

ORDEM ECONÔMICA, JUSTIÇA E LIBERDADE (*)

José E. Mindlin(**)

RESUMO

Historia a promulgação da Carta Magna dos EUA, comparando-a com as diversas Constituições brasileiras e respectivas emendas. Discute pressupostos, aspectos formais e doutrinários significativos, como presidencialismo e parlamentarismo, economia dirigida e livre iniciativa, direitos de capital e do trabalho, atuação do Estado na economia. Conclui que a formação de uma boa Assembléia Constituinte garantiria uma boa Constituição para o Brasil em 1987.

Unitermos: parlamentarismo; presidencialismo; livre iniciativa; estatização.

Ao estudar a Constituição Americana — um verdadeiro fenômeno na ciência política que, há 200 anos, vem resistindo galhardamente a tantos e tão variados embates — o estudioso brasileiro se defronta com a tentação de comparar a experiência dos Estados Unidos com o que ocorreu no Brasil. Felizmente, este encontro deu-nos a nós, participantes brasileiros, a oportunidade de fazê-lo. Mas eu, além disso, ao procurar abordar o tema da Ordem Econômica, Justiça e Liberdade, ainda senti outra tentação, também irresistível, que foi a de começar por um enfoque mais abrangente dos problemas da elaboração de uma Constituição, não me limitando aos aspectos estritamente relacionados com o tema em apreço. Não me parece fácil, aliás, nem razoável, tratar, num encontro como este, de um capítulo específico, sem ao menos delinear o quadro em que se vai inserir. Tanto mais que, embora seja possível falar isoladamente da ordem econômica, o mesmo não se dá com justiça e liberdade, que decorrem do conjunto das disposições

** Advogado, empresário e bibliófilo.

* Palestra proferida no Seminário sobre a Experiência Constitucional Americana, promovido pela "The American Bar Association" e Instituto dos Advogados Brasileiros. Rio de Janeiro, 12.12.85.

constitucionais, e não apenas dos preceitos que, no campo econômico, tenham por objetivo regular as relações do setor privado com o Estado, ou definir os direitos do capital e do trabalho.

Começemos pela comparação. Nesse particular, evidencia-se desde logo que os Convencionais de Filadélfia procuram ater-se aos princípios básicos da organização política, reduzindo ao mínimo sua enumeração, e esse mínimo se constituindo de regras jurídicas, e não de enunciado de propósitos. Procuram evitar detalhes que poderiam transformar a Constituição num alentado código, dificilmente assimilável pela população. Poder-se-ia considerar que até se excederam nessa preocupação, tanto que já em 1791 tiveram de ser promulgadas 10 emendas, oito constituindo basicamente uma declaração de direitos individuais (que faltara) e duas assegurando direitos dos estados em relação ao governo federal. Mais duas emendas foram promulgadas em 1798 e 1804, uma regulando ainda os mesmos temas e a outra versando sobre o processo das eleições presidenciais e admitindo a existência de partidos políticos, que não havia sido prevista.

Sabemos todos que não é fácil determinar com segurança o que deve e o que não deve constar de uma Constituição. Mas a experiência americana, enunciando princípios básicos, e deixando ao legislador ordinário a tarefa de regular em detalhe o funcionamento da organização política que se criou na Convenção de Filadélfia, pôde atender satisfatoriamente às necessidades do povo americano. Depois das 12 primeiras emendas, como veremos mais adiante, introduziram-se de forma extremamente comedida as alterações que se fizeram necessárias nestes quase dois séculos. O sistema *checks and balances*, através do qual os três poderes em que se dividiu a administração — legislativo, executivo e judiciário — se mantiveram independentes entre si, mas controlando-se mutuamente, teve e vem tendo um desempenho muito satisfatório.

Não se pode dizer que a experiência brasileira tenha sido idêntica. A primeira Constituição republicana, de 1891, ainda ficou próxima do modelo norte-americano, mas as demais — 1934, 1946 (sem falar na "Polaca", a Constituição outorgada em 1937), 1967 e a emenda de 1969, esta na realidade quase uma nova Constituição, tantas foram as alterações introduzidas, são todas muito mais abrangentes e detalhadas, sem que isso tivesse assegurado, no entanto, a existência de uma democracia plena. O simples fato de o Brasil, a partir da República, ter tido 5 Constituições e estar se preparando para elaborar a 6a. mostra que não houve, neste quase um século de regime republicano, a preocupação primordial da estabilidade e da permanência, características essenciais de uma carta constitucional.

