

CONVÊNIO ACADÊMICO



CENTRO DE ESTUDOS DE CULTURA CONTEMPORÂNEA

Rua Riachuelo, 217 – Centro -- 05002-070 São Paulo/SP – Brasil



Universidade Presbiteriana Mackenzie

Projeto “Memória da Constituinte (1987-1988)”

Depoimento:

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Equipe de Pesquisa

Antônio Sérgio Rocha (DCS/Unifesp) - coordenador/editor

Daniel Menezes (Direito/Mackenzie) – coordenador adjunto

Ademar Seabra da Cruz Junior (MRE/Itamaraty)

Andrei Koerner (DCP/Unicamp)

Bernardo Ferreira (DCS/UERJ)

Cicero Araujo (DCP/USP)

Eduardo Noronha (DCS/UFSCar)

Jefferson Goulart (DCH/UNESP)

Nascido em Pompeu (MG) em 1925 e radicado em São Paulo desde 1947, José Afonso da Silva formou-se pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1957. Obteve a Livre-Docência nessa instituição em 1969 e dela foi Professor Titular de 1975 a 1995. Ensinou na Fundação Padre Anchieta, em Jundiaí, e foi também livre-docente em Direito Constitucional da Universidade Federal de Minas Gerais. Em 1961, ingressou Procuradoria do Estado de São Paulo. Foi chefe de Gabinete na Secretaria do Interior (1967), assessor da Secretaria de Segurança (1968), Secretário de Justiça (1969-1971) no Governo Abreu Sodré e Secretário de Segurança Pública de São Paulo no Governo Covas (1995-1999). Tem várias obras publicadas, especialmente no âmbito do Direito Constitucional, tais como Aplicabilidade das Normas Constitucionais e Curso de Direito Constitucional Positivo (este em sua 40ª edição). Teve intensa participação na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88, como assessor do então líder da Maioria, Senador Mário Covas (PMDB-SP). Foi um dos fundadores do PSDB. Mais tarde, filiou-se ao Partido Verde. É um dos mais importantes constitucionalistas brasileiros e um dos mais citados no Supremo Tribunal Federal. Escreveu suas memórias pessoais e acadêmicas no livro A Faculdade e meu itinerário constitucional (Malheiro, 2007). Integra também a Orquestra Paulistana de Viola Caipira.

De doutrinador constitucional a assessor da Constituinte

No Brasil, as faculdades de Direito sempre foram voltadas essencialmente para o direito privado – em especial, ao Direito Civil e o Direito Comercial. Até certo ponto, nossos cursos de Direito continuam sendo privatistas: basta comparar a carga curricular do direito privado e do direito público. No meu curso de graduação, nunca tivemos aula de direitos fundamentais ou de direitos humanos. O Direito Constitucional nunca teve nenhum destaque: em geral, as aulas se limitavam a tratar da organização do Estado e das relações entre os Poderes. Seu prestígio veio com a luta de alguns constitucionalistas, na verdade pouquíssimos: Paulo Bonavides¹ e Pinto Ferreira.² Sem modéstia, incluo-me entre eles. Lembro aqui os meus trabalhos sobre a questão da classificação dos direitos sociais como normas programáticas e a questão da efetividade das normas constitucionais.

NORMA PROGRAMÁTICA E DIREITOS SOCIAIS

Quando eu entrei no tema dos Direitos Sociais, era a Constituição de 1967 que estava em vigor e ainda se falava em norma programática. Era uma concepção de Constituição que não dava tratamento aos direitos sociais, tal como depois o faria a Constituição de 1988, que indica os dispositivos para realizá-los. Todo mundo falava da norma programática como algo que não possuía efeito nem eficácia -- a não ser que em seguida viesse uma lei para aplicá-la. Tratar o direito social como mera ficção é uma forma de desqualificá-lo. Eu repelia a concepção de que elas não eram direitos, de que eram meras intenções. Repelia para dizer que elas eram regras, sim: embora de eficácia limitada, eram importantes para a interpretação das demais normas da Constituição e também porque indicavam o fim que o Estado deveria realizar: o bem comum da população. Se estava previsto que o Poder Público tem de criar essas condições,

então não é mero programa. Falo isso porque os conservadores gostam de chamar de programáticas todas as normas incômodas, que são aquelas que produzem alguma coisa em favor do pobre: educação, saúde, moradia. Por isso, tenho usado muito pouco, ou quase não uso mais, a expressão “normas programáticas”. Hoje, prefere-se falar em normas dirigentes, ou normas de direitos de realização progressiva. De que modo? Primeiro, a própria norma pode estabelecer alguma exigência para o Executivo prover a realização de programas para isso. Segundo, evidentemente, que o fortalecimento do Poder Legislativo como um todo leva à exigência de aplicação dessas normas, através de planos que devem ser exercidos para tal. Todas as providências de eficácia, de iniciativa popular e coisas desse tipo contribuíram para fazer a aplicação no campo da legislação. O problema costuma emperrar no campo da execução, na medida em que, efetivamente, os parlamentares não têm uma força capaz de fazer com que o Executivo direcione o seu programa neste ou naquele sentido.

APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Creio que meu livro mais importante seja *Aplicabilidade das normas constitucionais*, que foi escrito em plena ditadura exatamente para dar prestígio às normas constitucionais. Foi publicado pouco depois do concurso que prestei para a Faculdade de Direito da USP (FDUSP), para o cargo de professor titular de Direito Constitucional, em fins de 1969 – embora na edição do livro conste 1968. O título foi inspirado numa passagem de apostila de Meirelles Teixeira, que um ex-aluno dele havia me emprestado. Notei logo que era um assunto que demandava aprofundamento. Fiz uma ampla consulta bibliográfica, em especial na literatura italiana, num processo que me exigiu bastante tempo para selecionar o material para as leituras. De modo que me restaram apenas 40 dias para escrever a monografia. Não venci o concurso, mas posso dizer que o livro me projetou amplamente, abrindo as portas para convites e congressos internacionais, para explicar o método da aplicabilidade que eu desenvolvi.

Na obra, combato mais uma vez a tese das chamadas normas constitucionais programáticas, que, para o constitucionalismo brasileiro de então, não passavam de conselhos, ou meras intenções. Começo o livro estabelecendo o sentido e a estrutura das Constituições para, em seguida, examinar a natureza jurídica das normas constitucionais quanto à eficácia e à aplicabilidade. Montei uma classificação tríplice: (i) normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata; (ii) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta, mas não integral; e (iii) normas de eficácia limitada. Essa classificação se tornou bastante conhecida e aceita pela doutrina geral.

“CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO”

Em 1969, assumi a cadeira de Direito Constitucional da Faculdade de Direito de Jundiaí, na Fundação Padre Anchieta. Era uma instituição privada, mas que se propunha ser uma escola especialmente voltada para o direito público. Como não havia um manual que eu considerasse satisfatório para indicar aos alunos, fui elaborando minhas lições, que eu distribuía a eles. Dediquei boa parte das aulas aos direitos fundamentais, embora o curso iniciasse pela organização nacional, como era tradição nas Constituições brasileiras.

Nessa época, eu era livre-docente no Departamento de Direito do Estado da FDUSP e meu regime de trabalho era o chamado tempo parcial. Me interessava passar para o regime de tempo completo, e para tanto exigia-se do candidato a elaboração de uma monografia. Meu projeto era escrever um livro sobre os direitos fundamentais, que comporia o curso de direito constitucional que eu vinha elaborando nas aulas em Jundiaí e na Faculdade de Direito de Osasco. Por isso, o curso foi projetado para dois volumes. Assim, entreguei à editora Revista dos Tribunais (RT) o texto correspondente ao volume I, *Da Organização Nacional*. O livro teve uma surpreendente aceitação por professores e estudiosos do Direito Constitucional, com a edição se esgotando pouco depois. Era o livro

que vendia mais na RT e era a obra mais citada nos tribunais – inclusive no Supremo Tribunal Federal (STF).

