

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 179
julho/setembro – 2008

**Edição especial em comemoração
aos vinte anos da promulgação da
Constituição de 1988**

Organização
Jorge Fontoura

A Constituição de 1988

Walter Costa Porto

Sumário

I. Nossa Trajetória Institucional. II. A Convocação da Constituinte. III. A Constituição Afonso Arinos e seu Anteprojeto. IV. A Assembléia Constituinte. V. O texto final da Constituição. VI. O Mandado de Injunção.

Quando da feitura da Constituição de 5 de outubro de 1988, o noticiário jornalístico a apontou, algumas vezes, como sendo a oitava de nossa história. Contou-se, assim, como mais uma Constituição a Emenda nº 1, imposta, em 1969, por nossos líderes militares.

A maior parte dos doutrinadores considera, no entanto, como seis as Cartas anteriores: a primeira, a monárquica, de 1824, outorgada por Pedro I, após a dissolução da constituinte; a segunda, a republicana, de 1891, aprovada a partir de um texto revisto por Rui Barbosa; a terceira, a de 1934, elaborada após uma revolução, em São Paulo, que se chamou de “constitucionalista”; a quarta, outorgada por Getúlio Vargas, que se denominou de “polaca”, para acentuar sua proximidade ao texto polonês de abril de 1935; a quinta, a da “redemocratização”, de 1946; finalmente, a sexta, de 1967, quase outorgada, dado o prazo exíguo – de um mês e doze dias – concedido ao Congresso para a aprovação de seu texto (preparado, inicialmente, por comissão integrada por Orozimbo Nonato, Levi Carneiro, Themístocles Cavalcanti e Seabra Fagundes mas

corrigido e desliberalizado pelo Ministro da Justiça) e as poucas possibilidades de sua alteração.

A Emenda nº 1/69, como sua denominação esclarece, foi uma modificação substancial à Constituição de 1967, trazida, entretanto, ao arrepio da própria Carta que, obviamente, previa outro modo para sua reforma. Bem merecia ela a crítica dirigida por Francisco Campos, em 1945, às “Leis Constitucionais” com que Getúlio Vargas reformulava a Constituição de 1937: não se encontrava, na Carta de 1937, qualquer dispositivo que, direta ou mediante ilação, atribuisse ao Presidente, ou à Junta Militar, posterior, a faculdade de emendá-la ou reformá-la. Uma Constituição, insistia Campos, mesmo outorgada, somente representaria uma garantia para os cidadãos se se constituísse em regra normativa, em limitação do poder; somente poderia ser emendada ou reformada, então, mediante o processo por ela mesma estabelecida.

Quanto ao problema do número de nossas Constituições, há, ainda, autores que fazem menção a cartas “informais e provisórias”, como, por exemplo, as que regularam dois momentos de crise institucional, no fim da Monarquia e no encerramento de nossa 1ª República. No primeiro caso, o Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889; no segundo, o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930. Esses atos revolucionários, segundo Caio Tácito, submeteram a Nação a uma estrutura de poderes reais, embora transitórios, “consubstanciando uma verdadeira constituição de poderes, uma ordem institucional provisória, de sentido concentrado.”¹

¹ “Mas, nunca, no arrolamento das Constituições brasileiras, se faz referência àquela que, efetivamente, bem poderia ser arrolada como a primeira de nossas Cartas: a espanhola, de Cadiz, jurada em nosso País em 21 de abril de 1821. No dia seguinte, foi tornado sem efeito o juramento. Curiosa Constituição, a de Cadiz. Ela resultou de uma reação do povo espanhol aos cinco anos de domínio napoleônico. As Cortes de Cadiz a votaram em 1812, numa cópia do texto francês, de 1791. Portugueses, italianos, romenos, noruegueses,

Resta a discussão sobre se é excessivo o número de nossos textos constitucionais. Há quem lembre a França, a nos acompanhar – e nos superar – nessa imoderação. Há quem deplore nosso descomedimento legal, recordando o exemplo dos EUA. Esquecendo que, ali, a permanência da redação original resultou, de um lado, das dificuldades técnicas opostas a sua reforma e, de outro, do papel do Judiciário, livre para leituras que implicaram sempre não tão sutis modificações do texto.

I – Nossa trajetória institucional

O Brasil conheceu duas formas de Estado: o governo unitário, no Império, e a Federação, acentuada na 1ª República, amenizada, nos períodos seguintes e com os lapsos de centralização absoluta, de 1930 a inícios de 1934 e no período do chamado “Estado Novo”, de 1937 a 1945.

Quanto às formas de governo, o país conheceu, de 1824 a 1891, a Monarquia, e, depois, a República presidencialista.