Uma Constituição susceptível de ser alterada ao sabor das injunções ou dos acontecimentos políticos perde, por isso mesmo, sua carac-

terística de Carta Magna, capaz de assegurar ao país a tranquilidade das instituições estáveis.

Isso fica mais evidente quando se constata que a Constituição americana, em 200 anos, e a última Constituição brasileira, em 18 anos, tiveram praticamente o mesmo número de emendas, o que mostra que o legislador brasileiro tende, ou pelo menos tendeu, a considerar a Constituição pouco diferente de uma lei ordinária e, por isso, tão alterável quanto esta última, embora com algumas formalidades a mais.

É curioso também observar que, já na Constituição de 1891, a primeira Constituição republicana, e a que mais se ateve ao modelo norte-americano, mesmo assim não se observou igual preocupação de síntese e de contenção. Ao passo que a Carta Magna dos Estados Unidos foi promulgada com 7 artigos, subdivididos em 21 "secções" ou se quisermos, com 24 artigos, nossa primeira Constituição já continha 91 artigos e 8 Disposições Transitórias. Das outras, então, nem é bom falar: a de 1934, com 187 artigos e 26 Disposições Transitórias; a de 1937, com 187 artigos; a de 1946, com 218 artigos e 36 Disposições Transitórias; a de 1967, com 189 artigos; e a emenda de 1969, praticamente uma nova Carta, que, entre modificações, aditivos e os artigos da Constituição de 1967 que não foram alterados, teve 211 artigos. São números que falam por si.

Não se trata, no entanto, apenas da quantidade de dispositivos e sim da inclusão de muitos preceitos que melhor caberiam na legislação ordinária. O que não quer dizer que os preceitos necessários hoje sejam os mesmos que os Convencionais de Filadélfia selecionaram, pois hoje se compreende melhor a função conservadora ou inovadora de uma Constituição. Veremos isso mais adiante.

No caso brasileiro, crescentemente foram sendo introduzidos preceitos novos, relativos à ordem econômica ou à segurança nacional, para nos limitarmos a esses dois exemplos, que tanto não constavam da Constituição Americana, como da Constituição Brasileira de 1891.

As 5 Constituições brasileiras, ou 6, se incluirmos a emenda da Junta Militar de 1969, foram promulgadas no decurso de 78 anos. Entre a 1a. e a 2a. decorreu um período razoável de 43 anos. Ou seja, todas as outras foram promulgadas em apenas 35 anos, sem contar com as numerosas emendas intervenientes. Entretanto, em contraposição a essa falta de estabilidade, houve em alguns campos excessiva estabilidade da lei ordinária. Nosso Código Comercial data de 1850, o Código Civil de 1916, e a Lei das Sociedades por Quotas de 1919. Ora, a Constituição Americana teve 12 emendas entre 1787 e 1804, consolidando os direitos individuais; entre 1804 e 1913 apenas 3 emendas, uma abolindo a escravatura, em 1865, outra em 1868 dispondo sobre o direito dos negros, e uma em 1870 impedindo discriminações com base na

raça, cor ou prévia condição de escravidão. Depois disso, também foram poucas e bem espaçadas as emendas: em 1913, uma permitindo o imposto de renda federal e outra estabelecendo eleições diretas de senadores por voto popular; em 1919, introduzindo a famosa Lei Seca, revogada em 1933 por outra emenda; em 1920, admitindo o voto feminino; em 1933, regulando a posse do presidente eleito; em 1951, permitindo apenas uma reeleição e depois disso, poucas emendas de menor relevância.

Minha intenção não é, evidentemente, a de fazer estatísticas. Pareceu-me, no entanto, que mesmo essa comparação de base numérica dá bem uma idéia de que o respeito à estabilidade e permanência das normas constitucionais é bem mais acentuado nos Estados Unidos do que entre nós. Esperemos que a nova Constituição brasileira, a ser elaborada no curso de 1987, realmente se atenha aos preceitos essenciais, aí então com muito mais responsabilidade de serem duradouros, do que dispositivos melhor constantes da legislação ordinária.

