

Fernando Facury Scaff
organizador

CONSTITUCIONALIZANDO
D.I.R.E.I.T.O.S

*15 Anos da
Constituição Brasileira
de 1988*



RENOVAR

Fernando Facury Scaff
(organizador)

CONSTITUCIONALIZANDO DIREITOS

15 ANOS DA CONSTITUIÇÃO
BRASILEIRA DE 1988

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo
2003

Todos os direitos reservados à

LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.

MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ

CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135

LIVRARIA CENTRO: Rua da Assembléia, 10 - loja E - Centro - RJ

CEP: 20011-901 - Tels.: (21) 2531-1316 / 2531-1338 - Fax: (21) 2531-1873

LIVRARIA IPANEMA: Rua Visconde de Pirajá, 273 - loja A - Ipanema - RJ

CEP: 22410-001 - Tel: (21) 2287-4080 - Fax: (21) 2287-4888

FILIAL RJ: Rua Antunes Maciel, 177 - São Cristóvão - RJ - CEP: 20940-010

Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 / 3860-6199 - Fax: (21) 2589-1962

FILIAL SP: Rua Santo Amaro, 257-A - Bela Vista - SP - CEP: 01315-001

Tel.: (11) 3104-9951 - Fax: (11) 3105-0359

FILIAL PE: Rua Gervásio Pires, 545 - Boa Vista - Recife - PE

www.editorarenovar.com.br

renovar@editorarenovar.com.br

SAC: 0800-221863

Conselho Editorial

Arnaldo Lopes Sússekkind — Presidente

Carlos Alberto Menezes Direito

Caio Tácito

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.

Celso de Albuquerque Mello

Ricardo Pereira Lira

Ricardo Lobo Torres

Vicente de Paulo Barretto

Revisão Tipográfica

Renato Pereira do Amaral

Renato Carvalho

Capa

Sheila Neves

Editoração Eletrônica

TopTextos Edições Gráficas Ltda.

Nº

0548

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C775

Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988 / Fernando Facury Scaff (org.). — Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 510 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia

ISBN 85-7147-404-1

1. Brasil [Constituição (1988)]. 2. Direito constitucional — Brasil. I. Scaff, Fernando Facury.

CDD-320.981

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Sumário

Apresentação	VII
--------------------	-----

TEORIA CONSTITUCIONAL

Antonio Gomes Moreira Maués e Anelice F. Belém Leitão <i>Dimensões da Judicialização da Política no Brasil — As</i> <i>ADIn's dos Partidos Políticos</i>	3
--	---

Carlos Antonio de Almeida Melo <i>Mecanismos de Proteção e Concretização</i> <i>Constitucional: Proposta de uma Ação de Concretização da</i> <i>Constituição</i>	41
---	----

Francisco José Rodrigues Oliveira Neto <i>O Poder Judiciário na Concretização do Estado Democrático</i> <i>de Direito após 1988</i>	55
---	----

João Maurício Adeodato <i>Jurisdição Constitucional à Brasileira: Situação e Limites</i>	75
---	----

José Luiz Bolzan de Moraes <i>O Brasil pós-1988. Dilemas do/para o Estado Constitucional</i>	97
---	----

Lênio Luiz Streck <i>Análise Crítica da Jurisdição constitucional e das</i> <i>possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos</i> <i>fundamentais</i>	125
--	-----

Marco Aurélio Marraffon <i>Estado de Bem-Estar, preceitos programáticos e efetividade</i> <i>da Constituição: uma análise estrutural</i>	175
--	-----

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima <i>Judicialização da Política e Comissões Parlamentares de Inquérito: Um Problema da Teoria Constitucional da Democracia</i>	217
Raimundo Juliano Feitosa O "fetichismo" como limite às possibilidades de concretização da Constituição Federal de 1988	241

DIREITO ECONÔMICO E DO CONSUMIDOR

Fernando Facury Scaff <i>A Constituição Econômica Brasileira em seus 15 anos</i>	259
Gilberto Bercovici O Planejamento e a Constituição de 1988	305
Reynaldo Andrade da Silveira <i>Direito do Consumidor e a Constituição Federal de 1988 – 15 anos depois</i>	329