Viveu, se não um verdadeiro parlamentarismo, práticas parlamentaristas, no Império e, na 4ª República, um novo ensaio de parlamentarismo, de setembro de 1961 a janeiro de 1963. Quanto à separação de poderes, experimentou, no Império, a originalidade de um Poder Moderador², no

belgas, russos – e, por fim, brasileiros – sofreram seu influxo. Portugal a teria em 1820, quando motins populares fizeram com que fosse jurada, como ocorreria pouco depois no Brasil. Em razão de outro motim, ela foi revogada em Portugal, menos, entre outros pontos, quanto ao sistema eleitoral (TÁCITO, 1985, p. 6).

² Segundo Benjamin Constant, em livro de 1872, até então não se havia distinguido, nas organizações políticas, senão três poderes. Ele disse: “Eu retiro cinco: 1º – o Poder Real; 2º – o Poder Executivo; 3º – o Poder Representativo da Duração; 4º – o Poder Representativo da Opinião; 5º – o Poder Judiciário”. No mundo, somente dois países – o Brasil, por sua primeira Constituição monárquica, de 1824, e Portugal, por sua Constituição de 1826 – tentaram pôr em prática o entendimento de Constant. Mas com dois grandes equívocos: o Poder Moderador e o Poder Executivo foram reunidos em mãos do Monarca, negando, assim, a isenção do Poder que Constant denominava,

que foi seguido, somente, por Portugal, em sua Constituição de abril de 1826, cópia da nossa, de março de 1824.

Quanto aos sistemas eleitorais, utilizou o Brasil quase todas as opções tentadas pelos outros países – o voto restrito e o universal; o secreto e o a descoberto; o majoritário-distrital; o proporcional; o limitado; o cumulativo; a eleição em dois graus e, mesmo, em 1821, na designação dos deputados às Cortes de Lisboa, a eleição em quatro graus, do modo como dispunha a Constituição de Cadiz.

Em 1822, escrevia Tavares de Lyra (1981, p. 195): “Sobre o voto, temos ensaiado todos os sistemas conhecidos, com exceção, apenas, do voto obrigatório, do voto proporcional e do voto às mulheres.” Em verdade, o voto feminino somente foi concedido em 1932; e o voto proporcional, por meio de quocientes eleitorais, somente nos chegou, no plano nacional, em 1932. Mas é estranho que Tavares de Lyra não descobrisse, já, nas disposições que acompanhavam o decreto de 26 de março de 1824, o voto obrigatório.

Quanto aos sistemas de partidos, o Brasil teve um bipartidarismo, no Império e, no final daquele período, um tripartidarismo; no início da 1ª República, viu partidos estaduais “dominantes”, na classificação de Duverger (1966, p. 386 e ss); somente a partir de 1930 conheceria, verdadeiramente, agremiações nacionais, já de funda conotação ideológica; assistiria, na 4ª República, à explosão de um multipartidarismo, com 13 legendas; na 5ª República, a um bipartidarismo, imposto pelo regime militar que teve, para auxiliá-lo, o mecanismo – copiado do modelo uruguaio – da sublegenda; com a volta ao multipartidarismo, tentou-se imitar o sistema alemão, de condicionar a atuação dos partidos ao alcance de um mínimo de base eleitoral.

também, de “neutro”. Depois, entendera Constant que “a chave da organização política era a separação dos poderes”. A Constituição brasileira afirmou, e a portuguesa repetiu, que “a chave da organização política é o Poder Moderador.”.

Para teóricos como Bolívar Lamounier (1986, p. 11-12), o Brasil é, no nível econômico e cultural em que se situa, caso, único no mundo, de subdesenvolvimento partidário. Isso se deve, segundo eles, à interferência constante do Estado, que se compraz em golpear as agremiações, ao fato de o Poder Central, no Brasil, ter sempre dificultado ou procurado impedir o fortalecimento de nossos partidos. Mas se poderia lembrar, também, que nosso sistema eleitoral proporcional, de lista, mas com escolha uninominal pelo eleitor – tão destoante do modelo proporcional adotado pelos demais países –, colabora, igualmente, para a redução da força dos partidos, instalando um individualismo destrutivo do tão necessário congraçamento partidário.

II – A convocação da Constituinte

A Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, determinou que “os membros da Câmara de Deputados e do Senado Federal” reunir-se-iam “em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987”. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalaria a Assembléia e dirigiria a sessão de eleição de seu presidente. A Constituição promulgada “depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte.”

