

II - DOGMÁTICA JURÍDICA

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PLANO "COLLOR"

José Eduardo Faria

Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do
Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo: O objetivo deste artigo é avaliar o modo pelo qual o novo governo brasileiro, ao implantar uma reforma monetária em nome do combate à hiperinflação e da reconstrução econômica, afetou a ordem constitucional em vigor desde outubro de 1988. O artigo aponta a "antinomia" entre o "público" e o "privado" na Carta de 1988, concluindo que um texto constitucional deve ser visto mais sob a óptica de sua prática histórica do que pela sua estrutura lógico-formal.

Abstract: The main goal of this article is to evaluate the efficacy of the Brazilian constitutional order after the "Brasil Novo" Plan, which established a new monetary order and affected many legal rights and legal guarantees. By pointing out the "antinomie" between the "public" values and the "private" ones in the Constitution of 1988, the article concludes that the Constitutional text should be examined rather through its historical "practice" than through its logical, formal "structure".

Unitermos: Reforma Monetária; Controle Social; Hiperinflação; Intervencionismo do Estado.

"A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experimentada". A frase é de Oliver Wendell Holmes, antigo magistrado da Corte Suprema dos Estados Unidos ⁽¹⁾. Apesar de formulada em 1919, ela é de uma incrível atualidade - entre outras razões porque nos ajuda a entender a perplexidade dos juristas diante de uma reforma monetária que minou alguns dos principais postulados de sua cultura profissional, como os princípios do direito adquirido e da certeza jurídica, obrigando advogados e juízes brasileiros a enfrentar o desafio de conciliar racionalidade formal com racionalidade material num momento histórico de turbulências econômicas e de instabilidade institucional.

Embora bastante conhecida, a afirmação de Holmes não é unívoca, admitindo várias leituras. Uma delas é a de que o critério de verificação da *validade* das soluções jurídicas seria dado menos pela coerência interna dos textos legais rigorosamente dispostos num dado ordenamento jurídico e mais por sua efetiva adequação à realidade social mesmo que às custas de uma eventual ruptura do

princípio da hierarquia das leis. Outra leitura conduz às idéias de *experiência e história*, isto é, às ações políticas responsáveis pelas condições indispensáveis à coesão social em sociedades complexas. Em outras palavras, não haveria uma "natureza humana" fixa e imutável, capaz de ser reproduzida por um sistema legal fundado exclusivamente tanto na razão quanto na inexorável "natureza das coisas".

Ambas as leituras, contudo, não são excludentes. O que elas mostram é que a vida do direito costuma obedecer a duas forças opostas: a primeira, mais conservadora, no sentido da preservação da estabilidade e da ordem; a segunda, mais voltada às manifestações de justiça concreta e de transformação social. Ao pronunciar essa frase num processo judicial sobre o alcance da liberdade de pensamento num regime democrático, Holmes não se limitou a questionar o velho dogma positivista da exclusividade das "palavras da lei" (cuja força vinculante decorre simplesmente do fato de terem sido formalmente editadas pelo legislador). Ele também sabia que os direitos e as garantias não se tornam eficazes apenas porque o Estado os impôs por métodos legais previamente determinados por uma Constituição, mas porque foram igualmente acatados em sua essência pelos cidadãos, isto é, incorporados pela sua consciência como pontos intocáveis e, como tais, respeitados independentemente do potencial inerente a todo sistema jurídico.

Refazendo essas duas leituras da clássica afirmação do juiz Holmes à luz da atual realidade brasileira, especialmente tendo em vista as implicações constitucionais da reforma monetária, o problema a ser discutido diz respeito à flagrante incompatibilidade entre a ordem jurídica vigente, concebida como uma *estrutura* lógico-formal rigidamente hierarquizada, e uma sociedade estigmatizada pelas contradições sociais, exigindo um *processo* decisório mais rápido e eficaz. Este é o problema: até que ponto uma ordem jurídica voltada à estabilização, conservação e permanência de um determinado padrão de relações sociais pode realmente funcionar numa sociedade cambiante, em intensa transformação e caracterizada por conflitos de natureza cada vez mais coletiva? Não é difícil, creio, entender o alcance e o sentido desta indagação: afinal, se no plano constitucional a Carta vigente consagra valores contraditórios, como a propriedade privada (inciso XXII do art. 5.) exercida tendo em vista sua "função social" (inciso XXIII do mesmo artigo), a livre concorrência (inciso IV do art. 170) e a "busca do pleno emprego" (inciso VIII do mesmo artigo), a liberdade de iniciativa (inciso IV do art. 1.) e o caráter normativo e regulador da atuação do Estado no exercício de suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174), no plano da efetiva aplicação dessas normas constitucionais quais delas devem de fato prevalecer quando todas estiverem a um só tempo em questão?

