

## PRIVILÉGIOS DO ESTADO E DIREITOS INDIVIDUAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A. B. COTRIM NETO

*SUMÁRIO: 1. O Estado - a origem deste nome e a Revolução Cultural do século XVIII. 2. O fim dos privilégios: a igualdade entre os homens e a liberdade. 3. Conceito de privilégio. 4. No Brasil jamais conhecemos Liberdade afirmativa em face do Estado. 5. A Constituição de 1988 a mais longa do mundo. 6. Nossa Constituição de 1988 e a de Robespierre, de 1793. 7. A Constituição de 1988 acentuou o esmagamento da iniciativa privada, com um espírito socializante. 8. Os "privilégios" expressamente enunciados. 9. A "seguridade social" do Documento de 1988 e a "Nova Ísula" de Morus... 10. O que são e como devem ser feitas as Constituições. 11. Conclusão: sem atendimento dos Fatos e dos Valores - não há que falar-se em Constituição.*

1. Desde quando Maquiavel escreveu no primeiro capítulo de "O Príncipe" que as Repúblicas e os Principados são "estados", porque exercem "império" sobre os homens, o simples enunciado do nome Estado suscita a idéia de uma fonte de *poder subordinativo*. - Era o ano 1513 da Era Cristã e as Comunas italianas existiam como entidades soberanas, temporalmente distantes ainda da formação do Estado nacional peninsular: do texto latino extraído da clássica definição ulpiana do *jus publicum* (*quod ad statum rei romanae spectat*), as Comunas já tomavam o substantivo *status* para identificar seus interesses suas instituições - seu Estado - com omissão do genitivo específico da *res romana*, isto é, da *res publica* romana (*apud* Pietro Bonfante, em "Instituzioni di Diritto Romano", 5ª ed. Vallardi, Milão, 1912, pág. 12).

Não tardaria muito que, uma vez consolidada aquela soberania dos Estados - por Bodin, em 1576, nos "Seis Livros da República" reivindicada para os Príncipes da Cristandade, - se construíssem os fundamentos do Absolutismo que na virada dos séculos XVII/XVIII atingiria sua *culminação*.

Foi mister uma Revolução Cultural da profundidade da ocorrida imediatamente após - com a Revolução Industrial, a Escola de Manchester, o Físio-

cratismo, a Enciclopédia, a Revolução Americana, o Iluminismo, os Estados Gerais de Versalhes, a Bastilha... - para que no Ocidente confluíssemos em a Revolução Democrática, no Estado Liberal, no Estado de Direito. E, obviamente, no fim do Poder Estatal exercido pelo aprazamento de um Indivíduo: "*Quod principi placuit legis habet vigorem...*"

Conquanto o progresso social, sobretudo no pertinente às conquistas do Homem como Pessoa, não flua de modo ininterrompido e perene - os grandes caudais por vezes atravessam *canions* - ao fim ele encontra seu estuário plácido.

2. A Separação dos Poderes do Estado que desde Locke, antes mesmo de Montesquieu se começou a idear, tornar-se-ia uma conquista política universal dos dias que correm: ela correspondeu a um golpe enérgico nos esforços opostos pelos Monarcas que entre os séculos XVIII e XIX - máxime nos primeiros quartéis deste último - tudo envidavam para preservar a invocada divindade de suas investiduras, mesmo quando faziam concessões no exercício de seus priscos poderes soberanos, na forma de "despotismo esclarecido". Não obstante, a sociedade civil prosseguia em suas lutas para que, com a derrubada dos privilégios de indivíduos, de classes ou de categorias, prevalecesse a igualdade entre os homens: é certo que em função das conquistas da Revolução Francesa - um segmento da Revolução Cultural do século XVIII - a igualdade, paralelamente com a liberdade, se tivesse materializado como objeto de assinalados progressos.

Progressos, sem dúvida foram obtidos, mas não a vitória com o desaparecimento dos privilégios, visto como conquistada a igualdade jurídica viria ela a ser prejudicada pela desigualdade econômica, que o Capitalismo surgente provocaria em forma nunca antes ocorrida.

Entretanto, impõe-se *conceituar privilégio*.