Mas aconteceu que, em 1975, prestei concurso e fui nomeado professor titular, situação que me dispensava de apresentar uma tese especial para o regime de trabalho que eu pretendia obter. Daí abandonei o projeto de escrever o volume II do livro. Reelaborei tudo e juntei num volume só, que foi publicado em 1976. A obra apareceu dividida em duas partes: a primeira correspondia ao volume já publicado, a segunda continha o material relativo à Declaração Constitucional de Direitos. Foi somente em sua 5ª. edição que se inverteu a ordem das matérias, em função da estrutura da recém-promulgada Constituição de 1988, nisto acompanhando as Constituições posteriores à Segunda Grande Guerra. Ou seja: esse é um livro que, por um lado, nasceu nas salas de aula e, por outro, incorporaria, mais tarde, a intensa participação que eu tive como assessor na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-88.

DO DIREITO À POLÍTICA: QUASE PETISTA

Desde os tempos de estudante, a política prática me atraía muito. Dois meses depois da morte de Getúlio, eu me liguei ao PTB, embora não com uma filiação formal: o PTB em São Paulo era muito ruim. O partido tinha figuras muito boas somente fora de São Paulo. Eu era mais um simpatizante, com alguma atuação com o pessoal petebista.

Essa disposição a ter uma filiação partidária persistiu em mim. Na década de 80, tive uma inclinação pessoal para ir ao PT, e fiquei algum tempo observando o partido. Eles não me conheciam, mas eu ia a todo ato do partido: em Osasco, em São Bernardo, em debate com Lula na sede do Instituto dos Arquitetos etc. E sempre refletindo se deveria me filiar. Naquela época, no entanto, o PT estava muito obrerista. Pensei: “Se entro aqui, vou ser fritado -- se é que me deixam entrar”.

Eu tinha muita desconfiança em relação a Lula. Achava que ele não era de esquerda. Creio que isso se aplique até hoje. Dava para notar que o jornal *O Estado de São Paulo* apoiava Lula muito seriamente, porque o tinham em conta de um sindicalista democrata, e não um esquerdista. Tenho na memória uma entrevista dele concedida ao *Estadão*: Lula foi pessoalmente à casa de Mesquita Neto, com o Ruy³ presidindo a mesa de jornalistas – coisa que ele nunca fez com nenhum outro órgão da mídia. Ruy ficou acompanhando o partido: num comício feito em Santo Amaro, naquela fase de formação do PT, ele estava entre o público. Aí o avistaram e o trouxeram para o palanque. Ruy percebeu que havia influência de outros sobre Lula: havia o Frei Betto, havia um grupo de esquerda. De modo que, em seguida, Ruy resolveu se afastar, e o *Estadão* tomou distância de Lula.

NA COMISSÃO ARINOS

No início da Nova República, a Comissão Afonso Arinos foi o único foro oficial de discussão sobre a futura Constituinte e de como deveria ser Constituição, contribuindo muito para a conscientização dela. Fernando Lyra (PMDB-PE) acompanhou isso de perto: ele era Ministro da Justiça na ocasião e foi quem organizou a lista de convidados à Comissão. Lyra tinha gente dele lá dentro: tinha, por exemplo, o Joaquim Falcão. Afonso Arinos foi convite pessoal do Tancredo, diretamente para presidir a comissão. Note-se ainda que a própria estrutura de trabalho da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) proveio da Comissão Arinos.

Inicialmente, a organização da Comissão se desdobrava em quatro regionais. Num dado momento, se reunia nas capitais das regiões. Depois, passou a encontrar-se no Hotel Glória, no Rio de Janeiro, e também em Itaipava (RJ). Internamente, a Comissão se organizava em dez Comitês Temáticos, contando cada um deles com um coordenador, um secretário e um relator. Quando entrei na Comissão, já havia essa descentralização de trabalhos. Com uma ou outra

exceção, a esses comitês temáticos corresponderiam, mais tarde, às Comissões Temáticas da ANC. Na Arinos, só não existiam as subcomissões, que surgiriam apenas no Regimento Interno da Constituinte.

COMPOSIÇÃO E EMBATES NA COMISSÃO

Houve uma polarização entre progressistas e conservadores na Comissão Arinos. Até nisso foi muito semelhante à Constituinte: a maioria de seus membros era de conservadores -- mas que não levaram a palma. Ficaram muito aquém do que inicialmente pretendiam, especialmente porque eles pouco iam às reuniões, e os progressistas compareciam sempre. Esse pessoal da direita era muito ligado aos empresários: Saulo Ramos, Nei Prado -- este, então, era de morder poste...

Os conservadores deram trabalho na Comissão Arinos invariavelmente na parte da Ordem Econômica e na parte relativa ao Trabalho. A preocupação central deles era com o sistema econômico. Achavam que direitos sociais não tinham a menor importância: se conseguissem ficar com a Ordem Econômica, o resto de certo modo não tinha significado.

As esquerdas combateram muito a Comissão Arinos. A classe política, nem tanto. A Ordem dos Advogados, cujo presidente na ocasião era o Baeta Neves, combateu. Eles combateram a ponto de realmente fazer o Seabra⁴ sair da Comissão.

A parte da função social da propriedade gerou discussão também, mas não foi tanto assim. Já na questão do ensino, houve disputa: o pessoal mais privatista, conservador, era contra o ensino público. Houve um momento em que eu disse assim: “Se fosse privatista, eu não estaria aqui, porque não tive condições de estudar em escolas privadas. Venho de família muito humilde, trabalho desde criança. No tempo da faculdade, eu era alfaiate. Sempre estudei em escolas

públicas”. Antônio Ermínio de Moraes, que não era um conservador fechado, ficou muito sensibilizado com isso, e conseguimos aprovar o ensino público como obrigação do Estado. Cândido Mendes era o representante do Brasil na UNESCO, de modo que a questão cultural foi definida muito em função do que ele nos foi propondo.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Naquela época, eu era Secretário de Negócios Jurídicos do Município de São Paulo, na Gestão Mário Covas. Mas eu ia a todas as reuniões da Comissão Arinos, não faltando uma única vez. Eu tinha elaborado um Projeto de Constituição, que levei já na primeira reunião da Comissão. Inicialmente, eu não havia posto no projeto a expressão ‘Estado Democrático de Direito’, nem Estado Democrático e Social, e sim ‘Estado Social’. No Plenário da Comissão, rerepresentei a proposta já com a expressão ‘Estado Democrático de Direito’ -- por influência de um autor espanhol, Elias Dias, que tem um trabalho importante sobre o Estado Liberal-Social, a formar uma síntese entre o sistema socialista e o capitalismo liberal. Já tinha havido uma discussão nesse sentido, e o pessoal progressista da Comissão Arinos estava empolgado com o conceito de Estado Social: Hélio Santos, Miguel Reale Júnior e Evaristo de Moraes Filho. Fiquei vencido na votação. Repropus o conceito ‘Estado Democrático de Direito’ no plenário da Comissão, sustentando, especialmente para os membros esquerdistas, que um Estado Social nem sempre é democrático, lembrando-lhes que esse conceito fora adotado por regimes ditatoriais, como o fascismo e a ditadura de Vargas. De novo argumentei que o tipo de Estado que incorpora um elemento revolucionário de transformação da situação existente é efetivamente o “Estado Democrático de Direito”: adotando-o, teríamos um tipo de Estado que é democrático e, ao mesmo tempo, criado para todos os direitos sociais, para os direitos fundamentais, na sua maior amplitude, e que será o Estado realmente que nos convém. Dessa vez acolheram a proposta, que foi inscrita no artigo 1º.

do Anteprojeto da Comissão Arinos. Posteriormente, seria também incorporada à Constituição de 1988, mediante proposta minha apresentada pelo constituinte Antônio Mariz, vencendo tese contrária do *Centrão*.

PRESIDENCIALISMO DE GABINETE

Houve um forte debate na Comissão a respeito do tema do sistema de governo. Muitos dos seus membros eram parlamentaristas, como Miguel Reale, Bolívar Lamounier e o próprio Afonso Arinos. Bolívar foi muito atuante nesse tema. De minha parte, propus o que chamei de ‘presidencialismo de gabinete’. Não era tão parlamentarizado quanto o francês: era mais assemelhado ao sistema da Irlanda, que depois seria aplicado no Peru.

