

Vinte anos da Constituição de 1988

Uadi Lammêgo Bulos*

1. Começo de tudo

Cinco de outubro de 1988, quarta-feira, às 16 (dezesseis) horas, é promulgada a oitava Constituição brasileira.

Era o ano que antecedia a queda do muro de Berlim, marco da derrocada dos países socialistas.

Ressurgiam as esperanças. Brotavam as incertezas, nada obstante o fato de a Assembléia Nacional Constituinte não ter sido eleita por representantes determinados para esse fim.

Ao invés, fez-se opção pela fórmula insatisfatória de delegar-se, temporariamente, poderes constituintes ao Congresso Nacional, com a participação de Senadores biônicos.

Num esforço extraordinário, a grande meta era implantar um Estado Democrático, após 25 anos de regime militar e quase 12 de abertura lenta e gradual.

Enfeixaram num texto extenso, minudente, detalhista - apelidado de "constituição cidadã" - uma considerável dose de utopismo, bem intencionado, porém delirante, mas que demonstrou a virtude de espelhar a reconquista das liberdades públicas, superando o vezo autoritário que se impusera ao País.

Num ambiente heterogêneo, soergueu-se novo modelo constitucional.

O clima de apoteose cívica, marcada pelo torvelinho de interesses de variadíssima gama, resultou num projeto inicial de 551 artigos.

Nesse contexto, predominava:

- (i) o corporativismo, dos grupos que manipulavam recursos;
- (ii) o ideal socialista, daqueles que queriam fazer justiça social sem liberdade econômica;

- (iii) o estatismo, dos que acreditavam que a sociedade não poderia prescindir de tutela;
- (iv) o paternalismo, daqueles que queriam que o governo tudo lhes prodigalizasse, sem a necessidade do trabalho e do esforço próprio;
- (v) o assistencialismo, dos que supunham que a palavra escrita se converteria, de um súbito, em benefícios imediatos; e
- (vi) o fiscalismo, dos despreocupados com a sobrecarga tributária.

Consequência disso:

- implantação de um texto constitucional xenófobo, arremedo mal formulado de 'constituição dirigente';
- hegemonia dos grupos de pressão de caráter proteiforme, dos lobbies e das classes corporativas;
- superposição de minúcias írritas, totalmente impróprias para um documento equilibrado e duradouro; e
- disciplina pleonástica de matérias, prestigiando-se uma sistematização desuniforme, confusa, com nítido predomínio de normas de eficácia contida e limitada, por princípio institutivo e por princípio programático.

No final dos trabalhos constituintes, a estrutura formal da Constituição de 1988 diferia-se dos textos pregressos: 245 artigos no corpo permanente e 73 na parte transitória de normas, distribuídos em 9 títulos distintos, disfarçados em numeração romana por itens. Somando-se tudo, tínhamos 318 artigos, 946 incisos, 596 parágrafos e 203 alíneas. Cerca de 200 dispositivos dependiam de leis futuras, complementares e ordinárias.

Estávamos diante de uma das constituições mais prolixas do mundo, a exemplo da Carta da Iugoslávia de 1974, com 406 artigos.

Aliás, neste século XX, com a Constituição de Weimar de 1919 - a qual trouxe preceitos relacionados à ordem econômica e previsões de direitos sociais - que os textos supremos passaram a ser analíticos, numa tentativa de limitar o espaço deixado à atividade discricionária do legislador.

Essa desconfiança legislativa fez com que matérias de todo jaez fossem constitucionalizadas.

Resultado: as constituições tornaram-se projetos inacabados, documentos pretenciosamente exaustivos, porém impossíveis de serem vividos na sua plenitude.

É nesse contexto que os 20 anos da Constituição de 1988 convém ser analisado.

Simple leitura do art.3º, perguntamos: a pobreza foi erradicada? as desigualdades sociais e regionais foram reduzidas?

Formalmente, a Constituição de 1988 foi pródiga ao consagrar os dois grandes tipos de democracia: a liberal e a social.

