque a má qualidade da representação gerada no regime militar perdura. Por isso, o Poder Legislativo continua suscetível ao poder centralizador do Presidente da República, como temos visto com o desenvolvimento de um processo de reformas constitucionais, dominadas por ele, numa concepção estranha que busca subordinar o sistema constitucional a serviço do detentor do Poder. Assim, cada Presidente acabará querendo mudar a Constituição ao seu talante, sob a suave aceitação de um Congresso dócil. O sistema de negociação se transformou em sistema de corrupção. Verdade que as instituições democráticas a vêm combatendo com denúncias, investigações e inquéritos. E é aí que se revela a importância das instituições parlamentares, com todos os seus defeitos: assegurar o debate, a crítica, a denúncia, a investigação que propiciam o aperfeiçoamento das práticas políticas.

Na verdade, o Congresso mantém uma estrutura e um modo de ser arcaicos, plasmados ainda no século XIX, em sintonia com o Estado liberal, para o exercício de funções puramente formais. Não renovou suas práticas para o exercício das funções de um Estado moderno, atuante e dinâmico. Por isso não tem respondido à exigências de uma Constituição voltada para o futuro.

IV. O SISTEMA ELEITORAL

12. Aí entra a questão do *sistema eleitoral*. Sobre isso, cumpre observar que a Constituição manteve o sistema eleitoral de representação proporcional (art. 45), que, na experiência brasileira, tem tido um efeito peculiar, diverso da sua característica de sistema que busca a representação de todas as correntes de opinião. O sistema tem tido um efeito corporativo, que distorce inteiramente sua finalidade. Assim é que corporações religiosas, profissionais, culturais ou de defesa de interesses específicos fazem inscrever, nos vários partidos políticos, candidatos comprometidos com seus interesses, e lutam por sua eleição, em detrimento da representação partidária de interesses da coletividade como um todo.⁴ A propósito, Luís Virgílio Afonso da Silva observa com inteira propriedade:

⁴ Cf. Afonso da Silva, José, “Representación proporcional: efectos corporativos en Brasil”, em Coniecki, Dieter (ed.), *Sistemas electorales y representación política en Latinoamérica*, Madrid, Fundación Friedrich Ebert, p. 371.

A fragilidade de nosso quadro partidário provoca outro fenômeno cada vez mais corriqueiro em nossa representação política. Já vimos acima que a representação política deve ser uma representação partidária, como a própria Constituição preceitua (art. 14, §3, V). Mas a inexistência de uma coesão partidária acabou gerando uma coesão suprapartidária de caráter corporativo. Não é difícil perceber uma nítida tendência à formação de bancadas, compostas por deputados de diversos partidos, com o intuito de defender opiniões de seu grupo profissional ou religioso. E isso não é uma tendência acobertada, pois os próprios membros dessa nova modalidade de bancada parlamentar não vêem problemas em se identificar como membros de bancada evangélica, de bancada ruralista etc.

É preciso deixar claro que o que aqui se aponta como problema não é a simples existência de deputados oriundos de diversos setores da sociedade e que, por isso, tendam, em várias circunstâncias, a votar em favor de sua classe. Isso é normal. O problema reside no incentivo à consolidação de grupos de deputados que, independente dos partidos a que pertençam e, conseqüentemente, do programa partidário que deveriam defender, pautam suas decisões apenas e tão somente por princípios corporativos, o que colabora ainda mais para perpetuar o caótico quadro parlamentar brasileiro.⁵

13. Quer dizer, o sistema de representação proporcional está assumindo, cada vez mais entre nós, as características de uma representação de interesse, de feição corporativa. Por essas e outras razões, é que se esperava que um processo de mudança constitucional começasse pela reforma política, em especial por uma profunda reflexão sobre o sistema representativo que informa nossa democracia representativa, porque os desvios indicados estão transformando-a num regime de representação de interesses corporativos. A modernização do Estado brasileiro passa também por aí. A tendência é a de adotar o sistema distrital misto de tipo alemão, mas corre-se o risco de se acumularem nele os defeitos do sistema distrital e dos sistema de representação proporcional. O sistema distrital puro afasta os defeitos apontados acima, reduzirá o volume despropositado de candidatos, por não possibilitar a aventura fácil, mas tem os seus próprios defeitos. Enfim, é necessário empreender um amplo debate

