

## Raízes e asas: entre o Brasil que temos e a Nação que queremos

O objetivo desta apresentação é expor, como forma de *accountability*, o que entendo ser a minha tarefa na Corte Constitucional brasileira. A resposta é simples: interpretar e aplicar a Constituição Federal de 1988. Mas essa ideia, embora singela, deve ser contextualizada. É preciso explicar o que a Constituição Federal de 1988 constituiu e constitui; o que o Supremo Tribunal Federal, como intérprete da Constituição, e o que as demais instituições fazem e devem fazer.

Depois de 30 anos de vigência, não faltam comentários sobre o sentido da extensa Constituição brasileira. Esse significado está num olhar para o passado. Noutras palavras, é em relação ao regime anterior que se deve buscar entender o que a Constituição constituiu. Sua melhor síntese está no discurso do que o então Presidente da Assembleia Constituinte proferiu por ocasião da cerimônia de promulgação do texto. Reconhecendo que a Constituição estava longe de ser perfeita, disse Ulysses Guimarães:

“(...) discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. (...). Traidor da Constituição é traidor da pátria. (...). Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações.”

A Constituição é a antítese do autoritarismo dos anos anteriores. Ela se insere na onda de democratização que passou pelos países latino americanos e que foi bem sintetizada na expressão de Juan J. Linz e Alfred Stepan de que “*democracy has become the only game in town*”. Esse processo de democratização é definido pela realização de eleições diretas e periódicas, garantia da liberdade de expressão e do acesso a informações, proteção do direito de associação e *accountability* do governo. Na expressão de outro conhecido autor norte-americano (Robert Dahl), a consolidação democrática é também a instituição de uma poliarquia, ou seja, a democracia depende de outras instituições sociais. Por isso, para compreender o Brasil de hoje é necessário entender esse legado recente e que está na ordem normativa.

A democracia não é feita apenas de consensos, mas também de conflitos. A democracia é o lugar de desacordos morais razoáveis. Ela se abre ao dissenso e apreende com o pensamento diferente. Para funcionar, depende de regras que garantam a divergência, a possibilidade de pensar e ser outro. Essa é, portanto, a função da Constituição brasileira de 1988.

Ela faz isso por meio de uma complexa rede de instituições políticas. A Constituição brasileira garante autonomia aos Poderes Públicos: legislativo,

executivo e judiciário. Garante, de forma inédita na experiência constitucional brasileira, independência ao Ministério Público e às Cortes de Contas para fiscalizar os agentes e atos públicos. A Constituição opta por um federalismo de três níveis. São independentes não apenas os Estados e a União, mas também os Municípios. Direitos e garantias fundamentais sustentam a liberdade de expressão e a livre associação, inclusive pela livre criação de partidos políticos e sindicatos. A liberdade de imprensa é assegurada e vedada qualquer espécie de censura. Não há crise institucional no Brasil nem há espaço normativo para qualquer ruptura ou quebra de estabilidade. As instituições estão a funcionar; há dissensos mas não há bloqueios aos direitos fundamentais, à ordem econômica, à liberdade e à democracia. Este é o País que temos.

Há, sem dúvidas, uma diferença entre a previsão constitucional e a prática dos atores políticos. Há uma distância entre a teoria e a prática. A democracia brasileira é, nesse sentido, que precisa de mais instituições – e instituições, aqui, no sentido em que costumamos utilizar o termo no direito, ou seja, como conceitos legais que concretizem os princípios que estão na Carta.

Ainda que esteja por ser feito, esse é o encargo constitucional que recai sobre todas as instituições brasileiras. Se há uma certeza na Constituição é a de seu compromisso com a consolidação da democracia. E essa é, talvez, a única certeza. Para lembrar ainda outro cientista político (Adam Przeworski), quem ama a democracia ama a incerteza. Não há como saber quem deterá o poder, mas com certeza ele não será ilimitado.

Em um Estado que recém saiu de um regime autoritário, essa certeza é, às vezes, percebida como insegurança jurídica. Não é. Isso porque, para garantir a alteração do poder, o *checks and balances*, o federalismo e as liberdades fundamentais, as regras do jogo precisam ser aperfeiçoadas. Como disse Ulysses Guimarães, a Constituição não é perfeita. Mas é ela nosso limite.