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho <i>Manifesto contra os Juizados Especiais Criminais – Uma leitura de certa "efetivação" constitucional</i>	347
---	-----

DIREITOS SOCIAIS

Aldacy Rachid Coutinho <i>15 Anos de Constituição de Direitos dos Trabalhadores</i>	361
Flávio Pansieri <i>Direitos Sociais, Efetividade e Garantia nos 15 anos de Constituição</i>	387
Luiz Alberto David Araujo <i>A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social</i>	407
Roberto Fragale Filho <i>Cidadania & Trabalho: Fios de uma mesma fibra, constitucional?</i>	443

DIREITO TRIBUTÁRIO

Ricardo Lobo Torres <i>A Constituição Tributária de 1988 no seu 15º aniversário</i>	479
--	-----

Apresentação

1. A primeira Constituição brasileira e única do Império data de 1822. Posteriormente surgiu a 1a. Republicana de 1891, à qual se seguiram as de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988.

A despeito desses conceitos possuírem elevado grau de imprecisão, pode-se classificar estes períodos, ao longo da história republicana do país, entre períodos autoritários ou com “democracias de fachada” por falta de eleições livres entre 1891-1934, 1937-1946 e 1964-1985. Por conseguinte, a democracia, também em variados graus, foi vivenciada pela sociedade brasileira nos seguintes períodos: 1934-1937; 1946-1964 e de 1985 até os dias atuais.

A Constituição brasileira de 1988 nasceu sob a aspiração de ser um instrumento da cidadania contra o arbítrio, ampliando as liberdades individuais e assegurando vários direitos sociais ao nosso povo. Foi um marco histórico, resultante de um processo de redemocratização do país, após (mais) um longo período de autoritarismo sob a égide de um regime militar.

Os anseios de liberdade podem ser encontrados em vários de seus institutos, tais como o *habeas data*, a ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção e outros que alargaram a noção de cidadania em nosso país. Portanto, a Constituição de 1988 surgiu como um instrumento de defesa do cidadão contra o poderio do Estado, mas também como construtora de uma nova cidadania, implementadora de polí-

ticas públicas que permitissem a realização de diversas finalidades estabelecidas na Carta: sociais, educacionais, previdenciárias, ambientais, de proteção às minorias, etc. Vários de seus capítulos sinalizam neste sentido. Visualizava-se a construção de um Brasil melhor do que o anteriormente existente, o florescer de uma nova cidadania.

2. Ocorre que o Direito é um produto cultural de uma certa sociedade. Não é haurido do céu, ou revelado por sábios jurisconsultos que o tenham descoberto em prateleiras empoeiradas de bibliotecas medievais. Decorre de nossa *história de vida*. Ou, como diz Recaséns Siches "Las normas jurídicas depositadas en la Constitución, las leyes, los reglamentos, las sentencias judiciales, etc., son pedazos de vida humana objetivada, son objetivaciones de la vida humana, son objetos culturales."¹

A assertiva de que *o Direito é um produto cultural* nos leva a constatar que não existe *um* Direito, mas *Direitos*, fruto das diversas variações possíveis em um grupamento humano: econômicas, temporais, espaciais, psíquicas etc.². Desta forma, não se há de falar na existência ontológica *do* Direito, mas de *um* Direito datado de conformidade com uma certa sociedade, em dado período de tempo, de acordo com a *cultura* desse tempo. Não se trata simplesmente de *instrução*, como nos adverte Comparato, pois esta "é mera transmissão de conhecimentos, de técnicas, de habilidades. A educação, um trabalho de formação de personalidades. E, no caso, um trabalho de formação de cidadania, para o exercício de cidadania. A educação no pensamento grego é o que se chama cultura, cultura do corpo e cultura da alma."³

1. *Introducción al Estudio del Derecho*, 12ª ed. México, Ed. Porrúa, 1997.

