

Discurso de Moreira Alves (presidente do STF) na instação da ANC

Em 1º. de fevereiro de 1987

Exmo. Sr. Presidente da República, Exmo. Sr. Presidente da Câmara dos Deputados, Exmo. Sr. Presidente do Senado Federal, Exmos. Srs. Ministros de Estado, Exmos. Srs. Ministros do Supremo Tribunal Federal, Exmos. Srs. Ministros dos Tribunais Superiores, Exmo. Sr. Núncio Apostólico, decano do Corpo Diplomático, Exmos. Srs. Embaixadores acreditados junto ao Governo brasileiro, Exmo. Sr. Governador do Distrito Federal, Exmos. Srs. Governadores de Estado, Exmos. Srs. Governadores eleitos, Exmos. Srs. Oficiais Gerais, ilustres convidados, Srs. Constituintes, instala-se, hoje, a Assembleia Nacional Constituinte.

A Emenda Constitucional que a convocou estabeleceu, também, que este ato solene se realizasse sob a direção do Presidente do Supremo Tribunal Federal, em homenagem ao Poder Judiciário. Reservou-me o destino, no imponderável de suas imprevisões, a ventura de ocupar esse cargo, e de, por isso, presidir a esta sessão histórica. Será dispensável dizer da honra que sinto por fazê-lo.

De há muito se encontra no pensamento jurídico o postulado da supremacia de normas fundamentais. Sob formas diversas, ele já existe na Idade Média. A distinção, na França, de leis do rei e de leis do reino, remonta, quando menos, ao século XV. A elas, no último quartel da centúria seguinte, se referia De Harlay que assim as caracterizou, dirigindo-se a Henrique III:

Temos senhor, duas espécies de leis: umas são as ordenanças de nossos reis, que podem alterar-se conforme a diversidade dos tempos e dos negócios; outras são ordenanças do reino que são invioláveis e pelas quais vós subistes ao trono, e esta coroa foi conservada por vossos predecessores.

Na Inglaterra, no limiar do século XVII, Coke, afastando-se da tradição inglesa de que o Parlamento é soberano, sustenta a supremacia do *Common Law* – o direito geral – sobre os poderes do rei. No fundo, a ideia essencial da limitação do poder, a manifestar-se com a afirmação da primazia do Direito, então basicamente o direito consuetudinário e não o direito legal. Não se tratava, ainda, de preponderância de certas normas sobre outras, pela hierarquização de todas, mas, sim, do primado do Direito sobre o Poder. É ao jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII que se deve a concepção de que existem normas superiores e inferiores: os princípios do direito natural se sobrepõem aos do direito comum. A par disso, é nesses séculos que se trava a luta política do liberalismo contra o absolutismo, nascido este da destruição do sistema feudal com a concentração do poder na pessoa do rei. Reaviva-se a idéia bem antiga de que a fonte verdadeira do poder é a comunidade. Exalta-se o indivíduo e se tem como fundamento do governo o

contrato social, a significar que ele se escriba no consenso da nação, e só assim se legitima. O jusnaturalismo pós-medieval e o liberalismo acordam em que o direito escrito é a *conditio sine qua non* das liberdades. O postulado da infalibilidade da lei surge com a Revolução Francesa. Pouco antes, a Revolução Americana dava, como frutos, a Constituição dos Estados Unidos, de 1787, e o federalismo; naquela, para a viabilidade deste, o art. VI consagrava a supremacia das normas jurídicas federais sobre as estaduais. Na França, a primazia da Constituição vem do abade Sièyes, que, tendo-a como *lei fundamental*, adverte que os corpos políticos, cuja existência e competência a ela se devem, não podem alterá-la. Com isso, tem-se o fenômeno da passagem do primado do Direito sobre o Poder ao do primado da Constituição sobre os poderes constituídos, o que conduz, afinal, à supremacia do direito escrito. Daí resulta o paradoxo de uma das consequências do Estado liberal. O liberalismo é legalista pela exaltação à lei como reação ao absolutismo. Postula ele a redução da interferência do Estado, mas, ao mesmo tempo, por cultivar a lei, a supervaloriza, e permite, assim, que, à sua revelia, medre a tendência do estadismo. O direito transcende o costume que surge espontâneo no seio da sociedade e passa a ser o conjunto de normas produzidas pelo Estado. Implanta-se o positivismo antijusnaturalista, alterando-se a postura do direito natural, que deixa de ser o fundamento do direito positivo para transformar-se em elemento de contestação da ordem jurídica, nos pontos em que ela diverge. Ademais, acirra-se a contraposição – que vem de tempos longínquos – entre legitimidade e legalidade.

