

## REALIZAÇÃO

*Academia Internacional de Direito e Economia*

## DIRETORIA

*Presidente:* Arnaldo Wald

*Vice-Presidente:* Renato Ferrari

*Secretário:* Ney Prado

*Tesoureiro:* Roberto Macedo

## CONSELHO

*Presidente:* Ives Gandra da Silva Martins

*Conselheiros:*

Paulo Rabello de Castro

Ernane Galvêas

Carlos Brandão

Edvaldo Pereira de Brito

Hamilton Dias de Souza

Celso Bastos



## ACADÊMICOS

AFFONSO CELSO PASTORE

ALBERTO SANTOS PINHEIRO XAVIER

ALCIDES JORGE COSTA

ANTÔNIO DELFIM NETTO

BENEDICTO FERRI DE BARROS

CAIO TÁCITO

CARLOS ALBERTO LONGO

CARLOS GERALDO LANGONI

CARLOS MÁRIO VELLOSO

CARLOS ROCCA

CASSIO DE MESQUITA BARROS JR.

CELSO LAFER

CELSO LUIZ MARTONE

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

ELLEN GRACIE NORTHFLEET

FERNANDO HOMEM DE MELLO

FRANCISCO OSWALDO DORNELLES

FRANCISCO REZEK

GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL

HENRY MAKSOUD

HUGO DE BRITO MACHADO

JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES

JOSÉ LUIZ CARVALHO

JOSÉ PASTORE

JOSÉ SERRA

JULIAN M. CHACEL

LUIZ OCTAVIO P. ALBUQUERQUE GALLOTTI

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO

MIGUEL COLASUONNO

MIGUEL REALE

NELSON JOBIM

OSCAR DIAS CORRÊA

PAULO DE BARROS CARVALHO

PEDRO SAMPAIO MALAN

ROBERTO ROSAS

SEBASTIÃO DOS REIS

SYDNEY SANCHES

THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS

## MEMBROS INTERNACIONAIS

ADRIANO JOSÉ ALVES MOREIRA (PORT.)

DIOGO LEITE DE CAMPOS (PORT.)

ERNÂNE RODRIGUES LOPES (PORT.)

EUSÉBIO GONZALES GARCIA (ESPANHA)

GAVRIL IOSIF CHIUZBAIAN (ROMÊNIA)

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO (PORT.)

OLIVER OLDMANN (EUA)

PHILIPPE FOUCHARD (FRANÇA)

PHILIPPE MALINVAUD (FRANÇA)

WERNER BAER (EUA)

*Academia Internacional de Direito e Economia*

AIDE

# O Direito Brasileiro e os Desafios da Economia Globalizada

## Coordenação

*Arnaldo Wald*

*Ives Gandra da Silva Martins*

*Ney Prado*

341378  
D592  
DBD



AMÉRICA JURÍDICA

2003

# "OS ENTRAVES INSTITUCIONAIS À GOVERNABILIDADE"

GILMAR FERREIRA MENDES

Ministro do STF.

Eminente presidente desta mesa, ministro e professor Oscar Dias Corrêa, caro presidente do Banco Central, Senhor Armínio Fraga, professores, advogados, procuradores, economistas, senhoras e senhores aqui presentes e todos os interessados neste tema, que diz respeito aos entraves legais à governabilidade no Brasil.

Agradecendo imensamente o convite que me foi formulado pela Academia para discutir questão tão sensível, proporia desde o início uma reformulação do referido tema, tendo em vista que pretendo abordar alguns aspectos no plano da institucionalização quase que constitucional do modelo, e que pelo menos provocam algum motivo para reflexão, embora certamente outros possam ser mencionados.

Começaria por um aspecto que, a meu ver, não tem sido muito realçado, pelo menos da perspectiva que entendo devida. Os que estão acostumados aos debates geralmente travados no plano constitucional certamente já ouviram muitas censuras, e algumas muito severas, ao chamado *reformismo* constitucional, que se praticava fundamentalmente no governo Fernando Henrique Cardoso. Muitos autores inclusive timbraram essa fórmula e isso tem sacudido muitas vezes os nossos auditórios, especialmente aqueles dos acadêmicos.