Pela primeira - a democracia liberal - as liberdades públicas são protegidas contra os abusos de poder dos governantes.

Pela segunda - a democracia social - busca-se eliminar desigualdades entre as condições de vida dos homens.

Oxalá, nos anos vindouros possamos comemorar a implantação dos dois modelos de democracia descritos, porque, nesses anos de Constituição, a democracia social não saiu do papel e a democracia liberal está seriamente abalada.

A fome, remanescente da involução e do primitivismo, é o maior exemplo que se pode oferecer.

Numa sociedade civilizada, na qual alguém morre pela fome, o respeito ao vetor constitucional da dignidade da pessoa humana, prestigiado, na forma, pelo Texto de 1988 (art.1º, III), desaparece por completo, pois o mínimo direito que tem o 'cidadão' é o de alimentar-se.

Paradoxalmente, "armazéns e silos espalhados pelo mundo inteiro estão abarrotados de grãos, aguardando a aceleração e alta de preços, muitos deles produzindo elevadas despesas enquanto parte das suas reservas apodrecem ou são devoradas pelas pragas, estimulando as multidões esfaimadas para apelarem para o saque, para a desordem, para a violência" [01].

Sem dúvida, os 20 anos de Constituição poderiam ter sido muito positivos.

Basta ver o expressivo rol de direitos e garantias fundamentais; a indenização pelo dano moral; a proteção à imagem, à honra e a vida privada; a criação do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais; a defesa do meio ambiente; o fim da discriminação jurídica contra os filhos; o advento da ação de inconstitucionalidade por omissão; o mandado de segurança coletivo; as novas instituições do Ministério Público, e tantas e tantas conquistas, notáveis no plano constitucional positivo.

Daí a crítica construtiva e necessária, não empanar o cunho democrático da Carta de 1988, nem, tampouco, minimizar as inovações dignas de nota.

Mas o que se vislumbrou com freqüência, foram institutos renegados e deturpados, a exemplo do mandado de injunção, das medidas provisórias e das emendas constitucionais.

2. O que foi sem nunca ter sido

Após dois decênios de vigência da Carta de Outubro, o mandado de injunção frustrou as inúmeras expectativas criadas ao seu redor, nada obstante alguns poucos avanços na marcha do seu delineamento pretoriano.

Registre-se que, em 2007, o Supremo imprimiu uma nova diretriz interpretativa para o instituto, dando margem a uma possível mudança de rumos na sua jurisprudência, numa clara tentativa de suplantar a linha de exegese ortodoxa [02].

Referimo-nos ao MI 708-0/DF, mediante o qual se concluiu que o mandado de injunção logra o caráter mandamental, e não simplesmente declaratório, cumprindo ao Poder Judiciário banir, no caso concreto, as conseqüências oriundas da inércia legislativa [03].

Mas não há dúvidas de que o instituto vem cumprindo, de modo inglório, o seu papel.

Até o momento, não conseguiu limitar a arrogância discricionária dos órgãos normativos, muito menos minorou o cancro das lacunas e das pressões político-jurídicas que acrisolam direitos de cidadãos inermes.

Não destruiu o rochedo de bronze da prepotência e do silêncio inconstitucional. Oxalá, nos anos vindouros, não caia, completamente, em desuso, dado o enorme descrédito que grangeou em torno de si.

3. Quando o provisório pretende ser definitivo

O uso da medida provisória deu ensejo a figura teratológica de uma ordem jurídica definitivo-transitória, atravancando a pauta do Congresso Nacional, onde o "precário" pretende se transformar em "efetivo", pelo artifício da renovação de providências excepcionais que não chegam, sequer, a serem apreciadas.

4. Emendos e remendos que parecem não ter fim

Ao completar 20 anos, a Constituição de 1988 vem sendo alvo de sucessivas emendas e remendos constitucionais, que se dividem em 3 fases distintas:

- primeira fase (anterior à revisão do art.3º, do ADCT) – 4 emendas;
- segunda fase (à luz da revisão do art.3º, do ADCT) – 6 emendas;
- terceira fase (posterior à revisão do art.3º, do ADCT) – 56 emendas;

A soma desses números é 66, perfazendo a média aproximada de 3 emendas constitucionais por ano.