⁵ Cf. *Sistemas eleitorais, tipos, efeitos jurídicos-políticos e aplicação ao caso brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 1999, pp. 166 e 167, citando Afonso da Silva, José, *ob. cit.*, p. 371.

sobre essa questão crucial para a democracia e para o funcionamento do Estado. Afastar pura e simplesmente o sistema de representação proporcional significa afastar um instrumento importante para a consecução de uma democracia social, porque esse sistema é o único que possibilita a democratização da representação parlamentar, com a eleição de representantes mais afinados com os interesses populares. O que é preciso é corrigir-lhe os defeitos, inclusive a da desproporção da representação dos Estados. Luís Virgílio Afonso da Silva dá sua contribuição a esse debate, em termos que merece reflexão pelo que me permito transcrever aqui suas conclusões a respeito. Depois de sintetizar os principais problemas causados pelas peculiaridades de nosso sistema, apresenta ele as soluções que entende apropriadas, quais sejam:

(a) adoção de listas bloqueadas, com a ordem dos candidatos previamente definida por votação na convenção partidária. (b) estabelecimento de uma circunscrição nacional única, para que não haja mais sobre-representação de alguns Estados às custas de outros; (c) vedação das coligações partidárias.⁶

Há certamente duas dificuldades a considerar na proposta do autor citado. Uma é que a adoção de listas bloqueadas segundo a ordem dos candidatos previamente definidas por votação na convenção partidária, para ser correta e democrática, requer profundas transformações na estrutura partidária; sabe-se que as convenções são órgãos formados por delegados escolhidos um pouco de cima para baixo, na mais das vezes por indicação irrefutável de donos de partido ou, no mínimo, por lideranças expressivas que, por esse sistema, exerce forte domínio sobre o partido; talvez se possa escolher os candidatos não por votação das convenções, mas por votação de todos os filiados do partido e a ordem de votação definiria a ordem dos candidatos na lista; é certo que, no sistema alemão, em relação à metade a ser eleita pelo sistema proporcional, se costuma encabeçar a lista com nomes de grande expressão política, exatamente para puxar a votação em favor dos candidatos do partido. Outra dificuldade é a representação nacional única, porque, além de sua complexidade, dada a extensão do território nacional e a desigualdade de condições geográficas e demográficas, há ainda o risco de Estados

⁶ Cf. *ob. cit.*, p. 181, conclusões 14 e 15.

mais populosos e mais ricos dominarem a representação parlamentar. Se a representação nacional pode ser uma idéia sedutora, é necessário verificar como viabilizá-la sem criar outros problemas não menos graves, sobretudo porque pode ser ruim para populações mais pobres. Não quero fechar esse tópico sem lembrar proposta que fiz no trabalho há pouco citado de sistema proporcional de votação distrital de que o espaço aqui não permite pormenores.

24. Quero reafirmar nesta oportunidade manifestação que fiz num velho texto de 1980:

...o sistema de representação proporcional é o único sistema eleitoral capaz de instrumentar a formação de um regime democrático autêntico em oposição a sistemas oligárquicos dominantes; a experiência brasileira dos anos recentes demonstra isso com veemência impressionante, a ponto de os teóricos do sistema de dominação vigente [ou seja, do regime militar] ficarem alertados e passarem a postular a aplicação do sistema majoritário por distritos eleitorais, com o que se tornar possível o controle a nível eleitoral da representação partidária e, portanto, da efetiva representatividade dos partidos e, assim, da participação popular, de base, no processo político e na organização do poder governamental.

De fato, o sistema de representação proporcional é que possibilitou a sobrevivência das oposições concentradas no MDB e até a sua expansão. O sistema distrital não o possibilitaria.

25. No entanto, o meu apego ao sistema de representação proporcional não exclui minha convicção de que ele precisa de profunda reformulação, pela adoção, não de sistema estrangeiro, mas da criação de algo novo, capaz de manter o sistema em sua essência com a eliminação dos seus defeitos.

Há diversas propostas no sentido da mudança do sistema eleitoral.