No sistema que propus, as funções governativas ficavam divididas entre o Presidente da República e o Conselho dos Ministros. Contudo, o Parlamento poderia votar a censura tanto dos ministros como do Conselho de Ministros. O Presidente do Conselho dos Ministros seria uma espécie de chefe da Casa Civil, só que com muito mais poder. Como ele seria nomeado pelo Presidente da República, não dependeria da confiança do Legislativo. O sistema era presidencialista, e saí discutindo essa fórmula em vários fóruns além da Comissão Arinos, como a Assembleia Legislativa de Minas e a Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul – Estado onde todo mundo é parlamentarista... Mas, na Comissão Arinos, essa proposta não foi aceita, e decidiu-se pelo parlamentarismo misto.

Sim, o tema do mandato presidencial chegou a ser discutido entre nós. No entanto, como era para ser um sistema parlamentarista, a questão ficou menos nítida, já que no parlamentarismo o tempo de mandato é flexível. A construção do parlamentarismo tal como resultou aprovado na Comissão Arinos é obra de Bolívar Lamounier. Contava ainda com um sistema distrital misto, embora diferente daquele empregado na Alemanha.

ESTRUTURA FEDERATIVA

O tema da ordem federativa não encantou muito, não polarizou muito a Comissão. Havia um certo consenso de que era preciso redistribuir melhor as competências federativas. No Projeto de Constituição que apresentei, eu havia proposto elevar o montante de competência comum e de competência concorrente dos entes federativos. Mas nunca propus definir o município como ente federativo, embora eu tivesse escrito bastante sobre direito municipal desde a década de 1970. Isso foi coisa da própria Constituinte, posteriormente.

A esquisitice da federação brasileira, que é ter o município com tamanho e *status* de entidade federativa, tem duas leituras. Por um lado, isso ajuda a diminuir a centralização, uma vez que se trata de mais um ente a competir com a União. Por outro, acaba sendo um poder pulverizado e de difícil fiscalização, furtando visibilidade e poder dos Estados federados -- cujo fortalecimento é a solução mais clássica de equilíbrio federativo. É em decorrência das duas coisas que o deputado estadual seja pouco mais que um enfeite.

INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

No Projeto de Constituição que apresentei, havia previsão do referendo, iniciativa popular, veto popular e o *recall* – a revogação dos mandatos. Mas penso que *recall* em sistema proporcional é muito complicado, porque o mandato eletivo pertence ao partido, e não ao parlamentar. Em todo caso, eu havia proposto que o *recall* seria submetido à votação na circunscrição do deputado, e não no Estado todo. Bolívar foi contra a participação política direta, que ele não gosta e que combateu muito. Mesmo assim, passaram os institutos da iniciativa popular e do referendo. Contra o Bolívar...

Vejam que, após a promulgação da CF 88, muitas das leis importantes, como a Lei da Ficha Limpa, foram elaboradas por iniciativa popular, assim como a lei

que aumentou o percentual de financiamento à saúde. Os mecanismos existem. Basta pôr em prática. E há o referendo, mais importante até do que o plebiscito, porque plebiscito é um instituto frequentemente empregado pelos governos autoritários para se manter no poder, para obter vantagens. Mas, como na CF 88 ele está sob o controle do Congresso Nacional, pode ser usado, já que foi tirado o arbítrio do Executivo, de modo a evitar sua utilização indevida.

A EMENDA CONVOCATÓRIA E O CONGRESSO CONSTITUINTE

Houve uma intensa discussão sobre o assunto: muita gente sustentou que não precisava convocar uma Constituinte, bastando reformar a vigente Constituição de 1967, com sua Emenda 1/69. O Senador Afonso Arinos (PFL-MG), por exemplo, tinha feito uma ampla pesquisa pela Fundação Getúlio Vargas, consultando todo mundo a propósito do tema.⁵ E se decidiu pela fórmula de um Congresso Constituinte.

Na época, sustentei que a Emenda Constitucional n. 26/85 não era uma emenda mas um ato político. Não existe emenda à Constituição para destruir a própria Constituição. Existe emenda para se fazer o contrário: para adaptar a Constituição, para fazer com que ela permaneça. Quando vem uma emenda que se diz constitucional e que trata expressamente da convocação uma Assembleia Constituinte, com isso destruindo a Constituição vigente, isso não é emenda: é um ato político.

O debate sobre a Constituinte exclusiva tinha uma grande dificuldade, porque a queriam funcionando ao lado do Congresso Nacional, e eu ponderava: “Se é para ser exclusiva, não pode ter Congresso Nacional. Não pode haver nenhum outro poder de representação popular ao lado da Constituinte, porque isso vai gerar um conflito enorme”. Havia um órgão de representação popular que estava funcionando, e era difícil fechar esse para abrir um outro órgão legislador e exclusiva: se fechassem o Congresso Nacional e fosse convocada uma

Assembleia Constituinte, quem iria fazer a mediação? No caso de 1988, a proposta da Constituinte exclusiva não excluía a existência do Congresso Nacional: haveria o Congresso, legislando ordinariamente, e a Assembleia Constituinte, fazendo a Constituição. De modo que a convocação foi defeituosa: em vez de convocar uma Assembleia Nacional Constituinte, convocou-se realmente um Congresso Constituinte.

QUASE DEPUTADO CONSTITUINTE

Tomei a decisão de me candidatar a deputado constituinte nas eleições de novembro de 1986. Resolvi isso exatamente pelo seguinte: eu vinha debatendo a Assembleia Constituinte há bastante tempo. Quando se chegava um momento como aquele, pensei que eu tinha no mínimo a obrigação de me candidatar. Achava que não seria eleito: não tinha condição eleitoral, não tinha meios. Eu fazia campanha de ônibus: pegava um ônibus aqui para ir a Santa Fé (SP), gastava 8 h para chegar lá; isso era uma candidatura para perder. Pensei: “Eu não vou ter nem partido para concorrer: nem o PMDB, nem ninguém vai me dar legenda”. Fui então falar com o Mário [Covas], que me disse: “Tá bom, vou te ajudar”, e separou uns santinhos para mim. E realmente minha candidatura se efetivou. Quércia tinha prometido ajudar, mas de fato não ajudou em nada. Tive ajuda do Odilon,⁶ um usineiro do Rio Grande do Norte que participou da Comissão Arinos. Ele me disse: “Olha, fomos colegas na Afonso Arinos, vou te ajudar”. E pôs 100 mil reais em minha conta. Odilon era da ala progressista da Comissão Arinos, depois ele foi para o PSDB.

Costumo dizer que eu tive uma votação muito semelhante à do Mário Covas. Se vocês tirar três zeros, vocês encontram a minha votação: 7 mil e 500 votos... Acho até que foi muito. E olhe que eu tive o dobro de votos do Francisco Weffort. Bolívar também concorreu. E pelo Partido Socialista... Certamente tive voto na área dos advogados: sempre debati com eles o conteúdo da nova

Constituição: o que deveria ser, o que não deveria. Mas esse negócio de campanha eleitoral não é para quem não tem experiência.

EM BRASÍLIA: ASSESSOR DA CONSTITUINTE

Quando começaram os preparativos para a instalação da Constituinte, pensei: “Não fui eleito, mas preciso participar desse processo de perto”. Um dia, fui convidado pelo Paulo Brossard, então Ministro da Justiça, para ser o Consultor-Geral do Ministério. Aceitei, e logo me escalaram para algumas viagens ao exterior. Quando voltei, lembrei que São Paulo tem uma Procuradoria em Brasília. E fui conversar com Procurador-Geral: “Estou querendo participar da Constituinte, mas sozinho não tenho condições de ir para lá”. Me responderam: “Nós podemos te pôr à disposição do nosso escritório em Brasília”. E assim se fez. Em seguida, falei com o Mário [Covas]: “Preciso que a USP me ponha à disposição”. Ele conseguiu que o Senado Federal oficiasse à Universidade para me pôr à disposição deles. Foi esse o processo que me levou ao assessoramento da Constituinte.

