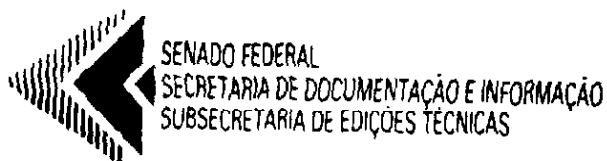


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • n.º 125
janeiro/março — 1995

Editor:
João Batista Soares de Sousa, Diretor



Notas à Constituição de 1988

EDUARDO SILVA COSTA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A extensão do texto. 3. A totalização normativa. 4. As contradições do texto. 5. A ingovernabilidade. 6. A integração social pelo Direito da Constituição.

1. Introdução

A Constituição de 5 de outubro de 1988 resultou de uma aglutinação de correntes ideológicas acentuadamente díspares, o que de certo modo se afigura inédito em nossa história constitucional. A característica que o País assumiu, a partir da década de 60, de país em desenvolvimento não podia deixar de trazer como consequência o fortalecimento de grupos sociais, não apenas no aspecto da consciência dos seus direitos, como na determinação de reivindicá-los: a força do número se impunha.

Ainda mesmo que se considere um traço importante no esboço da nossa Lei Suprema, ser ela o remate do período dito de transição – entre o fim do regime ditatorial em 1985 e a sua promulgação em 1988 – para disso inferir-se o desvelo com que se fixaram as garantias individuais, parece predominante o sentido de erigir-se um novo modelo normativo democrático. Nesse novo modelo o que releva é a formulação de regras com vista a adequar a sociedade brasileira aos novos tempos que se descerram para as sociedades em desenvolvimento, de que ela é espécie significativa.

Certamente, tal caráter havia de comportar singularidades no texto que o distinguem das Constituições anteriores, nenhuma delas construída sobre a complexidade desafiadora da sociedade dos nossos dias. Pode-se dizer que pouco de complexidade havia em 1946, para lem-

Eduardo Silva Costa é advogado.

brar somente a Constituição que naquele ano se promulgou. Se a realidade política daquele período tinha pontos de aproximação com o período recente — em ambos, o país deixava de ter um regime ditatorial —, a realidade social de 1946 diferia bastante da realidade social de 1988. Daí que na Constituição de 1946 cuidava-se de impor o máximo de restrições à ação do Poder Executivo, a atestar a presença no espírito da Assembléia Constituinte de então do espectro que cumpria exorcismar, da ditadura getulista. Posto que na Assembléia Constituinte recente outro exorcismo fosse presente à memória dos legisladores, já não cabiam propriamente exorcismos para ele; a necessidade premente era elaborar uma nova estrutura normativa, colocando-se nela todos os elementos e forças emergentes.

Tais considerações conduzem a formular alguns itens relacionados com as críticas que, desde a promulgação de nossa Lei Fundamental, vêm sendo assacadas contra esta, críticas essas que recrudescem amiúde. Assim, cuidar-se-á primeiro do item que diz respeito à extensão do Texto Constitucional, visto ser ele o que logo aflora no âmbito das críticas.

2. A extensão do texto

Censura-se a Constituição de ser demasiadamente extensa, por conter 245 artigos. Os censores de hoje devem estar esquecidos que a Constituição de 1946 abrigava 218 artigos. Entre uma e outra meciaram 42 anos, durante os quais transformações de grande alcance e intensidade sucederam no país. Então, cotejada a década de 40, na qual se promulgou a Constituição de 18 de setembro, com a de 80, em cujo final se promulgou a Constituição de 5 de outubro, há de concluir-se que a crítica é infundada, se não tendenciosa. Assinale-se que nunca se fez coro desfavorável à Constituição de 1946, por encerrar 218 artigos, uma demasia para a época, se se considerar o critério dos críticos de hoje.