2. Ver, entre outros, Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*; SP, Malheiros, 1996, item 1.2.

3. Fábio Konder Comparato, *Educação, Estado e Poder*. SP, Brasiliense, 1987, p. 92.

Desta forma, grande parte do ideário da Carta de 1988 ficou apenas no papel, porque o Direito, fruto da cultura, não mudou. Mudaram as normas, e não as pessoas — para ser mais preciso, *não mudou de estalo a cultura das pessoas*, dentre elas, os *operadores jurídicos*. A cultura é fruto de processos e, como tal, requer tempo para sua consolidação, muito embora o surgimento de uma nova norma já traduza uma mudança cultural, todavia insuficiente para sua efetividade. A *praxis* é fundamental para o desenvolvimento do Direito. Daí porque não basta a criação de normas — como efetuado através da Constituição Cidadã —, mas é necessário que a cultura das pessoas também mude, a fim de que tais normas (que por si só já revelam uma mudança) possam ser por elas implementadas, de conformidade com os novos paradigmas existentes. Não basta que uma norma crie um fantástico instituto garantidor da efetividade da Constituição, como o mandado de injunção, quando a interpretação desta norma pelo Supremo Tribunal Federal leva ao seu completo esvaziamento. Daí porque somente após passados alguns anos, e de algumas modificações no aparelho judiciário, especialmente nas Cortes Superiores, é que os principais institutos constitucionais começam a ser efetivados de forma diferente da visão anteriormente existente, então arraigada no viés centralista, conservador e sobretudo autoritário da Constituição de 67(-69).

Assim, é fundamental que se analise um Direito (e não o Direito) sob o prisma de sua aplicação efetiva, e não sob o preceito estático das normas dispostas em um ordenamento. Elas se configuram em um fator importante, relevantíssimo, mas não único, e sequer determinante. A norma surge; é texto sobre papel. A *interpretação* é o dado fundamental, pois decorre de uma ação humana cotidiana, diuturna, intermitente, e efetivamente aplicadora da norma. E *interpretar* significa que a cultura do sujeito que promove a ação é determinante para o resultado da análise e da implementação daquele texto. Ou seja, não existe uma única interpretação possível, mas tantas quantos sejam os intérpretes. E existem interpretações que

traduzem diversas possíveis percepções da realidade e outras que se constituem em singelos devaneios, logo, inaceitáveis.

Daí que a *ação de interpretar* é fundamental para o tipo de Direito que temos; e o tipo de *cultura* existente entre os *intérpretes* é de suma importância para a efetividade do Direito que temos.

Não basta que haja uma mudança normativa. É necessário que haja uma mudança *interpretativa* referente às novas normas surgidas. Isto implica também no fator *tempo*; o que as constantes modificações constitucionais não vêm permitindo. Vive-se no Brasil em permanente processo de revisão constitucional. Parece mesmo que a Constituição de 1988 se transformou em uma imensa *medida provisória* ...

3. Assim, passados 15 anos da promulgação da Constituição, no intervalo entre o 5 de outubro de 1988 e igual data de 2003, verifica-se que a Constituição Cidadã de Ulysses Guimarães já foi normativamente alterada por 46 Emendas Constitucionais, incluindo as 6 de Revisão.

E o que restou dos anseios originais? Será que seus ideais foram alcançados? Teremos feito uma nova Constituição ao longo deste período?

Estas são algumas das indagações que terão resposta nesta obra, que surge no ensejo dos 15 anos da Carta de 1988, e que a Editora Renovar traz a lume para fazer um balanço da experiência deste período, sob várias perspectivas do Direito, seja através do enfoque da Teoria Constitucional, do Direito Econômico e do Consumidor, do Processo Penal, dos Direitos Sociais e do Direito Tributário.

4. Não é a primeira vez que vários dos autores desta obra se reúnem para debates jurídicos. O precedente ocorreu em fevereiro de 2002, na Fazenda Cainã, nas cercanias de Curitiba, estado do Paraná. Naquele aprazível local vários de nós estivemos por dois dias reclusos discutindo o conceito de *Constituição Dirigente* na obra de José Joaquim Gomes Canotilho, emérito professor da Universidade de Coimbra. Naquele encontro, num arroubo tecnológico, passamos várias horas a debater com o mestre português através de um sistema de videoconferência,

o que nos permitiu efetuar a reflexão em dois distintos momentos: inicialmente entre nós, com a presença forte e ativa do Prof. Avelãs Nunes, que nos transmitiu a ambiência histórica de Portugal na época da Revolução dos Cravos, quando o autoritarismo cedeu espaço naquele país para o advento de um regime democrático, o que nos permitiu melhor compreender e interpretar o pensamento de Canotilho; e posteriormente, com sua "presença" na tela, com um oceano a nos integrar, e não mais a separar, como disse Fernando Pessoa (que também nos une, e não separa).