A Assembleia Nacional Constituinte (ANC) teve início em fevereiro, mas eu só fui para lá em março -- porque antes tive de viajar para Guiné-Bissau, num trabalho pela Comissão de Direitos Humanos da ONU. Em Brasília, eu ficava assessorando a Constituinte de segunda a sexta-feira, voltando a São Paulo nos finais de semana. Às vezes, apareciam problemas a resolver e eu tinha de ficar lá, preparando textos para o Mário apresentar na Constituinte. Nesse período, eu ia para Brasília sem nenhuma ajuda, apenas com meus próprios vencimentos públicos, na condição de Procurador do Estado e professor da USP à disposição do Senado Federal. Pagava o hotel do meu próprio bolso.

COM MÁRIO: EM SÃO PAULO E EM BRASÍLIA

Conheci Mário Covas quando entrei no PMDB, a convite do Almino Affonso,⁷ então Secretário-Geral do partido em São Paulo. Inicialmente, declinei. Mas, como acabei desistindo de ir para o PT, terminei aceitando o convite dele.

Quando Montoro se elegeu, recebi um convite de Altino Lia, presidente da Câmara Municipal de São Paulo, para ser o Secretário dos Negócios Jurídicos do Estado de São Paulo. Aceitei. Mário tinha ido para a Secretaria dos Transportes. Ele e eu ficamos muito amigos. Os demais secretários primeiro iam falar comigo, para levar as coisas para Mário saber se estava bem ou não. Ele adquiriu muita confiança no meu trabalho. Tinha boa sensibilidade jurídica, e isso facilitava nosso diálogo.

Quando cheguei à ANC, Mário já tinha sido eleito líder do PMDB. Estávamos na fase de apresentação de emendas ao Regimento Interno (RI) e Fernando Henrique Cardoso era o relator. Preparei a emenda de participação popular, que foi incluída, com algumas mudanças, no RI. Meu acompanhamento era muito discreto, porque eu não tinha como interferir nos debates: eu não era deputado, e só dava palpite quando me pediam. Ficava por perto, sentava um pouco atrás dos deputados e participava de todas as reuniões em que Mário estava presente - especialmente mais tarde, quando o surgimento do *Centrão* nos obrigou a uma intensa de negociação. Eu estava sempre à mesa de negociação. Às vezes, surgia algum problema, e aí Mário me perguntava: “O que você acha disso?”, e eu lhe transmitia minha avaliação.

Em todas as fases da Constituinte, havia uma mesa no Gabinete da Liderança em que tinham assento alguns vice-líderes e eu, para prepararmos textos para o Mário. Na parte inicial de funcionamento das subcomissões, não houve praticamente negociação, já que era uma etapa muito centrada nas próprias

Subcomissões temáticas e na participação externa, com as audiências públicas. A pressão foi crescendo à medida que o processo se desenvolveu. Mas era um espetáculo muito bonito: aqueles corredores cheios de gente de todo tipo, buscando uma oportunidade no documento que se estava preparando.

Houve um momento dos trabalhos constituintes, na fase ainda bem incipiente, em que se trouxeram para a ANC muitos dos textos preparados na Comissão Arinos: os deputados tiravam do material e faziam algumas mudançazinhas. Às vezes, nem isso: apresentavam o material da Arinos como se fosse contribuição deles... Na questão, por exemplo, da distribuição de competências, de proteção à infância, isso tudo já estava na Comissão Arinos. Melhorou muito na Constituinte. Mas o início já estava lá.

Quando começou a fase da Comissão de Sistematização, as coisas realmente se complicaram, porque aí atuavam apenas os 49 membros da Constituinte. Nesse ponto é que ficou nítido o grande trabalho do Mário: a escolha dos relatores das Subcomissões e das Comissões Temáticas, que eram membros natos da Sistematização. Foram essas escolhas que deram feição progressista à Constituição, porque ele escolheu gente muito ligada às teses mais avançadas. Quando a maioria dos constituintes ficou sem ter o que fazer, começaram a formar grupos separados, para formatar suas propostas. Foi aí é que surgiram os diversos projetos: Grupo Hércules, Grupo dos 28 etc. Foi um momento dramático do processo e foi nesse ponto que realmente emergiu o *Centrão*, em fins de 1987. Quem liderava esse pessoal era o José Richa, embora ele não pertencesse ao *Centrão*. Esse grupo criou o Projeto de Constituição deles, eu formei o meu e fomos debater. Só que Bernardo Cabral (PMDB-AM) aceitava tudo. O texto da Constituição estava ficando muito grande. E aí Bernardo Cabral começou a deformar o material: vários assuntos que deveriam vir em artigo viraram incisos, por exemplo. Num dado momento, passou-se a discutir vários Projetos de Constituição: o do *Centrão*, o meu e outros que circulavam por lá.

No primeiro embate, o *Centrão* perdeu: foi no Título Primeiro da Constituição, preparado por mim com base em elementos que já estavam no Anteprojeto Arinos -- inclusive com a expressão 'Estado Democrático de Direito'.

PRESSÕES NOS TRABALHOS CONSTITUINTES

Diversos grupos me procuravam: o pessoal da Procuradoria, o pessoal do Ministério Público. Não era uma pressão forte -- até porque eu não tinha poder de decisão, embora certamente tivesse influência: pedia ao Mário e ele dava seguimento às demandas. Em geral, esse pessoal o procurava e ele mandava falar comigo. Muitas propostas realmente funcionaram assim.

Me lembro de um episódio muito desagradável: a Magistratura e o Ministério Público fizeram uma pressão terrível na Constituinte. Chegaram a abordar os deputados nos toaletes. Por exemplo: havia propostas de que os membros do Supremo Tribunal Federal tivessem mandatos: dois membros seriam escolhidos pelos magistrados e dois pelo Parlamento. Nisso, entrou um juiz, viu aquilo e simplesmente pôs a mão naquele que tinha sido escolhido pelo pessoal da magistratura. Mas descobriram a manobra, e tiraram o sujeito da cama às duas horas da madrugada no hotel para esculhambá-lo. Houve muitas coisas desse tipo.

Sarney realmente fazia pressão -- por meio dos seus deputados mas também através de Ulysses Guimarães. Ulysses era presidencialista e tinha claro interesse em disputar a Presidência da República. Se havia alguém candidato a Presidente, esse certamente era Ulysses. Se Mário pensava na Presidência da República? Conversando com ele, nunca ouvi qualquer alusão a tal candidatura. Eu ficava no gabinete dele o tempo todo. Caso Mário efetivamente pensasse nisso, nunca deu nenhuma demonstração. É claro que um político do porte dele tem a Presidência da República como um dos objetivos -- ainda mais com a votação consagradora que teve em 1986. Mário certamente tinha o desejo de ser

governador de São Paulo – isso talvez mais até do que ser Presidente da República. Não que ele tenha me dito isso, ou manifestado a mim esse desejo. Mas a gente sentia que ele tinha por São Paulo a preocupação de reorganizar o Estado.

Sarney não mandou o Anteprojeto Arinos para a Constituinte porque a proposta era parlamentarista e socialmente avançada. A desculpa dele era de que não queria interferir. Mas não foi por isso que ele não mandou. De todo modo, como ele havia mandado publicar o Anteprojeto no *Diário Oficial da União*, os constituintes pegaram aquilo, começaram a tirar partes e apresentá-las às Subcomissões. De maneira que houve uma influência muito grande desse Anteprojeto em praticamente tudo que se fez no processo constituinte.

A LIDERANÇA DE MÁRIO COVAS E O CONTRA-ATAQUE DO CENTRÃO

Mário apoiou Bernardo Cabral no episódio de escolha do Relator-Geral da Constituinte. Eles tinham tido uma vivência política juntos, quando foram cassados no regime militar, em 1969. Isso talvez tenha levado a uma certa solidariedade de um com o outro. Fernando Henrique Cardoso tinha uma competição forte com o Mário, o que o levava a ficar sempre com um pé atrás. E Mário era muito partidário: o que o partido decidia, mesmo contra sua vontade, ele acompanhava e dava tudo de si.