3. Na sua nomenclatura, o vocábulo resulta de composição com duas palavras latinas: *privus* (singular, particular) e *lex*. Neste sentido o *privilégio* apresenta-se como uma exceção ao estabelecido como norma que a todos deve obrigar; mas ele não deve ser confundido com a *prerrogativa*, que pela apropriada observação do constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho visa ao interesse geral, quando ordinariamente é conferida a titular de certo encargo público.

Tem-se de convir que, por vezes, o privilégio pode ser sadio instrumento de uma política social, como no caso de tratamento jurídico particular deferido aos economicamente *hipo-suficientes*: nisto é que reside, como sabido, a doutrina do Direito do Trabalho, *ad exemplum*.

Não obstante, quando instituído como elemento de ação discriminatória nas relações de Poderes, nas relações que envolvam a cidadania, o privilégio

torna-se odioso: se privilegiado o Legislativo ou o Executivo ou o Judiciário dar-se-á nascimento a um espúrio sistema aristocrático, a benefício dos colégios que a esses Poderes dirigem; qualquer privilégio que exalte a autoridade do Estado, como entidade fictícia, nas suas relações com a coletividade cidadã onde, em tese, ele tem origem e a cujos interesses lhe incumbe servir, isso corresponderá a um retrocesso às origens babiloneo-egípcias do Estado do Ocidente, com seus Estados-Deuses: será até mais odioso do que o regime medieval do Estado Patrimonial que, ao menos este, nos estreitos limites de sua geografia, tinha compromissos de serviços e de segurança para com seus *servos*.

4. Uma realidade está subjacente no atual quadro institucional brasileiro: o exacerbado *intervencionismo do Estado no processo social*, exercido principalmente pela via de uma volumosa Administração Indireta.

Nessas condições amplia-se desmesuradamente o campo de ação da Autoridade do Estado: ora, num trabalho profundo, coroado pela Faculdade de Direito e das Ciências Econômicas de Paris, e premiado pelo Ministério da Educação Nacional da França, Michel Halbeck - encerrando-o num capítulo onde apresenta os "princípios da teoria geral da Autoridade" - sustenta que "o diálogo liberdade-autoridade constitui o eixo do desenvolvimento da humanidade" (em "L'Etat - Son Autorité, Son Pouvoir", L.G.D.J., Paris, 1965, pág. 623). Daí complicar-se a problemática fenomenológica da Autoridade, uma força exterior em relação às liberdades, que é mais do que um poder físico ou simples aparelho de constrangimento, por ser um sistema de comunicação entre uma vontade livre - pessoal ou colegial, mas emanante de pequeno número de homens, - e a multidão de outras vontades que vão executar aquilo que um só ou o colegiado deliberou e decidiu (ainda Halbeck, ob. cit., pág. 8, que em seguida acrescenta, tendo vista na máquina administrativa do Estado Contemporâneo: "Outrora a Liberdade obliterava a Autoridade; a partir do perecimento do Liberalismo, a Autoridade é que suprimiria a Liberdade").

Noutras plagas, na Europa sobretudo, a exacerbação da autonomia individual conduziu ao esvaecimento do Estado Liberal, suscitando problemas pertinentes à exacerbação do Poder Estatal.

Em nosso País jamais tivemos efetivamente um regime político onde o Homem situado no meio social pudesse afirmar a sua individualidade, em face do Estado ou da Autoridade; jamais conhecemos, os brasileiros, um regime de fato Liberal. Desde o fundo de nossa história e poucos a estudaram como o sociólogo excelso de passado recente, Oliveira Vianna, nos seus inumeráveis trabalhos sobre o povo brasileiro e sua evolução - é assinalada nossa vocação submissiva ao providencialismo do Estado.

Nessas condições, por demais inexistentes os instrumentos de comunicação entre o Povo e o Governo do Estado, que poderiam ser os Partidos Polí-

tiços - estes, no Brasil, são meros siglônimos engendrados para a escalada de indivíduos aos centros de comando do Estado - nunca os brasileiros conhecemos a Liberdade afirmativa, e nosso Estado, propriedade de oligarcas, nunca deixou de ser fonte de privilégios.

