

## 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 <sup>(3)</sup> 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* <sup>(4)</sup>.

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).

---

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

<sup>(4)</sup> 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 <sup>(8)</sup>. 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

---

<sup>(8)</sup> *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