

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 (*)

Aspectos Gerais

Pelo Prof. Doutor Manuel Gonçalves Ferreira Filho

1. A Constituição de 1988 oferece, desde a primeira vista, uma peculiaridade que a distingue das anteriores: ela se preosupa, e em pormenores, com assuntos que não eram regulados mas, no máximo, referidos nas constituições precedentes. Assim, por exemplo, ela possui capítulos sobre a Política Urbana, sobre o Sistema Financeiro Nacional, sobre a Seguridade Social, compreendendo secções referentes à Saúde, à Previdência Social, à Assistência Social, sobre a Educação, Cultura e Desporto, sobre a Ciência e Tecnologia, sobre a Comunicação Social, sobre o Meio Ambiente, sobre a Família, a Criança, o Adolescente e o Idoso, sobre os Índios, etc.

Ao dispor sobre estas questões, ademais, ela formula definições (como a de «património cultural», Art. 216: «Constituem património cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à acção, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira»...) juridicamente irrelevantes (e substancialmente discutíveis); e, sobretudo, promete e esboça planos e programas de transformação da realidade pre-

(*) Conferência pronunciada no Centro de Estudos da Ordem dos Advogados em 12 de Outubro de 1989

sente (A Saúde, Art. 196, A Educação, Art. 208, A Ciência e Tecnologia, art. 218, etc).

Assim, quem a compara às constituições brasileiras anteriores, ou às constituições de tipo clássico, logo se apercebe que ela segue um outro modelo e se insere noutro tipo.

2. O tipo clássico de *Constituição* — a constituição «escrita» — nascido no século XVIII, tem uma finalidade definida: garantir os direitos naturais do Homem (liberdade, propriedade, segurança). Daí poder-se chamá-la de *constituição-garantia*.

Este modelo, ou tipo de constituição, procura atingir sua finalidade estabelecendo uma *organização limitativa do Poder*.

É o que aponta o art. 16.º da Declaração dos Direitos do Homem do Cidadão: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution».

Dela, portanto, se esperava, no pensamento político e jurídico dos séculos XVIII e XIX, que estabelecesse um sistema de «freios e contrapesos» para impedir (ou pelo menos dificultar) o abuso do *poder político*. Sim, porque essas constituições-garantia, na sua primeira versão, somente se preocupam com o abuso do poder político, a opressão dos governantes.

É verdade que, após a Primeira Guerra Mundial e nos moldes da Constituição Alemã de 11 de Agosto de 1919, a constituição veio também a tratar do *económico* e do *social*. Entretanto, pode-se dizer que nestas constituições ditas «sociais», entre as quais se incluem as brasileiras de 1934, 1946 e 1967/1969, persiste a linha anterior: são elas constituição-garantia, ainda, mas procuram garantir os direitos fundamentais do Homem contra o abuso do poder político e também contra o abuso dos poderes económicos e sociais. Nelas há uma inspiração de reforma, não de transformação profunda, de «revolução».

Após a Segunda Guerra, no Ocidente ainda persiste esse modelo, o da constituição-garantia que organiza limitativamente o Poder político, ao mesmo tempo que assegura direitos que contrabalançam o Poder económico e Poderes sociais. Veja-se a Constituição Italiana de 1948, as Constituições Francesas de 1946 e

1958, Nestas, todavia, o económico e o social aparecem basicamente nos respectivos preâmbulos.

Vale destacar, a propósito de tais *constituições-garantia*, que elas não se preocupam em preordenar, em preorientar a actuação dos sucessivos governos que vierem a se constituir de acordo com suas regras. Mesmo as constituições-garantia económico-sociais não o fazem, embora excepcionalmente nelas haja normas programáticas. Dentro dos limites traçados pela Constituição, é o Povo quem, em eleições livres, escolhe a política que deverá ser posta em prática pelo governo. É certo que esses limites, mormente quando o *controle de constitucionalidade* impõe adequadamente a supremacia da Constituição, impedem as «revoluções», ou seja, as transformações em profundidade, especialmente em matéria económica e social. Ninguém negará, porém, que deixam ampla latitude para o posicionamento dos governos, podendo sob essas constituições actuarem governos de orientação profundamente divergentes. Sob constituições-garantia, alternam-se no poder partidos liberais e partidos socialistas, conservadores e progressistas, inclusive coalizões que incluem inimigos do sistema vigente: os comunistas.