É dos fins do século XVIII a primeira Constituição escrita: a americana. Constituição sintética de conteúdo estritamente político e limitado às leis estruturais do Estado, cria a federação e o presidencialismo, mas não alude aos direitos individuais. A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* somente em agosto de 1789 foi aprovada pela Assembleia Nacional francesa. É o primeiro texto em que propriamente se enumeram os direitos do indivíduo. As dez emendas iniciais à Constituição americana, que compõem seu *Bill of Rights*, lhe são posteriores: propostas em setembro de 1789, sua ratificação se completou em dezembro de 1791.

As várias Constituições que se elaboraram dessa época até o fim da Primeira Guerra mundial têm conteúdo eminentemente político, e são, em verdade, instrumentos do liberalismo, cujo espírito está bem caracterizado no célebre art. 16 da *Declaração dos Direitos do Homem, do Cidadão*:

Toda sociedade em que não se assegura a garantia dos direitos nem se determina a separação dos Poderes não tem Constituição.

Ao longo desse período, não prospera a inovação da Constituição francesa dos jacobinos, de junho de 1793, no sentido de se inserirem, no texto constitucional, direitos sociais, como o direito ao trabalho ou o direito à educação.

Já no intervalo que medeia entre as duas grandes guerras mundiais, surgem diversas Constituições, das quais a maioria é democrática e tende à racionalização do Poder. Em muitas – como sucede, pela primeira vez, com a Constituição de Weimar, de 1919 – ao lado dos direitos individuais se incluem os direitos sociais. Destas, não poucas são acentuadamente teóricas, redigidas principalmente por ilustres constitucionalistas, e, por isso, denominadas *Constituições dos Professores*. Apesar de sua apurada técnica, número apreciável delas não resiste às difíceis condições europeias do pós-guerra.

A partir do término da segunda conflagração mundial, as novas Constituições dos países do Ocidente permanecem fiéis ao modelo tradicional, dando, porém, ênfase às questões sociais; e, na Europa centro-oriental, os diferentes Estados socialistas elaboram Constituições de democracia marxista ou socialista, com acentuada função ideológica, e sem admitirem – com exceção da iugoslava – o controle da constitucionalidade das leis ordinárias.

Universalizou-se, assim, a Constituição escrita, adotada que é, nos dias que correm, pela quase totalidade dos Estados. Embora variem as ideologias em que se apoiam as diversas Constituições e visem estas, precipuamente, à estrutura e limitação do Poder, ou à expressão e consolidação das instituições essenciais ao regime socioeconômico e político, só fenômeno da universalização da Constituição escrita dá a medida de sua importância no mundo contemporâneo.

É certo que esse fenômeno ocorre no momento em que as Constituições perderam sua força mítica perante o homem comum, para o qual foram outrora, um ideal. Mas as causas preponderantes desse desprestígio, que também se universalizou nos tempos presentes, resultam menos de falhas na elaboração delas do que de contingências em sua aplicação, agravadas pelos problemas da civilização moderna. Com efeito, por um lado, sobre a Constituição desgaste com a falta de rigorosa observância de seus textos pelos detentores do poder, que, muitas vezes não tergiversam em praticar atos inconstitucionais, confiados em que seus objetivos políticos ou econômicos serão atingidos graças à inércia da maioria dos prejudicados, ou ao emperramento ínsito à mecânica dos sistemas de controle de constitucionalidade. De outra parte, houve a diminuição de seu significado para o homem do povo, que se desinteressou até de conhecê-la, o que, de certa forma, inspirou o Constituinte de Weimar a preceituar que, no término do período de escolaridade, cada aluno deveria receber um exemplar da Constituição alemã de 1919. São candentes de verdade estas palavras de Loewenstein:

A massa do povo é suficientemente lúcida para reclamar um mínimo de justiça social e de seguranças econômica. Porém, nem a mais perfeita Constituição está em situação de satisfazer essas aspirações, por mais pretensioso que possa ser o catálogo dos direitos fundamentais econômicos e sociais. A Constituição não pode solver o abismo entre a pobreza e a riqueza; não pode trazer comida, nem

casa, nem roupa, nem educação, nem descanso, ou seja, as necessidades essenciais da vida.