26. Uma é a da *representação proporcional a nível nacional*, mediante a formação do quociente eleitoral pela soma do total dos votos obtidos nos diferentes Estados, como propõe Osny Duarte Pereira:

Se os Partidos são nacionais... para que não fosse falseada e nem diminuída a representatividade democrática, como ocorre atualmente, a contagem de votos recebidos em diferentes Estados, qualquer que fosse o seu número, deveria ser creditada à legenda nacional do Partido. O número de seus

representantes contar-se-ia pelo total dos votos obtidos em todos os Estados. Isto seria real democracia.⁷

A proposta de Virgílio Afonso da Silva vai na mesma direção, nos termos seguintes:

A proposta a ser feita neste trabalho é também pouco ortodoxa, porquanto rompe com a ligação entre circunscrição e unidades federativas, mas além disso, aponta firmemente na direção de uma proporcionalidade real. A solução definitiva para o problema do *malapportionment* é a definição de todo o território nacional como apenas uma circunscrição, a chamada circunscrição nacional única, adotada nos Países Baixos e em Israel. É fora de dúvida que esse tipo de circunscrição é o que maior proporcionalidade garante, além de evitar o *gerrymandering*.⁸

Se fosse adotado tal sistema, a sistemática da representação proporcional sofreria aí profunda alteração e um princípio federativo —o da representação por Estado em função da respectiva população— cederia lugar a uma consideração unitária do território nacional para fins eleitorais.

27. Bastante diferente, e também diverso do alemão, é o sistema misto proposto no Anteprojeto de Constituição da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (dita Comissão Afonso Arinos). Aí se diz no seu art.169 que o sistema eleitoral será misto, elegendo-se metade da representação pelo critério majoritário, em distritos uninominais, concorrendo um candidato por partido, e metade através de listas partidárias. A soma dos votos obtidos, em todos os distritos, pelos candidatos de cada partido servirá de base para a distribuição das cadeiras, de modo a assegurar, quando possível, a representação proporcional das legendas. Os votos que cada partido obtiver, em cada distrito por seu candidato majoritário, é que são somados para formar o quociente eleitoral e o quociente partidário e assim designar os eleitos pelas listas partidárias. Não ficou expresso quem seria considerado eleito em cada lista até completar o quociente partidário. Reservou-se à lei complementar definir esse aspecto do sistema, mas parece implícito que deverão reputar-se eleitos os candidatos classificados na lista partidária em face da votação que tenham tido

⁷ Cf. Duarte Pereira, Osny, *Constituinte: Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1987, p. 40.

⁸ Cf. *ob. cit.*, pp. 172 e 173.

dos filiados para sua inscrição nela. Devemos reconhecer que o sistema elimina um grave inconveniente da representação proporcional, qual seja a guerra entre correligionários na disputa pelos votos eleitorais. Bolívar Lamounier, que propôs o sistema, ponderou, que, ao contrário, ele iria fazer com que todos os candidatos do mesmo partido trabalhassem harmonicamente no sentido da vitória do candidato pelo critério majoritário, porque, quanto mais votos obtivesse, mais eleitos faria na lista. Isso é certo apenas em relação aos candidatos bem colocados na lista partidária, não, porém, quanto aos candidatos mal colocados nas listas, porque, por não terem oportunidade de eleger-se, por certo, não se empenhariam na luta eleitoral.

28. Outra proposta que está em discussão é exatamente a do chamado *voto de legenda* ou *voto de lista*. Há três formas de listas partidárias: a) *lista aberta*, em que se permite ao eleitor reordenar a ordem dos candidatos, como lhe é facultado escolher diversos candidatos; b) *lista fechada e não-hierarquizada*, que não contém uma ordem definida de candidatos e o eleitor pode votar num dos candidatos de sua escolha ou votar apenas na lista (voto de legenda); c) *lista bloqueada e hierarquizada*, é uma lista fechada, com todos os candidatos do partido em uma ordem previamente definida na convenção partidária; o eleitor não pode modificá-la, por meio de votação nominal, porque só lhe cabe votar na lista como um todo (voto de legenda), considerando-se eleitos os candidatos na ordem estabelecida até onde alcançar o quociente partidário.⁹ Esta é a forma que está em discussão no Congresso Nacional. A questão é precisamente a da formação da lista, que, no sistema vigente, é da competência das convenções partidárias que ainda têm que respeitar a regra de que os exercentes de mandatos terão lugar reservado na lista. O sistema só seria democrático se a lista e a ordem dos candidatos nela inseridos decorrem de eleições dos filiados ao partido, no mínimo. Demais, a cultura política brasileira é muito nominalista, de modo que não é fácil o eleitor se conformar em votar em algo que, para ele, se revela uma abstração: a legenda partidária. Se, além disso, se adotar, como também se propõe, o voto facultativo, por certo que vamos ter enorme abstenção, pela ausência dos eleitores, o que será grave prejuízo à representatividade, por mais que o sistema possa fortalecer os partidos políticos.

