

A Gênese do Texto da Constituição de 1988

Brasília – 2013

Prefácio

O PROCESSO DE FORMAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. Introdução

1. Este livro, organizado por João Alberto de Oliveira Lima, Edilenice Passos e João Rafael Nicola, documenta a evolução do processo de formação da Constituição de 1988. O primeiro volume mostra a construção constitucional por via da elaboração dos dispositivos que vieram a integrar a Constituição. O segundo volume reproduz os Substitutos 1 e 2 do Relator da Comissão de Sistematização ao Projeto de Constituição, os Projetos A (início do 1º Turno em Plenário), B (início do 2º Turno), C (final do 2º Turno) e D (Redação Final), e os Apêndices A (*Fac-símile* do Diário da Assembleia Nacional Constituinte, de 23 de setembro de 1988, que publicou o texto da Redação Final), B (*Fac-símile* do Diário Oficial da União de 5 de outubro de 1988, que publicou a Constituição) e C (*Fac-símile* do Autógrafo da Constituição de 1988).

2. Expõe-se, assim, o material essencial a uma interpretação genética do texto constitucional num trabalho semelhante e meritório como aquele de José Duarte em relação à formação da Constituição de 1946¹. Esta foi elaborada também por um Congresso Constituinte, mas não teve a participação popular como teve a Constituição vigente. Seu processo de formação foi mais simples, por isso o trabalho de José Duarte não se limitou a apresentar a história da elaboração dos dispositivos constitucionais, porque, ao lado da comparação evolutiva dos dispositivos, introduziu comentários, o que dificilmente se poderia fazer em relação à elaboração dos dispositivos da Constituição de 1988, de formação bem mais complexa² e com intensa participação popular. Por isso a ela se aplica com mais justeza o que José Duarte disse em relação à Constituição de 1946: “A Constituição, que modela, politicamente, a nação, que cria e ordena as instituições, capazes de garantir a felicidade geral e defender a paz, a dignidade, a integridade do país, também não é, unicamente, obra da cultura dos homens. Ela vem do mais profundo da consciência popular, nasce nos costumes, inspira-se nas ideias autonomistas da nação, surge com a própria independência. Tem, sobretudo, função ético-social e não poderia ser elaborada fora da vida e das exigências humanas”³.

3. Ao falar em “interpretação genética”, devemos ter o cuidado para não confundi-la com o “originalismo”, interpretação constitucional segundo a qual ao intérprete somente cabe perquirir e revelar a intenção original do constituinte. A doutrina brasileira, no geral, não aceita a teoria que prestigia a intenção do constituinte como método válido de interpretação constitucional, até porque não há maneira de descobrir tal intenção. O constitucionalismo sempre tem em mente a Constituição em si mesma. Para determinar com exatidão seu conteúdo, recorre ao conhecimento histórico de sua formação, para melhor compreender os valores nela incorporados e os rejeitados, e aqui a importância dos trabalhos constituintes, que esta obra cuidadosamente apresenta, ou seja, propicia material constituinte para uma interpretação histórica da Constituição.

4. Este livro, portanto, será muito útil a todos aqueles que desejam compreender o processo histórico de formação da Constituição e, por via dele, compreendê-la como repositório de valores políticos do povo. Não historia o processo constituinte. Por isso, tendo sido honrado com o convite para elaborar um prefácio à obra, pareceu-me útil discutir um pouco os antecedentes, inclusive referências à Comissão de Estudos Constitucionais e à dinâmica do procedimento de formação constitucional.

¹ Cf. *A Constituição Brasileira de 1946, Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembleia Constituinte*, 3 volumes, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1947.

² Na “Introdução”, os autores reconhecem essa dificuldade, quando observam que “nenhuma obra conseguirá condensar todos os aspectos desse singular e complexo processo”.

³ Cf. José Duarte, ob. cit., p. 37.

ANTECEDENTES

2. Crise e situação constituinte

5. A crise profunda, em que se debatia o Estado brasileiro, nas décadas de setenta e oitenta, tinha sua origem na ruptura das tendências populares para um regime democrático de conteúdo social, que se delineava fortemente sob a Constituição de 1946. Ao opor-se a essa tendência, o regime instaurado em 1964 provocou grave crise de legitimidade, ao impor um sistema constitucional desvinculado da fonte originária do poder, que é o povo. As constituições daí resultantes, por consubstanciarem uma ordenação autoritária, romperam o sistema de equilíbrio, ou seja: a) equilíbrio entre o poder estatal e os direitos fundamentais do homem; b) equilíbrio entre poderes, especialmente entre os poderes legislativo e executivo; c) equilíbrio entre o poder central e os poderes regionais e locais.