Todavia, a Constituição não é uma demasia em artigos, como sugerem alguns doutores. As inovações que nela se introduziram, dadas a multiplicidade e diversidade de tendências e correntes ideológicas e políticas atuantes na Assembléia Nacional Constituinte, acabaram por exigir a normatização de reivindicações, que não procederam tão-só de grupos ou corporações, pois oriundos da sociedade na sua totalidade. Sublinhe-se nesse particular a proteção do meio ambiente e também a disciplina da seguridade social, constitutivos de alinhamento

constitucional inédito. Do mesmo modo, a comunicação social, que por igual não poderia deixar de ser conteúdo de regulação em nível superior. Em nenhuma destas matérias se pode divisar senão o interesse da sociedade total, como o elemento de propulsão do regramento constitucional.

Demais disso, nenhum projeto de reforma social e política, que se intente efetivar, dispensa a minudência de pontos reputados essenciais à conversão normativa. Talvez a indispensabilidade da inserção de comandos constitucionais seja mais imperiosa em um projeto de reforma do que propriamente em um texto de Lei Maior subsequente a uma revolução no sentido preciso do termo. A uma ordem surgida de uma revolução é suficiente a formulação positiva de alguns princípios e o esboço de uma organização que possibilite o funcionamento do regime. Dir-se-ia que a Constituição é a sagração de um movimento vitorioso, que prostrou por terra uma estrutura de dominação opressiva da maioria. Já em uma nova ordem que irrompe de uma aglutinação de forças destinadas a dar uma dimensão de reforma dilatada em todos os pontos, o mais utilizado havia de ser a projeção no texto normativo constitucional de todos os valores, princípios e inspirações significativos da reforma.

Foi essa reforma que o povo brasileiro buscou através da Assembléia Constituinte de que se originou a Constituição de hoje. O pluralismo que caracterizou aquela Assembléia é que informa a sua representação normativa na Lei Fundamental. A pormenorização de certas regras, a inserção de matérias que a dogmática tradicional estranha e condena que figurem no contexto da Constituição, a necessidade de fixar imposições com a solenidade e eficácia que o Texto Supremo confere, haviam de distinguir o Estatuto da Nação que se propunha um caminho livre e justo.

Então, assim como a Constituição havia de abranger um número relativamente maior de preceitos, de modo a que se contemplassem novas situações na modelagem jurídica, esta havia de ser a mais abrangente possível do ponto de vista da precisão legal. Com isso, o texto não apresenta nenhuma aberração jurídica; nele não se pode ver uma forma abusiva de disciplina legal. Considere-se, pois, a outra crítica dirigida ao modelo constitucional adotado em 1988: conteúdo excessivo de juridicização do social, do político e do econômico.

3. A totalização normativa

Em correlação com o tópico anterior – a extensão do texto – está a totalização normativa, ou o que o Professor Miguel Reale denomina “o totalitarismo normativo”, de que é increpada a Constituição vigente.

Diz-se que há uma superabundância de previsão normativa, a significar autênticas desfigurações e contratações do valor maior da liberdade, no qual se assenta a estrutura do sistema constitucional e pelo qual devem pautar-se os atos, ações e comportamentos da vida social, política, econômica e cultural. Inere-se daí que tal excesso normativo não só compromete o modelo democrático que se objetivou, como representa um estorvo para a consecução de determinados fins, a exemplo o crescimento econômico.

Se se atentar, porém, em que o desiderato da norma constitucional de sentido democrático é corresponder a uma pluralidade de expectativas, e uma diversidade de interesses e necessidades, ter-se-á de convir em que tanto as expectativas como os interesses e necessidades, plurais e diversos como são, reclamam valores, e não apenas um valor, para a indispensável positividade. Ainda mais, há que ponderar a característica de ser a Lei Fundamental um monumento legislativo, diga-se assim, de “coexistência dos contrários”. Ou, como alguém sintetizou, “um tratado de paz”. De resto, a semelhança de quase todas as leis, pelo menos as que se pautam pela linha democrática.

Ora, se se busca pela via da Constituição realizar as inúmeras e variadas aspirações em que se representa a totalidade da sociedade, decorre daí a irrelutabilidade de uma regulação normativa extensa e intensa. Porque sem tal disciplina não haveria a satisfação daquelas aspirações e reivindicações. Destas, umas se contentam com a garantia do valor liberdade; outras, só podem consolidar-se com a garantia do valor justiça: muitas precisam inserir-se na tessitura constitucional com a garantia do valor da igualdade, e assim por diante. É certo que os valores liberdade, igualdade, justiça, e outros mais conformadores do regime democrático, são interpenetrados de tal modo, que a presença de um importa a presença dos demais. Por isso mesmo, não há *in genere* primazia de um valor sobre outros: há propriamente inter-relação deles, com o acento de um preferir a outro em situações ou contextos particularizados.