Esse texto abriu um aceso debate sobre a natureza e a correspondente extensão dos poderes da Assembléia. Para alguns, a Constituinte, instalada em 1987, seria “derivada”, com poderes secundários, o que equivaleria dizer que ela teria “poderes de reforma e que, por mais gerais que sejam, não se revestem da força e da autoridade para permitir deliberações sobre o que não poderia o Congresso decidir por simples emenda.” (RAMOS, 1987, p. 11)

Em favor dessa tese, veio a palavra, tão autorizada, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1987, p. 17), para quem o caminho

escolhido mostrou bem que a Assembléia Constituinte da Nova República era, “juridicamente, Poder Constituinte derivado”. A Câmara de Deputados desempenharia funções normais, o Senado Federal, idem, o Congresso Nacional, também mas, para elaborar normas de hierarquia constitucional, os seus membros integrariam uma chamada Assembléia Nacional Constituinte: “Esta, outra coisa não é senão o Congresso Nacional enquanto Poder Constituinte derivado”.

Órgão reformador, o que a caracterizaria “como detentora de poderes derivados da Constituição em vigor”, a Assembléia Constituinte estaria impedida, então, “de interferir no direito instituído dos demais poderes constituídos, isto é, nas estruturas institucionais profundas dos poderes Executivo e Judiciário” (RAMOS, 1987, p. 17). E não poderia, então, dispor, por exemplo, sobre o mandato do Presidente Sarney, este, afinal, o núcleo da discórdia.

Desde o início da década de 80, quando se iniciara o retorno, que se programou como “lento e gradual”, à normalidade democrática, opunham-se os que, de um lado, pregavam a convocação de uma Constituinte ou a transformação, em Constituinte, do Congresso de então; e, de outro, os que entendiam não ser essa uma questão prioritária: o povo estaria mais interessado em problemas como o do controle da inflação e contenção de preços, sempre em desordenada espiral ascendente. E era também necessário dar um basta a nosso tão arraigado costume de esperar, das normas, uma solução mítica e de pretender, sempre, que as leis se antecipassem ao processo social.

Depoimentos prestados, em Brasília, pelo Prof. Miguel Reale e repetidas declarações, à imprensa, no Rio de Janeiro, do ex-Chanceler Afonso Arinos, trouxeram plena nitidez à controvérsia.

Reale advertia contra dois riscos do momento, quando parecia haver, segundo ele, “uma convicção dominante entre brasileiros de todas as camadas, de serem

indispensáveis certas modificações fundamentais que repercutem no estatuto político”. Essas “soluções perigosas” seriam o casuísmo, de um lado, e, de outro, “o das fórmulas majestosas e aparatosas que não levam a nada.”

Recomendava ele, então, que, em vez de casuísmos e de formulações consagradas e estereotipadas, se promovesse “uma apreciação de fundo” sobre sete ou oito problemas basilares e um prévio e indispensável debate sobre esses temas para se possibilitasse, já ao Congresso eleito em 1982, “uma tarefa efetivamente fecunda”. Mas sem a convocação de uma Constituinte e, sim, com mera possibilidade de uma revisão global da Carta em vigor, mediante emendas oferecidas e aprovadas de conformidade com o que estava previsto na Constituição.

A fórmula proposta por Arinos era a da autoconvocação do Congresso, ao modo da “resolução concorrente” dos EUA. Para Reale, não seria possível a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte porque isso representaria, quer por parte do Executivo, quer por parte do Legislativo, ato não compatível com a letra constitucional vigente e, portanto, revolucionário.

O desacordo resultou, afinal, em um diálogo enriquecedor de nossa cena política, tão diferente de outros, alicerçados somente em uma base frágil de emoção e despreparo.

Mas nenhuma das teses prevaleceu, sendo substituídas, mais tarde, por reparos à Emenda nº 26, por ter dado uma natureza “congressual”, não “exclusiva”, à Assembléia Constituinte, e por tentativas de respaldar, nas palavras daquela Emenda, que falavam de uma Assembléia “livre e soberana”, a verdadeira autonomia cuja ausência tantos deploravam.

“Não adianta chorarmos o leite derramado da Constituinte exclusiva e independente que poderíamos ter tido”, era o desabafo, em novembro de 1986, de Francisco Weffort (1986).

III – A Constituição Afonso Arinos e seu Anteprojeto

Grande controvérsia cercou a formação e o desempenho da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto nº 91.450, de 10 de julho de 1985. Uma ponte, como a classificaria o Presidente Sarney, “de alguns meses, entre a gente brasileira e os representantes que ela elegerá”, uma “área de discussão livre e informal das razões nacionais, submetendo ao debate público teses básicas quanto ao Estado, à Sociedade e à Nação”³. Presidida por Afonso Arinos⁴, a Comissão foi criticada à esquerda e à direita e, afinal, seu anteprojeto, publicado no Diário Oficial de 26 de setembro de 1986, não foi sequer encaminhado à Assembléia Constituinte. Segundo a justificação divulgada pelo Palácio do Planalto, o Presidente resolvera “não encampar o anteprojeto, nem mesmo a título de sugestões aos constituintes”. A Constituinte era “livre e soberana para elaborar seu próprio projeto” e o Executivo não poderia “interferir nos trabalhos do Legislativo” (PRADO, 1987, p. 1).