6. A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começou assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o Ato Institucional nº 5, de 13.12.1968, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social. Frustrou-se, contudo, essa grande esperança.

7. Não desanimaram, ainda desta vez, as forças democráticas. Lançaram a candidatura de Tancredo Neves, então Governador de Minas Gerais, à Presidência da República. Concorreria pela via indireta no Colégio Eleitoral com o propósito de destruí-lo. Em campanha, deitou as bases da Nova República em famoso discurso pronunciado em Maceió. Propôs construí-la usando metodologia clara, conforme mostramos, de outra feita, nesta síntese:

“A Nova República pressupõe uma fase de transição, com início a 15 de março de 1985, na qual serão feitas, ‘com prudência e moderação’, as mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que ‘se definirá pela eliminação dos resíduos autoritários’, e, o que é mais importante, ‘pelo início, decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira’. E, assim, finalmente, a Nova República ‘será iluminada pelo futuro Poder Constituinte, que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição que situe o Brasil no seu tempo, prepare o Estado e a Nação para os dias de amanhã’⁴.”

8. O Brasil ingressava, assim, naquele momento histórico que a teoria constitucional denomina *situação constituinte*, situação que se caracteriza pela necessidade de criação de *normas fundamentais*, consagradoras de nova *ideia de direito*, informada pelo princípio da justiça social, em substituição ao sistema autoritário que nos vinha regendo havia já cerca de vinte anos. Aquele espírito do povo, que transmuda em *vontade social*, que dá integração à comunidade política, já se despertara, como sempre acontece nos momentos históricos de transição, em que o povo reivindica e retoma o seu direito fundamental primeiro, qual seja, o de manifestar-se sobre a existência política da Nação e sobre o modo desta existência, pelo exercício do *poder constituinte originário*⁵.

⁴ Cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 36ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 90.

⁵ Sobre toda essa temática, cf. José Afonso da Silva, “Constituinte: caminho para uma nova ordem constitucional”, conferência pronunciada na Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul no *Simpósio* “Constituinte em Debate”, no dia 15.10.1984, incorporado no nosso livro Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição), São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 17s; idem, “Constituinte e Regime Democrático”, conferência proferida na Assembleia Legislativa de Minas Gerais no *Simpósio* “Minas Gerais e a Constituinte” no dia 17.4.1986, ibidem, pp.42s e ainda “Constituinte”, ibidem pp. 66s. Confere também o texto que deu o título ao livro “Poder Constituinte e Poder Popular”, proveniente de conferência pronunciada no *Simpósio* realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Roma *La Sapienza* no dia 17.12.1991, pp. 82s.

3. A Nova República

9. O povo emprestou a Tancredo Neves todo o apoio para a execução de seu programa de reconstrução nacional, a partir da derrota das forças autoritárias que dominaram o país durante vinte anos (1964 a 1984). Sua eleição, a 15.1.1985, foi, por isso, saudada como o início de um novo período na história das instituições políticas brasileiras, e que ele próprio denominara a *Nova República*, que haveria de ser democrática e social, a concretizar-se pela Constituição que seria elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, que ele convocaria assim que assumisse a Presidência da República.

10. Sua morte, antes de assumir a Presidência, comoveu o Brasil inteiro. O povo sentiu que suas esperanças eram outra vez levadas para o além. Assumiu o Vice-Presidente, José Sarney, que sempre esteve ao lado das forças autoritárias e retrógradas. Contudo, deu sequência às promessas de Tancredo Neves, enviando ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional convocando a Assembleia Nacional Constituinte, proposta que foi aprovada como Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.1985. Em verdade, convocara os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1.2.1987, na sede do Congresso Nacional. Ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembleia Constituinte, mas um Congresso Constituinte.