O mérito dos constituintes norte-americanos é evidente, mas é verdade que o ambiente dos anos de 1780 nos Estados Unidos era bem mais propício à reflexão madura do que o período que se seguiu à proclamação da República no Brasil. A Convenção de Filadélfia não tinha diante de si modelos adequados a adotar, a não ser os Artigos da Confederação que constituíam, no entanto, um conjunto de regras muito completo, o que naturalmente representou uma dificuldade e seus participantes revelaram por isso mesmo extraordinária criatividade e tino político. Não sejamos, porém, excessivamente críticos dos constituintes brasileiros, que exerceram sua missão em períodos agitados e procurando atender a situações políticas, sociais e econômicas em constante e rápida mutação.

O Brasil se prepara agora para uma nova Constituição e todos desejamos que exprima os anseios da sociedade brasileira, depois dos 21 anos de regime autoritário. Só que esses anseios não são uniformes e, em muitos casos, não apenas divergentes, como conflitantes. Haverá muita discussão e será indispensável muita boa vontade entre as várias correntes de opinião.

É bem possível que um grande debate público, durante o ano de 1986, ajude a clarear os horizontes preparando favoravelmente o terreno para as discussões da Assembléia Constituinte. Também se espera, embora com menos otimismo, que a Comissão incumbida de elaborar um ante-projeto, dirigida pela grande figura de Afonso Arinos de Melo Franco, consiga levar a bom termo seu trabalho. Mas não há de ser fácil, apesar da participação de personalidades da maior responsabilidade e competência, porque não se trata, na realidade, de uma Comissão, e sim de uma mini-constituinte, bastante heterogênea. É curioso notar que a Comissão se compõe de cerca de 50 pessoas, e os

Convencionais da Filadélfia eram 55. Ora, ninguém fala de uma Comissão prévia no caso norte-americano... E se neste caso foi possível chegar a bom termo, creio que isto se deve ao fato de ter havido maior convergência do que divergência de interesses e de pontos de vista. Além disso, a Constituição visava mais do que tudo regular o problema específico do poder central em relação aos Estados.

O fato é que a próxima Constituição brasileira será um divisor de águas, cabendo-lhe traçar os caminhos do Brasil no campo político, econômico e social para este final de século, assim como, gostaria de crer, para ao menos boa parte do século XXI. Ora, algumas opções são fundamentais, e por isso mesmo parece-me deveriam ser claramente expostas ao eleitorado que vai escolher os constituintes de 1987, para que a nova Constituição represente a expressão da vontade da maioria. Não somente as opções devem ser expostas, como os candidatos devem declarar seus pontos de vista, para que os eleitores saibam qual o alcance da delegação que seu voto representa e os eleitos assumam o compromisso de respeitar a vontade do eleitorado.

É claro que, tanto no debate anterior aos trabalhos da Constituinte como durante o exercício de seu mandato por esse colegiado, muitos serão os problemas a resolver. Imagino que haverá consenso quanto ao regime federativo, a existência dos três poderes básicos — legislativo, executivo e judiciário. Mas seu funcionamento, e a relação entre eles, já se presta a formulações distintas. O mesmo ocorre com o conteúdo do texto constitucional e com o grau de detalhamento dos preceitos reguladores da divisão de poderes entre a União, o Estado e os Municípios, assim como no capítulo das garantias individuais, da ordem econômica, etc, etc... Mas são problemas que devemos deixar aos membros da Comissão e aos futuros Constituintes. O que me parece importante nesta oportunidade é mencionar quais seriam, a meu ver, ao menos algumas opções fundamentais que certamente constituirão o fulcro das discussões. Tomadas as opções, reduzem-se muito as alternativas e facilita-se, com isso, a elaboração do texto.

Antes disso, no entanto, creio que seriam ainda cabíveis algumas observações, para bem situar o problema, pois parece-me evidente que tudo quanto foi dito acima, ao se comparar a Constituição norte-americana com as Constituições brasileiras, abrange mais aspectos formais do que doutrinários. E estes não podem ser esquecidos.