Professor da Universidade de Lisboa e com notável contribuição ao estudo do Direito Constitucional, Jorge Miranda (1987, p. 34), divulgando em seu país o texto do anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, afirmou que sua publicação no Diário Oficial fora “uma decisão sem precedentes”. Mas, em verdade, já em 22 de junho de 1891, o Governo Provisório, chefiado por Deodoro, fazia publicar o texto do anteprojeto da Constituição, preparado por Santos Werneck, Américo Brasiliense, Magalhães Castro, Rangel Pestana e Saldanha Marinho, e revisado por Rui Barbosa. Também, em 1933, outro Governo Provisório, dirigido por Getúlio

Vargas, dera à publicidade o anteprojeto elaborado pela Comissão do Itamaraty.

Sem precedentes, então, na história constitucional brasileira, foi a cautela do Presidente em não enviar o documento à Assembléia. Para um dos membros da Comissão – e, depois, um de seus maiores críticos –, a atitude deixava transparecer, ainda que de forma elegante, sua decepção e discordância quanto à forma e à substância do anteprojeto (PRADO, 1987, p. 1).

No anteprojeto, desbordado, com preâmbulo, 436 artigos e 12 disposições gerais e transitórias, Jorge Miranda enxergaria quatro notas fundamentais: a vastidão do texto; a extensão do tratamento constitucional a áreas até então por ele não cobertas; seu caráter compromissório e a complexidade da sistematização.

Se ele justificava esse “duplo fenômeno de alargamento das matérias e de dilatação dos textos constitucionais” como fenômeno generalizado em nossa época, e o caráter compromissório como o “preço da democracia pluralista”, via como uma das mais ostensivas deficiências do anteprojeto o não estabelecimento de uma distinção nítida no tocante aos direitos fundamentais e a não exposição, à parte, de regras aplicáveis a uma e outra categoria desses direitos. Não teria havido, no tratamento dessa matéria, “um correspondente nível científico.”

No âmbito da organização econômica e do sistema político, a sistematização do texto não teria sido satisfatória: se havia um fio condutor, ele não se apresentava muito claro.

Via Jorge Miranda (1987, p. 1), finalmente, como “nota mais curiosa”, o estabelecimento de um “presidencialismo congressual”, sistema que, para ele, parecia retomar, “sem os vícios de origem e com aperfeiçoamento, o modelo do Ato Adicional de 1961”.

Essa decisão do anteprojeto levava Miguel Reale (1986), membro da Comissão, à queixa de que, mais uma vez, “como se fosse o destino de nossa história política,

³ *Constituição Federal – Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos*; Rio: Forense, 1987, p. 126.

⁴ A tarefa, tão honrosa para Arinos, tinha uma conotação que lhe era particularmente grata: seu pai, Ministro do Exterior da 2ª República, igualmente presidira, de fato, a chamada Subcomissão do Itamaraty, que elaborara o anteprojeto da Constituição de 1934.

não se soubera preservar o equilíbrio de poderes”.

IV – A Assembléia Constituinte

Muito foi diferenciado, em relação a outros de nossos momentos constituintes, esse que congregou, de fevereiro de 1987 a outubro de 1988, os representantes da Nação brasileira.

Primeiramente, porque se alargou, em definitivo, a base eleitoral que levou a escolha dos parlamentares. O Brasil conhecera, no século XIX, e mesmo no século XX, restrições ao direito do voto, que resultaram em um corpo eleitoral reduzido, de pouca expressão. Negara-se, com efeito, até 1891, o voto aos que não provassem certa renda. Negara-se o voto à mulher, até 1932. Negara-se, finalmente, até 1975, o sufrágio aos analfabetos.

Por uma emenda constitucional de 1985, não somente se concedeu o voto aos analfabetos como se reduziu a idade eleitoral para 16 anos. Sessenta e nove milhões de eleitores compareceram ao pleito de novembro de 1986, número vastamente superior aos que, em outras ocasiões, haviam respaldado a seleção de constituintes anteriores.

Por outro lado, os meios de comunicação – os jornais, o rádio, a televisão – e, mesmo, as facilidades de transporte, puderam fazer dessa mais recente elaboração constitucional um arranjo institucional que motivou, verdadeiramente, toda a opinião pública. Na televisão, por exemplo, o noticiário, em certos momentos, reuniu 60 milhões de ouvintes, quase todo o corpo eleitoral sendo, assim, alcançado e posto a par do que se discutia na Assembléia Constituinte.