11. Esse procedimento provocou amplas controvérsias. De um lado, ficaram os que adotaram tal qual foi apresentada. De outro, os que reivindicavam uma Assembleia Nacional Constituinte, plena, exclusiva e desvinculada do Congresso Nacional, mas funcionando concomitantemente com este. A tese da Constituinte exclusiva e autônoma esteve sempre ligada à concepção de que as funções de poder constituinte e de poder legislativo não poderiam ser exercidas por um único órgão. O poder constituinte deveria ser exercido pela Assembleia Constituinte e o poder legislativo pelo Congresso Nacional. Daí a conclusão de que só seria legítima a Assembleia Constituinte a que coubesse fazer a Constituição, dissolvendo-se depois: *aí a ideia de exclusividade*. A tese, assim, importava necessariamente na existência paralela do Congresso Nacional, que continuaria com sua função de elaborar a legislação ordinária. E, então, *a ideia de autonomia* da Constituinte, que, assim, estaria funcionando separada dos poderes constituídos: legislativo, executivo e judiciário. É, no fundo, ter durante certo tempo um poder paralelo aos demais, em funcionamento.

12. Essa corrente desenvolveu também um argumento em torno da tese da Assembleia Constituinte *soberana*. É que Tancredo Neves prometera convocar uma Assembleia Nacional Constituinte, *livre e soberana*, a ser eleita a 15.11.1986, data em que se renovaria a eleição para o Congresso Nacional. A razão é que a Assembleia Constituinte deveria ser instalada assim que terminasse a legislatura do Congresso legislativo ordinário, exatamente para que só a Assembleia Constituinte ficasse funcionando, não separada de outro órgão legislativo, porque este não existiria, mas sozinha como poder normativo único. Mas a corrente da Constituinte exclusiva não aceitava a Constituinte como único órgão supremo em funcionamento, porque, cabendo também a ela resolver sobre a legislação ordinária, passou a acusar esse sistema de mera atribuição de poder constituinte ao Congresso. E, para combater o sistema, parte dessa corrente começou a argumentar que a Assembleia Constituinte nunca é soberana, porque soberano é o povo apenas. Mas esse é um falso problema. Soberano é o poder constituinte, que reside no povo; de que o povo é sujeito e titular (*todo poder emana do povo*). No final das contas, é certo que *o povo é o soberano*. Mas a questão não é da definição do titular da soberania. A questão repousa em saber quem exerce essa soberania, *quem exerce o poder constituinte originário, incondicionado e ilimitado*. Ou é o povo que o exerce diretamente, e o faz soberanamente, ou o povo confere seu exercício a uma Assembleia Constituinte (*o poder, que emana do povo, é então exercido em seu nome*). Ora, se o povo confere o exercício do poder constituinte, e, pois, o exercício da soberania, a uma Assembleia Constituinte, não se vê como negar-lhe uma atuação soberana. Ela é soberana na medida em que recebe poderes para o exercício da soberania popular. Essa atuação soberana vigora enquanto o próprio povo, por qualquer meio, não a retire ou reduza. Não se trata de delegação da soberania, como equivocadamente alguém quis sustentar. Trata-se de conferir o *exercício*, apenas o exercício numa situação concreta, dessa soberania.

13. Não se tire dessas considerações – quero repetir mais uma vez – que eu tenha aprovado o modo de convocação da Assembleia Nacional Constituinte feita pela Emenda Constitucional n. 26, de 27.11.1985. É procedente a crítica que se fez à forma como a Constituinte fora convocada,

porque, a rigor, foram outorgados poderes constituintes ao futuro Congresso Nacional. O modo correto seria convocar a Assembleia Nacional Constituinte a ser composta pelos representantes do povo a serem eleitos na data marcada. Mas não foi certo convocar membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, porque, por princípio, tais órgãos são do poder legislativo constituído. Isso, aliás, é um pouco da tradição brasileira; salvo as Constituintes de 1823 e 1933-34, todas as demais (1891, 1945)⁶, como em 1987-1988, foram Congressos Constituintes ou Constituinte Congressual.

14. É certo também que estávamos num processo constituinte atípico, o que dava à Assembleia Constituinte característica singular, por não provir de fato revolucionário. Por isso, a convocação não se deu por ato de Governo Provisório, de Junta Governativa ou de titular do poder revolucionário. Nos exemplos históricos de Constituinte, nunca foi convocada quando estava funcionando um órgão regular de representação popular – o Congresso Nacional, como foi o caso. Por essa razão é que o ato convocatório (Emenda Constitucional n. 26/85) se processou por órgãos de governo constituído: iniciativa do Presidente da República e elaboração do Congresso Nacional. O ato convocatório foi o resultado de uma conjugação de vontades: Presidente e Congresso. É de reconhecer, contudo, que, a rigor, não se trata de emenda constitucional, pois a função desta consiste precisamente em manter a Constituição vigente com as modificações por ela introduzidas. No caso, foi bem o contrário disso, pois a Emenda 26/85, convocando o Congresso Constituinte, caracterizava-se como um ato revolucionário, na medida em que punha em questão a ordenação constitucional existente. A Emenda 26/85 não visava manter e atualizar a Constituição então vigente, mas a sua substituição por outra que haveria de ser elaborada pela Constituinte que ela convocava, ou seja, uma decisão preliminar para obter o estabelecimento de uma nova constituição; é a primeira etapa do movimento de inovação, que frequentemente segue a ruptura ou a decadência de um regime anteriormente constituído como se observa no Brasil em 1986.