Sabemos que existem dois tipos básicos de Constituição. As que visam conservar a sociedade existente, repartindo competências e assegurando direitos — é o caso da Constituição dos Estados Unidos — e as que visam transformar a sociedade, imprimindo-lhe novos rumos. Neste caso, uma Carta que não apenas proíba ou permita mas conduza o país a uma nova direção, através de estímulos e desestímulos ao que

se queira ou não se queira mudar. De certo modo, as mais recentes Constituições brasileiras filiaram-se a esta corrente, o que também explica sua extensão e abrangência. Creio que nós no Brasil, embora buscando ater-nos às normas fundamentais, teremos de aceitar algumas definições novas que a complexidade da vida moderna exige. Pode parecer contradição de minha parte, mas não creio que seja. Estou apenas buscando conciliar a preocupação de síntese e de permanência, com imperativos de mudança. Voltaremos a isso logo mais, no exame de formulações mais concretas. Vejamos agora as principais opções.

A primeira delas seria entre o presidencialismo e o parlamentarismo, velha pendência para cuja solução parece-me chegado o momento. Minha preferência é pelo regime parlamentar, a despeito de nossa tradição presidencialista neste quase um século de República. Não é difícil prever as resistências, nem os argumentos contrários, entre os quais destacar-se-à, provavelmente, o da instabilidade da máquina governamental face às constantes mudanças que as ambições políticas, ou dos políticos, certamente provocarão. Reconheço que o risco existe, mas se o presidencialismo de fato assegura maior estabilidade, em compensação a irresponsabilidade que o tem caracterizado constitui, segundo me parece, risco e inconveniente ainda maior. Saímos de um regime parlamentar no Império, que funcionou bastante bem, para a introdução do presidencialismo a partir da primeira Constituição republicana e não creio que nos possamos gabar de a solução ter sido satisfatória. O poder pessoal do presidente, neste regime, é excessivo, sua substituição por erros ou abusos, embora teoricamente possível, é na realidade impraticável — tanto que entre nós só ocorreu por golpes revolucionários. Lembro a frase do presidente da Venezuela, Rojas Paul, ao ser proclamada a República, como eloqüente testemunho do bom funcionamento do parlamentarismo em nosso país: "*Acabou-se a única República que existia na América — o Império do Brasil*". Também poderia ser usada como argumento contrário a malograda experiência parlamentarista que se seguiu à renúncia do Presidente Jânio Quadros, em 1961. Mas seria um argumento improcedente, pois não se tratou, na ocasião, de uma mudança de regime por convicção doutrinária e sim um expediente para evitar que o vice-presidente, João Goulart, assumisse a Presidência com os poderes tradicionalmente inerentes ao cargo. Esses poderes, sendo excessivos, eram no caso assustadores e por isso mesmo inaceitáveis para os chefes militares que tinham praticamente intervindo no processo e que provavelmente assumiriam o poder, na hipótese de se pretender a posse de João Goulart sem quaisquer restrições. Não discuto, porque não me parece que caiba essa discussão neste plenário, o acerto da oposição dos militares ou da solução adotada. Apenas constato que se tratou de um expediente e não de uma efetiva mudança. Tanto assim que, pouco depois de João Goulart assumir a presidência, voltou a vigorar, através de um plebiscito, o regime presidencial. E o que ocorreu depois é do conhecimento de todos.

É claro que não se trata de um problema de fácil solução, especialmente sendo o Brasil uma república federativa e dificilmente podendo modificar-se esse quadro. Mas visualizo a aplicação do parlamentarismo apenas ao governo federal e não me parece que isso seja inconciliável com um modelo presidencialista para os estados e municípios. A extensão a estes dois do parlamentarismo resultaria certamente em dificuldades muito maiores, se não uma confusão geral. Também não será fácil que nossos políticos renunciem a uma vocação imperial, ou ao cerceamento dos poderes que teriam se alcançassem a chefia do governo num regime presidencial. Trata-se, porém, de problema de convicção, de decisão e de coragem. E seria indispensável a existência de partidos bem estruturados, com programas definidos e não girando em torno de pessoas.