Mas o que importa salientar é o fenômeno da abrangência normativa dos interesses e aspirações da sociedade. A incorporação no Texto Constitucional de novas forças e tendências surgidas no corpo social havia de dar-se com o mínimo de explicitude. Para novas necessidades, novos mecanismos de proteção legal. Evidente que esses novos mecanismos, essas novas formas de garantia de direitos haveriam de trazer certa particularização, uma ou outra demasia, em termos de arcaísmo constitucional. Contudo, vale considerar que sem a imposição constitucional muitos dos direitos reivindicados por grupos, entidades, instituições da sociedade civil não lograriam o mínimo de efetividade. Todo o empenho de indivíduos e grupos, assinalado em rudes embates durante décadas, se esboroaria se não houvesse o elemento de propulsão materializado na regra constitucional.

Ademais, é muito cômoda a posição de velhos interesses, que têm a sustentá-los uma realidade sólida. Para esses, basta que uns tantos enunciados normativos reiterem os postulados de contínua florescência. É suficiente a reprodução quase literal de cânones que proclamam direitos consagrados, enraizados, ineradicáveis mesmo, na estrutura social. Isso confere aos estamentos e classes o reconhecimento solene do que lhes parece um direito natural absoluto. O outro reconhecimento é gozado no cotidiano, que de vez em quando apresenta desafios. Mas, no essencial, os direitos já consagrados precisam apenas de algumas declarações genéricas.

Outro, porém, é o caráter de novos direitos: outra a formulação, a enunciação deles no plano constitucional. Para a sua efetivação ou mesmo para a sua eficácia reclamam um conteúdo mais dilatado, ao contrário dos direitos consolidados, incorporados em textos anteriores. Não se desfigura com isso o edifício normativo-constitucional, como alguns entendem. Nem será por isso que a nossa Constituição deva ser tida como disforme. Tampouco ela é desprestigiada por conter certas pormenorizações ou por regular tal ou qual assunto que dada representação ideológica qualifica de impróprio em nível constitucional. O nosso País não podia deixar de constituir-se juridicamente do modo que mais premente reclamava o povo, após um longo período de repressão e opressão, só para tender homenagem à tradição de textos resumidos e para subjugar-se a um figurino neo-liberal inajustável ao estágio atual da

sociedade brasileira. Afinal, como nota Wheare (*Modern Constitutions*, 4.^a ed., p. 32) os povos diferem muito naquilo em que eles reputam necessário para ser o conteúdo de uma Constituição. Nisso, como em muitas outras coisas, não há lugar para o fetiche do modelo importado.

4. *As contradições do texto*

Quando se procura minimizar a importância da Lei Fundamental, mormente em uma conjuntura como a nossa, avante sempre aos censores a arguição de que o texto está pejado de contradições.

Por ser a Lei Maior, a Lei Suprema, reputa-se tal defeito gravíssimo, preconizando-se a erradicação dele, em nome, seja da técnica, correspondência do aspecto formal, seja do conteúdo, correspondência do aspecto material.

As críticas aí, como de resto nos demais pontos, estarão diretamente em conexão com a Constituição Econômica, para usar expressão do Professor Washington Peluso Albino de Souza. Os mentores e propagadores delas consideram-se a um tempo guardiões da pureza técnica e da ideologia nutrientes das instituições que conformam a estrutura normativa. Assentado que a Constituição é uma Lei e uma Lei superior a todas, fundamento e geratriz das demais, com maior razão ela deve guardar as características que definem qualquer documento de tal natureza. Uma dessas características é a harmonia dos preceitos constitutivos do complexo normativo, de tanto mais imperiosa presença quando se trata da Lei Magna. E a harmonia importa precipuamente na ausência de contradições. A bem do conteúdo é imperioso que a Constituição não encerre impurezas, as "impurezas do branco", para tomar de empréstito uma expressão do poeta, a fim de que não seja comprometida a unidade de princípios do ordenamento.