⁹ Cf. pormenores em Afonso da Silva, Virgílio, *ob. cit.*, pp. 45 e ss.

V. VOTAÇÃO DISTRITAL E ELEIÇÃO PROPORCIONAL

29. Não me parece que essas propostas sejam satisfatórias. Por isso, vou me permitir apresentar proposta diferente, retomando idéias de um velho *Projeto de Edgar Costa* (então Ministro do Supremo Tribunal Federal), para construir um sistema de representação proporcional nosso, capaz de solucionar os problemas que o sistema vigente tem gerado, observando que o sistema aqui proposto pode ser implementado por lei, sem necessidade de mudança constitucional.

Como se trata de representação proporcional, tal como previsto no art. 45 da Constituição, podemos aproveitar um de seus elementos que é o da apresentação de candidatos em número superior ao das cadeiras a serem preenchidas. A regra está no art. 10 da Lei 9.504/1997, segundo o qual *cada partido poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa, Assembléias Legislativas e Câmara Municipais, até cento e cinquenta por cento do número de lugares a preencher e, no caso de unidade da federação em que o número de lugares a preencher for abaixo de vinte, até o dobro dos lugares.*

30. Digamos que cada Estado seja dividido em tantos distritos quanto for o triplo de sua representação na Câmara dos Deputados. Isso significa que vamos ter candidatos em cada partido na quantidade de três vezes mais ao número de lugares na Câmara dos Deputados. Esses mesmos distritos serão usados para a eleição para a Assembléia Legislativa do Estado. Nos Estados cuja representação na Câmara dos Deputados seja de até doze representantes, também o número de candidatos corresponderá ao triplo dos lugares a serem preenchidos na respectiva Assembléia Legislativa. Em outros, o número será, no mínimo, mais que o dobro. Assim, a representação de São Paulo, na Câmara dos Deputados, é de setenta lugares, setenta Deputados; no sistema proposto, será, portanto, dividido em duzentos e dez (210) distritos, nos quais os candidatos dos partidos disputarão os votos dos eleitores.

A homogeneidade dos distritos neste sistema também é conveniente, mas não é uma exigência tão rigorosa como no sistema majoritário. O maior número de distritos favorece a busca da homogeneidade e gera distritos menores que propiciarão eleições menos custosas, de modo que candidatos menos abonados possam concorrer em igualdade de condições com os abonados.

31, O sistema funcionará do seguinte modo: cada partido poderá apresentar um candidato por distrito. Esses candidatos vão disputar os votos dos eleitores do distrito, para os respectivos partidos. Pode-se também votar só na legenda. Terminada a eleição, computados os votos válidos, processa-se tudo tal como está em vigor para a eleição proporcional. Ou seja, apuram-se o número de votos válidos obtidos por todos os partidos nos distritos, divide-os pelo número de lugares a serem preenchidos, obtendo-se assim o *quociente eleitoral*. Tomam-se, depois, votos obtidos por cada partido, através da votação distrital, divide-os pelo quociente eleitoral para se ter o *quociente partidário* de cada partido, ou seja, o número de candidatos que cada qual elegeu. Para a distribuição dos restos, usar-se-á a mesma técnica da *maior média* prevista no Código Eleitoral.