Tais observações, retiradas da realidade da dinâmica constitucional, servem para afastar a ideia ingênua – que a esperança reacende todas as vezes em que se redige nova Constituição – de que a Lei Fundamental, se convenientemente elaborada, será o remédio de todos os males, a solução de todos os problemas. Não invalidam, porém, a importância real da Constituição escrita para o Estado moderno.

A Constituição é um instrumento. Um instrumento pelo qual o Estado liberal disciplina os princípios cardeais do liberalismo: o da liberdade política e o da separação dos Poderes. Um instrumento pelo qual o Estado social, de índole democrática, regula o direito ao trabalho, à previdência, à educação, bem como estabelece os moldes de sua intervenção no domínio econômico, sem, no entanto, concorrer com os indivíduos. Um instrumento, enfim, pelo qual o Estado socialista reduz drasticamente, ou elimina, a iniciativa privada no concernente aos meios de produção e disciplina as instituições socioeconômicas e políticas desse regime e a posição dos cidadãos na sociedade assim estruturada.

Se a defeituosa aplicação desse instrumento tem acarretado o seu desprestígio junto ao homem comum, nem por isso deixa ele de ser necessário ao complexo Estado dos tempos modernos e até imprescindível aos de modelo federativo, que pressupõem a rigorosa divisão de competência entre os níveis de governo que os integram.

Se nesse instrumento não se encontram os meios mais apropriados para que se enfrentem os problemas políticos, sociais e econômicos do País, sobrevêm as crises, e, não raro, a ruptura da normalidade constitucional.

São conhecidos os percalços decorrentes das falhas de nossas Constituições republicanas. A primeira delas – a de 1891 – deu casa, desde o nascedouro, a sucessão de graves crises que levaram à Reforma Constitucional de 1926, e que, pouco depois, culminaram com a Revolução de 1930. Em 1891, tivemos uma Constituição que tomou a americana por modelo, sem, no entanto, lhe ser cópia fiel. De inspiração fundamentalmente liberal, não se lhe pode imputar o defeito de haver ignorado os problemas sociais e econômicos, porquanto, nisso, seguiu a linha da generalidade das Constituições de seu tempo, que não os entendiam essenciais à estrutura jurídica e política do Estado, mas falhou em pontos fundamentais, especialmente por omissão: ausência do rol dos princípios constitucionais federais sensíveis, ausência de disciplina rígida para a intervenção federal nos Estados, ausência de veto parcial, ausência de preceitos para a formação de Partidos Políticos e importou um federalismo – o de moldes rigidamente clássicos – irreal para o Brasil. Esses defeitos facilitaram os abusos e

os desvios em sua aplicação. Utilizou-se, abusivamente, da intervenção federal; institucionalizou-se a fraude eleitoral, com o predomínio incontrastável da corrente política dominante; implantou-se a Política dos Governadores; criou-se a prática nefasta da *cauda orçamentária*; desvirtuou-se o estado de sítio. Em 1926, veio sua reforma, que se tornara aspiração dos mais altos espíritos do País. Pouco antes, ao prefaciar o livro *À Margem da História do Brasil* – coletânea de estudos sobre a realidade brasileira -, Licínio Cardoso, referindo-se a seus autores, assinalava esta verdade de todos os tempos:

Compreendem, de outro lado, a gravidade de nosso momento histórico presente e procuram reagir. Mas reagir pelo progresso dentro da ordem, por isso que todos eles sabem que, em Sociologia, o caminho mais seguro para andar mais ligeiro é aquele que evita os desatinos das correrias revolucionárias perigosas e intempestivas.

A Reforma de 1926 enfrentou alguns dos pontos críticos da Constituição de 1891, mas pecou, basicamente, pela hipertrofia do Executivo, a ponto de se ter dito que, com ela, se preparava o caminho para a ditadura.