Para qual direção, então, vai hoje a Constituição? A questão, assim formulada, parece apontar para uma teoria normativa da política. Esse tema é tradicionalmente ligado à filosofia (pense-se, por exemplo, na metáfora do véu de ignorância que cobre as pessoas que vão deliberar sobre as melhores regras de um Estado, tal como a descrevia John Rawls). Mas, deixando um pouco de lado o debate filosófico, saber para que direção a Constituição vai tem interesse institucional, na medida em que define a própria atuação dos demais órgãos do Estado. E nessa perspectiva institucional, uma metáfora melhor do que a de Rawls é a do concurso de beleza keynesiano.

Como se sabe, o economista John Maynard Keynes, no capítulo 12 do seu Teoria Geral do Emprego, Juros e Moeda, descreveu o comportamento de agentes racionais para explicar as flutuações de preços nos mercados de ação. Ele imaginou um concurso fictício de um jornal, no qual os participantes deveriam escolher as seis faces mais atraentes de um total de cem fotografias. Aqueles que escolhessem as faces mais populares, ou seja, aquelas que seriam escolhidas o maior número de vezes, receberiam o prêmio. Em tal contexto, a escolha mais racional não seria a de escolher as faces que o participante considerasse ele mesmo as mais bonitas, mas, sim, a que ele imaginava que outros escolheriam.

O projeto da Constituição brasileira assemelha-se ao concurso de beleza keynesiano. A Constituição dá poderes a diversas instituições, inclusive às pessoas e à sociedade civil, para que elas escolham, entre os diversos procedimentos legais, aqueles que mais preservem a pluralidade democrática. Racionalidade aqui é confiança. A ampliação de direitos é feita por meio de instituições. As escolhas, portanto, servem para distribuir a confiança que se deve depositar nessas instituições. O resultado do concurso de beleza é sempre a escolha de instituições que, na visão dos principais atores, aprofundem a confiança na democracia.

Essa dinâmica não só é ativada com a democracia, cuja definição está ligada à pluralidade institucional, mas é aprofundada por ela. A distribuição de competências, a distribuição de poderes entre as diversas instituições aumenta a complexidade de uma sociedade. Complexidade não significa apenas a existência de outras instituições, mas também o fato de que o que elas fazem é completamente inacessível por quem não faz parte dela. O valor da taxa de juros definido pelo Banco Central, por exemplo, é completamente inacessível pela Suprema Corte de um país. Essa “cegueira” sobre os critérios de funcionamento das instituições exige que elas tenham alta confiabilidade. Os juristas não sabemos quanto deve ser a taxa, mas confiamos na escolha feita pelas autoridades monetárias. O concurso de beleza permite que diversas instituições ajustem suas expectativas e distribuam confiança.

Falar em confiança permite também que se pense no seu oposto, isto é, na desconfiança. E a desconfiança traduz-se em demanda por novas instituições, como, por exemplo, as instituições de controle. Ao longo dessa recente história democrática brasileira, uma das principais tônicas tem sido a de reforçar os mecanismos de controle. O Tribunal de Contas faz o controle e auditoria das contas de governo. O Ministério Público, do patrimônio

público. Entidades como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – ICMBIO, do meio-ambiente. O Conselho Nacional de Justiça, do Judiciário.

Voltando, pois, à pergunta inicial, digo em resposta: a Constituição constitui uma sociedade plural, confiando a seus atores a missão de preservá-la.

Alguns poderiam pensar que a missão de preservar a Constituição é exclusivamente atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Essa, no entanto, é uma visão equivocada. O Supremo não detém a última palavra sobre o projeto da Constituição – o Congresso, por exemplo, pode emendá-lo. O Tribunal é, no máximo, co-partícipe da tarefa de distribuir confiança entre as instituições. Em linguagem jurídica, costumamos expressar essas decisões como “margem de discricionariedade”, “autonomia”, “competência”, “prerrogativas”, “controle de constitucionalidade ou de legalidade”, entre outras. Ao empregar essa linguagem e somente quando a utiliza, fala o Supremo por último. Mas isso – frise-se – é somente quando falamos da linguagem jurídica. É, nesse sentido, apenas uma das instituições que participa do concurso de beleza.