Desses fatores, da maior participação popular e do tão dilatado conhecimento da elaboração legislativa, pelo corpo de votantes, resultou que a feitura da nova Constituição, que agora nos rege, foi algo efetivamente partilhado. E que o antigo “mandato representativo”, que estabelecia

uma dualidade entre eleitor e eleito, teve uma necessária correção, por um acompanhamento e uma efetiva fiscalização por parte dos eleitores, com relação às idéias dos candidatos e aos programas dos partidos.

Anotem-se, também, duas peculiaridades que fizeram da última elaboração constitucional uma novidade em nossa história.

Primeiro, não se restringiu, como em ocasiões anteriores, a participação dos constituintes na fase inicial de elaboração da Carta. Na primeira de nossas Constituintes republicanas, a de 1890/1891, constituiu-se uma Comissão, que se denominou “dos 21”, com representantes dos Estados da Federação, para deliberar, em um primeiro momento, sobre o projeto que fora encaminhado pelo Poder Executivo. Em 1934, uma “Comissão Constitucional”, no congresso constituinte, teve a missão de analisar, inicialmente, o projeto preparado pelo Executivo. Na Constituinte de 1946, uma “Grande Comissão”, com 37 membros, teve a mesma tarefa. A rotina era de que essas comissões se dividissem em subcomissões. O relator de cada uma redigia um texto da seção respectiva; depois de emendado no seio da subcomissão, era oferecido à comissão, cujos membros o crivavam de novas emendas. Depois, essas seções eram coordenadas, num projeto dito “da Comissão”, que o oferecia ao plenário. Só então os demais deputados podiam começar seu trabalho.

Em 1987, foi grande a reação dos deputados constituintes que não pretenderam ficar à margem nos primeiros momentos. Daí que se tivesse partido para uma inovação: foram constituídas 24 subcomissões, nelas distribuído o conjunto de representantes. Como resumiu um analista, essas subcomissões, “dotadas de uma Mesa e um relator, ouvindo representações e especialistas sobre temas específicos e tentando dar início a uma parcela do futuro projeto. Três a três, essas subcomissões unificaram-se em oito comissões temáticas, as quais revisa-

ram o trabalho de seu terços e formularam, cada qual, um oitavo do futuro projeto”.

Em segundo lugar, foram permitidas, na Constituinte de 1987/1988, emendas populares e se estabeleceu, também, um Sistema de Apoio Informático à Constituinte (SAIC), com apoio do Centro de Informática e Processamento de Dados do Senado Federal, que culminou com a criação de um Banco de Dados capaz de coletar, armazenar e tornar disponível, para todos os constituintes, quase 80.000 sugestões emanadas das diversas camadas da população brasileira.

V – O texto final da Constituição

A Constituição promulgada em 5 de outubro se afastou, no campo da separação de poderes, do anteprojeto. Fazendo retornar as antigas prerrogativas do Parlamento, no campo da iniciativa das leis, manteve o presidencialismo da 4ª República, sem o manuseio abusivo, pelo Executivo, do Decreto-lei e do decurso de prazo.

O constituinte pareceu ouvir a repreensão de Jorge Miranda, quanto ao não estabelecimento, no projeto Arinos, de uma distinção nítida no tocante aos direitos fundamentais. O texto final, ao contrário das Constituições anteriores, trouxe uma separação “marshalliana”⁵ das categorias dos direitos: a parte civil, relativas às liberdades individuais, foi discriminada no art. 5º; a parte política, no art. 14; a parte social, em larga enumeração, no art. 6º.

Inegáveis os seus avanços no campo dos direitos econômicos e sociais se bem que lhe

⁵ Em conferência de 1949, em Cambridge, numa das *Marshall Lectures*, dedicadas a Alfred Marshall (1988, p. 9), em texto de notável repercussão, T. H. Marshall disse dos três elementos que compunham a cidadania: uma parte civil, relativa aos direitos necessários à liberdade individual; uma parte política, referente ao direito de participar do exercício do poder político, e uma parte social. Esta última, ele assim a definiu: “Tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança, ao direito de participar, por completo, da herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade”.

fossem dirigidas críticas no disciplinamento relativo à propriedade rural.⁶

Nenhuma alteração de monta se propôs à cena eleitoral e partidária. Nem se ouviu, na Assembléia Constituinte, um debate à altura dos problemas trazidos, a nossa representação política, pelo quadro de nossas agremiações e pelo sistema que regula nossos pleitos. Quanto aos partidos, deixou-se de acolher a fórmula alemã, algumas vezes sugerida na legislação anterior, e proposta pela Comissão Arinos, de condicionar o funcionamento das legendas a certo nível de aceitação popular – uma porcentagem dos votos na eleição para a Câmara.