No panorama do constitucionalismo contemporâneo, não se tem notícia de alguma Constituição mais emendada e remendada do que a nossa.

Aliás, se regressarmos no tempo, veremos justamente o contrário, ou seja, a preocupação de se proibir reformas e mais reformas.

Foi o que fez a Carta do Império brasileiro de 1824, que vedou a sua modificabilidade durante os seus primeiros 4 anos de vida (art.174), sem falar da Constituição Indiana de 1916, que só admitiu ser reformulada de 12 em 12 anos.

Bastante curioso foi o modelo adotado pela Constituição Polonesa de 1921, que, mesmo permitindo a sua reforma a qualquer tempo, prescreveu que o Senado deveria revisá-la de 25 em 25 anos (art.125).

Não nos compete, nessa hora, tecer maiores comentários quanto aos limites temporais do poder reformador, tampouco adentrar no mérito de cada uma das 66 emendas constitucionais, produzidas ao longo dos últimos anos de vigência da Constituição brasileira de 1988.

Apenas queríamos lembrar que alterar a Lei Maior é diferente de modificar o estatuto de uma associação, de um condomínio ou de uma agremiação qualquer. Também é algo diverso dos balanços anuais que as lojas fazem para saber se a mercadoria teve saída ou ficou no estoque.

Reformar a Carta Maior é deparar-se com as aspirações populares, com os anseios por dias melhores, com os desejos fundamentais da comunidade. Por isso, há parâmetros a serem seguidos, e, sobretudo, respeitados.

Trata-se de uma faculdade excepcional, extraordinária, do contrário a competência reformadora – exercida pelo poder constituinte derivado – transmutar-se-ia em potência criadora – desempenhada, tão-só, pelo poder constituinte originário.

Evidente que, no Brasil, os titulares da competência reformadora apenas se preocupam em fazer reformas. Pouco importa o modo como elas devem ser concebidas.

Em nosso País, não se medita a respeito de três pontos básicos:

- (i) que é que se quer reformar;
- (ii) que é que se deve reformar;
- (iii) que é que, presumivelmente, se pode reformar.

Ora, Constituição é meio e não fim.

Não podemos alimentar a ilusão de que a força operante das normas constitucionais podem evoluir a conjuntura social.

A situação é outra: os preceitos constitucionais servem para ordenar a realidade circundante a depender da interpretação que se lhes atribuem.

Todavia, não são modificações formais, inoportunas e inviáveis, com promessas teóricas de fácil equacionamento, que trarão uma suposta 'felicidade nacional'.

O Brasil seria o lugar mais evoluído da terra se tomássemos como parâmetro a ambudância de mudanças constitucionais formais.

A propósito, se algum estrangeiro, dotado de inteligência, aportasse em plagas brasileiras, sendo desconhecedor da realidade nacional, e decidisse analisar a vida constitucional pátria, pelo que está escrito na Constituição de 1988, ficaria sobremodo estarrecido com o elevado grau de maturidade que conseguimos alcançar. Bastaria ler o art.170, relacionado à ordem econômica e financeira, para chegar à constatação de que o nosso ordenamento supremo prestigia a valorização do trabalho humano, assegurando a todos existência digna. Ficaria, sobremodo, embevecido, vendo o pleno emprego garantido, o meio ambiente tutelado, sem falar da redução das desigualdades regionais e sociais. E tudo isso conforme ditames de justiça social!

Sabemos que nada disso existe. Aliás, nunca existiu. Talvez, jamais exista.

Todas essas ilusões constitucionais afiguram-se plenamente inócuas, porquanto não desempenham efeitos concretos, não se materializam na vida diária dos homens.

A Constituição perde o seu prestígio, o sentimento constitucional fica frustrado.

Ninguém leva a sério a Lei das Leis. Ela passa a ser vista como uma simples portaria, como um baú de quinquilharias !!!