Talvez aqui haja uma observação a ser feita desde logo. Qual é a razão desse chamado *emendismo* ou *reformismo* constitucional? Por uma razão que talvez esteja escapando a alguns analistas, o fato é que o texto de 1988 optou por um modelo extremamente analítico de Constituição, que traz conseqüências para todo o sistema, inclusive para o aspecto da governabilidade.

Na verdade, se os senhores compulsarem as emendas já efetivadas, poderão constatar que elas vêm ganhando um perfil, que eu chamo de *legislação constitucional*, e alguns até chegam a chamá-las de *regimento constitucional*, por regularem detalhes da nossa vida institucional, inclusive das políticas públicas; e é natural que assim seja, porque as políticas públicas, todas elas, estão reguladas com detalhe no texto constitucional. E isto obriga que se faça o que estamos a chamar de uma *legislação constitucional*.

Vejam que essa tecnologia foi se aprimorando a tal ponto que, depois de certo tempo, chegou-se até a uma extrema sinceridade, a dispensa de elaboração de lei, naqueles domínios em que ela era exigida tradicionalmente, como no caso da CPMF, onde já temos a regulação demandada diretamente no texto constitucional, com implementação e aplicação diretas. Isso já tinha ocorrido na emenda anterior e agora novamente se fez desta forma. Portanto, o próprio texto já dispensa a eventual regulação ou regulamentação. O fato reforça minha tese de que o texto de 1988, no seu analitismo, condicionou esse modelo de *reformismo* ou *emendismo* e, como já tive a oportunidade de ressaltar, tem sido um texto feliz, porque tem regulado a nossa vida institucional, muitas vezes complexa, sem crises, sem traumas institucionais, pressupondo, todavia, a capacidade de mudança da Constituição a partir de uma maioria constitucional. Isso parece óbvio por uma razão singela: se se adota uma "legislação constitucional", é claro que para se operar essa legislação é necessário que se constitua maioria constitucional na Câmara e no Senado.

E esse aspecto não tem sido objeto de análise, inclusive por aqueles que falam em mudanças de perspectivas. Vejam os senhores que nós temos um arcabouço institucional, inclusive na área tributária e na da distribuição da receita, que está gravada sob a epígrafe do provisório. A própria CPMF terá que ser revista já entre 2003 e 2004, novamente por meio de maioria constitucional; não se trata simplesmente de uma mudança legislativa, mas de uma mudança constitucional.

Outras questões igualmente sensíveis (como o FUNDEF, a vinculação da receita da saúde, dentre outras), também deverão passar por uma reforma constitucional. Várias outras questões, relativamente, por exemplo, à previdência social, à contribuição de inativos, matérias de servidores públicos, tudo isso que certamente há de ser uma tarefa do próximo governo, reclama emenda constitucional. Em outras palavras, o modelo analítico de texto constitucional desenhado em 1988 pressupõe, para a sua adaptação, reformas constitucionais, e para que se façam essas reformas, o nosso texto exige a existência de maioria constitucional na Câmara e no Senado.

Tanto é que existe uma coisa curiosa, objeto de freqüentes observações e às vezes de críticas, inclusive por entidades corporativas, que é o fato de, no Brasil, tentar-se fazer adaptação das políticas públicas à Constituição e não o contrário. Esses críticos não repararam em que, na verdade, nós trouxemos muitas políticas públicas para o texto constitucional e, a partir daí, algumas mudanças em política pública supõem também uma mudança no texto constitucional. Não foi outra coisa que aconteceu quando se procedeu à ampla reforma em torno da privatização de determinados setores da vida econômica, porque todos eles estavam contemplados no texto constitucional.