3. A constituição-garantia propõe um «dever-ser». Nisto, a doutrina que lhe serve de base veio a encontrar antagonismo na *escola* que, nas pegadas de Lassalle, se formou na União Soviética. Para esta *corrente*, a constituição é um *balanço*, o registo de uma etapa alcançada. É «ser», portanto, não «dever-ser».

Cite-se Stálin: «Uma Constituição não deve ser confundida com um programa... Um programa fala do que não existe ainda e do que deve ser ainda obtido e conquistado no futuro; a Constituição deve falar, ao contrário, do que já é, do que está obtido e conquistado, agora, no presente» (1).

E os constitucionalistas soviéticos apontam que a Constituição de 1924, corresponde à «ditadura do proletariado», a de 1936 ao Estado «socialista de operários e camponeses», a de 1977, a do Estado do «povo inteiro» (2).

(1) 1. *Apud* Jean-Guy Collignon, *La théorie de l'État du peuple tout entier en Union Soviétique*, Paris, PUF, 1967, p. 5.

(2) *Id.*, p. 17.

4. Até quinze anos atrás, esses dois tipos — o da *constituição-garantia* e o da *constituição-balanço* — eram os únicos que o Direito Comparado revelava, quando estudava as constituições levando-lhes em conta a finalidade e a função.

Nesse dois tipos se enquadravam todas as constituições vigentes, embora não poucas dentre elas fossem constituições «semânticas» ou «nominais», sem real efectividade, conforme assinalava Karl Loewenstein ⁽³⁾ Um novo tipo, entretanto, parece haver surgido a partir da Constituição Portuguesa de 1976: é a *constituição-plano*.

5. Este novo modelo tem como principal formulação doutrinária, em língua portuguesa, o livro do Prof. Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e vinculação do legislador* ⁽⁴⁾.

Pretende ele que a Constituição seja um programa de conformação da sociedade. Ela, destarte, dirigiria a própria acção governamental (daí a designação: constituição-dirigente) no sentido de que estabeleceria «uma direcção política permanente», que se imporia sobre qualquer «direcção política do governo», naturalmente «uma direcção política contingente».

Isto quer dizer que a Constituição se torna, acima de tudo, uma «lei material» a preordenar *fins*, objectivos, até *meios*, num sentido rigidamente estabelecido. Não uma «lei processual», um «*instrument of government*», a definir competências, regular processos, estabelecer limites. E para jungir os governos sucessivos à efectivação dessa actuação preordenada, devem-se prever instrumentos judiciais de imposição de programas, como a acção de «inconstitucionalidade por omissão» (Constituição Portuguesa, art. 283, na revisão de 1982).

Registe-se que inspiração ideológica das lições de Canotilho é o socialismo marxista. No seu entender, o *sentido* rigidamente estabelecido que a Constituição deve conter é o da transição para o socialismo, a que a Constituição Portuguesa, no texto promulgado em 1976 se propunha (Arts. 1.º e 2.º).

⁽³⁾ Karl Loewenstein, *Political power and the governmental process*, 2.ª ed., Chicago, Chicago University Press, 1955, p. 145/150.

⁽⁴⁾ Coimbra, Coimbra Edit., 1982.

6. A conotação socializante não é certamente essencial à *constituição-plano*. Sem dúvida muitos de seus adeptos partilham dessa ideologia. Entretanto, o modelo é sedutor para todos aqueles que, conquanto não socialistas e ainda menos comunistas, pretendem fazer da Constituição um elemento renovador das estruturas políticas e, sobretudo, económicas e sociais.

Característica, sim, da constituição-plano é sua *ambição globalizante*. Tudo cabe em seu campo, não só o político mas igualmente o económico e social. Sua perspectiva: a programação de *transformações sociais profundas*; a adoção de *mecanismos judiciais para forçar a efetivação desses programas*; *Inconstitucionalidade por omissão, exatamente pelo facto de esses programas se conterem em normas não-auto-executáveis* que poderiam ficar letra morta na Constituição, se dependessem exclusivamente da vontade política do governo.