Afonso Arinos estava com dificuldades em comandar a Comissão de Sistematização (CS). Aloísio de Campos (PMDB-PB) era o Vice-Presidente da CS e fazia muita trapalhada. Foi por isso que Mário propôs instituírem-se subpresidentes na Comissão de Sistematização. Pensaram logo no Fernando Henrique. Então sugeri ao Mário: “Põe o Passarinho para dirigir, ele teve um comportamento bom na Comissão que presidiu”.⁸ Mário propôs e isso foi aceito pelos demais líderes.

Não sei exatamente quem fez a proposta de Regimento Interno apresentada pelo *Centrão*. Mas quem tinha muito poder ali era Ricardo Fiúza (PFL-PE), assim como Carlos Sant'Anna (PMDB-BA), que era o líder deles. Nesse primeiro embate, nós ganhamos. Depois, eles acordaram e foram ficando cada vez mais espertos. Mas acordaram tarde, porque as coisas já estavam num ponto que dificilmente eles obteriam uma reversão.

O problema da Ordem Econômica e o da reforma agrária foram muito controvertidos desde o primeiro instante. A reforma agrária foi o ponto mais polêmico: de um lado, havia os ruralistas; do outro, os trabalhadores do campo. Quem foi o relator foi aquele pernambucano que também havia sido cassado: o deputado Oswaldo Lima Filho (PMDB-PE). Mas ele não conduziu bem: era muito rígido, muito radical. Talvez se tivesse obtido mais coisa, não fosse ele o relator. Ali tinha gente que decepcionava: pessoas que se pensava que seguiria uma orientação e que acabavam tendo outra. Rui Carneiro, que tinha sido senador naquela vitória enorme do MDB, em 1974, teve um comportamento horroroso na Comissão de Sistematização: em um certo momento, ele presidiu aquilo com muita parcialidade, de maneira até calhorda.

No Plenário, os acordos com a turma do *Centrão* eram feitos pelo Zé Lourenço (PFL-BA). Mas também houve negociações com a liderança do PDS. Em um certo momento, Virgílio Távora (PDS-CE), que originalmente era vice-líder, ficou liderando o PDS. Ele participou da negociação com o Mário. Quando a matéria chegou em Plenário, Amaral Netto (PDS-RJ) quis dar o contra. Virgílio levantou: “O acordo fui eu que fiz. Sente-se”...

Houve uma outra divisão, talvez mais pesada do que a do *Centrão*: foi a aliança entre os representantes do Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Numa ocasião, a gente foi reunir do outro lado do lago, acho que num convento. O pessoal do Nordeste e Norte chegou e começou a criar problema. De novo Virgílio Távora interveio e o pessoal murchou.

O “560º. CONSTITUINTE” ?

Em muitos momentos, apresentei sugestões e propostas à Constituinte. Com base nos textos aprovados nas Comissões Temáticas, elaborei um anteprojeto, que foi chamado de Projeto Afonso, que foi apreciado pela Relatoria junto com outros que circulavam. Meu projeto era abrangente mas conciso: tinha quarenta mil e algumas palavras. A Constituição de 88 tem atualmente cerca de 80 mil palavras.

Além disso, eu era convidado com frequência a dar conferências e palestras aos próprios membros constituintes. Mas, por vezes, reclamavam também de uma suposta influência excessiva que eu teria no processo. O deputado Maurício Correa (PDT-DF) dizia que eu dava plantão de 24 horas na Constituinte...⁹ A verdade é que esse pessoal ficou com ciúmeira de mim, que estava o tempo inteiro participando do processo de decisão. Me chamavam até de comunista: Ricardo Fiúza (PFL-PE) e Paes Landim (PFL-PI) me pichavam de todos lados. Cheguei a falar para o Roberto Freire (PCB-PE): “Você precisa me dar um lugar lá no seu partido”... Mas eu não me importava com nada disso. Sempre fui marxista, embora sem encarar o Partidão. Na verdade, eu achava que o Partidão só atrapalhava, com a sua vinculação à União Soviética, especialmente cumprindo o que a União Soviética mandava e Carlos Prestes seguia à risca: “Agora você briga com Getúlio, agora você faz as pazes com Getúlio”...

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Uma das conferências que fiz na Constituinte versou sobre o modelo de controle de constitucionalidade para o país, apresentada aos integrantes da Subcomissão de Garantia a Constituição, Reforma e Emendas. Era sobre o modelo de um Tribunal Constitucional “puro”, capaz de imprimir uma abordagem mais claramente “política” às funções jurisdicionais. A Constituição também tem um

conteúdo político muito grande. Por isso, o tribunal não pode ser puramente técnico. Do contrário, ele não entende a Constituição.

Eu considerava que o Tribunal Constitucional (TC) não deveria ser um Poder Judiciário. Seu objetivo ultrapassava a matéria puramente de jurisdição do Poder Judiciário e estava voltado precisamente para a defesa da Constituição -- mas a defesa de uma Constituição que fosse realmente um repositório de valores historicamente estabelecidos, de valores politicamente estabelecidos. A meu ver, o TC não deveria ser formado por membros vitalícios, mas com mandato: nos tribunais da Itália e da Alemanha, esses mandatos ficam em torno de 12 anos. São providos por várias fontes, precisamente para que ele não seja um simples aplicador da lei, mas que encare as relações ou os problemas de conflitos constitucionais em função do espírito da Constituição como tal. A proposta que eu fiz era para ser semelhante à da Itália: um tribunal com 15 membros: cinco deles eleitos pelo Congresso, nas câmaras reunidas conjuntamente; três eleitos pelo Supremo Tribunal Federal; um pelo Superior Tribunal Eleitoral e outro pelo Tribunal Superior do Trabalho; e cinco nomeados pelo Conselho de Ministros -- conforme a minha proposta de presidencialismo de gabinete. Nessa composição, talvez alguns requisitos fossem necessários: não apenas membros progressistas, mas daqueles que tivessem compreensão da Constituição como tal. Os privatistas dariam, certamente, a sua contribuição, mas talvez não tenham essa visão. Nem é conveniente que tenha só um grupo desse ou daquele tipo. Por isso mesmo, a origem diversificada da indicação seria importante também para evitar o predomínio de um ou de outro, no sentido de que o Tribunal Constitucional não fosse um Tribunal do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, pura e simplesmente pela sua composição. E das Constituições mais recentes, todas elas estão adotando tribunais constitucionais. Eu não via incompatibilidade entre uma corte constitucional e o presidencialismo. Porque, no parlamentarismo, há outros mecanismos para o equilíbrio que o presidencialismo não tem. Na verdade, a garantia da Constituição só tem sentido

mesmo quando ela é voltada para a garantia dos direitos fundamentais do homem, que ela assegura. Fora daí, não precisava garantia. Para quê? Garantia de Constituição são garantias voltadas para os direitos fundamentais do homem, e essa tem sido a marca e a missão básica das Constituições modernas.

Na minha proposta, quem poderia acionar Tribunal Constitucional eram o Procurador-Geral da República, o Presidente da Ordem dos Advogados, os Presidentes dos Partidos Políticos, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o povo. Contrapondo-se a essa posição, muitos grupos conservadores defendiam a manutenção do Supremo Tribunal Federal conforme o modelo da Constituição de 1967, argumentando que em tal modelo há menos intervenção de caráter "político". Os conservadores foram vitoriosos no fato de que não se criou um Tribunal Constitucional, como os progressistas desejavam. Mas esses conseguiram vitória significativa, ao incorporar no STF a função "precípua de guarda da Constituição", criando o Superior Tribunal de Justiça dividindo competências com o STF.

Propus também um tribunal administrativo. Ao defenderem seus clientes, os advogados usam de tudo quanto é meio para levar o processo lá para cima. É também um problema processual, cujas questões precisam ser mais bem disciplinadas. O Poder Público, por exemplo, recorre muito.