Quanto ao sistema eleitoral, merece menção o fato de que, pelo novo texto, nas eleições presidenciais, será considerado eleito o candidato que obtiver a maioria absoluta dos votos. Se nenhum dos candidatos alcançar a maioria absoluta na primeira votação, far-se-á, trinta dias depois, nova eleição, concorrendo, somente, os dois candidatos mais votados e considerando eleito o que obtiver, então, a maioria, simples, dos votos válidos.

A exigência de dois turnos não é uma inovação da atual Carta. Na 1ª República, a Constituição de 1891 os requeria. Mas, no segundo turno, o Congresso é que elegeria, por maioria dos presentes, um, entre os que tivessem alcançado as duas votações mais elevadas na eleição direta. O quadro das eleições presidenciais naquele período mostra que, embora prevista na Constituição, em nenhuma oportunidade foi necessária a participação do Congresso, na eleição. Das onze escolhas diretas então realizadas, somente quatro – as de 1910,

⁶ Primeiramente, dispôs-se, pelo Decreto nº 91.766, de 10.10.1985, que o Poder Público evitaria, sempre que conveniente, a desapropriação de imóveis que, mesmo classificados como latifúndios, atendessem a certos requisitos estabelecidos pelo Estatuto da Terra. Depois, com o Decreto-Lei nº 2.363, de 21.10.1987, determinou-se que não seriam desapropriadas “as áreas em produção”. Finalmente, o texto constitucional, pelo seu art. 185, declarou insuscetível de desapropriação “a propriedade produtiva”.

1919, 1922 e 1930 – envolveram uma efetiva disputa. E mesmo nessas ocasiões, os vencedores – Hermes da Fonseca, Epitácio Pessoa, Arthur Bernardes e Júlio Prestes – somaram, respectivamente, 64%, 71%, 59% e 59% dos votos.

A Constituição de 1946 dizia, somente, que o Presidente e o Vice seriam eleitos “simultaneamente, em todo o país, cento e vinte dias antes do termo do período presidencial”. Nenhuma palavra, pois, sobre a maioria, se simples, se absoluta. Mas, tendo Getúlio Vargas alcançado, em 1950, pouco mais de 47% dos votos, a oposição, de modo especial a União Democrática Nacional, tentou a impugnação de sua escolha, sob a alegação de que não conseguira ele a maioria absoluta dos votos. “A Carta de 46 não dizia taxativamente que a eleição do Presidente deve ser por maioria absoluta de votos. Mas pode-se compreender assim”, insistia Aliomar Baleeiro, então Deputado e que, depois, integraria o Supremo Tribunal Federal (CARONE, 1985, p. 41).

Outra vez se levantou a questão quando Juscelino Kubitschek se elegeu, em 1955, com 37% dos votos. Mas, quando Jânio Quadros, apoiado pela UDN, não atingiu, também, em 1960, a maioria absoluta, nem o partido nem seu líder extremado, Carlos Lacerda, veriam qualquer ilegitimidade na eleição.

Na 5ª República – esse período que se iniciaria com o movimento militar de março de 1964 e terminaria com a posse, na Presidência, do Vice José Sarney –, pediu-se sempre, nas suas seis escolhas presidenciais, a maioria absoluta.

E pela Emenda Constitucional nº 9, de 1967, chegou-se a determinar, de forma curiosa, que, não se verificando a maioria absoluta na eleição presidencial, o Congresso se manifestaria sobre o candidato mais votado, considerando-se, então, eleito, este, se obtivesse metade mais um dos votos no Parlamento. Menos que uma eleição, seria uma ratificação, ou não, da escolha anterior.

Mas a disposição não chegou a ser aplicada. As três primeiras designações, dos Presidentes Castello Branco, Costa e Silva e Garrastazu Médici, foram efetuadas pelo Congresso e as três últimas, dos Presidentes Ernesto Geisel, João Figueiredo e Tancredo Neves, por um Colégio Eleitoral, que reunia o Congresso e representantes das Assembleias Estaduais. Em todas as ocasiões, alcançou-se, no primeiro turno, a maioria absoluta, somente não atingida quando Vice Presidente da chapa Castello Branco, José Maria Alckmin, obteve, na primeira votação, somente 203 dos 441 votos então colhidos.

Por muitas razões, a principal delas nosso multipartidarismo agora exarcebado, os segundos turnos passaram a ser uma constante em nossos pleitos.