Os debates, riquíssimos, e que indicam um sentido contrário ao conceito corrente no Brasil, de que Canotilho havia abandonado a hipótese de dirigismo constitucional, foram publicados por esta mesma Editora Renovar, em obra coordenada por Jacinto de Miranda Coutinho, professor da Universidade Federal do Paraná, e nosso anfitrião naquela ocasião.

5. A idéia deste livro surgiu na Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, ocorrida em novembro de 2002, na cidade de Salvador. Discutíamos eu, Jacinto Coutinho, Lênio Streck e Eros Grau, sobre a necessária continuação do encontro realizado na Fazenda Cainã, a fim de que o grupo não se dispersasse, e que os debates jurídicos continuassem sendo realizados em um clima da mais absoluta informalidade e sem os olhares curiosos de platéias gigantescas sempre presentes nos congressos jurídicos, o que permite um exercício mágico de "livre pensar" o Direito. Foi acertada a realização de um novo encontro em 2003, na praia do Paraíso, na Ilha do Mosqueiro, em Belém, estado do Pará, às margens da baía do Marajó.

Novos convivas assomaram ao grupo, e, como se pode ver neste livro, as discussões foram bastante frutíferas. O tema central dos debates foi o *debut* de nossa Constituição, a completar 15 anos em outubro de 2003 sob a ótica da atividade acadêmica de cada qual. O encontro na praia do Paraíso ocorreu entre os dias 21 e 22 de fevereiro de 2003, sob o embalo de um novo governo que se instalava com plena aprovação popular. Foi efetuado um balanço da experiência constitucional brasi-

leira a partir de 1988 e as perspectivas a partir daí. Os trabalhos que resultaram do *encontro no Paraíso* vocês podem ler neste livro, intitulado *Constitucionalizando Direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988*.

6. Vários agradecimentos devem ser feitos. Um deles aos colegas autores que se deslocaram, a suas expensas, de todos os rincões do país para o *Paraíso*, uma vez que, como vocês poderão ver, pessoas do Sul, Sudeste, Centro-Oeste, Nordeste e do Norte acorreram a este encontro.

Outro agradecimento deve ser feito à Universidade Federal do Pará, na pessoa do Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito, atualmente com os cursos de mestrado e doutorado, Antonio Gomes Moreira Maués, que colocou sua infra-estrutura para secretariar o evento.

Deve-se agradecer também à Prefeitura Municipal de Belém, na pessoa do Prefeito Edmilson Rodrigues, que arcou com as despesas do grupo no *Paraíso*.

E um último agradecimento deve ser registrado ao Osmundo Lima, o visionário proprietário da Editora Renovar, que vem apoiando de forma entusiasmada estes encontros.

7. Um dia, Brás Cubas, do Machado de Assis, acordou, se viu morto, e passou a nos relatar sua própria existência, pois seu futuro já havia cessado. Dedicou o livro, suas "*memórias póstumas*", aos vermes que naquele momento estavam a corroer seu corpo.

Não podemos deixar que o mesmo ocorra com a relação entre a sociedade brasileira e sua Constituição. Somente o amor do povo pela sua Constituição permitirá a integração entre norma e realidade, mantendo viva a Carta. Caso contrário, ficaremos todos a falar de algo que já morreu, e só nos daremos conta deste fato na posteridade.

Todo o esforço de debater a Constituição em seus 15 anos de vida foi dirigido para um único objetivo: trazer a você, caro leitor, a mensagem de que a Constituição brasileira está viva, embora alguns de seus preceitos ainda necessitem ser realizados em toda sua dimensão emancipatória para o povo brasileiro. E esta concreção da Constituição irá acontecer na proporção do

amor e do respeito de seu povo, preservando-a e integrando-a em seu dia-a-dia.

Mesmo passados 15 anos desde 5 de outubro de 1988, ainda estamos *constitucionalizando direitos*, e devemos continuar a fazê-lo no porvir, mantendo viva a nossa Constituição.

Belém do Pará, 5 de outubro de 2003.

Fernando Facury Scaff