OUTRAS CONTRIBUIÇÕES

No Projeto de Constituição que fiz, propus também o *habeas data*, um instrumento assemelhado ao *habeas corpus*, que seria usado para impedir que as informações a respeito de um cidadão fossem manipuladas contra ele, impedindo-o de trabalhar, de viver ou de exercitar qualquer das suas liberdades civis. Corria na Constituinte que a inspiração do recurso de *habeas data* havia sido do professor Cândido Mendes, que pertenceu à Comissão Arinos. Escrevi uma carta ao senador Afonso Arinos (PFL-RJ), então na presidência da Comissão de Sistematização, lhe informando que o recurso do *habeas data*, como remédio

constitucional destinado a proteger certos direitos, foi apresentado por mim em anteprojeto elaborado numa reunião da Comissão Arinos em São Paulo.

Outra proposta que fiz foi a criação da figura do Defensor do Povo, inserido entre as normas das garantias constitucionais. Mas não me parecia que fosse aí o melhor lugar, porque a figura era um pouco diferente daquelas garantias constitucionais de defesa dos direitos individuais. Era muito mais voltado para a defesa da Constituição como tal -- portanto, era Garantia da Constituição -- do que defesa pura e simplesmente dos direitos individuais, embora fosse voltado para isso.

Também contribuí no direito urbanístico, ajudando na recuperação do papel jurídico e político do Plano Diretor. No caso da Reforma Urbana, a solução de compromisso que eu ideei, numa relatoria do Covas, foi prever a possibilidade da utilização desse instrumento mas subordinar sua utilização aos municípios que os incluísse nos seus planos diretores, tornados obrigatórios nos municípios com mais de 20 mil habitantes.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Houve problemas na Ordem Econômica, e é claro que isso repercutiu nas outras áreas de atuação. Eu sempre sustentei que havia um certo conflito entre a parte dos direitos fundamentais e sociais da Constituição e sua parte econômica. A Ordem Econômica era já conservadora, porque foi ali que realmente houve o grande debate: inegavelmente uma ordem capitalista, com alguns elementos de tentativa de humanização desse capital.

A Ordem Social também pesava nessa situação toda, como no tópico da função social da propriedade. Este era um tema muito debatido: lembro de um certo representante do Rio Grande do Sul, dono de uma imobiliária, que sempre comparecia nos debates sobre a função social da propriedade. As discussões foram muito tensas, a gente ia discutir até na sala do Ulysses. Eu queria jogar a

propriedade para a Ordem Econômica: não tinha por que estar ali nos direitos individuais. E introduzimos a questão da função social. Nós separamos: “A propriedade atenderá a sua função social”. Vejam como são importantes alguns aspectos de redação: quando se pôs que “A propriedade atenderá a sua função social”, reconheceu-se na propriedade uma característica essencial: a função social é da essência da propriedade; não é algo externo, que lhe venha sendo acrescido. Poderia ser algo como: “Ela terá sua função social...”, como algo externo que vem para cá. Mas, com o possessivo e mais ainda com o artigo, definindo ali o possessivo – “a sua função social” – fica reforçado: esse “sua” já dá uma função para a propriedade: ela já tem isso como dela, não é algo que veio de fora, e quando se põe o “a”, este artigo define realmente aquilo como sendo próprio da função social. Essas coisas eles não percebiam.

O conceito de empresa nacional veio da Comissão Afonso Arinos. Quem o sugeriu foi Barbosa Lima Sobrinho,¹⁰ que redigiu o texto e propôs a emenda no Plenário. Claro que os conservadores pularam. Mas isso passou, foi aprovado. Também o capital estrangeiro foi Barbosa Lima que sugeriu, e isso veio para a CF 88 tal como já estava no Anteprojeto Arinos.

QUÉRCIA E O SURGIMENTO DO PSDB

Quércia era muito reacionário, não era possível ter uma convivência com ele. Quando estavam organizando o partido na convenção para transformar o MDB em PMDB, Quércia fez uma porção de exigência e ameaçou deixar o partido. Eu disse ao Mário: “Deixa o homem ir embora, ele vai ficar criando problema dentro do partido. Vocês ficam com isso de “o partido tem que ter unidade”. Que unidade é essa, que ele sempre está criando problema para isso? Deixa o homem ir embora”.

Depois, Quércia criou problemas na eleição do Montoro. Deveria tê-lo apoiado, mas, naquele momento, quando ele perdeu, fez um movimento

“Quércia para vice”. Mário se afastou e deixou Quércia entrar. Mais tarde, eu falei para ele: “Eu não teria me afastado, eu teria brigado. Porque não dá para ficar cedendo para Quércia a vida toda. Você já cedeu lá atrás, em 1978. Cedeu depois, está cedendo sempre. Perdeu e perdeu”.

Depois, já na Constituinte, foi ficando clara a impossibilidade do Mário continuar no PMDB. Ele continuava como um líder forte da ANC: tinha consigo toda a esquerda e uma parte do centro mais progressista. Mesmo depois de criado o *Centrão*, Mário continuou a dominar o processo constituinte, especialmente para não deixar a coisa regredir. Os direitos fundamentais foram sustentados todos, e as concessões foram sendo feitas: alguma coisa na Ordem Econômica, na Ordem Social -- especialmente na reforma agrária. Praticamente tudo foi decidido naquela sala: o Plenário apenas homologava isso. Num dado momento, o trabalho fundamental do Mário na Liderança da Maioria estava terminando, porque o que era fundamental já estava conquistado no Projeto de Constituição. Ele já não estava bem no partido e nunca tinha tido boas relações com Quércia. Fernando Henrique, Montoro e Serra tinham o mesmo problema. Foi nesse ponto que surgiu a ideia da criação de um novo partido. Mas é claro que a disputa política em São Paulo também pesou.

NO NINHO TUCANO

Fui um dos fundadores do PSDB. Estive até no Teatro Zaccaro, na fundação do partido. Quando chegou o momento da criação, participei de algumas reuniões, como a da formulação da carta de princípio. Serra era quem estava preparando essas coisas, mas o material que ele elaborou não tinha uma única palavra sobre o sindicalismo. Eu disse assim para o Mário “Que diabos de socialdemocracia é esta, que não tem nada sobre sindicalismo?”...

Naquele período inicial, o PSDB tinha um grupo muito bom, vindo da esquerda, e dos socialistas que estiveram na Constituinte, como Cristina Tavares

e Zanete, do Rio Grande do Sul. Um pessoal de Santa Catarina e do Paraná também não estava tendo condições de convivência nos seus partidos. Mas esse pessoal acabou sendo praticamente expulso, porque a direção do partido foi toda conservadora. Fez-se uma direção colegiada, com predominância do Montoro, que era um democrata importante, muito sério, democrata-cristão, mas que era conservador. E essas lideranças dominaram o partido. De modo que esse pessoal de esquerda começou a sair, e à certa altura saíram todos.

NA COMISSÃO DE REDAÇÃO

A versão final do Projeto de Constituição seguiu para a Comissão de Redação. Dos assessores constituintes, fui o único que entrou lá. Mas houve outros colaboradores, como o professor Celso Cunha, um gramático muito importante. Sim, me lembro de que, em 2003, Nelson Jobim revelou que nessa comissão foram acrescentados pontos que não passaram pelos dois turnos de votação na Constituinte. Mas, nos trabalhos da Redação, ele nos disse que foram encontradas várias contradições no texto do Projeto votado. Daí os líderes partidários discutiram as mudanças necessárias, que foram em seguida aprovadas pelo Plenário da ANC, como se fosse um 3º. turno. De minha parte, estudei todas essas mudanças na época e não localizei nenhuma alteração fundamental que pudesse modificar o significado do texto que foi votado pelos deputados constituintes nos dois turnos.