E assim persiste tal fato, não obstante os proclamas generosos, frequentemente em sede de irrealidade da nossa Constituição de 1988.

5. Estado Democrático, que terá como fundamentos a Soberania, a Cidadania, a dignidade da Pessoa Humana, os valores sociais do Trabalho e da Livre Iniciativa, o Pluralismo Político, no qual todo o Poder emana do Povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, são os “Princípios Fundamentais” enunciados vestibularmente no artigo 1º da Carta de 5 de outubro de 1988.

Como Discurso programático, sobretudo ao lado do Preâmbulo prolixo que bem caberia num diploma homólogo houvesse ele sido redigido na “insula” de *morus...* será indubitavelmente a mais alvissareira Carta jamais editada.

Com efeito, deixadas sem comentário as inumeráveis contradições deparadas no seu bojo, nossa vigente “Constituição da República Federativa do Brasil” apresenta-se materialmente como a maior do mundo. A propósito o jurista Prof. Jethro K. Lieberman, um agraciado pela American Bar Association, em livro dedicado a festejar o II Centenário da Constituição dos Estados Unidos, “The Enduring Constitution” (ed. Harper & Row, N.Y., 1987, págs. 381/382), apreciando comparativamente “outras Constituições” escreveu: “A Índia tem a Constituição mais longa. Numa compilação *standard*, a Constituição Indiana é de 130 páginas, que confronta as 20 páginas da Constituição dos Estados Unidos, uma das mais curtas”. - Enquanto isso, a brasileira atual apresenta um texto gráfico *standard* de mais de 200 páginas, para se ter idéia de sua prolixidade: apesar de ter *apenas* 245 artigos na parte permanente e 70 na transitória, enquanto a indiana tem 397 artigos e a portuguesa 300, o fato é que nossos constituintes usaram do artifício de, ao arripio da técnica universal, escreverem artigos imensos, com cabedal de normas as mais variadas.

6. Pelos encerros idealísticos, conquanto nefelibatas de muitas de suas disposições, a Constituição atual lembra a que sob inspiração de Robespierre foi votada pela Convenção em França, e publicada aos 24 de junho de 1793, geralmente considerada a primeira Constituição Socialista e da qual Mirkin-Guetzévith disse haver se tornado uma “carta da democracia social” para os republicanos franceses da metade inicial do século XIX (em “As Novas Tendências do Direito Constitucional”, trad. bras. de Cândido Motta Filho e prefácio de Vicente Ráo: Cia. Ed. Nac., 1933, pág. 47), e José Cretella Junior diz que ao lado dos direitos colocava os deveres dos cidadãos em tom afetuoso e ingênuo e até bíblico e religioso (em “Comentários da Constituição Brasilei-

ra de 1988), ed. For. Universitária, vol. I, 1989, pág. 6): essa Carta durou poucos meses e nem sobreviveu ao patrono que também, no mesmo ano de 1793, purgaria seus crimes da época do Terror na guilhotina, que ele tanto utilizara.

Da nossa Carta de 1988 esse mesmo Cretella, nos comentários de muitos dos seus dispositivos, igualmente não omite suas críticas ao utopismo que os fecunda, como - por exemplo - na apreciação dos "objetivos fundamentais" pertinentes à construção de uma sociedade justa e solidária, à erradicação da pobreza, etc.

7. Contudo, apesar de todo este fermento de utopia derramado na copiosidade de preceitos que visam à implantação da felicidade terrena na Icaria em que deverá tornar-se o Brasil - o que, se não está expresso, entretanto se acha implícito no discurso programático... a Constituição de 1988, ademais da amplitude esmagadora que atribuiu à Administração, nenhuma medida adotou para aniquilar os privilégios que tornam o Estado iníquo nas suas relações com a sociedade nacional. Pelos seus termos, reiteramos, a Administração Pública continua a ser a ordenhadora das energias econômicas da coletividade cidadã: ora, a Administração Pública afinal é o próprio Estado, é o Estado por si mesmo e em tese ficção jurídica, consabidamente, - em ação para realizar seus fins, segundo sábia e concisa definição clássica de Otto Mayer, patriarca da excelente escola de Direito Administrativo germânica.