A indagação não é inocente: afinal, diante do caos econômico deflagrado pela hiperinflação e do intervencionismo exacerbado do Estado, o "individualismo possessivo" subjacente a muitos dispositivos constitucionais contraria abertamente a ênfase à dimensão social de muitos outros dispositivos igualmente constitucionais, motivo pelo qual o prevalecimento do *privado* implica o sacrifício do *público*, do mesmo modo como o sacrifício do *público* implica o sacrifício do *privado*. Trocando em miúdos: a inflação desorganizou estruturalmente a economia, levando o Estado a financiar o déficit público com juros cada vez mais altos, por um lado desviando os investimentos reprodutivos para os investimentos financeiros e, por outro,

destinando parcelas crescentes de receita tributária para o pagamento desses juros - um asfixiante círculo vicioso que penaliza o contribuinte, aumenta a concentração de renda, desvirtua o Executivo no exercício de suas básicas clássicas e *privatiza* nas mãos de alguns (os que podem financiar o Tesouro mediante aplicações financeiras em títulos governamentais) o que é (ou deveria ser) *público*.

Subjacente ao problema das implicações constitucionais da reforma monetária encontra-se, portanto, uma das questões básicas da filosofia política e da filosofia do direito modernas: as relações entre o individual e o coletivo, entre a segurança do cidadão e o bem-estar da comunidade, entre o interesse privado e o interesse público - o qual não é, na perspectiva teórica desenvolvida por Rousseau e, mais tarde, por Hegel, a simples somatória dos interesses privados ⁽²⁾. Na origem do moderno constitucionalismo, os juristas foram suficientemente hábeis ao tratar normativamente essas relações basicamente a partir de conceitos genéricos e abstratos - e quanto maior foram a diferenciação econômica, a segmentação social e os problemas políticos delas decorrentes, maior foi a tendência dos legisladores em aplicar os graus de abstração e generalização das leis. Produto da Revolução Norteamericana de 1776 e da Revolução Francesa de 1789, ambas fazendo da separação entre o público e o privado e do subsequente reconhecimento das garantias individuais, das liberdades públicas e da racionalização do poder nas suas principais palavras-de ordem, o constitucionalismo moderno tinha por objetivo oferecer uma engrenagem institucional capaz de promover uma racionalização global da vida coletiva e da vida individual ⁽³⁾.

Ao conciliar controle social com liberdade formal, seu papel básico era assegurar o desenvolvimento harmonioso de valores em si contraditórios, como justiça e autonomia, solidariedade e competição, emancipação e subjetividade - o que somente acabou sendo possível pelo fato de a construção genérica e abstrata desses valores não dar primazia a nenhum deles e de as tensões entre eles serem reguladas por princípios complementares. Graças a essa sutil estratégia de abstração e à generalização dos conceitos normativos e das categorias jurídicas, possibilitando a um só tempo a consagração formal dos mais variados direitos e o não-cumprimento de muitos deles na prática, os antagonismos eram vistos como sendo sempre provisórios, pois eram passíveis de uma decisão legal "técnica", isto é, despolitizada e pretensamente racional numa competição *ad infinitum* segundo as regras de um jogo de "soma positiva".

O problema, contudo, é que as condições socioeconômicas subjacentes à origem desse jogo, no capitalismo concorrencial do século XIX, mudaram com os ventos da história. Por um lado, o desequilíbrio estrutural inerente à lógica do desenvolvimento capitalista minou - a partir da década de vinte - o equilíbrio institucional concebido pelo modelo liberal-burguês de direito e de Estado. De simples provedor de serviços básicos no campo da educação, saúde, segurança e justiça, valendo-se das normas jurídicas apenas como instrumento de *controle social*, o Estado "protetor-repressivo" de caráter "minimalista" foi assumindo progressivamente o papel de fiscalizador, coordenador, regulador e controlador, planejador e produtor de bens e serviços, passando a utilizar as normas jurídicas como instrumento de *direção social* e, para tanto, manipulando-as sob a forma de uma intrincada combinatória de técnicas de encorajamento e desencorajamento. Por

outro lado, os próprios grupos sociais lutando por direitos civis e econômicos, ao se descobrirem como atores coletivos, também identificaram o que havia por trás da estratégia de se conceder em direito positivo o que era negado pela prática jurídica.