A circunstância de ter a Constituição natureza de composição de correntes e tendências ideológicas antinômicas importa decisivamente no trato das chamadas contradições. Da presença de interesses conflitantes na organização da estrutura constitucional resulta necessária e inelutavelmente a ambigüidade. Esta, contudo, não é indicativa de contradição, se se atentar em que há uma inevitabilidade de contrastes na condensação de interesses adversos em um estatuto normativo superior. Nem por isso há de respirarem-se incoerência, discordância, contradição. O Texto Constitucional propriamente não resolve os conflitos ideoló-

gicos que marcaram a sua gênese e de que ele é produto. Ele os compõe, dando-lhes unidade e coerência, mas sem dissolvê-los e sem emascular-lhes a força com que se impuseram. Ao contrário, a Constituição legitima tais conflitos, e com isso confere-lhes força normativa, de modo que possam na sua plenitude ajustar-se na prática. Aí reside a virtude normativa.

Assim é na realidade das constituições e da prática constitucional dos países do denominado Primeiro Mundo, alinhados com o modelo democrático do sistema capitalista. A ambigüidade de que se cogita aqui pode também identificar-se nos textos de lá. Em nenhuma circunstância, contudo, existe contradição, como se pretende, para inferir daí a incompatibilidade de disposições normativas e a conseqüente desfiguração do conjunto por incoerência. A ambigüidade no nosso caso é um elemento necessário, ou mesmo essencial, conforme observa o Prof. Washington Albino de Souza:

"o jurista deve compreender encontrar-se diante de um outro modelo ideológico que não os tradicionais ... Quando aceitar esta postura, verá que a "ambigüidade" afirma-se como instrumento essencial de entendimento dos modelos ideológicos mistos" (*Conflitos Ideológicos na Constituição Econômica*, artigo na *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 74/75, jan./jul., 1992, p. 35).

E, rematando o seu entendimento, afirma o professor mineiro:

"Nas Constituições que têm implementados "princípios" originários de ideologias diferentes, e até mesmo opostas em sua manifestação "pura", do tipo das "neo-liberais", estes elementos ideológicos que seriam tomados por conflitantes, convivem harmonicamente por força do "princípio da ambigüidade", intrínseco à própria natureza e estrutura dessas Constituições" (p. 37).

5. *A ingovernabilidade*

Talvez seja este o mais ruidoso dos ataques de que é alvo a Constituição: a ingovernabilidade do País enquanto o sistema por ela fundado se mantiver na sua integralidade. Não se verbera o sistema por escassez de regulação, mas por excesso desta e em um sentido que se diz impróprio, danoso mesmo, aos objetivos que todo governo neo-liberal deve perseguir. O clamor de pouco tempo para cá vem sendo orquestrado apenas pelo setor empresarial, com o subs-

tancial e indispensável arrimo de alguns políticos prestigiosos e juristas de tendência conservadora. Do governo propriamente não parte, como até então partia, nas brumas do governo anterior, manifestação de animosidade contra a Carta.

Por isso mesmo, a chamada ingovernabilidade se revela caricata. Em um regime de livre iniciativa, com naturais temperamentos, a liberdade econômica é a tônica e o capital, sem ser o senhor de outrora, continua poderoso. As limitações que se antepõem ao exercício dessa liberdade são estabelecidas em razão de que todo poder econômico, do mesmo modo que o político, deve ser controlado. E tal controle é de ser tanto mais rígido quanto o poder, objeto de regulação, tende sempre a exorbitar. Ainda mais, a imperiosidade de controle se dá pela circunstância da emergência de forças sociais que constituem a tessitura do valor do trabalho, em atenção às quais estão dispostas muitas normas constitucionais. Dá-se o controle do arbitrio, natural ao poder representativo do capital, para que se libere e exerça na efetividade da prática o direito da força do trabalho, hoje erigido em valor constitucional.