7. A Constituição Brasileira de 1988 resultou, em grande parte, do propósito de estabelecer uma *lei fundamental* voltada para reformas económicas e sociais.

Isto foi claramente apercebido por quem notou que a Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de Novembro de 1985, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte, foi precedida pela n.º 25, de 15 de Maio de 1985, a qual levou a cabo ampla reforma das instituições políticas. Foi esta Emenda apresentada como necessária para «varrer o entulho autoritário», propiciando condições para a Constituinte. Facto é que, porém, ela estabelece uma organização política que pouco difere da adoptada na Constituição promulgada em 5 de Outubro de 1988. O que a Emenda n.º 25 não continha era a programação de reformas sociais e económicas que a Constituição veio a adoptar (5).

Sem dúvida, na Constituinte, se prevalecia o reformismo, este obviamente variava em intensidade de grupo para grupo. Dentre estes havia o de orientação socializante que tomou a Constituição Portuguesa, na versão 1976, como ponto de referência.

(5) V. sobre isto minha análise em *O Poder Constituinte*, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1985, p. 155 e segs.

É ele o responsável pelo facto de que a Constituição Brasileira em vigor tivesse o carácter de *constituição-plano*.

Ressalve-se, porém, que, sendo minoritário, embora muito activo, esse grupo socializante não conseguiu impor suas vistas quanto ao *conteúdo* das reformas. Estas, na programação constitucional, não chegam ao socialismo; ficam até, em muitos pontos, longe dele e em regresso em relação à Constituição anterior, pelo menos no que tange à «reforma agrária».

O exame global da Constituição denota a intenção de preorientar a actuação governamental no sentido de reformas nos mais variados sectores da vida social [daí a amplitude de seu campo, a previsão de planos e programas de variada espécie, com a abundância de normas programáticas, o estabelecimento de mecanismos judiciais para a efectivação de tais normas, a «inconstitucionalidade por omissão» (art. 103, § 20.º), o «mandado de injunção» (Art. 5 LXXI)]

8. A entrada em vigor da nova Constituição reacendeu a questão da *aplicabilidade* (imediate) das normas constitucionais.

O tema não é novo. Foi ele encarado, como se sabe, pela jurisprudência e doutrina norte-americanas, tendo sua exposição clássica no livro de Thomas Cooley, *Treatise on the Constitutional Limitations* (6). Este aponta, analisando a Constituição de 1787, dois tipos distintos de normas quanto à sua aplicabilidade: as «*self-executing provisions*» e as «*not-self executing provisions*», expressões que em português se traduziram por «normas auto-executáveis» e «normas não auto-executáveis».

As primeiras são as normas completas, na sua hipótese e no seu dispositivo, que podem ser de imediato aplicadas, sem necessidade de uma complementação legislativa; as segundas, incompletas, indicam princípios, formulam regras que necessitam de tal complementação para que possam ter vigor de lei. Na doutrina brasileira, essa lição foi difundida por Ruy Barbosa, quando vigente a Constituição de 1891 (7). E ensinava este grande Jurista

(6) 6.ª ed., Boston, 1980, p. 99 e segs.

(7) V. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, coligidos por Homero Pires, São Paulo, Saraiva, 1933, vol. 2, p. 489 e segs.

serem «auto-executáveis» todas «as determinações para executar, para as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado, por si mesmo, por sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação». Ao contrário, seriam «não auto-executáveis» as normas que «não revestem, dos meios de ação essenciais ao seu exercício, os direitos que outorgam ou os encargos que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem».

A essa orientação se prende o ensinamento contemporâneo do Prof. Jorge Miranda, que o moderniza, todavia ⁽⁸⁾. Para o Mestre português, devem-se distinguir «normas exequíveis por si mesmas», «normas preceptivas não-exequíveis por si mesmas» e «normas programáticas». As primeiras são as regras «auto-executáveis». As «normas programáticas» e as «normas não-exequíveis por si mesmas» «separam-se, no entanto, por as normas não exequíveis por si mesmas postularem apenas a intervenção do legislador, actualizando-as ou tornando-as efectivas, e as normas programáticas, na grande maioria dos casos, exigirem mais do que isso, exigirem não só a lei como decisões políticas, providências administrativas e operações materiais».