Ou seja: tais grupos se certificaram de que a simples concessão de direitos e garantias pelo poder constituinte originário ou derivado, no corpo de uma Carta Magna, quando não acompanhada de uma efetiva regulamentação por lei complementar, funcionava basicamente como um recurso de encobrimento ideológico e/ou de apaziguamento da consciência política, mediante a transportação de seus efeitos concretos para momentos futuros (se próximos ou remotos, isto ficava à mercê da progressiva conscientização e das subsequentes capacidades de mobilização e de conflito dos grupos e classes até então "apaziguadas" em sua consciência). Mais: eles também identificaram possibilidade de se interpretar em novos termos as normas programáticas do tipo "sociedade livre, justa e solidária", "dignidade da pessoa humana", "valores sociais do trabalho", "erradicar a pobreza e a marginalização", etc., buscando sua efetiva concreção mediante a tentativa de se tornar as concepções de justiça inerentes a uma ordem constitucional menos comutativas e mais distributivas.

Com todas essas mudanças, portanto, as relações entre (a) o *privado* e o *público*, (b) entre o *individual* e o *coletivo* e (c) entre o primado do *direito adquirido* e a busca pela concretização de normas programáticas revelaram-se *antinômicas* - antinomia, aqui, entendida como "incompatibilidade entre direitos relativos a um mesmo objeto" ⁽⁴⁾, como uma "relação que une duas normas incompatíveis pertencentes a uma mesma ordem jurídica e dotadas do mesmo campo de aplicação ou domínio de validade" ⁽⁵⁾. Em face da gravidade da crise econômica do Brasil contemporâneo, responsável pela crescente fragmentação de uma ordem social e política atravessada diacronicamente pela interpenetração das diferentes esferas decisórias e pela explosão de demandas contraditórias encaminhadas ao Estado de modo igualmente contraditório por grupos e classes com interesses distintos, conflitantes e excludentes, tal antinomia acabou emergindo de maneira irreversível ao final dos anos oitenta.

Não é por mero acaso, pois, que o Estado brasileiro contemporâneo, apesar da retórica liberalizante do novo presidente da República em seu discurso de posse, tornou-se muito mais intervencionista do que antes. O que se tem, nos dias de hoje, é um Estado que substituiu a *segurança jurídica*, a qual se expressa pelo princípio de que "tudo o que não está proibido, está permitido, por uma *segurança teológica de amplitude nacional*, que se traduz pelo princípio inverso, no sentido de que "tudo o que não está permitido, está proibido". Trata-se, em outras palavras, de um Estado mais poderoso, até mesmo do que na época da república dos generais e dos tecnocratas, uma vez que vem passando por cima dos direitos e garantias individuais em nome de uma "razão de Estado (ou seja, de uma "reconstrução econômica" que é impossível de ser formalmente conceituada, estruturada e regulada pelas categorias jurídicas tradicionais forjadas pelo modelo liberal-burguês de direita, exigindo fórmulas abertas, flexíveis e sujeitas não a interpretações tecnicamente jurídicas, mas a critérios indeterminados e vagos fundados em sentimentos de responsabilidade funcional das autoridades econômicas). Trata-se, em suma, de um

Estado cujos dirigentes legitimados pelo voto direto, passaram a afirmar que ninguém está autorizado a impedir a aplicação de medidas de interesse coletivo.

Pensando bem, a Assembléia Nacional Constituinte já havia percebido suficientemente bem a extensão e a complexidade deste problema. Todavia, não o enfrentou, preferindo consagrar normas excessivamente ambíguas, genéricas e indeterminadas quanto ao seu alcance ⁽⁶⁾. Por conseguinte, normas extremamente limitadas em sua eficácia, na medida em que não tiveram asseguradas de modo inequivocamente explícito e formal as condições para sua concreção, dada a disposição dos constituintes de utilizá-las retoricamente apenas com a finalidade de superar impasses momentâneos, obter consensos circunstanciais e pacificar seus respectivos eleitorados. De maneira sutil, os constituintes aprovaram em plenário a concomitância *formal* de direitos e prerrogativas imaginando, porém, valer-se de posterior "batalha regulamentar" para impedir a simultaneidade *real* desses mesmo direitos e prerrogativas.