De mais a mais, pela natureza mesma do processo democrático, soa no mínimo como ingênua qualquer arguição de ingovernabilidade tendo como causa a existência de normas. Principalmente quando a arguição provém da cidadela do poder econômico. Sabido que não há em essência mudança na estrutura da propriedade dos meios de produção — ainda mais porque a livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil consoante o artigo 1.º da Constituição — as regras do jogo econômico continuam, com umas e outras restrições, sendo engendradas e praticadas saudavelmente pelos expoentes do poder econômico em benefício da sua classe.

Normativamente somos governados por um “modelo ideológico misto”, como salienta o Professor Washington Peluso Albino de Souza, acima citado. Dado tal caráter, de que se reveste a nossa Constituição, a coexistência de princípios contrastantes é inelutável, o que não importa nenhuma disformidade, pois os princípios, posto díspares, consorciavam-se para a realização dos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”, consoante proclamado no artigo 3.º da Lei Suprema. Dizer que contraste equivale a desconcerto é desconhecer um dos maiores princípios da vida, de validade

eterna, e que Heráclito enunciou há milênios:

“Tudo se faz por contrastes: da luta dos contrários nasce a mais bela harmonia”.

Em artigo publicado na Folha de São Paulo, a Professora Maria da Conceição Tavares ressaltou que:

“atribuir a uma Constituição descumprida em muitas de suas partes fundamentais, sobretudo em matéria de direito, deveres e organização do Estado, a culpa da “ingovernabilidade” resultante de uma profunda crise econômica e social do país é, no mínimo, um desatino, se não for apenas uma recaída no bacharelismo estéril de que os portugueses, ganceses, já se curaram”.

“Desatino”, “recaída no bacharelismo estéril”, essas e outras possíveis explicações para a agitação da tese da ingovernabilidade, talvez tenham outro nome para indicar a procedência e o propósito de tão repetida e soporífica tese. Enquanto se viveu sob o signo do autoritarismo, durante vinte anos, os que hoje falam e apregoam a “ingovernabilidade” eram senhores quase absolutos da situação: não havia sequer a palavra. Então, os problemas tinham sempre a sua resposta incontestável em atos institucionais, decretos-leis, decretos, além de outras formas de atuação do poder ditatorial, encerradas em recantos tenebrosos. Aí o País era governável em toda a plenitude. Agora, os senhores quase absolutos de ontem não têm as estrelas a refulgir no seu firmamento e recorrem a uma fórmula que não destoia do conceito democrático a que se está assistindo, mas que traz como propósito maior um desafinamento significativo desse concerto.

De resto, convém lembrar aqui o testemunho de Norberto Bobbio:

“Já li e reli não sei quantas vezes a Constituição italiana e muitas outras também. Nessa leitura nunca consegui jamais deduzir delas o segredo de um bom governo”. (*As ideologias e o poder em crise*. Ed. Universidade de Brasília e Ed. Polis, 1988, p. 189).

E mais adiante, rematando o seu pensamento:

“podemos concluir que a Constituição é apenas responsável por uma parte do modo como um país é governado” (p. 191).

Assim resenhadas as críticas ao nosso Estatuto Político, cabe agora lugar para um esforço do que se pode reputar a mais obstinada finalidade dele. É a integração social, com os seus matizes diversos, a qual se objetiva a partir da regra jurídica da Constituição, um meio de fazer com que doravante as instituições passem a ser praticadas e não mais utilizadas pelo grupo dirigente, para lembrar a observação do Professor Afonso Arinos de Melo Franco (*Direito Constitucional* – Ed. Forense, 2.^a ed., 1981).

6. A integração social pelo direito da Constituição

Pela primeira vez entre nós tem-se uma Constituição resultante da conjunção da sociedade civil e do Estado. *Nela se justapõem um e outro*, a formar um complexo normativo unitário. O “Estado Democrático de Direito” em que se constitui, conforme o artigo 1.^o, a República Federativa do Brasil, é a expressão normativa desse encontro da sociedade civil com o Estado. Projetou-se a democracia como “forma de vida e como forma política”, digamos assim, invocando o sugestivo título do livro de Carl Friedrich, e consubstanciaram-se no texto inúmeras regras que vinculam sociedade e Estado na consecução de fins comuns.