AVANÇOS E INSUFICIÊNCIAS NA CF 88

Se houve algum erro de monta na Constituinte? Uma Constituinte realiza a obra que as circunstâncias históricas permitem. A rigor, não se pode dizer então que ela tenha cometido erros -- até porque tudo depende da posição em que se coloca o intérprete. Para mim, a Constituinte falhou em algumas coisas. Deixou intacta a velha estrutura de poder: não houve modificação alguma no presidencialismo monárquico e personalista que nos rege desde a proclamação da República,

reforçando a tradicional desconfiança da população em relação ao Legislativo, dominado por oligarquias regionais. A ANC não superou o problema da falta de representatividade, não conseguiu romper a cultura política de representação regionalizada, oriunda do regime militar e mesmo de épocas anteriores. O Anteprojeto Arinos era parlamentarista, e isso não foi aproveitado. Isso por certo seria uma experiência importante para a vida política brasileira, dado que possibilitaria o fortalecimento dos partidos políticos, o controle democrático e mais efetivo dos poderes -- sobretudo porque, no parlamentarismo, em última análise, é o povo que decide as crises de poder. Houve também a proposta de um sistema eleitoral misto, aproximadamente do tipo alemão, mas que tampouco foi aproveitado, adotando-se na Constituição um sistema puramente proporcional.

O bicameralismo igualitário não mais se afeiçoa às exigências do nosso tempo, exatamente porque o Congresso Nacional não pode ficar numa função puramente formal, sem participação efetiva no processo de decisão governamental. A mim, parece que um bicameralismo desigual, em que Câmara e Senado Federal tivessem campos de atuação diferentes, seria uma experiência importante para um país ainda em desenvolvimento.

Se a Constituição ficou híbrida, por ter adotado o presidencialismo em cima de um texto parlamentarista? Não. A Medida Provisória destoava, porque seria um instituto mais adequado para o sistema parlamentarista. Mas, de resto, a Constituição nada tem de híbrida.

Em alguns aspectos, o texto carrega traumas do período militar, embora menos do que a Constituição de 1946, documento em grande parte elaborado contra a ditadura do Getúlio Vargas. Por isso, a doutrina fala que ela nasceu de costas para o futuro -- porque estava preocupada com o passado. A Constituição de 1988 se voltou mais para o futuro. Mas há nela um dispositivo -- o artigo 5º, inciso XLIV --, por exemplo, que considera crime inafiançável a ação de grupos

armados contra a ordem constitucional. Há também a norma sobre a cassação do mandato, exatamente para não ocorrer como no regime militar, em que o Presidente da República, ou outro Poder do Estado, podia cassar o parlamentar. Agora, só a Casa respectiva pode cassar o mandato. Esse talvez seja o tema mais diretamente contrário ao que aconteceu na ditadura.

Outra falha foi na possibilidade de reforma agrária, em que pauta conservadora ganhou. Por incrível que pareça, o Estatuto da Terra dos militares era mais avançado do que o que ficou na Constituição.

Se houve algum ponto que tenha entrado na Constituição mas não da forma como eu gostaria? Em geral, não, porque a parte que mais me interessava era relativa aos direitos fundamentais e essa parte foi bem implementada. Eu tinha uma visão diferente da organização do poder. Eu propunha um Poder Executivo menos personalista, que eu chamava de ‘Poder Executivo de Gabinete’. Isso não passou, e era difícil de passar.

A CF 88 E O ANTEPROJETO ARINOS

Se não fosse a Comissão Arinos, talvez os trabalhos constituintes não tivessem acontecido. Porque foi somente naquele momento que se discutiu Constituição e Constituinte, com muita repercussão na imprensa. A Comissão Arinos acabou servindo de modelo para a estrutura da Constituinte. Por exemplo: um tema muito debatido atualmente é o da união estável. Isso surgiu na Arinos. Nós estávamos procurando um meio de amparar a mulher que vivia amasiada há muitos anos com alguém e que, quando esse alguém morria, a mulher se quedava desamparada. Nós estávamos debatendo e então o Padre Ávila, que era da corrente progressista da Igreja Católica, falou: “Por que a gente não põe união estável?”.

O controle do capital estrangeiro, por exemplo, nasceu na Comissão Arinos por proposta de Barbosa Lima Sobrinho. E isso foi introduzido na Constituição

de 1988. Só que depois veio a Emenda Constitucional n. 6, em agosto de 1995, feita por Fernando Henrique Cardoso, e o tirou.

O *habeas data* foi proposto por mim e também foi para a Constituição. Em geral, a organização dos direitos fundamentais no Anteprojeto Arinos era melhor, mas a Constituição os ampliou.

ARREMATANDO A CONSTITUIÇÃO

Todo mundo me pergunta por que até hoje a CF 88 não foi inteiramente regulamentada. O que não percebem é que o fundamental já foi regulamentado: temos o Estatuto do Idoso, Estatuto da Infância e Estatuto do Adolescente; normas sobre Previdência. Quando a falta de regulamentação cria problema para algum grupo, a Constituição deu instrumentos para solucionar -- como a iniciativa popular e o mandado de injunção. O que não foi regulamentado se resolveu com a iniciativa popular. Em outros casos, o Supremo decidiu: no caso da lei para regulamentar as greves de servidor público, por exemplo, entraram com mandado de injunção para mostrar que havia uma omissão. E o Supremo mandou aplicar a lei geral.

MATRIZES DA CF 88

A Constituição teve influência de vários países. A Medida Provisória é de origem italiana. A inconstitucionalidade por omissão veio da Constituição portuguesa. Da Alemanha veio a organização do poder, especialmente da distribuição do Poder Legislativo, as competências comuns e complementares entre União, Estados e municípios. Na formação dos direitos, houve influência de convenções internacionais e das declarações sobre direitos humanos. No restante, é mais contribuição nossa. Houve avanços imensos nos direitos sociais. O sistema de Seguridade Social não encontra paralelo em outros países. O fortalecimento do Ministério Público e a autonomia do Poder Judiciário também

são coisas nossas. Tudo isso foi forjado pela Constituinte e em boa parte também na Comissão Arinos.

ANISTIA E CONSTITUINTE

Acho que os crimes de tortura no regime militar devem ser punidos. Por dois motivos essenciais: tortura não é crime político e ninguém pode se autoanistiar. Na Constituinte, não fui a favor de crimes imprescritíveis: a prescrição pressupõe a inércia do Poder Público. É o Poder Público que tem que perseguir o criminoso. E, se ele não persegue, aí o crime fica imprescritível. O que precisamos então é exigir do Poder Público que ele cumpra a sua função, para que não passe o tempo e não se chegue à prescrição. Mesmo nos crimes comuns, as prescrições se dão em prazos longos, de 20 a 30 anos. Então, ainda há muito tempo para se promover a responsabilidade do criminoso. Acho que os que torturaram não foram punidos: alegam que foram beneficiados pela lei da anistia. Eu tenho um texto publicado em que afirmo que não existe anistia para agentes públicos torturadores. Isso seria na verdade autoanistia. Há uma decisão famosa da Corte Interamericana sobre um caso acontecido no Peru, chamado Caso Bairro Alto, em que os militares metralharam doze pessoas que estavam numa reunião, alegando que era uma reunião subversiva. Logo depois, um promotor moveu uma ação competente contra eles. Mas Fujimori, que era o presidente-ditador, conseguiu rapidamente uma lei de anistia para os militares que mataram o grupo. A juíza teve que parar o processo. Houve recurso à Corte Interamericana de Direitos Humanos e ela decidiu que aquilo era autoanistia e que isso não existe, porque contrário aos direitos fundamentais do homem.

A ATUALIDADE DA CF 88

Acho que a Constituição foi retalhada pela grande quantidade de emendas; criaram uma coisa horrorosa. Num único dia, em 15 de agosto de 1990, emplacaram seis emendas constitucionais, que tiraram coisas importantes da

Ordem Econômica: capital estrangeiro, monopólio das minas. Se ainda é possível afirmar que existe a Constituição de 88? No essencial, sim, porque o núcleo fundamental da Constituição são os direitos fundamentais. Para isso é que nasceu a Constituição escrita no século XVIII: para limitar o poder e para garantir os direitos fundamentais. E esses não foram atingidos. O alicerce está preservado, a despeito das inúmeras emendas que sofreu. Portanto, considero que a moldura, o modelo da Constituição, permanece: não se atingiu o núcleo duro, que são os direitos fundamentais -- incluindo os direitos sociais.