15. A questão da soberania foi retomada na primeira sessão de trabalho da Constituinte, no dia 4.2.1987, e aí ficou resolvida em favor do sistema que se instaurava naquele momento.

4. Comissão de Estudos Constitucionais

16. A pregação de Tancredo Neves incluía, também, a promessa de instituir uma comissão destinada a preparar um anteprojeto de Constituição a ser oferecido à Assembleia Nacional Constituinte que seria por ele convocada. O Presidente José Sarney, pelo Decreto nº 91.450, de 18.7.1985, cumpriu essa promessa e constituiu a *Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*, conhecida também por *Comissão Afonso Arinos*, ou, pejorativamente, *Comissão dos Notáveis*. Ao instalá-la, disse:

“Eles não se reunirão para ditar aos Constituintes que textos devem aprovar ou não. Eles irão reunir-se para ouvir a Nação, discutir com o Povo as suas aspirações, estimular a participação da cidadania no processo de discussão da natureza e fins do Estado, e estimulá-la a escolher bem os Delegados Constituintes.

...

A Comissão não substituirá o Congresso nem substituirá o povo. Será, na verdade, uma ponte de alguns meses entre a gente brasileira e os representantes que ela elegerá. Servirá como uma área de discussão livre e informal das razões nacionais, submetendo ao debate público teses básicas quanto ao Estado, à sociedade e à Nação”.

Assim foi, na verdade. Não obstante, mereceu severas críticas de setores progressistas. A presidência da Ordem dos Advogados, sob a chefia de Hermann Assis Baeta, a combateu ferozmente. Miguel Seabra Fagundes e Fábio Konder Comparato recusaram o convite para dela participar. Paulo Bonavides compareceu à primeira reunião, mas dela em seguida se desligou. É pena que esses homens não tenham participado daquela empreitada, que foi democrática e produtiva. Teriam dado contribuição importante no sentido da construção de um anteprojeto ainda mais progressista. Seabra Fagundes, depois, reconheceu que o trabalho da Comissão fora meritório e progressista. Curiosa a inversão de planos, pois o resultado da Comissão gerou críticas dos conservadores que passaram a acoimá-lo de “estatizante, xenófobo, prolixo, utópico” e demais

⁶ Não se fala na formação das Constituições de 1947, 1967 e 1969 porque não foram formadas por processo constituinte legítimo. A primeira, outorgada pelo Chefe do Estado; a segunda, outorgada por via do Congresso Nacional; e a terceira, outorgada pela Junta Militar como Emenda n. 1 à de 1967.

adjetivos do jargão de extrema direita⁷. Nisto também o Anteprojeto se parece com a Constituição, que também recebeu das elites conservadoras o mesmo tipo de críticas.

17. No entanto, ela teve indiscutível relevância no processo constituinte. Durante o seu funcionamento, foi ela o único foro de discussão constitucional. Talvez, não fosse ela, a questão constituinte tivesse tido outra direção, porque havia pressão para se fazer simples modificações na Constituição de 1969, em vez da convocação de uma assembleia constituinte. Ainda hoje penso que, se não fossem as discussões constituintes por ela empreendidas com intensa repercussão na mídia e popular, talvez não tivéssemos tido a convocação da constituinte, nem uma convocação defeituosa como tivemos.

18. Como se sabe, o Presidente José Sarney não encaminhou o anteprojeto da Comissão à Assembleia Nacional Constituinte; e não o fez por duas razões contrárias ao seu pensamento político, quais sejam, o forte conteúdo social progressista e a adoção do sistema parlamentarista de governo. Apesar disso, tendo mandado publicar o anteprojeto no *Diário Oficial da União*, os constituintes nele se abeberaram para fazer suas propostas constitucionais. Daí decorreram claras influências do anteprojeto que se materializaram no texto da Constituição⁸.