9. Na Constituição Brasileira de 1988 são extremamente abundantes as normas de imediato não exequíveis. Por suas características, enquadram-se em quatro grupos:

A) Com efeito, no texto encontram-se inúmeras normas nitidamente *programáticas*, no sentido que Jorge Miranda dá à expressão, p. ex., o direito à educação (Art. 205) que não se concretiza pela mera regulamentação legal.

B) Normas, incompletas, *de estruturação*; p. ex., a Contida no Art. 90, § 2.º que faz depender de lei «a organização e o funcionamento do Conselho da República», conquanto

⁽⁸⁾ *Manual de Direito Constitucional*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Edit., 1987, vol. II, p. 216 e segs.

o Art. 89 já esboce essa organização e o próprio art. 90 indique sua atribuição.

C) Normas *condicionadas*. São normas que, embora completas, têm a sua eficácia condicionada a uma lei. Esse condicionamento visa essencialmente a fazer depender do legislador a determinação do *momento* em que a norma constitucional poderá produzir efeitos. Traduz ele, politicamente falando, uma transacção entre os que queriam a regra mas não tinham força para impor-lhe a imediata observância e os que não a queriam mas não tinham condições para eliminá-la do texto. O exemplo é o Art. 192 que faz depender de uma lei complementar a vigência de normas de ordenação do sistema financeiro nacional, inclusive uma que limita ao máximo de 12% ao ano os juros.

D) Normas *incompletas*. São aquelas às quais falta a determinação da consequência, por exemplo. Considere-se o art. 5, LXXI: «Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, e à cidadania». Sim, mas qual será o provimento judicial concessivo do mandado? A estipulação de normas regulamentadoras pelo juiz? A ciência de tal falta ao Legislativo ou ao Executivo? A Constituição não diz, a jurisprudência ainda não o disse, e a doutrina controverte a esse propósito.

A distinção desses quatro tipos de normas é necessária não só para que se circunscreva o campo de incidência da acção de inconstitucionalidade por omissão, o do próprio mandado de injunção e o alcance do disposto no art. 5, § 1.º da Constituição.

A inconstitucionalidade por omissão, segundo se depreende do art. 203, § 2.º, se voltaria, sem dúvida, para as normas programáticas, para as normas incompletas, mas não é tão claro que possa enfrentar a ausência de norma de estruturação e certamente de norma de condicionamento.

Quanto ao mandado de injunção, não poderia alcançar senão norma incompleta, e assim mesmo relativa a «direitos e liberdades constitucionais» e «prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania».

10. O art. 5, § 1.º da Constituição merece tratamento à parte. Ele dispõe: «As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata».

Ao pé da letra, portanto, essa disposição daria aplicabilidade imediata a toda a norma definidora de direito ou garantia. Todas seriam, destarte, exequíveis por si mesmas.

Difícil, porém, é aceitar que uma norma incompleta possa ser auto-aplicável, por um *fiat* constitucional, contrário à própria natureza das coisas. aliás, o mandado de injunção, previsto para o caso de ser impossível o exercício de um direito, por falta de norma regulamentadora, demonstra bem o impacto da natureza das coisas sobre o voluntarismo constitucional.

De qualquer forma, tem ela sido invocada para justificar o processamento de mandados de injunção, embora a norma que o preveja seja incompleta, admitindo-se que o juiz aplique a ele, por analogia, as normas processuais relativas ao mandado de segurança. Isso não afastou o problema central: o do conteúdo do provimento judicial concessivo do mandado de injunção.

Parece evidente, ademais, que o mandado de injunção não pode servir para completar norma de estruturação, norma condicionada ou norma programática.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho
Professor Titular de Direito Constitucional
da Faculdade de Direito da U.S.P.
Doutor em Direito pela Universidade de Paris

São Paulo
Setembro 1989