VI – O Mandado de Injunção

A crônica constitucional brasileira assistiu a uma fecunda controvérsia desde quando, na Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, propôs-se que, “verificada a inexistência ou omissão da lei, inviabilizando a plenitude e eficácia” de direitos e garantias asseguradas na Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendaria “ao Poder Competente a edição da norma que venha suprir a lacuna”.

No texto final da Constituição se dispôs: “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” (art. 5º, LXXI).

O debate se iniciou com a referência ao texto do artigo 283 da Constituição da República Portuguesa, de 1976 – com a revisão procedida em 1982 –, e, segundo o qual, a requerimento do Presidente da República, do Provedor da Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional

apreciaria e verificaria o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. E quando o Tribunal Constitucional verificasse a existência de inconstitucionalidade por omissão, daria, disso, “conhecimento ao órgão legislativo competente”.

Indicou-se a decisão do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha que, em acórdão de 29 de janeiro de 1969, falava do desenvolvimento de “uma estratégia mal expressada de não vigência” da norma constitucional quando a teoria sobre as normas constitucionais programáticas pretenda que, na ausência de lei expressamente reguladora da norma, esta não tenha eficácia: “a) A fim de justificar-se uma orientação de política legislativa – que levou à omissão do Legislativo – vulnera-se a hierarquia máxima normativa da Constituição; b) o argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência de função constituinte ao Poder Legislativo, eis que a omissão deste retiraria a vigência até sua ação, do preceito constitucional; c) não dependendo, a vigência da norma constitucional programática, da ação do Poder Legislativo quando – atribuível a esta a edição da lei ordinária – dentro de um prazo razoável, não resultar implementado o conceito, sua mora implica em violação da ordem constitucional; d) neste caso, tal mora pode ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, competindo a este ajustar a solução do caso *sub judice* ao preceito constitucional não implementado pelo legislador, sem prejuízo de que o Legislativo, no futuro, exerça suas atribuições constitucionais” (GRAU, 1985, p. 44).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com rispidez, inquiriu a “inconstitucionalidade por omissão” de ser “uma falácia”. E argumentou que, tendo o legislador ordinário a discricção quanto ao momento e o modo de tornar juridicamente impositiva a prome-

sa (programática), ele não descumpriria a Constituição ao retardar ou omitir a regulamentação de preceito não executável da Lei Suprema. Ao contrário, a omissão se coadunaria com o cumprimento da Constituição pois que esta teria deixado ao legislador “a escolha do momento (bem como do modo) de execução da norma programática” (FERREIRA FILHO, 1968, p. 64).

A “regulamentação” judicial da norma programática violaria, assim, a discricção do Legislativo “quanto ao modo e o momento de se tornar efetiva a promessa constitucional”. O Legislativo, emanado do povo pela eleição, é, numa democracia, “o poder habilitado a mandar fazer ou não fazer alguma coisa”.

“Esta é essência da legalidade democrática. O Juiz não é um representante do povo, pelo menos no sentido político do termo. Um governo de juízes seria uma aristocracia, não uma democracia”, concluía Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Mas o que o problema da inconstitucionalidade por omissão pode aprofundar é um debate anterior, ainda mais rico, em torno dos chamados direitos civis – imprescritíveis, sagrados, direitos necessários às liberdades individuais – e aqueles ditos econômicos e sociais. Na síntese de Marshall (1988, p. 10), “tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança, ao direito de participar, por completo, da herança social e levar a vida de um ser civilizado, de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade”.

Os primeiros levam o indivíduo a exigir, somente, do Estado, que se abstenha de ato que venha a lesar esses direitos. Os outros pedem do Estado – e dos indivíduos que o integram – um fazer específico.

Os primeiros se fundam na longa evolução política inglesa e teriam seu remate nas revoluções norte-americana e francesa do século XVIII. Nosso século assistiria – como lembra toda a doutrina – a sua transposição, de uma base puramente política, a uma plataforma econômica e social.

E. H. Carr (1988, p. 22) ilustraria essa transição com uma comparação entre dois documentos, a Declaração dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Nacional Francesa, em 1789, e a Declaração dos Povos Trabalhadores e Explorados, adotada pelo Congresso Panrusso dos Sovietes, em 1918.

Em 1789, dizia-se que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”; que os “direitos naturais e imprescritíveis do homem” eram “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”; que a liberdade de opiniões religiosas e o intercâmbio, sem obstáculos, de idéias e opiniões se garantiam, condicionados à responsabilidade por qualquer perturbação da “ordem pública estabelecida pela lei”.

Pela Declaração de 1918, a aspiração fundamental é de “suprimir a exploração do homem pelo homem, abolir definitivamente a divisão da sociedade em classes, suprimir sem piedade toda exploração, levar a cabo a organização socialista da sociedade em todos os países”. Os meios para alcançar tais objetivos seria a abolição da propriedade privada da terra e dos meios de produção.