Portanto, este é um dado que precisamos ter presente toda vez que falarmos do texto de 1988 e, em resumo, é preciso que saibamos que o *reformismo*, que, de certa forma, marca a nossa prática, é fruto exatamente do "analitismo", que já tinha sido percebido, tanto pelo presidente Oscar Corrêa como pelo nosso eminente colega Ney Prado e tantos outros que já pontuaram essas observações. O próprio vice-presidente Marco Maciel certa feita me contava que, já no momento final do processo constituinte em 1988, tomou um táxi e, após ter sido identificado pelo motorista, que percebeu estar a falar com um importante líder do governo no Congresso, tentou entabular a seguinte conversa: "Senador, essa Constituição está toda errada". E ao responder o Senador Marco Maciel sobre o porquê de tal afirmação, respondeu prontamente: "Porque essa Constituição trata de todos, mas não trata dos taxistas. Trata dos seringueiros, trata dos garimpeiros, trata dos índios, mas não trata dos taxistas". Era a percepção do homem comum de que o texto tinha ido a detalhes talvez excessivos.

Optamos por esse modelo analítico de texto constitucional, mas isso pressupõe que, se agora quisermos sair do modelo ou fazer algumas adaptações, temos que ter maioria constitucional. Este é o preço, inclusive, para os fins da governabilidade. O governo Fernando Henrique de certa forma saiu-se bem nesta tarefa, exatamente porque constituiu maioria constitucional para operar as mudanças necessárias, embora as próprias mudanças tivessem continuado com esse viés "analítico" ou "detalhista".

Então esse seria um ponto que eu gostaria de problematizar, ou pelo menos compartilhar parte dessa angústia com os senhores, porque eu não vejo nesses nossos auditórios, na maioria das vezes, a preocupação com essa condicionante normativa, o que me parece, como já ressaltado, uma característica marcante do texto de 1988.

O segundo ponto que eu gostaria de tocar rapidamente diz respeito às medidas provisórias. Todos sabem que eu me preocupo em antecipar, em qualquer local, uma

fala rápida sobre a medida provisória, pois tenho sido freqüentemente acusado de ser autor de todas elas; já tenho, inclusive, um *habeas corpus* preventivo também nesta matéria.

Todos sabem o que é medida provisória, e alguns até dizem que é um vício e que ela permaneceu no texto constitucional por conta do modelo parlamentarista que não foi observado, etc; eu não compartilho desse pensamento, e acho mesmo que, se não houvesse as medidas provisórias estaríamos praticando algum decreto ou algum ato autônomo, pois, como disse o professor Hesse, a "necessidade não conhece princípio". Quer dizer, surgida a necessidade, teríamos engendrado alguma fórmula que levaria à autonomização dessa prática normativa, até porque essa é uma referência necessária no sistema.

Compartilhamos inclusive dessa crítica de que a medida provisória, tal como concebida no Brasil, com prazo de trinta dias para a sua aprovação, causava enormes dificuldades para engendrar qualquer comissão com pretensão deliberativa. Em 30 dias no Congresso Nacional acho difícil aprovar até mesmo uma carta de pêsames e veja que o paradigma, na Constituição italiana, já admitia o prazo de 60 dias. Na verdade fomos mais realistas que o rei também nesta transposição.

O resultado é que se admitiu, desde logo, que o prazo de aprovação da medida provisória era de trinta dias, mas esse prazo não era para valer, porque haveria a reedição, e essa reedição continuada levava o Congresso a uma atitude demissória, não se produzindo uma decisão sobre o assunto. Pelo seu lado, a burocracia entendeu poder fazer um "rascunho de lei" e realizar ajustes ao longo dos tempos.

Isso provocou reações e o próprio governo FHC engajou-se nesse processo de revisão, produzindo a chamada Emenda Constitucional nº 32, que reformulou o modelo, reforçando inclusive o papel do Presidente da República naquela seara de reestruturação administrativa. Poderia ele agora editar os decretos autônomos. É claro que a crise tinha algo a ver com o Executivo, mas tinha também muito a ver com o próprio Congresso Nacional. Tanto é assim que hoje as medidas são editadas e as comissões legislativas destinadas a sua análise são constituídas imediatamente.