Isso não é exagero.

Basta ver que, no Brasil, não faltaram textos constitucionais. Ao contrário, o excesso predominou nesse campo. Em pouco mais de 100 anos de República tivemos 8 Constituições, numa média de uma Constituição a cada 20 anos.

Quanto à Carta de Outubro – a mais pródiga que já tivemos – ela é um exemplo eloqüente de que não basta "colocar no papel" um determinado programa constitucional para ele se realizar.

Nos dias vindouros, certamente, "colocarão no papel" mais e mais reformas. E, no decorrer do tempo, não nos assustemos com a "reforma dessas reformas".

Aliás, a praxe de se "reformular reformas" é corriqueira no Brasil. O exercício da competência reformadora é a toque de caixa.

Parece uma corrida. Quanto mais rápido a emenda sair, melhor é. Esquecem-se que mexer na Constituição é problema técnico, e não apenas político, porquanto não se trata de uma matéria meramente contábil, financeira ou orçamentária, mas, sobretudo, jurídica.

5. Na senda das "subconstituições"

Talvez seja esse o momento de nos lembrarmos da figura notável de Hild Krüger, primus inter pares dos constitucionalistas germânicos de seu tempo.

Krüger ensinou que as constituições só devem trazer aquilo que interessa à sociedade como um todo, sem detalhamentos inúteis [04].

A praxe de se incluir uma gama infindável de assuntos nas Constituições, a ponto de se falar em constituição econômica, constituição social, constituição biomédica, é algo injustificável, porque gera um totalitarismo constitucional.

Constituição, a rigor, é somente aquilo que diz respeito à comunidade, à nação e ao sistema político.

O resto não se pode considerar constituição do Estado, no sentido exato da palavra, porque foi fruto dos interesses de certos grupos, que, num determinado estágio de evolução do País, acreditaram que o simples ato de se consagrar autorizações constitucionais seria o bastante para o cumprimento de todas as promessas formuladas.

Esse equívoco mereceu de Krüger severas críticas. Explicou que o excesso de temas constitucionalizados formam as Constituições Subconstitucionais ou, simplesmente, Subconstituições.

As Subconstituições podem ser definidas como um conjunto de normas que, mesmo elevadas formalmente ao patamar constitucional, não o são, porque encontram-se limitadas nos seus objetivos. Demonstram preocupações momentâneas, interesses esporádicos, próprios do tempo em que foram elaboradas.

Em geral, as Subconstituições não servem para o futuro, pois já nascem divorciadas do sentido de estabilidade e perpetuidade que devem encampar o ato de feitura dos documentos supremos que pretendem ser duradouros.

Revelam uma espécie de Constituição de necessidade, algo contrário àqueles textos normativos que consagram um poder geral em branco, responsável pela adaptação dos problemas concretos ao dever ser das prescrições jurídicas, sem a necessidade de se explicitarem autorizações constitucionais.

6. Direito Constitucional Judicial

Mas, à margem de tudo isso, houve algo bastante salutar: o direito constitucional brasileiro transformou-se numa fonte rica de discussões de todo jaez, motivando debates, teses e antíteses, com o prenúncio de algumas sínteses.

Deveras, a minudente e retaliada Carta de 1988 ensejou discussões sobre situações constitucionais nunca antes imaginadas, muitas das quais discutidas no Supremo Tribunal Federal.

Eis algumas:

- definição do núcleo conceitual do crime de racismo – a Corte, por maioria de votos, concluiu que a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo, que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista [05];

- interrupção da gravidez por anencefalia – a problemática da anencefalia chegou ao Pretório Excelso mediante Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com pedido de medida liminar, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Inicialmente, o Ministro Relator concedeu o pedido cautelar, mais tarde cassado, entendendo que "a vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero" [06];

- constitucionalidade da lei de biosegurança – as experiências com células-tronco embrionárias teve a sua constitucionalidade submetida ao crivo da Corte Excelsa, cujas discussões foram interrompidas por um pedido de vista [07]; e

- fidelidade partidária – a tese da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária foi preconizada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal Superior Eleitoral, os quais vivificando a Carta de Outubro, num autêntico exercício de construção constitucional, sacou das entrelinhas constitucionais a referida hipótese, cujo resultado culminou com o advento da Resolução nº 22.610 do TSE.