A DINÂMICA DO PROCESSO: CONFRONTO ENTRE CONSERVADORES E PROGRESSISTAS

5. Colocação do tema

19. Fenômeno comum à Comissão Afonso Arinos e à Assembleia Nacional Constituinte foi o de que ambas eram compostas de maioria conservadora e, no entanto, produziram resultados razoavelmente progressistas. De fato, a composição da Comissão Afonso Arinos, no fundo, era muito semelhante à que veio a prevalecer na Constituinte: maioria conservadora (direita, centro-direita e centro) e minoria progressista (esquerda e centro-esquerda), ou seja: direita 6; centro-direita 8; centro 15; centro-esquerda 13; esquerda 7⁹. Como a Comissão se compunha de 49 membros, tem-se: direita, aproximadamente 12%; centro-direita, 16%; centro, pouco mais de 31%; centro-esquerda, cerca de 26%; e esquerda, 14%. Segundo pesquisa do jornal *Folha de S. Paulo*, a composição da Constituinte era: direita, 12%; centro-direita, 14%; centro, 32%; centro-esquerda, 23%; esquerda 9%.

Como explicar esse fenômeno de uma Comissão e uma Assembleia majoritariamente conservadoras produzirem resultados diversos dessa tendência?

20. Deixemos de lado a Comissão Afonso Arinos e tentemos explicar o que aconteceu na Constituinte. A explicação começa com a vitória do Senador Mário Covas na disputa da liderança do PMDB, que era o partido majoritário na Constituinte.

6. Montagem do xadrez

21. Na sessão de 24.3.1987, foi promulgada a Resolução nº 2/87, que estabelecia o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, em que se fixou a estrutura desta, assim como um procedimento complexo e descentralizado para a elaboração constitucional por via de oito comissões temáticas, cada qual composta de três subcomissões, e uma comissão de sistematização. Um fluxograma com quatro fases de decisão e o organograma com 34 foros de deliberação, todos submetidos ao quórum de maioria absoluta. Ao todo, o xadrez importava o conjunto de

⁷ Cf. Osny Duarte Pereira, *Constituinte – Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos*, Brasília, Senado Federal/Ed. da UnB, 1987, p. 22.

⁸ Quem tiver interesse no confronto minucioso entre o Anteprojeto da Comissão e a Constituição, pode consultar meu livro “Um pouco de Direito Constitucional Comparado”.

⁹ Cf. Osny Duarte Pereira, *ob. cit.*, p. 25.

132 cargos de presidentes, vice-presidentes e relatores das subcomissões e comissões, além dos oito cargos de vice-presidente, secretários e suplentes da Mesa¹⁰.

22. Era uma engrenagem complexa, a matéria bruta entrava pelas vinte e quatro subcomissões, onde sofria o primeiro tratamento, mediante emenda e substitutivos, de onde saía a primeira formulação constitucional em forma de anteprojetos temáticos. Estes seguiam para a segunda instância de decisão, as oito comissões temáticas em que se apurava e depurava o material vindo das subcomissões, formando um anteprojeto de constituição que, por sua vez, passava à Comissão de Sistematização, onde o material era reelaborado e sistematizado num *projeto de constituição* a ser submetido ao Plenário da Assembleia Nacional Constituinte, em que sofria dois turnos de discussão e votação para se chegar à Constituição, como se chegou à Constituição de 1988.

23. Mário Covas, com certeza, tinha em mente a constituição que julgava boa e conveniente para o Brasil. Sabia que, numa Assembleia complexa como aquela, não se conseguiria nunca uma constituição ideal, até porque ninguém sabe exatamente o que é uma constituição ideal: ideal por quem? Ideal para quê? Seja como for, é possível delinear a constituição pensada pelo líder, uma constituição que por certo haveria de ser social e parlamentarista. Para tanto, tinha ele que compor a engrenagem de modo que predominasse nas instâncias de decisão homens de formação progressista e parlamentarista. Desse modo, algumas das comissões e subcomissões temáticas tinham que merecer especial atenção, tais como a Comissão I: da Soberania e Garantias do Homem e da Mulher, e suas subcomissões; a Comissão III: da Organização dos Poderes e Sistema de Governo e suas subcomissões; a Comissão VI: da Ordem Econômica e sobretudo suas Subcomissões VI-A e VI-C; a Comissão VII: da Ordem Social, sem maior preocupação com suas subcomissões; a Comissão VIII: da Família, da Educação, Cultura e Esporte, da Ciência e Tecnologia e da Comunicação e sobretudo sua Subcomissão VIII-B. O importante para essas Comissões e Subcomissões era a escolha do relator, que deveria ser de orientação progressista. Nas demais Comissões, essa questão não se punha com premência. Mas o líder tinha também que ter em mente que os relatores e presidentes das Comissões e Subcomissões integrariam a Comissão de Sistematização, de sorte que quanto mais progressistas houvesse nesses cargos, mais progressista se revelaria esta.