Já se disse que o problema primordial do País, que é um desafio constante à capacidade de governantes, políticos em geral, juristas, radica na necessidade de democratizar o Estado. Mas, o Estado não é ele só o gerador da vida política e social, mesmo em períodos ditatoriais. A sociedade se integra no processo democrático como consorte, para dizer assim, com voz e vez. No nosso caso, ela se investiu pela primeira vez dessa condição na formação do Ordenamento Constitucional de 1988. Pode-se afirmar que, assim, através dos liames normativos, a sociedade se densifica no aspecto democrático. Ela é repassada de sentido democrático, para não só alinhar-se com o Estado no projeto de renovação e reforma sócio-política, como para reorientar-se no seu mister, organizando-se a fim de melhor transformar a realidade.

Ora, o que vincula o Estado à sociedade e esta àquele é o Direito, que se expressa no sistema constitucional, mas que não se exaure neste. Porque a realização do Estado Democrático de Direito pressupõe a integração da ordem sócio-política pelo Direito. Este, por sua vez, se inspira em princípios e valores, de que estão repassados os mandamentos constitucionais.

Por isso, é de considerar as normas da Constituição sempre referidas a uma ordenação de tais valores e princípios, que formam o conteúdo delas. Eles é que, nas palavras de Antonio E. Pérez Luño,

“en el Estado pluralista, libre y democrático, definen su horizonte emancipatorio a alcanzar” (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, 1986, p. 283).

Mas a singularidade da integração social pelo direito nos moldes da Constituição dos nossos dias é o caráter que passou a assumir a norma jurídica na institucionalização do Estado Social Democrático ou, na linguagem da própria Lei Fundamental, Estado Democrático de Direito. Este visa a uma nova ordem social e por isso mesmo tem na regra jurídica a sua dinâmica. De outra parte, para ser propulsora de novas relações, inspiradora de novos comportamentos, a regra de Direito vai buscar na ética o seu húmus vivificador. Uma ética fundante de atividades racionais, excludente do padrão autoridade, como elemento conformador das relações interpessoais e das relações intergrupais. O caráter definidor da estrutura normativa da Constituição é precisamente este.

Dizer que o Direito da atual Constituição é que opera a integração social importa realçar uma nova realidade que se está impondo na sociedade e no Estado. Até então, excetuando os regimes de feição autoritário, que tiveram nas Constituições de 1937 e 1967, esta com a Emenda n.^o 1 de 1969, os seus modelos normativos, o que houve foi uma regulação da ordem sócio-política, típica do sistema liberal. Neste, o objetivo era disciplinar formas políticas, limitando sempre o Estado, em favor da liberação de forças econômicas representativas do capital, expressivas da propriedade. Então, o ordenamento jurídico simbolizava tal disciplinação, de modo que em suma era um reflexo da ordem: em verdade, era de subalternidade a sua posição.

Diversamente disso, na formação do Estado Social Democrático, o Direito passa a ter papel criador da nova ordem, ele encontra aí a sua significação autêntica, para dizer com Georges Burdeau:

“Avec la démocratie sociale, la règle de droit retrouve sa signification authentique. Elle n'est pas reflet mais créatrice d'ordre: elle est donc l'instrument d'une politique” (*Traité de Science Politique*, t. VI, 1956, p. 360).

A pauta jurídica responde no processo da democracia social a um sem-número de fatores, que são as mais das vezes reivindicações de múltiplas procedências e expressivas não só de elementos de natureza econômica como de importância social e cultural. A aglutinação de forças representativas do trabalho inscreve-se como das mais relevantes e de maior peso, porque contrastante com as forças do capital. Paralelamente a ela, a participação de grupos, que se vão aglutinando em torno de ideais culturais ou de sentido simplesmente comunitário, também assume relevo.

Em tudo isso, a regra jurídica despenha com uma função já não apenas de resguardar direitos consagrados pela ordem social, senão também de promover alterações nessa ordem. Como processo de racionalidade, ela passa a atuar da maneira com que Whitehead define a Razão:

“a-função que enfatiza a novidade”.

Pois as conquistas que permeiam a tessitura constitucional estão aí com o caráter de mandamentos jurídicos aptos a gerar situações novas, uma nova ordem de coisas nas relações sociais, políticas e econômicas. E muitas dessas coisas estão se gerando.