Portanto, quando se diz que nós temos uma Administração Pública enxudiosa e onerosa, que não apresenta nenhuma perspectiva de redução, isso corresponde a reconhecer no Estado brasileiro um monstro que a coletividade Administrada, em grande parte subnutrida ou mal-nutrida, tem de suportar, em esforços sobrehumanos, qual o Atlas mitológico suportando o Orbe.

Não é mister falar sobre os privilégios com que se ampara a ação de inumeráveis entidades estatais, sobretudo daquelas que, integradas na Administração Indireta como empresas econômicas, vendem ao povo os seus produtos que são dos mais caros: é o combustível líquido mais caro do planeta, a tal ponto caro que quando exportamos a gasolina de nossas refinarias isto só é possível por um preço equivalente à terça parte do que pagamos no País... São exorbitantes os preços da energia elétrica das usinas estatais; são estranguladores do progresso econômico nacional os custos dos transportes ferroviários e da navegação de cabotagem, de propriedade da União os primeiros e controlados por ela a segunda: em todos esses casos ignora-se a *economia de mercado* e não se racionalizam seus serviços.

Malgrado a evidência gritante desses fatos, a Constituição recém-editada ignorou-os e, ao invés de ter deles curado, agravou-os porque reforçou os poderes estatais para mantê-los com a intervenção autoritária inspirada num na-

cionalismo exclusivista, totalmente fora de moda.

Nessas condições, apesar de o artigo 1º ter elevado a *iniciativa privada* à categoria de “princípio fundamental” ela foi grandemente sufocada pelo aprofundamento da ação conformadora dos procedimentos particulares ou da prestação de serviços que os Constituintes atribuíram ao Estado Nacional. Dessa forma, aquela “*Gestaltendeverwaltung*” do mesmo modo que a “*Leistendeverwaltung*” - como a nomenclatura moderna do Direito Público alemão classifica as atribuições regulamentares e prestacionistas de serviços de que se encarrega o Estado - em vez de se as ter reduzido, a benefício da iniciativa cidadã, um lamentável espírito socializante fê-las mais acentuadas nos textos da Carta Maior.

8. A par de tudo quanto consignamos precedentemente, malgrado o caráter “progressista” que se alega haver sido incutido nesta analisada Constituição, ela está poluída por um *fumus* de medievo inescusável.

Efetivamente, com termos que nenhuma Constituição moderna apresenta, a nossa frequentemente defere privilégios de *vitaliciedade*, com uso expresso desse vocábulo, ou implícito, - a certas classes de Servidores do Estado: e tal pode ser visto nos seus artigos 42-§ 7º, 73-§§ 3º e 4º, 95 e 128-§ 5º.

Será desnecessário comentar o preço, para a Nação, dessas larguezas à custa do Erário: em situações similares, o Direito Anglo-Saxão assegura a autoridade e a independência de titulares de certos órgãos do Estado com a cláusula “*during good behavior*”, cuja eficácia é atestada pela eficiência com que tem sido usada em plagas nortenhas.

9. Certo é que os nossos Constituintes de 1988 também não foram parcimoniosos - aliás em tudo eles foram além de qualquer comedimento... - no enunciar os “direitos e garantias fundamentais”, sobretudo no Cap. I do Tít. II do Diploma de 5 de outubro, pertinente aos “direitos e deveres individuais e coletivos”, e no seguinte Cap. II, que expõe o elenco dos “direitos sociais”: esses tópicos da Constituição, que em sua composição gráfica chegam a ter a extensão da Carta americana de Filadélfia, foi de uma generosidade jamais vista em nenhum outro Diploma similar até hoje promulgado.

Em vários estudos nossos - inclusive numa aula magna de abertura de cursos na Universidade Federal do Rio de Janeiro - temos salientado a “vocação totalitária do Estado contemporâneo”, manifestada no intervencionismo que efetiva sobre o processo social e no abuso do poder regulamentar, na forma acima comentada de *ação conformadora e expedientes regulamentares* de procedimentos individuais: é certo que, em geral, isso está sendo atacado e restringido, inclusive, para estarrecimento universal, na União Soviética, sob Gorbachov e suas “*perestróika*” e “*glasnost*”. (\*)

Contudo, velhos e ricos Estados escandinavos têm adotado um regime as-

sinaladamente marcado pelo paternalismo estatal, em forma do que se convencionou denominar "Welfare State", por eles germanizado como "Wohlfartstaat".