32. Fica o problema sério de quem será eleito por este sistema. Há diversas soluções possíveis. Uma delas pode ser a formação de lista partidária bloqueada e hierarquizada de tantos candidatos quantos sejam os distritos, de sorte que eleitos serão os primeiros candidatos da lista até o limite do quociente partidário. Mas essa técnica terá uma dificuldade praticamente insuperável, qual seja a de que os candidatos em posições desfavoráveis na lista não fazerem esforço para a captação de votos. Então, é necessário estruturar um sistema que importe em estimular os candidatos de cada partido a lutar para obter o maior número de votos possível como se estivesse disputando eleição num sistema distrital majoritário. O sistema não é distrital. Portanto, o fato de o candidato ter a maioria dos votos do distrito só por si não lhe dará a eleição.

Então, como fazer?

O caminho, entre outros a ser mais bem pensado, pode ser este. Serão eleitos, em cada partido, até alcançar o quociente partidário, os candidatos que tiverem alcançado as melhores proporções de votos na votação distrital. Isso tem a vantagem de estimular os candidatos a lutar bravamente para alcançar o melhor resultado possível na disputa com os candidatos dos partidos adversários, sem luta intestina, sem disputa ferrenha, como hoje, entre candidatos do mesmo partido, em princípio sem efeitos corporativos.

33. Enfim, não encontraremos sistema perfeito. Teremos que buscar combinações que reúnam o maior número de vantagens possíveis, mantendo o sistema de representação proporcional, ainda que seja com profundas modificações técnicas, porque ele parece ser ainda o mais adequado à realidade brasileira.

VI. O SISTEMA DE GOVERNO

34. Em suma, o *sistema de governo* não sofreu mudança alguma com a nova Constituição. O presidencialismo perdura fortalecido, ainda que um pouco contrabalançado pelo fortalecimento do Poder Legislativo. Restaram, no entanto, todos os elementos potenciais de conflito de poderes. A Constituinte recusou a instituição de uma Corte Constitucional que seria, nos moldes europeus, um elemento moderador nos conflitos de poder. O Poder Judiciário, como um todo, permaneceu praticamente intacto. Desdobrou um dos tribunais em cinco outros, regionalizados, e criou outro —o Superior Tribunal de Justiça— a que se conferiu parte da competência que cabia ao Supremo Tribunal Federal. Este teve suas atribuições reduzidas à matéria constitucional, considerado guarda da Constituição, e com competência exclusiva para julgar ações diretas de inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais (art. 102, I, “a”), sem que isso signifique convertê-lo em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema continua fundado no critério difuso, que autoriza a qualquer juiz ou tribunal a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade por via de exceção. Segundo porque o modo de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como tribunal, que ainda é, do recurso extraordinário, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, é a de dar primazia à solução do caso, se possível sem declarar inconstitucionalidades.

Não quero, com isso, dizer que não tenha sido positiva a alteração da competência do STF. Fora e muito, mas se esperava que a mudança viesse possibilitar profundas transformações na visão do Colendo Tribunal, como efetivo guardião dos valores constitucionais. A prática vem demonstrando, infelizmente, que isso não está acontecendo ainda, mas sua jurisprudência, assim mesmo, é de suma importância para a compreensão de várias questões constitucionais.

A ampliação da legitimação para propor a ação de inconstitucionalidade, nos termos do art. 103 da Constituição, e seu efetivo exercício pelas entidades ali indicadas constituem um fator de primordial importância para conduzir o Grande Tribunal ao exercício da elevada missão que a Constituição lhe reservou, qual seja o de assumir a *jurisdição constitu-*

cional, no seu sentido mais moderno e atual, compreendido pelas Cortes Constitucionais européias e até mesmo pela Corte Suprema dos EAU, como contrapeso efetivo entre o Poder Executivo cada vez mais forte e um Poder Legislativo ainda ambíguo em sua estrutura e funcionamento, vindo a constituir-se no instrumento mais apto para a garantia e a proteção dos direitos humanos e o melhor mecanismo de controle e de tutela para o funcionamento democrático dos demais poderes do Estado.¹⁰ O Conselho Federal da Ordem dos Advogados e alguns Partidos Políticos já assumiram o seu papel nessa história, com resultados, às vezes, frustrantes, dada a resistência do arcaico diante do novo, mas, de vez em quando, também com êxitos e sinais de novos tempos. São perspectivas de avanços que a Constituição propicia.