Aron (1972, p. 210) iria enfatizar essa transição comparando a Declaração francesa com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948 pelas Nações Unidas. A Declaração de 1789 considerava como inviolável e sagrado o direito de propriedade, com o que os redatores de 1948 não concordaram. Mas estes não aceitaram, também, que o objetivo de toda associação política fosse a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Os direitos do homem definem e caracterizam, agora, “a condição que convém assegurar a todos os membros da coletividade, ainda que mediante a ação estatal”.

A Declaração de Direitos de 1789 pressupunha, claramente, para Carr (1988, p. 6), a aceitação, pelo indivíduo, da ordem estabelecida. E a obrigação correlata aos

direitos políticos seria principalmente a passiva, consistindo na lealdade à ordem política sob a qual se desfrutavam esses direitos. Mas, no caso dos direitos sociais e econômicos, as obrigações correlatas seriam ativas: “Se na nova declaração de direitos do homem não de incluir-se disposições para os serviços sociais, para proteção da infância, da velhice, em caso de incapacidade ou de desemprego, é evidente que não há nenhuma sociedade que possa garantir o gozo de tais direitos ao menos que ela, ao mesmo tempo, tenha o direito de dirigir e recorrer às capacidades produtivas dos indivíduos que os desfrutem”.

Assim, uma declaração de direitos que imponha à sociedade a obrigação de proporcionar certos meios materiais e serviços ao cidadão particular, sem exigir dele a obrigação de produzir a proporção requerida desses meios e serviços, seria “uma falsidade oca”.

Os riscos da inconstitucionalidade por omissão viriam, então, não da transferência, ao Poder Legislativo, da função constituinte; não da violação da discricção do Legislativo quanto ao modo ou o momento de tornar efetiva a promessa constitucional; não da entrega ao Judiciário – um poder “não representativo”, pelo menos “no sentido político do termo” – da atribuição de interferir em uma questão política de opção de conteúdo e oportunidade de um ato. Mas da crença na praticabilidade, sem reservas, do efetivo cumprimento das promessas constitucionais, ideais nobres, patamares que, anunciados, apenas sirvam para estimular e balizar os esforços dos dirigentes.⁷

O risco é que, aproximando os direitos individuais aos econômicos e sociais,

⁷ Aron (1972, p. 214) chega a uma constatação pessimista: “Quando se procura medir a capacidade real que têm os governos, em função de seu regime, as muitas pressões a que estão sujeitas, desaparece a diferença radical entre a ordem econômica e a ordem política: os governantes não dominam soberanamente nenhuma das duas”.

negando, com relação a eles, qualquer diferença de natureza, se dê, assim, valor extremo ao mero enunciado das normas, na suposição tão ingênua de que a crueza das realidades sociais possa ser amenizada e corrigida pelo sonho legislativo.

Referências

- ARON, Raymond. *Escritos políticos*. Brasília: UnB, 1972.
- CARONE, Edgar. *A República liberal II: evolução política (1945 - 1964)*. São Paulo: Difel, 1985.
- CARR, E. H. *Leituras sobre a cidadania*. t. 5. Brasília: Fundação Projeto Rondon, 1988.
- DUVERGER, Maurice. *Sociologia política*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Idéias para uma nova Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Uma falácia: a inconstitucionalidade por omissão*. In: FMU-Direito, n. 2, ano 2, mar. 1968.
- GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. In: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rio de Janeiro: Forense, jan./jun. 1985.
- LAMOUNIER, Bolívar; MENEGUELLO, Rachel. *Partidos Políticos e consolidação democrática*. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- LYRA, Tavares de. Regime eleitoral, 1821-1921. In: *Modelos alternativos de representação política no Brasil, 1821-1921*. Brasília: EdUnb, 1981.
- MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: *Leituras sobre cidadania*. Brasília, Ministério do Interior / Fundação Projeto Rondon, 1988.
- MIRANDA, Jorge. A transição constitucional brasileira e o anteprojeto da comissão Afonso Arinos. In: *Revista de Informação Legislativa*. ano 24, n. 94. Brasília, Senado Federal. abr./ jun. 1987.
- PRADO, Ney. *Os notáveis erros dos notáveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- RAMOS, J. Saulo. *Assembléia constituinte*. Rio de Janeiro: Alhambra, 1987.
- REALE, Miguel. *Jornal Folha de São Paulo*, edição de 15 ago. 1986.
- TÁCITO, Caio. *No limiar da décima Carta Constitucional*. Rio de Janeiro: UERJ, 1985.
- WEFFORT, Francisco C. *Jornal Folha de São Paulo*, edição de 7 nov. 1986.