O que me parece uma solução duvidosa é a proposição de uma fórmula mista — um parlamentarismo presidencialista ou um presidencialismo parlamentarista. Se o Presidente, cujos poderes seriam bastante limitados no regime parlamentar, não tiver autoridade para dissolver o Congresso e este puder vetar a indicação do primeiro ministro ou do Ministério, estaremos apenas substituindo o poder excessivo do executivo pelo excessivo poder do legislativo. A dissolução do Congresso, que pode ser limitada a uma só ou a poucas vezes, é a forma de se determinar, através de novas eleições, com quem está a opinião pública — se com o Congresso ou com o Presidente. Creio que a hipótese de um Congresso todo poderoso é tão perigosa e inconveniente como o poder que hoje tem, em nosso regime, o Presidente da República.

Esta foi a primeira opção fundamental que me pareceu importante mencionar, como sendo uma das decisões básicas a ser tomada pela Assembléia Nacional Constituinte.

Outra será a opção entre uma economia dirigida pelo Estado e a livre iniciativa. Dir-se-á que assim colocada a alternativa, ela não corresponde à situação brasileira, pois aqui convivem governo e iniciativa privada, a despeito das constantes rusgas e reclamações recíprocas e essa convivência tem toda a probabilidade de continuar a existir. Parece-me que seria uma avaliação por demais simplista de um problema sério. A ordem econômica deve definir com a maior clareza possível o papel e os poderes do Estado em relação à iniciativa privada, assim como o grau e a natureza de sua presença, ou de sua atuação direta no campo econômico, seja sob a forma de monopólio seja em associação, ou em concorrência com o setor privado. Neste particular, estaremos enfrentando de fato o problema da justiça e liberdade que vai exigir, para uma boa solução, muita compreensão, tolerância e transigência.

Gostaria, neste capítulo, de acentuar a dicotomia entre o Estado liberal e o Estado agente econômico. O primeiro se reserva, ou melhor, reservava — pois o Estado liberal em sua forma pura, creio que

não existe mais — praticamente apenas a defesa externa e a diplomacia, a ordem interna, e a distribuição de justiça. Já o segundo se atribui a tarefa de provedor, de distribuidor, de regulador e empresário. Previdência, educação, saúde, habitação, transporte, cultura são hoje responsabilidades do Estado, algumas exclusivas, outras complementares à ação do setor privado.

Diria, pois, desde logo, que não me parece cabível, ao se discutir a atuação do Estado e da iniciativa privada, no plano geral e, em particular no campo econômico, escolher um dos atores com exclusão do outro. Pelo menos não é cabível num regime de economia aberta, como o nosso é e que espero continue a ser. Mas, para que continue, é importante que se leve em conta a necessidade de justiça social, corrigindo-se injustiças de distribuição de renda resultantes da excessiva concentração de capital e se assegure equivalência de tratamento ao capital e ao trabalho. Isso só pode ser feito pelo Estado, mas deve ser feito sem afetar ou tolher a atuação da empresa privada, de tal forma que se reduza sua capacidade de investir, mesmo porque, reduzindo-se essa capacidade, fatalmente será afetado o trabalho, pela redução do nível de emprego. Há um entrelaçamento inevitável, hoje em dia, entre o Estado e a empresa privada e, se defendo a livre iniciativa, como um sistema cuja preservação me parece essencial à manutenção de um regime democrático, isso não quer dizer que sugira a prevalência do ultrapassado conceito de "livre empresa".

Dentro da complexidade da vida moderna, não é mais admissível, a meu ver, a total liberdade da empresa privada que, assim como recorre ao Estado em momentos de dificuldade, deve aceitar uma certa parcela de poder regulatório do Estado. Um precisa do outro e o que cumpre fazer é estabelecer limites para esse poder regulatório, hoje excessivamente abrangente. Diria até que, por vezes, constitui entrave maior à atuação da empresa privada do que a própria atuação direta do Estado na economia. Isto porque a atuação do Estado num campo econômico específico pode afetar empresas desse setor; mas seu poder regulatório afeta a sociedade com um todo. A ação direta do Estado como empresário também cria problemas e áreas de atrito, pois nesse caso o Estado será árbitro e parte, ao regular tributação, preços, financiamentos ou comércio exterior, por exemplo, de forma distinta para si ou para o setor privado.