Só se ouve falar que o Congresso Nacional começou a discutir a matéria quando se está a chegar ao 44º dia da edição da medida; a partir daí improvisam-se as comissões ou relatores já para a sessão plenária. Portanto, continuamos a ter uma crise nesse processo, porque a crise é do próprio processo decisório; a medida provisória, na verdade, só explícita e tenta cimentar essa crise, que é a crise do processo decisório, que diz respeito a toda a organização do quadro político-eleitoral.

Qualquer governo vai necessitar de um instrumento ágil que, em parte, poderá ser o decreto, e, naquilo que diz respeito às matérias submetidas a reserva legal, certamente as medidas provisórias terão que ser utilizadas, mas o processo decisório continuará travado, uma vez que não se produz de imediato sua organização para fins de deliberação.

Por último, gostaria de trazer um outro ponto que não guarda estrita relação com esses dois outros, mas que é fundamental, a meu ver, para a racionalização do nosso sistema, agora não mais no que diz respeito à produção normativa, mas ao controle da legitimidade, de constitucionalidade.

Todos sabem que avançamos muito na Constituição de 1988, ao concebermos esses processos objetivos da ADIn e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, mas

remanescem questões extremamente importantes, que são aquelas que não podem ser agitadas no âmbito da ADIn, ou no âmbito da Ação Declaratória de Constitucionalidade, como as questões do direito municipal, do direito pré-constitucional e o próprio controle da interpretação judicial.

Engajei-me nesse trabalho ainda na revisão constitucional em 93 e 94, quando o relator era o Ministro Nelson Jobim. Na época concebemos a fórmula que chamávamos de *incidente de constitucionalidade* ou *incidente de inconstitucionalidade*, tentando, subsidiariamente, abranger todas essas questões que não podem ser trazidas ao Supremo pela via direta da ADIn ou da Ação Declaratória de Constitucionalidade. Entretanto, a revisão constitucional não redundou em algo prático, servindo apenas como catarse para algumas questões; depois disso muitas propostas de reformas do judiciário tentaram contemplar o incidente, o que provocou diversas reações de índole corporativa, acabando a idéia por ser sacrificada.

Gostaria inclusive de mencionar que num dado momento dramático da “guerra das liminares” fui procurado pelo Professor Celso Bastos, que estava muito angustiado, e dizia: “Não é possível que nós, com tanta tradição jurídica, não tenhamos a capacidade de resolver esse problema do travamento do processo decisório, sem que haja uma perspectiva do Supremo de resolver essa questão de uma vez por todas”. E logo o Professor Celso Bastos mencionou, o que coincidia com um pensamento meu, a possibilidade de regularmos a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, dispondo-se a fazer um anteprojeto da idéia.

O Professor Celso Bastos concebeu um texto da proposta, que me foi encaminhado para observações. Chegamos a um texto básico e sugerimos ao Ministério da Justiça a formação de uma comissão mais ampla para discussão. E aí vieram o Professor Ives Gandra, o Professor Arnoldo Wald, e o Professor Oscar Corrêa. Trabalhamos nesse texto, no Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Concebemos um texto que os senhores vão encontrar hoje na Lei nº 9.882. Fundamentalmente, consagramos a idéia do incidente de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, com esse perfil subsidiário. O texto foi concebido, publicado, mas ficou nos escaninhos do Supremo e do Ministério da Justiça.

Eis que ocorreu um desses milagres que eu não sei explicar: alguém diria que é fruto do meu pacto com o diabo; eu diria que foi a mão de Deus. Na mesma época a Deputada Sandra Starling do PT tinha concebido um texto para regular a ADPF, mas apenas como uma ação que permitisse levar ao Supremo as angústias da oposição com os indeferimentos da Mesa da Câmara em relação àquelas disputas regimentais em torno dos Projetos de Emenda Constitucional.