Este importante problema da filosofia política do direito, todavia, tem, do ponto de vista histórico, um conhecido precedente no século XX. Num brilhante texto escrito em 1940 sobre as diferentes formas de se pagar a conta da guerra, por exemplo, Keynes já o formulava em termos concisos e objetivos: "Não é fácil para uma comunidade livre organizar-se para a guerra. Nossa força repousa na capacidade de improvisar. Contudo, necessitamos também de uma mentalidade aberta a idéias não testadas. Coragem virá se, em todos os partidos, os líderes de opinião extraírem da fadiga e da confusão da guerra suficiente lucidez de espírito para compreender e explicar ao público o que se faz preciso, para, então, propor um plano concebido num espírito de justiça social - um plano que se utilize de um período de sacrifício geral não como uma desculpa para adiar reformas desejáveis, mas como uma oportunidade para avançar além do que avançamos até aqui na redução das desigualdades".

Prosseguindo, páginas adiante, Keynes afirma: "Em tempos de paz, o tamanho do bolo depende do volume de trabalho realizado; mas em tempos de guerra, o tamanho do bolo é fixo. Se trabalharmos mais, podemos lutar melhor. Mas devemos deixar de consumir mais. Isso significa que o público, como um todo, não pode aumentar seu consumo pelo aumento de suas receitas monetárias. Todavia, a maioria tenta aumentar sua receita na crença de poder assim aumentar seu consumo. De fato, em certo sentido isto ainda é verdadeiro. Pois cada indivíduo pode aumentar sua participação no consumo se tiver mais dinheiro para gastar. Mas, como o tamanho do bolo é fixo e não elástico, só pode fazê-lo em detrimento de outras pessoas. Assim, o que é vantagem para cada um, visto como indivíduo isolado, constitui desvantagem para cada um, visto como membro da comunidade. Aqui está a oportunidade ideal para um plano comum e para a imposição de uma regra que todos devem obedecer" ⁽⁷⁾.

Eis a conclusão de Keynes: "A menos que se pretenda que o custo total da guerra seja arrecadado através de impostos, o que praticamente é impossível, uma parte o será por meio de empréstimos, o que constitui outra maneira de se dizer que alguém deverá postergar gastos monetários. Isto não será evitado permitindo-se a elevação dos preços, o que apenas significaria que as receitas dos consumidores passariam para as mãos da classe capitalista. Grande parte deste ganho dos

capitalistas retornaria na forma de impostos mais altos; outra parte poderia ser consumida pelos mesmos, elevando assim ainda mais os preços, para desvantagem dos demais consumidores; e o restante seria emprestado deles, de modo que só eles, em vez de todos semelhantemente, seriam os principais credores da dívida nacional ampliada - do direito, por assim dizer, de gastar dinheiro depois da guerra".

A citação é longa, reconheço. Mas todos estes argumentos de Keynes têm alguns importantes pontos de convergência com a idéia do juiz Holmes no sentido de que "a vida do direito não é lógica, mas experimental". Ao afirmar que "num Estado totalitário não existe o problema da distribuição de sacrifício" e que "somente numa comunidade livre a tarefa do governo se complica com as exigências de justiça social", Keynes põe o dedo na questão das virtudes e dos limites do contratualismo democrático - em que medida a consagração do privado não fere o público? Até que ponto o interesse do público pode ferir direitos privados? O ponto de equilíbrio é sempre tênue, precário e instável - e é por esse motivo que, se por um lado não se pode deixar de reconhecer que a reforma monetária optou pelo interesse coletivo e desprezou a velha tese normativista do "faça-se a justiça individual mesmo que pereça o mundo", por outro também não se pode desprezar o potencial arbitrário e mesmo totalitário inerente ao pacote econômico. Como contorná-lo, ou seja, como evitar que o princípio segundo o qual "o fim bom salva até os piores meios" se sobreponha ao princípio de acordo com a qual "os meios maus corrompem até os melhores fins"?

Talvez frustre o leitor por não ter uma resposta pronta e acabada para esta questão - na consciência de que, se a reforma monetária violou a *estrutura* constitucional do País em nome de um interesse maior, precisamos agora de um *processo* jurídico capaz de impedir a perversão das garantias individuais e das liberdades *públicas* pelo despotismo "esclarecido" da razão econômica. A dimensão da racionalidade formal, condição básica para uma democracia pluralista, não pode ser esquecida, é certo; mas também não pode ser confundida com uma concepção estritamente positivista de direito e de Estado, que privilegia a estrutura e não o processo, valoriza a vigência e não a eficácia, e ainda confunde a sociedade como simples produto do direito, o Estado como mero ordenamento jurídico e os homens como centros abstratos de imputação de direito e deveres. Contudo, se nós juristas quisermos realmente garantir as condições formais mínimas para a democracia e impedir o despotismo esclarecido de um presidente com um potencial fascista, teremos de hoje em diante de alargar nossa visão, reformulando conceitos excessivamente fechados e tipificantes herdados do legalismo liberal clássico, cada vez mais distanciados da realidade socioeconômica, sob pena de continuarmos a ver esgotadas, como hoje, as possibilidades de eficácia de uma Constituição nova e tão precocemente envelhecida - uma Carta que, infelizmente, terminou gerando a ilusão de uma ordem regular inexistente a prática.