Não será fácil encontrar a dosagem certa, mas esse é um problema que não pode deixar de ser enfrentado, sob pena de caminharmos para uma estatização crescente. Resumiria meu pensamento dizendo que o Estado deve ser o mais possível indutor e o menos possível agente direto ou impositivo, salvo nos casos que adiante menciono.

O debate não é novo e se acirrou nos últimos anos de regime militar, pelo avanço do processo de estatização, com a proliferação das

empresas estatais, que se convertem em poder paralelo e incontrolável pelo poder central. São de domínio público os abusos que surgiram, a ponto de os gastos excessivos das estatais constituírem um dos fatores de deficit público. Curiosamente, não são tanto as empresas, em que é imperativa a ação do Estado, que representam problema, e sim aquelas empresas em que o Estado ocupou espaços que deveriam ser reservados ao setor privado. Em grande parte destas o Estado atuou com muito menor eficiência, grande empreguismo, e, em última análise, irresponsabilidade, pois é sabido que a empresa estatal, tendo seus deficits cobertos pelo Tesouro, escapa da sanção a que a empresa privada está sempre sujeita, que é a falência. Cabe, por conseguinte, à Constituição, definir com clareza, no capítulo da ordem econômica, que o papel do Estado, como agente econômico, deve limitar-se aos serviços públicos e àqueles empreendimentos de infra-estrutura, de produção de insumos, ou mesmo de produção industrial, que a empresa privada não tenha condições de assumir, seja pelo volume dos recursos exigidos, seja por se tratar de atividades-meio, que não objetivam lucro. Assegurando a propriedade privada, com a única restrição do interesse social, e garantindo o mesmo apoio ao capital e ao trabalho, ambos fatores essenciais e complementares da produção, a nova Constituição poderá criar, no capítulo da ordem econômica, um clima de liberdade e de justiça.

Mas é preciso lembrar que a justiça e a liberdade não são uma resultante automática da letra da Constituição. Resultam, na realidade, da atuação diária do ordenamento jurídico. Uma boa Constituição é requisito básico desse bom ordenamento, mas ele só conduzirá à liberdade e à justiça se de fato for bem aplicado na prática do dia-a-dia.

A Constituição não deve fazer mais do que declarar os preceitos em que se baseia a ordem econômica e social, para que a eles não possa fugir a legislação posterior que os regulará. O que é fundamental é que, a exemplo dos Estados Unidos, onde a Corte Suprema é o intérprete máximo da Constituição, o aparelho judiciário tenha todos os poderes necessários para fazer valer tais preceitos, sem o que se corre o risco de não passarem de letra morta. Um exemplo de preceito que deveria ser imperativo entre nós, mas na prática não passa de declaração de propósitos, é o inciso XVI do art. 165 da Constituição atual que garante ao trabalhador o seguro-desemprego. Sabemos todos o drama que foi no Brasil o desemprego maciço entre 1981 e 1984, além do desemprego crônico, sem que nada tivesse sido feito para amenizá-lo. E assim ocorre com muitos outros dispositivos que melhor seria não constassem da Constituição do que constarem sem possível implementação, para não tirar à Carta Magna a credibilidade que lhe deve ser inerente.

O problema todo que acabamos de examinar remonta na realidade, passando pelos muitos pensadores que disso se ocuparam, a Platão,

quando levanta a dúvida sobre se são os bons homens que fazem as boas leis, ou as boas leis que fazem os bons homens.

De minha parte, creio que aos bons homens devemos as boas leis, mas é às boas leis que devemos a possibilidade de correção das faltas, dos desvios, ou dos abusos dos maus homens. Esperemos que a presença de bons homens na Assembléia Constituinte nos permita a tranquilidade de uma boa Constituição.

São Paulo, dezembro de 1985.

Recebido em 4/7/91

ABSTRACT

This article compares American's constitution with Brazil's. It emphasizes adjective and doctrinaire aspects, eike president and parliament, and economics problems. Finally, the author makes a reference that a good constituent will secure a good Constitution to Brazil in 1987.

Key-words: Constitution; presidensialism; parliamentarism; private enterprise.