Relatado na Comissão de Constituição a Justiça, o Deputado Prisco Viana travou conhecimento com esse nosso texto e, sem nenhuma iniciativa nossa, absorveu a idéia no texto substitutivo. Como este veio sob a epígrafe de uma proposta do PT, foi aprovado com louvor logo na Comissão de Constituição e Justiça e, em seguida, no plenário daquela Casa. O Senado Federal aprovou o projeto em sua inteireza e o Presidente da República opôs veto ao dispositivo que outorgava legitimação ao próprio cidadão para propor a ADPF. Esse ponto foi objeto de discussão na comissão elaboradora. Lembro-me de que o Ministro Oscar Corrêa bateu-se muito por essa idéia, mas nós não encontrávamos um filtro, não queríamos transformar o instrumento num fator adicional de crise numérica do Supremo Tribunal Federal. Discutimos inclusive alternativas, sugerindo a remessa do pedido ao Procurador Geral da República. Observe-se que quando o Procurador Geral da República decidisse pelo arquivamento, voltaríamos àquelas crises todas dos anos setenta.

O fato é que o texto foi aprovado e, em linhas gerais, nós produziu-se um instrumento, a meu ver, apto a completar esse sistema de controle de constitucionalidade, enfatizando esse modelo, que vai ganhando um perfil acentuadamente concentrado. Claro que a questão agora está submetida ao Supremo Tribunal Federal, que terá que se pronunciar sobre a constitucionalidade ou não da Lei nº 9.882, mas eu entendo que esse instrumento é vital para a própria racionalidade, eu diria para a própria governabilidade, porque questões de massa arrastam-se por vários anos sem que haja uma solução definitiva, sem uma palavra definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Ainda no ano 2000, os senhores viram o Supremo decidir sobre uma questão que já se arrastava por muito tempo, que foi a questão do FGTS. Até o dia da decisão do Supremo Tribunal Federal, o STJ já tinha pronunciado milhões de decisões afirmando a legitimidade de quatro planos econômicos.

No dia em que o Supremo decidiu a matéria, o STJ já tinha proferido 60 mil decisões sobre o tema. E depois veio o Supremo e decidiu de outra maneira, dizendo que apenas dois planos econômicos eram devidos, causando uma verdadeira revolução e provocando uma grande insegurança jurídica. A mesma situação tem ocorrido em matéria tributária, com decisões que só se consolidam depois de 10, 12 anos, o tempo médio para que o Supremo Tribunal Federal venha a conhecer de uma matéria de índole constitucional pela via do recurso extraordinário.

Entendo que, no contexto dos entraves institucionais à própria governabilidade, é fundamental pensar que eles residem exatamente no modelo de controle de constitucionalidade difuso. É preciso que nós encontremos uma fórmula subsidiária. Acredito que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF pode ser o instrumento que, de fato, permitirá que haja uma decisão em tempo social e politicamente adequado.

Eu encerro, resumindo essas três preocupações básicas: uma reflexão sobre a problemática de formulação do nosso texto constitucional e essa relação entre o texto analítico e a necessidade de reforma, que leva à necessidade de que se constitua maioria constitucional para a própria governabilidade; o texto constitucional de 1988, que acaba pondo em risco uma reflexão séria sobre o manejo das medidas provisórias, mesmo o modelo da Emenda nº32; e uma reflexão sobre a problemática do controle de constitucionalidade, tendo em vista a necessidade de que, além dos processos objetivos da ADIn e da ADC, também desenvolvamos alguns instrumentos na linha de um incidente de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, que pode ser eventualmente a própria admissão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF.

Eram essas as observações que eu gostaria de compartilhar com os senhores. Como vêem, eu não vim aqui para expor posições definidas, mas para compartilhar um pouco de perplexidade, um pouco de angústia sobre esses temas, pelo menos para propor uma reflexão sobre os três tópicos problemáticos, que a meu ver guardam relação com essa questão da governabilidade.

Muito obrigado!