Os fazedores de nossa Constituição de 1988 entenderam de adotar esse modelo: mas não se limitaram em adotá-lo, porque enfatizaram-no tanto que, no confronto com o da Escandinávia e seus programas de amparo social estes ficam reduzidos à dimensão de um programa individualista: a propósito, um dos maiores técnicos nacionais de Seguro Social, Celso Barroso Leite - em recente conferência sobre "A Previdência Social na Nova Constituição" - advertiu:

"Ernani Regis, jornalista pernambucano, cita na sua coluna do Jornal do Comércio, de Recife, edição de 22 de Outubro (de 1988), uma comparação entre os 20 direitos fundamentais da Constituição da República Federal da Alemanha e os 120 da nossa. Outro Jornalista focalizou recentemente, após meticulosa contagem, o agudo contraste entre o elevado número de vezes que a palavra *direito* aparece em nosso texto e a escassíssima presença, aí, do correlato termo *dever*". (Publicado na "Carta Mensal" do Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio do Brasil, vol. 34, nº 407, de fevereiro de 1989).

Acrescente-se, e isso também foi mencionado por Celso Barroso Leite na sua fala: o pior - nesta Carta do Brasil - é que, enquanto programada tanta generosidade nos planos de amparo social ("seguridade social") nela inexistente previsão de recursos financeiros para sua concretização. Assim, de duas uma: estes *avançados* programas sociais serão irrealizáveis; ou os fatores da produção vão ter que trabalhar exclusivamente para torná-los realizáveis, sem sobejos estimuladores da iniciativa individual.

Por tudo isto: porque para entrar em vigência plena ela dependerá de centenas de diplomas que a implementem a consumirão muitos anos em sua elaboração, se possível; porque programou benefícios sociais inexistentes em quaisquer países ricos... é evidente que nós, os brasileiros, dispomos hoje de uma Constituição que - voltamos a proclamá-lo - Tomas Morus poderia ter editado na sua "Nova Ínsula Utopia"...

Para chegarmos a viver esta realidade do mundo da ficção social nem precisaremos esperar muito tempo: já está no tabuleiro político a adequação da Previdência Social aos promettimentos constitucionais, que se não sabe como financiá-los sem absurda sangria dos Administrados.

E nem chegamos ainda ao por-em-ser do programa de "seguridade social" propriamente dito, de cuja dimensão se terá idéia à mais perfunctória leitura do artigo 194 do Documento ora focalizado.

10. Em face de quanto desenvolvemos, terá de ser feita uma indagação: afinal, *nós temos uma Constituição*, e capaz de ser instrumento jurídico que ha-

bilite a Nação brasileira para sua caminhada na história? Seja negativa a resposta, fica est'outra indagação: conclusivamente, *que é uma Constituição?*

Falamos muito, nos artigos e parágrafos até aqui desenvolvidos, sobre o que consideramos absurdidades que refertam a Carta de 1988: por isso, considerá-mo-la inexecuível e incapaz de resistir à deterioração temporal. E assim pensamos inspirados nas meditações do egrégio e saudosamente contemporâneo de minha geração - geração agora anciã -, de Gaston Jéze, contidas num trabalho seu publicado em "La Revue Mondiale", de Paris, em 1934, onde falava da irresistível compulsão das forças sociais sobre as Constituições, que, por mais rígidas sejam suas fórmulas não podem deixar de ceder; e acrescentava, elas não podem impedir coisa alguma, pois nunca um texto normativo terá condições de conter a pressão da realidade social. E isso é o que haverá de acontecer com nossa mais recente Carta: sem possibilidade de execução, sob a pressão da realidade contingente ela fenecerá dessueta, e logo, porque logo a sociedade global lhe imporá o recesso no cemitério das utopias.