A Constituição de 1934, inspirando-se principalmente na de Weimar, passou do Estado liberal para o Estado social. Introduziu em seu bojo o título *Da Ordem Econômica e Social* e o relativo à família, à educação e à cultura. Às garantias individuais, acrescentou o instituto do mandado de segurança. No concernente à organização política, alterou a feição do nosso federalismo, ampliando os poderes da União e estruturando a autonomia dos Municípios; restringiu as atribuições do Senado, criou, junto aos Ministérios, Conselhos Técnicos como órgãos consultivos do Poder Legislativo; e fez a combinação da representação partidária com a representação de categorias profissionais. Sua vigência exígua – pouco mais de três anos – impossibilita que se faça a avaliação, na realidade prática, de suas virtudes e de seus defeitos. O certo é que a estrutura por ela estabelecida não conseguiu firmar-se no conturbado quadro político da época, agitado, ainda, por ideologias importadas do exterior. Não estava ela adequada à realidade do momento histórico em que fora elaborada. A ambiguidade do Detentor do Poder no Estado Novo se refletiu no destino da Carta de 1937. Em seu conjunto, não chegou ela a aplicar-se. O *referendum* plebiscitário, que deveria realizar-se no prazo de seis anos, não o foi. E, a não ser pelo poder absoluto que outorgou ao Chefe do Executivo, seus princípios não tiveram ressonância na vida nacional.

A Constituição de 1946 resultou da queda do Estado Novo e se integrou no amplo movimento de reconstrução constitucional de países que haviam reconquistado sua liberdade perdida pelo domínio de tropas estrangeiras ou de regimes ditatoriais. Em sua elaboração, tomou-se por base a de 1934, seguindo-se a orientação social que esta havia adotado. A par de inegáveis virtudes, especialmente no terreno da distribuição de competências, da ordem econômica,

da educação e dos direitos sociais, apresentou falhas que desarmaram o Poder Público de eficazes meios de atuação. Enfraqueceu substancialmente o Poder Executivo, fortalecendo o Legislativo sem lhe dar, porém, meios de agilização normativa, reduzido que ficou o quadro legal do País às leis constitucionais e ordinárias. Permitiu, sem as necessárias cautelas, um pluralismo partidário que, com a adoção do voto proporcional, fragmentou os Partidos. Admitiu, enfim, fonte de atrito incompatível com o presidencialismo: a possibilidade de Presidente e Vice-Presidente serem eleitos por Partidos diversos. Em seus pouco mais de vinte anos de vigência, o que se viu foi uma sucessão de crises: a que culminou com o suicídio de Vargas; a de que resultou o impedimento de Café Filho; a que desaguou no efêmero regime parlamentarista; e a que deu margem à Revolução de 1964.

Nitidamente centralizadora é a Constituição de 1967, quer no que diz respeito ao federalismo, quer no que concerne aos Poderes do Estado. A de 1934 afastara o federalismo dualista da de 1891 e implantara o federalismo cooperativo; a de 1967 foi além, encaminhando-se para o que já se denominou federalismo de integração, com o fortalecimento da União Federal, pela ampliação de sua competência, pela sua posição no sistema tributário nacional e pelas restrições à autoorganização dos Estados-membros. De outra parte, deu-se mais força ao Executivo em detrimento do Legislativo, especialmente no terreno do processo de elaboração das normas jurídicas, com a admissão do decreto-lei, com a previsão de recebimento de delegação legislativa, com a aprovação de seus projetos por decurso de tempo, com a impossibilidade de rejeição de projeto de lei orçamentária e com o quase monopólio da iniciativa de leis acarretadoras de despesa. Persistiu, nela, a estrutura do Estado social, de molde mais intenso do que o delineado na Constituição de 1934. A Emenda Constitucional nº1, de 1969, não alterou substancialmente a orientação adotada pela Constituição de 1967, mas, sob certos aspectos, a exacerbou. Ambas, em síntese, pecam basicamente pelo excesso de fortalecimento da União e do Poder Executivo.

Ao instalar-se esta Assembleia Nacional Constituinte, chega-se ao termo final do período de transição, com que, sem ruptura constitucional e por via de conciliação, se encerra ciclo revolucionário.

Como sói acontecer em momentos como este, reacendem-se as esperanças, e, de certa forma, renascem devaneios utópicos.

De há muito, porém, feneceram os ideais da Constituição perfeita e perpétua. Como adverte Duguit, “a eterna quimera dos homens é procurar inserir nas Constituições a perfeição que eles não têm”. Pode dizer-se, generalizando a lúcida observação de Ruy Barbosa nos primórdios da República, que o indispensável é

uma “Constituição sensata, sólida, praticável, política nos seus próprios defeitos, evolutiva nas suas insuficiências naturais, humana nas contradições inevitáveis”.