35. Tudo isso significa que a Constituição não foi fundo na reestruturação do sistema de poderes. Houve reajustes, é certo, mas não a transformação que a sociedade brasileira requeria. Os pressupostos institucionais das crises continuam potencialmente existentes. Todas as propostas de mudanças substanciais no presidencialismo foram recusadas.

36. Não nos parece, contudo, que as crises brasileiras se devam ao presidencialismo, como às vezes se afirma. Elas têm, na mais das vezes, causas mais profundas. O que é plausível sustentar é que a rigidez e deformações do sistema as agravam ou, no mínimo, dificultam sua solução. De fato, o sistema presidencial não é institucionalmente apto para enfrentar graves situações de crise, para promover um consenso a partir de conflitos sociais ou políticos sérios, para controlar o exercício do poder sem obstáculo e para assegurar eficiência na tomada de decisões, conseqüentemente, nem para assegurar a estabilidade, a continuidade e a eficácia de uma democracia pluralista, como a que foi instituída na Constituição. Tem sido notoriamente incapaz de canalizar soluções de crises. A concentração de poder no Presidente atrai as graves crises para a sua pessoa, com profundo desgaste pessoal, especialmente porque dele se espera a salvação nacional, que nunca ele pode oferecer. O resultado tem sido fatal.

O parlamentarismo dispõe de maleabilidade que ajuda a solucionar crise de poder. Não apresenta, claro está, solução de problemas substanciais, mas um processo prático para encontrar e facilitar soluções.

¹⁰ Cf. Conclusões Finais do II Colóquio de Direito Constitucional de Sochagota, Colômbia, nov. 1977.

VII. O FUNCIONAMENTO DO ESTADO

37. Finalmente, maior empecilho da eficácia e aplicabilidade da Constituição está no fato de que o Estado brasileiro funciona mal. Agigantou-se desmesuradamente, não como aparelho destinado a desenvolver políticas públicas no interesse geral da coletividade.

As práticas cartoriais —ou seja a concessão de privilégios a grupos corporativos, empresariais ou de categorias sociais— arraigadas nos três níveis do sistema federativo brasileiro e em cada nível nos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) encontram correspondência na política clientelística que incha a máquina estatal, às expensas dos cofres públicos, dos padrões de idoneidade dos servidores e de um regime democrático de nomeações dos funcionários, através de concursos públicos.¹¹

Esse agigantamento produziu a hipertrofia burocrática, o excesso de regulamentação, a tendência a colocar interesses corporativos em lugar dos interesses de usuários e da sociedade em geral etc. Vale dizer: a modernização do Estado brasileiro passa, pois, pela redefinição das relações da máquina administrativa com o conjunto da sociedade e da redefinição das atividades do Estado em relação a entidades privadas, para que não sejam exercidas senão no interesse público, rompendo com as práticas de apropriação privada do Estado.

VIII. AS REFORMAS E O SENTIDO DA CONSTITUIÇÃO

38. Voltemos um pouco ao início desta exposição, quando ficou expresso que a Constituição de 1988 nunca agradou às elites. Tanto que mal ela entrou em vigor, essas elites que foram derrotadas no processo de sua formação empreenderam um movimento a que se tem dado o nome de reforma constitucional, mas temos que modificar esse enunciado, porque isso que vem sendo assim denominado não passa de uma *contra-reforma neoliberal*. De fato, movimentos sociais, nos anos 80, propiciaram um amplo processo de *reformas democráticas*, que foram muito além de meras mudanças institucionais de inspiração liberal. A Constituinte, com

¹¹ Comissão Executiva Nacional do PSDB, *Os Desafios do Brasil e o PSDB*, Brasília, 1989, p. 47.