Sem dúvida vivemos hoje sob o império de novas realidades sociais, que estão a exigir construções específicas para elaboração de uma nova Teoria do Estado: todavia, a Constituição necessária para os tempos fluentes não discrepa muito do que antes se entendia como dever ser ela redigida. Mesmo os mais modernos constitucionalistas assim pensam, de como pode ser visto em Konrad Hesse, Professor da Universidade de Freiburg e Juiz da Suprema Corte, precisamente da Alemanha, a qual é o Tribunal Constitucional Federal: "Constituição é a norma jurídica fundamental de uma entidade coletiva. Ela determina os princípios regedores com os quais se molda a unidade política, e as funções do Estado são estabelecidas. Ela regula o processo de solução dos conflitos que surgem no seio da comunidade. Ela ordena a organização e o procedimento de aglutinação da sociedade, e da ação do Estado. Ela define os fundamentos e preceitua a essência das normas jurídicas de ordem pública. Em suma, ela é o preceito fundamental que, a partir de determinados princípios, estabelece o plano estrutural da ordem jurídica de uma sociedade" (em "Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland", 15ª ed. Müller, Heidelberg, 1985, p. 10).

E não muito mais do que isso, pois do contrário... - bem, do contrário chegamos ao que é a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988... - a Constituição ou as Constituições deixarão de ser.

Apreciando o contraste entre a persistência secular da Constituição dos Estados Unidos, editada em setembro de 1787, e a enxurrada de Leis Constitucionais da França, dadas a lume a partir da Revolução do século XVIII, problemou Gaston Jéze no trabalho a que comentamos, essas eram de homens que pensavam fora da realidade, que tinham uma fé profunda e ingênua na virtude

dos textos constitucionais (já falamos da Constituição de Robespierre): pretendiam-nos rígidos e imutáveis e - transcrevemos Jéze - "por isso se sucederam os golpes de Estado. Em dez anos, fez-se enorme consumo de Constituições *imutáveis* que tudo previam, menos o estado cambiante das forças sociais (...). Os textos mais rígidos, que formulam regras imperativas, mudam com as circunstâncias. A vida estabelece, cada dia, novos problemas. O texto não foi feito para essas questões. Adaptam-se às necessidades do momento, por uma hábil interpretação. A deformação dos textos constitucionais é, em todos os países, contínua. Deles se tira, mais ou menos, tudo o que se quer. As regras transformam-se conforme as necessidades. Eis aí por que as longas Constituições escritas apresentam inconvenientes. As mais rígidas fórmulas não podem impedir coisa alguma. Nunca um texto deteve uma verdadeira força. Essa força apóia-se nos princípios constitucionais o bastante para que eles cedam" (do trabalho cit.).

11. Concluimos: uma Constituição é algo bem mais importante que um programa ideologizado de Partido Político, porque há de ser, além de obra jurídica, a fonte dos preceitos integrados em todo o sistema jurídico de um Povo.

Ora, as leis de um Povo e elaboradas para este Povo, como peças do Direito não podem ignorar aquelas circunstâncias que Miguel Reale apresentou com sua Teoria Tridimensional do Direito: os *fatos*, os *valores* e - daí - as *normas*.

Caso contrário... bem, caso contrário não há que falar-se em Direito, muito menos em Constituição.

(\*) PERESTROIKA (do russo, palavra homógrafa em caracteres cirílicos). Dir. Polit. Segundo o próprio Gorbachov, líder político da URSS desde 1985 e autor de livro com este título, "perestroika é uma palavra com diversos sentidos, mas, se queremos escolher dentre seus sinônimos possíveis aquele que expressa sua substância com mais precisão, diremos nós: perestroika é uma revolução" (da ed. alemã Droemer Knaur, Munique, 1987, pág.59).

Com a política da Perestroika, Gorbachov pretende operar uma reforma na economia soviética, para que ela deixe de ter direção administrativa e passe a ser comandada por métodos econômicos em todos os sentidos, noutros termos, uma economia de mercado.

Entretanto, pela sua amplitude, essa revolução terá implicações outras que, pelas palavras de seu idealizador e promotor, chegará até às mais amplas reformas institucionais do Estado Soviético e à democratização do regime.