24. Mas o líder tinha também a consciência de que a maioria da Assembleia Nacional Constituinte era composta de conservadores, de sorte que a montagem tinha que ser estratégica para que a minoria progressista fosse capaz de construir uma obra progressista. Veja-se, pois, como a questão do procedimento é fundamental na construção constitucional: procedimento justo dá resultado justo.

25. Hoje, passados mais de vinte e cinco anos, podemos dizer que Mário Covas teve êxito, porque, inequivocamente, a Constituição que saiu daquela Constituinte é progressista, ainda que, em pontos fundamentais, os conservadores tenham levado a melhor. Mário Covas, contudo, não impôs os nomes, porque a distribuição dos cargos de presidente, 1º e 2º vice-presidentes e de relator das Comissões e Subcomissões foi objeto de acordo de lideranças, protagonizado por ele, como líder do PMDB, e por José Lourenço, líder do PFL. O quadro ficou assim delineado: dos oito relatores das Comissões Temáticas, seis estavam no campo progressista¹¹, dois no campo conservador¹² e um no moderado¹³; dos vinte e quatro relatores das Subcomissões, doze eram progressistas, onze eram conservadores e um moderado. O relator da Comissão de Sistematização era considerado progressista; o presidente, moderado. Mas do conjunto dos quarenta presidentes e relatores, a serem integrados na Comissão de Sistematização, 18 eram progressistas; 20 conservadores; o equilíbrio era dado pelos moderados. Sobre isso Adriano Pilatti observou: “A

¹⁰ Cf., para pormenores, Adriano Pilatti, *A Constituinte de 1987-1988. Progressistas e Conservadores. Ordem Econômica e Regras do Jogo*, Rio de Janeiro, PUC/Lumen Juris, 2008, pp. 51s.

¹¹ Ou seja: João Herrmann, (Subc. I-A), Sigmaringa Seixas (Subc., II-B), José Fogaça (Subc. III-B), Nelson Friedrich (Subc. IV-C), Fernando Gasparian (Subc. V-C), Virgildásio de Senna (Subc. VI-A), Oswaldo Lima Filho (Subc. VI-C), Mário Lima (VII-A).

¹² Ou seja: José Ulisses de Oliveira (Subc. VI-B) e João Calmon (Subc. VIII-A).

¹³ Ou seja: Fernando Bezerra Coelho (Subc. V-B).

vantagem progressista na distribuição das Relatorias do PMDB e, por consequência, seus impactos na composição da Comissão de Sistematização tiveram um grande artífice: o líder Mário Covas”¹⁴.

26. Nesses debates, duas coisas ficaram muito claras. Uma foi a divisão de campos ideológicos. De um lado, os progressistas sob a liderança de Mário Covas; de outro lado, os conservadores sob a liderança de José Lourenço, auxiliado pelo líder do PDS (ex-ARENA) sob a liderança mais à direita do constituinte Amaral Neto. De outro lado, era a divisão do PMDB que já se delineava, com boa parte dele unindo-se aos conservadores e a outra aos progressistas juntamente com os partidos de esquerda. Os progressistas eram minoria nas Subcomissões. Mas nelas conseguiram impor boa parte de suas ideias. A questão se tornou mais complicada na segunda instância decisória, as Comissões Temáticas. Em seis delas, contudo, não houve problemas mais agudos. Na Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo, sob a presidência do conservador Oscar Corrêa e relatoria do progressista Egídio Ferreira Lima, a questão sensível ao líder era a do parlamentarismo, que passou com certa tranquilidade. Os conflitos se deram, mais agudamente, em duas Comissões: a VI, da Ordem Econômica, sobretudo o item da reforma agrária, e VIII, da Família, Educação, Cultura e Esporte, Ciência e Tecnologia e Comunicação, especialmente o item da Comunicação. Nelas a minoria progressista encontrou uma forte barreira no parcialismo dos presidentes, respectivamente, José Lins e Marcondes Gadelha, razão por que não conseguiu introduzir nada de suas ideias, mas, por diversos procedimentos obstrutivos, conseguiu impedir que os conservadores o fizessem, de tal sorte que nenhuma delas foi capaz de elaborar um anteprojeto de Constituição a ser apresentado à Comissão de Sistematização.