todos os seus defeitos, foi um momento decisivo desse movimento, porque, então, estava em jogo a consolidação de uma democracia de conteúdo social e não apenas a reorganização institucional de um regime liberal.¹² A Constituição de 1988 foi o instrumento desse processo democrático. Mas não concluiu a reforma do Estado e deixou intacta a estrutura arcaica de poder, por meio da qual as elites conservadoras realizam a contra-reforma. Contudo, apesar de suas imperfeições, reflete ela os ideais de justiça social, porque o princípio popular teve importante papel em sua elaboração. Não é por outra razão que é combatida pelas elites. Ela assume a condição de instrumento de realização dos direitos fundamentais do homem. Feita com alguma influência das Constituições portuguesa e espanhola, fecundou-se no clima da alma do povo, por isso não se tornou, como outras, mera constituição emprestada ou outorgada. Não tem cheiro de constituição estrangeira como tinham as de 1891 e 1934. Não nasceu de costa virada para o futuro, como a de 1946, nem fundada em ideologia plasmada no interesse de outros povos como foi a doutrina de segurança nacional, princípio basilar das Constituições de 1967-1969. Aí está a grande diferença da Constituição de 1988 no constitucionalismo pátrio que fora sempre dominado por uma elite intelectual que sempre ignorou profundamente o povo, intelectuais esses cujos ideais, como dizia Oliveira Vianna, não recendiam o doce perfume da nossa terra natal porque traziam sempre à nossa lembrança uma evocação de estranhas terras, de outros climas, de outros sóis, de outras pátrias.¹³ Essa seiva estranha não poderia fecundar constituições com cheiro de povo, abertas para a realização das aspirações populares e a modificação do eixo do ordenamento jurídico nacional.

39. Apesar de suas imperfeições, não se pode negar que ela está conseguindo construir um equilíbrio político que nenhuma outra de nossas constituições tinha possibilitado. A República nunca viveu quinze anos pacíficos de funcionamento democrático. Viveu ela em constantes conflitos constitucionais, alguns trágicos. A democracia política parece consolidada sob sua égide, embora a promessa de democracia social ainda não tenha sido cumprida. É que esta não sai diretamente da Constituição.

¹² Nesse sentido, *cf.* Corrêa Leite, José, “Reformas democráticas e contra-reformas neoliberais”, em *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, Revista da Fundação SEAD, vol. 10/n 4/out.-dez/1996, p. 30.

¹³ *Cf. Instituições políticas brasileiras*, v. II, 3a. ed., Rio de Janeiro, Record Cultural, 1974, p. 21.

Esta oferece o instrumental à sua realização por via de políticas públicas. Mas os pressupostos de sua efetivação estão presentes. A própria democracia política é um deles, porque, sem ela, não se constrói a democracia social. As recentes eleições o mostram com palmar expressividade, e demonstram que as transformações prometidas são realizáveis.

40. Não descuidemos, porém. Há sempre a perspectiva de reformas deformantes da concepção básica da Constituição. É contra isso que temos que lutar. Qual é o sentido da Constituição, qual a sua concepção básica? O preâmbulo das constituições costumam indicar elementos importantes dessa concepção básica, a idéia fundante do texto constitucional. Assim é que, segundo o Preâmbulo da Constituição de 1988, o povo brasileiro por seus representantes procurou instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias. Mas são os princípios fundamentais do respeito à dignidade da pessoa humana e da cidadania do art. 1o. e os objetivos fundamentais constantes do art. 3o., especialmente o de constituir uma sociedade livre, justa e solidária, que oferecem a idéia síntese da concepção básica da Constituição que há de orientar a compreensão de todas as suas partes e normas.

41. A hermenêutica do sentido busca definir a Constituição como um objeto que está no mundo, assim como a tensão do mundo sobre ela. Aqui a interpretação envolve a busca de um fator *externo*, que se acha no contexto extra-texto, para designar o sentido da Constituição e de suas normas. Só na presença deste fator é que os textos constitucionais se tornam significativos. Isso sugere que o sentido tem sempre a ver com o contexto.

Entendo, porém, que, para o fim que temos em vista nesta exposição, a jurisprudência dos valores é a que mais se aconselha na busca do sentido da Constituição, porque se trata de um método de interpretação que encontra base no seu texto, precisamente porque ela incorpora um sistema de valores essenciais à convivência democrática que informa todo o ordenamento jurídico. Todas as suas normas e princípios são suscetíveis de serem interpretados em função dos valores que neles se encarnam,¹⁴

¹⁴ Sobre essa temática, Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 277 e ss.

especialmente porque todas as normas e princípios constitucionais têm uma única direção qual seja a de garantir o primado da dignidade da pessoa humana, que, por seu lado, resume todas as manifestações dos direitos humanos. A *dignidade da pessoa humana*, inscrito no art. 1º., III, da Constituição, não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo da ordem jurídica, quando a declara como um dos *fundamentos* do Estado Democrático de Direito. Se é *fundamento* é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.¹⁵