É claro que há contínuas arremetidas contra a Ordem Social. Todo conservador quer uma Constituição enxuta: eles querem que saiam de lá os direitos sociais: o direito à saúde, o direito do índio, o direito ao meio-ambiente... Mas não querem que saia o direito de propriedade. Se esquecem que não se pode decidir de antemão se a Constituição vai ser enxuta ou não: é o processo histórico que vai decidir isso. A Carta nasceu de uma negociação muito difícil. Cada um queria por alguma coisa do seu interesse. Numa Constituição que teve uma participação popular muito intensa, é razoável que se tenha acolhido muitas dessas reivindicações. Certamente existem muitas regras que poderiam ser reguladas pela legislação ordinária, mas foram inseridas na Constituição porque ela lhes garante certa estabilidade. É claro: se tirarmos tudo isso, ela fica muito enxuta. Mas aí o povo fica absolutamente desamparado. Todo conservador quer uma Constituição enxuta, que garanta apenas o direito da elite.

As alterações havidas na Ordem Econômica por certo importam, porque essas mudanças influenciam a Carta de Direitos. É por isso que, de vez em quando, tem alguém propondo uma nova Constituinte: para tentar eliminar a parte que ainda permanece. A Carta promulgada em 1988 é inquestionável do ponto de vista político. Vivemos um regime de liberdades amplas, com eleições livres. Todos os problemas que temos tido desde então têm sido resolvidos com

base na Constituição. Convém então evocar Ulysses Guimarães, que uma vez disse assim: “Nós vamos, a Constituição fica”...

O depoimento do professor José Afonso da Silva ocorreu na manhã de 23 de outubro de 2009, no seu escritório, na zona central da capital paulista. A entrevista contou com a participação dos pesquisadores Ademar Seabra da Cruz Jr., Antônio Sérgio Rocha, Cicero Araujo, Jefferson Goulart, Júlio Barroso e a pós-graduanda San Romanelli Assumpção.

NOTAS

¹ Nascido em Patos (PB) em 1925, Paulo Bonavides é um dos mais respeitados constitucionalistas brasileiros. Iniciou seus estudos jurídicos em 1943, na Faculdade Nacional de Direito (UFRJ), bacharelando-se em 1948. Durante a graduação, realizou também curso de extensão em Sociologia Jurídica na Harvard University, entre 1944 e 1945. Começou sua carreira docente em 1950, como professor de Ensino Médio na disciplina de Sociologia, no Instituto de Educação Justiniano de Serpa. Nos anos letivos de 1951 e 1952, foi professor do Seminário Românico da Universidade de Heidelberg, na Alemanha. No Brasil, começou a lecionar no Ensino Superior em 1956, como professor assistente de Introdução à Ciência do Direito na Universidade Federal do Ceará, após a conquista da Livre-Docência. Pela mesma instituição, no ano de 1958, obteve os títulos de Doutor e Professor Catedrático, com a tese *Do Estado Liberal ao Estado Social*, e passou a ministrar a disciplina de Teoria Geral do Estado. Foi professor visitante na Universität zu Köln, na University of Tennessee e na Universidade de Coimbra. É autor de clássicos da literatura de direito público, como o *Curso de Direito Constitucional* (em 33ª. edição) e assim como o manual *Ciência Política* (em 25ª. edição).

² Nascido no Recife em 1918, Luiz Pinto Ferreira ingressou na Faculdade de Direito da atual UFPE com 15anos, lançando seu primeiro livro *Novos rumos do Direito Público* aos 17 anos, sendo objeto de elogios de seus professores e de juristas como Clóvis Beviláqua e Pontes de Miranda. Bacharelou-se em 1938 e advogou pr algum tempo, tornando-se em seguida Promotor de Justiça. Em 1944, foi aprovado no concurso para professor Livre-Docente de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito do Recife, apresentando uma tese sobre soberania. Em 1950, tornou-se Professor Catedrático de Direito Constitucional na mesma instituição após ser aprovado em concurso com a tese “Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno” que seria publicado mais tarde como um de seus principais livros. Foi também professor de Sociologia, Filosofia, Direito Administrativo e Geopolítica em várias instituições, ensinando na graduação e em Programas de Mestrado e Doutorado. Dentre suas pesquisas, sempre focou em estudos sobre a Constituição e questões da sociologia. Em 1962, foi eleito suplente de senador pelo PTB na chapa de seu correligionário José Ermírio de Moraes, chegando a assumir o mandato entre 1962 e 1963. Seus pronunciamentos enquanto senador foram sempre associados ao governo Jango e sua defesa pelo nacionalismo econômico. No período militar, foi

presidente do MDB local e ofereceu sua própria residência como sede do partido. Posteriormente, redigiu um anteprojeto da Constituição do Brasil de 1988. Entre 1937 e 2001, publicou mais de 200 livros. Faleceu em 2009.

³ Nascido em São Paulo em 1925, Ruy Mesquita foi um jornalista brasileiro. Filho do também jornalista Júlio de Mesquita Filho, Ruy cursou a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, mas acabou trocando os estudos jurídicos pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Passou a trabalhar no jornal O Estado de S. Paulo em 1948 e tornou-se editor da seção internacional. Ao cabo da Revolução Cubana, foi o único jornalista brasileiro a entrevistar Fidel Castro, sendo homenageado pelo presidente daquele país no ano seguinte. Em 1966, assumiu a direção do recém-criado Jornal da Tarde. Após a morte de seu irmão Julio de Mesquita Neto, em 1996, assumiu a direção do jornal Estadão. Faleceu em 2013.

⁴ Nascido em Natal em 1910, Miguel Seabra Fagundes foi um advogado, jurista e magistrado brasileiro. Bacharelou-se em 1932 pela Faculdade de Direito do Recife, e foi designado, no mesmo ano, em ato assinado por Getúlio Vargas, para o cargo de procurador do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Norte. A partir de 1945, representou o Rio Grande do Norte como interventor federal e presidente do Tribunal de Justiça. Foi eleito presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em 11 de agosto de 1954, mas licenciou-se do cargo no dia 24 do mesmo mês para assumir a pasta do Ministério da Justiça a convite do presidente da República Café Filho. Em fevereiro de 1955, após divergências com o governo, pediu demissão do cargo de ministro e reassumiu a presidência da OAB, permanecendo no cargo até agosto de 1956. Em abril de 1970 foi eleito presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), e, desafiando a ditadura militar da época, fez um forte discurso defendendo com obstinação a legalidade democrática. Foi um dos ativistas pela reestruturação do habeas-corpus e pela convocação da Assembleia Nacional Constituinte.

⁵ FRANCO, A. A. de M. “A constituinte instituída”. *Revista de Ciência Política*, v.1, n.1, p.3-17. Rio de Janeiro, 1982.

⁶ Trata-se de Odilon Ribeiro Coutinho, nascido em 1923 na Paraíba, proprietário de usina de cana-de-açúcar. Foi deputado federal pelo PMDB (RN). Foi da Academia Paraibana de Letras. Faleceu em 2002.

⁸ Tratava-se da Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e da Garantia das Instituições.

⁹ Confira-se esse trecho dos Anais da Constituinte, em que o deputado Brandão Monteiro (PDT-RJ) reclama da influência desproporcional de José Afonso sobre a Constituinte: “Todos nós fomos eleitos pelo povo para fazer a Constituição. Para aqui viemos, trabalhamos em Comissões e Subcomissões, e um grupo de pessoas está alojado no Banco do Brasil fazendo a sua Constituição. E as pessoas que foram disputar o voto popular têm muito respeito pelo ilustre jurista Miguel Reale Júnior, mas não conseguiram que o povo o trouxesse para esta Casa, para fazer a Constituição, e hoje é um dos mais festejados autores do anteprojeto de Constituição. Respeito o jurista José Afonso, mas ele não chegou a ter dez mil votos em São Paulo, e tem mais poderes na formação da futura Constituição do que qualquer um de nós”.

¹⁰ Essa conferência foi publicada na Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n. 30 – dezembro de 1988.