7. As crises. O “Centrão”

27. A Constituinte atravessou alguns momentos críticos. A partir de julho de 1987, a Comissão de Sistematização pouco discutia e nada deliberava. Transformara-se no muro das lamentações daqueles que não tinham mais função alguma na Constituinte. Nem o Relator comparecia às suas reuniões, enquanto isso os grupos paralelos se reuniam, discutiam, elaboravam projetos paralelos de Constituição; *projeto Hércules*, *projeto Afonso*, *projeto Ferraz*.

28. Em agosto, Mário Covas sofre uma cirurgia cardíaca, de que só regressou aos trabalhos constituintes em novembro, encontrando já a rebelião conservadora, num movimento bem orquestrado autodenominado “Centrão”, contra o *Projeto de Constituição* que estava sendo aprovado pela Comissão de Sistematização e não viam meios de alterá-lo no Plenário se não houvesse alteração do Regimento Interno, de modo a permitir a apresentação de substitutivo integral ao projeto.

29. Essa crise interrompeu os trabalhos constituintes por mais de dois meses (18.11.1987-28.1.1988) tempo ocupado com as mudanças regimentais. A 28.1.1988, voltou-se à elaboração constitucional com a “*Votação, em primeiro turno, do Preâmbulo e Título I do Projeto de Constituição*”, quando se testou a estratégia do “Centrão”. Depois da mudança regimental, este foi o primeiro instante em que o “Centrão” foi convocado a exibir sua maioria, mas se mostrou incapaz de fazê-lo. A partir daí e só por causa disso, passou-se a negociar em cada instante, de tal maneira que votavam sempre como preâmbulo de cada capítulo e de cada título o texto do “Centrão”, antecedido de uma negociação prévia, que pudesse satisfazer razoavelmente às expectativas de cada setor.

30. Passou-se, então, à realização de acordos; de fato, verificado que nenhum grupo conseguia formar uma maioria para decidir sozinho, o jeito foi negociar. Curioso é que os conservadores eram amplamente majoritários na Constituinte, mas, na hora de votar, não eram capazes de reunir essa maioria. Armou-se, então, uma sala especial onde as lideranças se reuniam para as negociações. Numa sala vizinha, eu (assessor da liderança) me reunia, desde cedo, com o constituinte Nelson Jobim, para preparar o material necessário para o Líder Mário Covas. À tarde, participávamos da reunião das lideranças. Jobim, como constituinte, para discutir e debater, em auxílio ao Líder. Eu, como assessor, para responder questões jurídicas que se apresentassem e necessitassem de soluções técnicas. Não me intrometia. Só falava quando o Líder me perguntava alguma coisa. Mário Covas tinha liderança efetiva nessas negociações, das quais ele arrancava o melhor para a Constituição dos seus sonhos, como ele se

¹⁴ Cf. Adriano Pilatti, ob. cit., pp. 64s (o texto entre aspas está na p. 65). “Interessante amostra da irritação conservadora em face da manobra de Covas pode ser encontrada na reportagem ‘Jogo de Trocas – Esquerda do PMDB Ganha os Cargos de Relator’”, da revista *Veja* (8/4/1987, p. 30).

expressou no discurso proferido em fev./1988: que sua vida pública foi sempre voltada “para o objetivo de justiça social e da garantia dos direitos”, no que se tem um objeto fundamental da Constituição. Foi nesse mesmo discurso que ele falou em “Constituição dos meus sonhos”, que “há de ser o corte, a projeção, a soma de uma sociedade plural e ambiciosa”. A Constituição de 1988, com certeza, cumpre esses sonhos.

RESULTADO

8. Procedimento constituinte e justiça do resultado

31. O modo de exercício do poder constituinte, revelado por um tipo de *procedimento constituinte*, não será compatível com o princípio do poder popular, se não se efetivar com fidelidade a um princípio de *justiça do resultado*, porque a justiça da constituição – lembra Canotilho – depende exclusivamente do procedimento seguido para a sua feitura. “Se o procedimento for justo, será justo também o conteúdo da constituição”¹⁵. Procedimento justo é o que seja a expressão da vontade popular e realize as aspirações do povo¹⁶.