Não há mais lugar para que se pretenda a imutabilidade absoluta da Constituição, que é mera dedução lógica da teoria do contrato social. A incoercível mutabilidade das condições sociais, políticas, econômicas e culturais dos povos não se compadece com o imobilismo indefinido do texto constitucional. A aspiração que persiste é a da Constituição estável, não sendo poucos os que sustentam que o valor dela se afere de sua capacidade de permitir mais facilmente que se efetuem mudanças na estrutura social sem modificação no mecanismo do processo político. Esse, aliás, o segredo da longevidade da Constituição americana, prestes a completar duzentos anos, graças à desenvoltura das construções jurisprudenciais que a concisão de seu texto permite. Mas merecem ser meditadas as palavras de Biscaretti Di Ruffia sobre a extensão do conteúdo das Constituições:

Na realidade, a melhor solução parece estar no meio uma vez que, se, por um lado, o excessivo laconismo de uma Constituição pode permitir ao legislador ordinário mudar-lhe sensivelmente, na prática, o conteúdo por intermédio de suas normas de aplicação, por outro, a prolixidade excessiva diminui seu prestígio, porque requer demasiadas e freqüentes revisões.

Tenho para mim que o fundamental numa Constituição é encontrar o ponto de equilíbrio que melhor atenda, nas complexas relações entre o Estado, a sociedade e o indivíduo, às diferentes realidades nacionais.

No mundo ocidental moderno, em que estamos inseridos, não há mais margem para o Estado liberal clássico do século XIX. Teve ele o indiscutível mérito da conquista do Estado constitucional. Seu alvo foi a obtenção da liberdade política; seus instrumentos, a separação dos Poderes à feição de Montesquieu e o elenco de direitos e garantias individuais. Atendeu aos anseios da burguesia contra a nobreza, mas deixou de lado as angústias das carências dos mais pobres. A liberdade política, por não levar em consideração a desigual capacidade dos homens, pode reduzir-se – como já se disse com amargo realismo – à liberdade de morrer de fome. Mas foi ela que substituiu o sufrágio censitário pelo sufrágio universal, dando força à massa, por sua participação política. Ainda nos países em que não são acentuadas as injustiças sociais, por se haverem desenvolvido no momento propício, há a tendência da generalização de Constituições que se voltam para esse problema, encarando a emancipação econômica como um dos componentes da liberdade. Não raro, porém, se chocam os interesses da sociedade com os do indivíduo, sendo mister que se encontre o justo ponto de equilíbrio entre os direitos sociais e os direitos individuais, para que se impeça que uns destruam os outros, sem se descuidar, porém, da realidade socioeconômica existente para a aferição da dosagem das preponderâncias.

De outra parte, foi a teoria clássica da separação dos Poderes a técnica de que se valeu o liberalismo para proteger a liberdade do indivíduo em face do Estado. Embora muito lhe devam as democracias ocidentais, já não exerce ela o mesmo fascínio dos primeiros momentos. Para alcançar-se a justiça social, é indispensável a intervenção do Estado, que, no Ocidente, atua como elemento de conciliação entre o capital e o trabalho e procura diminuir as desigualdades socioeconômicas. É o Estado social, que não se compatibiliza com a rígida separação dos Poderes, que o enfraquece, mas demanda – e até a complexidade da civilização moderna o exige – a atenuação dela, especialmente no que diz respeito às relações entre os Poderes Legislativo e Executivo. Também aqui o necessário é alcançar a melhor forma de equilíbrio nessas relações.

Enfim, no constitucionalismo moderno, tornou-se cediça a afirmação de que não há um tipo único de federalismo – o clássico -, mas diversos, que variam na medida da menor ou da maior preponderância da União. Nos Estados federais, em virtude principalmente de exigências tecnológicas e financeiras, tem-se generalizado a tendência ao gradativo fortalecimento do Poder Central. No Brasil, o problema se agrava pela disparidade do desenvolvimento dos Estados-membros a par da necessidade de mais homogêneo crescimento global do País. Indispensável se faz, pois, a busca do ponto de equilíbrio, necessário à nossa realidade, entre a União, os Estados e os Municípios, componentes que são do federalismo brasileiro.

Srs. Constituintes: na feitura de uma Constituição, as questões são múltiplas, e as dificuldades, várias. Resolvê-las com prudência e sabedoria é o grande desafio que se apresenta a esta, como a todas as Assembleias Constituintes.

Os olhos conscientes da Nação estão cravados em vós. A missão que vos aguarda é tanto mais difícil quanto é certo que, nela, as virtudes pouco exaltam, porque esperadas, mas os erros, se fatais, estigmatizam.

Que Deus vos inspire.