No mesmo discurso de promulgação da Constituição, embora em um pedaço que, infelizmente, não entrou para história, Ulysses Guimarães afirmava:

“A vida pública brasileira será também fiscalizada pelos cidadãos. Do Presidente da República ao prefeito, do senador ao vereador. A moral é o cerne da pátria. A corrupção é o cupim da República. República suja pela corrupção impune toma nas mãos de demagogos que a pretexto de salvá-la a tiranizam. Não roubar, não deixar roubar, pôr na cadeia quem roube, eis o primeiro mandamento da moral pública.”

Quando da aprovação da Constituição, poucos eram os recursos de que dispunham as autoridades públicas para combater e fiscalizar a corrupção. A resposta a esse desafio ilustra bem a cooperação entre as diversas instituições brasileiras.

Logo em 1991, três anos após a promulgação da Carta, o Brasil ratifica a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes que exige dos Estados a criminalização da lavagem de dinheiro. A fim de cumprir o compromisso assumido, o Congresso brasileiro aprova a Lei 9.613, em 1997, que cria o tipo penal. Em 2006, o Brasil ratifica a Convenção de Combate à Corrupção, novas leis são aprovadas e até mesmo a legislação de lavagem de dinheiro é aprimorada. Em cada um desses movimentos, o Congresso Nacional concede

maiores poderes para que o Ministério Público e a Polícia Federal possam fiscalizar, assim como limitam os direitos de recursos que os condenados podem dispor.

A cada um desses passos, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a responder sobre os limites – e, portanto, sobre a confiança – que o processo criminal depositava em cada uma dessas instituições. Seguindo parâmetros expressos em linguagem jurídica, o Tribunal fixou as hipóteses em que a investigação pelo Ministério Público pode ocorrer, assim como os casos em que a Polícia Federal pode, por exemplo, celebrar termos de colaboração (*plea bargains*). Definiu ainda o alcance dos direitos dos acusados, como o direito à presunção de inocência.

As respostas sem dúvidas nunca foram satisfatórias. Há os que gostariam de ver menos poderes alocados para as polícias ou competências reduzidas para o Ministério Público. Seja como for, quem aposta em soluções que retirem a autonomia desses órgãos corre um grande risco. Minha aposta como juiz constitucional é no Brasil fiel à Constituição: esta é a Nação que queremos. Nada mais, nada menos. Divergências pontuais podem ocorrer. Pode haver dúvidas quanto à extensão dos limites que devem ser impostos à atuação das instituições. É certo, porém, que a regra do concurso de beleza é a que deve prevalecer, ou seja, é a pluralidade de instituições confiáveis que materializa o projeto de Constituição.

É a mesma conclusão que se tira em ainda outro exemplo. Para estimular as exportações brasileiras, a União editou uma série de desonerações para tornar os produtos internamente produzidos mais competitivos. Essas desonerações atingiam principalmente os impostos que eram instituídos pelos Estados. Fazia-se cortesia com a carteira alheia. Para garantir a aprovação das desonerações, a União prometeu compensar os Estados que perderiam suas receitas. A lei, no entanto, nunca veio. O Supremo Tribunal Federal, então, determinou que o Congresso a editasse, sob pena de inviabilizar o funcionamento dos Estados. Mais uma vez, quem esperava que os Estados não teriam seu poder constitucional reconhecido errou. A diversidade e pluralidade de atores jamais permitiria que qualquer deles fosse manietado a tal ponto de o inviabilizar.

A tarefa de um Ministro do Supremo Tribunal Federal é, por tudo isso, singela. Ele é apenas um voto, entre onze que formam uma única instituição entre um conjunto ainda maior de instituições. Todas têm seu modelo de país. Todas têm sua missão institucional. A aparente falta de certeza num conjunto tão complexo de atores é mitigada pela confiança que a sociedade deposita

na democracia e na Constituição. E é em nome dessa confiança que as escolhas mais cedo ou mais tarde recaem sobre modelos de Estado que aprofundam a consolidação da jovem democracia brasileira.

Obrigado pela vossa atenção.