32. A Constituição de 1988, aos seus 25 anos de existência, reflete esse resultado, porque emanou de um procedimento com muita participação popular. Fez-se uma Constituição que rompeu com o passado. De uma formação lenta, controvertida, não raro tortuosa, porque obra de muita participação popular, das contradições da sociedade brasileira e de muitas negociações proveio uma Constituição razoavelmente avançada, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral, que não prometeu a transição para o socialismo, mas que se abre para o futuro, com promessas de realização de um Estado Democrático de Direito que construa uma sociedade livre, justa e solidária, garanta o desenvolvimento nacional, erradique a pobreza e a marginalização, reduza as desigualdades regionais e sociais, promova, enfim, o bem-estar de todos sem discriminação de qualquer natureza (art. 3º). Não é, pois, uma Constituição isenta de contradições: com modernas disposições asseguradoras dos direitos fundamentais da pessoa humana, com a criação de novos instrumentos de defesa dos direitos do homem, com extraordinários avanços na ordem social ao lado de uma ordem econômica atrasada. A Constituinte produziu a Constituição que as circunstâncias permitiram, fez-se uma obra certamente imperfeita, mas digna e preocupada com o destino do povo sofrido, para tanto seja cumprida, aplicada e realizada, pois uma coisa são as promessas normativas, outra a realidade¹⁷.

9. Situação da Constituição de 1988 no constitucionalismo brasileiro

33. Ela assume a condição de instrumento de realização dos direitos fundamentais do homem. Albergam suas normas as fontes essenciais do novo constitucionalismo. Feita com alguma influência das Constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978, fecundou-se no clima da alma do povo, por isso não se tornou, como outras, uma 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. Algumas das Cartas Políticas anteriores só têm nome de constituição por simples *torção semântica*, pois não merecem essa denominação, só de si, rica de conteúdo ético-valorativo. Não é constituição, como repositório dos valores políticos de um povo, documento que não provenha do fundo da consciência popular, fecundadora de uma autêntica ordem jurídica nacional.

34. 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 brasileiro. Como já dizia Oliveira Vianna em 1948, o “animal político” que esses intelectuais tomavam para base dos seus raciocínios e das suas construções políticas não era o brasileiro de verdade, o brasileiro tangível, sanguíneo, vivo, mas uma

¹⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1991, p. 123.

¹⁶ *Idem* ibidem, p.127.

¹⁷ São manifestações que tenho feito nos meus escritos, cf., por exemplo, *Poder Constituinte e Poder Popular*, cit., p. 110.

entidade abstrata, um “ente de razão”, o *Cidadão-tipo*, e sobre essa abstração, sobre essa criação irreal é que esses idealistas formularam as suas doutrinas constitucionais e outorgaram ao Brasil Constituições modelares¹⁸. Idealistas quase sem nenhum contato com as realidades do nosso meio, ainda segundo Oliveira Vianna, de nenhum deles se poderia dizer o que alguém já dissera dos ideais de Lenine – de que “tinham cheiro da terra da Rússia”; pois, segundo ele ainda, nenhum dos ideais de nossos idealistas recendia 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 pátrias¹⁹. Essa seiva estranha não poderia fecundar Constituições com cheiro de povo, abertas para a realização das aspirações populares e modificações do eixo do ordenamento jurídico nacional²⁰.

35. É alentador reconhecer, e é justo proclamar, que a Constituição tem propiciado enorme desenvolvimento da cidadania. Essa consciência cidadã, conforme já escrevi em outra oportunidade, 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, com repulsa conseqüente do arbítrio e do autoritarismo. Nenhuma Constituição anterior teve consideração popular como a atual. Nenhuma foi tão estudada e difundida, graças especialmente aos jovens constitucionalistas que vêm se formando sob a sua égide, fazendo-a conhecida nas Escolas de Direito das capitais e do interior. É a primeira vez que o Direito Constitucional é efetivamente o ápice e fundamento efetivo do ordenamento jurídico nacional, porque, instituindo o Estado Democrático de Direito, impõe nova concepção da lei de que aquele se nutre²¹.

José Afonso da Silva

Professor Titular aposentado da FADUSP

¹⁸ Cf. *Instituições políticas brasileiras*, v. II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Record Cultural, 1974, p. 21.

¹⁹ Ob. cit., p. 20.

²⁰ Esse tópico, com alguma alteração, vem de meu livro *Poder Constituinte e Poder Popular*, cit., p. 111.

²¹ Ainda uma vez, José Afonso da Silva, ob. cit., p. 112.