Acima de tudo, nessa tensão entre ordens e imposição, entre paixão política e razão econômica, entre direitos individuais e interesses políticos, há que se manter a mesma lucidez com que Norberto Bobbio - um autor socialista entre nós (mal)tratado como "neoliberal" - analisava a grande crise institucional italiana do pós-guerra, com a ordem constitucional sendo sucessivamente violada, tendo a sua

efetividade posta em discussão e, por conseguinte, com os juristas duvidando de sua durabilidade:

"Quem lê uma Constituição acredita que o Estado esteja todo contido naqueles órgãos do governo que a carta constitucional disciplina. Tirando os olhos da carta e olhando em volta se verá que, além do governo, existe o subgoverno, que o acompanha como sua sombra, existe o criptogoverno, o poder oculto dos serviços secretos que o controla, e existe ainda, talvez, num Estado de soberania diminuída como o italiano, um supragoverno que o dirige. Tudo isso, subgoverno, criptogoverno e supragoverno, são coisas das quais uma boa e honesta Constituição nada sabe e sobre as quais pudicamente deve silenciar.

Uma Constituição, no edifício complicado e exagerado do Estado contemporâneo, mesmo quando perfeita, mostra apenas a fachada. Ela não mostra nada ou quase nada do que está dentro ou por detrás, sem falar dos subterrâneos. É evidente que toda Constituição se tornou uma roupa apertada para um corpanzil como o do Estado contemporâneo, que cresceu muito rapidamente e mal, para poder ficar numa situação dessas sem rasgar. De nada serve ou serve muito pouco, portanto, chorar sobre uma Constituição que não é cumprida ou que é traída, como de pouco serve pensar em reformas ou retoques constitucionais quando se tem a ilusão de que basta mudar a roupa para mudar o temperamento daquele que a veste. Não digo que a Constituição não deva ser respeitada. Infelizmente, porém, o simples respeito formal, mesmo quando total, é apenas a condição necessária para o bom funcionamento de uma democracia. Mas não é uma condição suficiente. Não quero dizer que uma Constituição seja intocável. Colocado de lado, porém, o fato de que deve defender-se dos retoques que a deturpam, retocá-la ou emendá-la serve de pouca coisa, se, por detrás da fachada, os padrões da casa forem sempre os mesmos" (8).

Notas

1 Esta frase foi extraída de um pequeno texto distribuído pelo Serviço de Informações da Embaixada dos Estados Unidos, intitulado *Censura Prévia*, com a íntegra dos votos dos juizes da Suprema Corte a respeito do caso do *New York Times* e do *Washington Post*, novembro de 1971, acusados de divulgar informações secretas do governo e, com isso, de violar a Constituição norte-americana. Um dos juizes embasou sua decisão relembrando as palavras de Holmes ditas cinquenta e dois anos antes. Eis a frase completa: "A vida do direito não tem sido lógica; tem sido experiência. O melhor teste da verdade é o poder do pensamento ser aceito num mercado competitivo. Esta é a única base sobre a qual os homens podem realizar seus desejos com segurança. Em certa medida, essa é a teoria de nossa Constituição: é uma experiência - como toda a vida"

2 - Ver, nesse sentido, David LYONS, *In the interest of the governed*, Oxford, Clarendon Press, 1973; Wolfgang SCHLUTER, *The rise of Western Rationalism*, Berkeley, University of California Press, 1981; e Jurgen HABERMAS, *Mudança Estrutural na Esfera Pública*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984.

3 - Jon ELSTER e Rune SLAGSTAD, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

4 - Cf. Chaim PERELMAN, *Les antinomies en Droit*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1965, pp. 392 e ss.

5 - Cf. Norberto BOBBIO, "Sobre los critérios para resolver las antinomias", in *Contribución a la Teoría del Derecho*, Alfonso Ruiz Miguel organizador, Valência, F. Torres, Editor, 1980, pp. 349-364.

São Paulo, abril de 1990.