A dignidade da pessoa humana [*como já escrevi de outra feita*] constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza. Por conseguinte, a interpretação constitucional não tem outra missão senão a de prestigiá-la, com o que se estará dando primazia a todos os direitos fundamentais do homem. Nessa perspectiva, não terá cabimento a crítica que certa corrente faz à jurisprudência dos valores no sentido de que ela propicia a atuação subjetiva do juiz. Ora, no que tange à proteção dos direitos fundamentais não há que ter limites. A força expansiva dos direitos fundamentais impõe o dever de interpretar a normatividade vigente no sentido mais favorável à sua efetividade.¹⁶ Esse princípio de efetividade se impõe até mesmo no caso de colidência entre direitos, pois um deles há de ser aplicado, e é a mesma concepção interpretativa que oferece a solução por meio da técnica da ponderação dos direitos, para saber qual deve prevalecer no caso concreto. Aí se encontra o núcleo básico que dá sentido à Constituição de 1988, resumido nas normas dos direitos fundamentais, incluindo os

¹⁵ Cf. Afonso da Silva, José, *Poder constituinte e poder popular*, São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 146 e 147.

¹⁶ Cf. Alonso García, Enrique, *ob. cit.*, p 362.

direitos sociais e culturais, que não foram ainda atingidos pela reforma, embora alguns aspectos da ordem econômica importantes para a vigência desses direitos o tenha sido. A luta pela Constituição se situa aqui: impedir que os direitos fundamentais e a ordem social sejam atingidos.

IX. CONCLUSÃO

Não é só uma tarefa constitucional a reforma do Estado, mas é sobretudo uma missão política, uma conscientização ética. A Constituição oferece as bases, os pressupostos e os instrumentos de modernização, a prática política é que tem que coordenar os meios oferecidos para a consecução dos fins apontados na obra do constituinte.

Os vinte anos de vigência da Constituição, em meu sentir, não a desmerecem. À sua promulgação seguiram sete eleições livres, três delas para Presidente da República, com reeleições, sem transtornos. A liberdade, nela assegurada, é plena. As garantias constitucionais básicas desenvolvem-se normalmente, e devem aperfeiçoar-se no correr do tempo. A democracia, enfim, ao menos no seu aspecto político, está funcionando. As perspectivas, nesse sentido, são alentadoras. Podemos mesmo afirmar que estamos vivendo um momento histórico de amplas liberdades políticas, mas ainda não conseguimos aparelhar os meios adequados à efetivação da promessa da Constituição, quando, no preâmbulo, se propõe a instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Ao contrário, em lugar de se construir as condições econômicas, sociais, culturais e políticas que assegurem a efetividade dos direitos humanos, num regime de justiça social, para a realização de uma autêntica e real dignidade da pessoa humana, instaura-se um processo de reforma constitucional que está afastando a Constituição daquela concepção de Ulysses Guimarães de *Constituição cidadã* para, com as mais de sessenta emendas já aprovadas, algumas bastante amplas, transformá-la numa Constituição de feição neoliberal. É bem verdade que a Constituição, nesses vinte anos, resistiu a crises econômicas profundas, sem se abalar. Arranhões tem ela sofrido, mas isso é da natureza das normas jurídicas. Pior que isso, são as referidas mudanças por via de emendas que a vem retalhando e desfigurando. Por ou-

tro lado, contudo, é alentador reconhecer, e é justo proclamar, que seus vinte anos têm propiciado enorme desenvolvimento da cidadania. Essa consciência cidadã, conforme já escrevemos de outra feita, é a melhor garantia de que os direitos humanos passaram a ter consideração popular, a fazer parte do cotidiano das pessoas, o que é o melhor instrumento de sua eficácia, mais cedo ou mais tarde, com repulsa conseqüente do arbítrio e do autoritarismo. Por isso, reações, fundadas em instrumentos por ela mesma conferidos, mostraram certa eficácia. Parece possível, pois, concluir que *Constitutionem habemos*, um pouco maltratada já, é verdade, mas a temos, ainda.