Poderíamos lembrar, ainda, de muitos outros temas relevantes, apreciados pelo Supremo Tribunal, a exemplo do início do uso da repercussão geral e do petição eletrônico, da edição das 3 primeiras súmulas vinculantes e da aplicação, no serviço público, das normas que regem o direito de greve no setor privado.

Todas essas situações constitucionais, apreciadas e julgadas pelo Pretório Excelso, deram margem àquilo que chamamos de Direito Constitucional Judicial [08].

É que, durante muito tempo, os professores nem sequer se referiam às decisões judiciais nas salas de aula. Vislumbravam-nas com certo desdém.

Acreditavam que seria metodicamente empobrecedor trazer ao debate acadêmico a produção de juízes e Tribunais. O paradigma formativo cingia-se, tão-só, a teorias

abstratas, calcadas num suposto saber sábio de um Direito Constitucional de Professores.

O tempo mostrou o desacerto dessas diretrizes, porque o conhecimento ex cátedra, reduzido ao abstracionismo, renega problemas humanos e sociais, propiciando uma fuga para o céu de noções alheias à realidade pulsante dos ordenamentos.

Mas esses padrões estruturais expositivos mudaram. Ao lado das teorias políticas da justiça e das teorias críticas da sociedade, somou-se aquilo que poderíamos chamar de jurisprudencialização do saber constitucional. Estados Unidos da América, França, Alemanha, Itália, Espanha e Portugal aderiram a essa transmutação jurisprudencial do Direito Constitucional.

No Brasil, já estamos vivendo essa fase. As decisões do Supremo Tribunal Federal têm merecido grande destaque, sendo nítida a destronização do Direito do Estado, em sua feição pura, pelo Direito Constitucional Judicial.

Mas cumpre-nos ponderar que, como tudo na vida, o Direito Constitucional está sujeito a modas.

Daí falarem em novo Direito Constitucional e, até, em novíssimo Direito Constitucional, que nada mais são que experiências constitucionais de maior ou menor duração, aquilo que os americanos chamam de experiência de living constitution.

O importante de tudo isso é estar sempre atualizado à luz desse neoconstitucionalismo, preocupado em dissecar os problemas da sociedade globalizada, técnica, informativa, materialista e de risco em que vivemos.

As discussões gravitam, basicamente, em torno dos fenômenos da biotecnologia, biótica, inseminações, clonagens, criogenia de seres humanos, alimentos transgênicos, nanotecnologia (ciência que estuda a milionésima parte do metro), dentre outros temas relacionados à erupção de novos direitos e deveres, dantes não contemplados.

O New Constitutionalism propõe uma reavaliação de conceitos clássicos, a fim de adequá-los aos novos tipos organizatórios de comunidades supranacionais, a exemplo da União Européia, do Mercosul e da Nafta.

Em breve, as discussões travadas em todo o mundo globalizado girarão em torno do multilevel constitutionalism, dando lugar aos debates sobre interconstitucionalidade, interculturalidade e constitucionalismo eletrônico.

7. Evocando Bastos Tigre

O que ocorrerá nos próximos anos?

Qual o destino da Constituição de 1988?

Que paradigma seguir?

Face a tais perguntas, a esperança, que nunca deserta da vida, faz voltarem-se os olhos para a nova geração de advogados brasileiros.

O advogado é a antena supersensível da Justiça, porque seu mister envolve, a um só tempo:

- arte — de dizer o óbvio para quem não quer entender a obviedade;
- política — disciplina da liberdade dentro da ordem;
- ética — exercício de virtudes contra a tentação; e
- ação — luta intransigente na defesa de direitos e prerrogativas.

Por tudo isso, a figura do advogado é uma esperança, pois só de sua energia e lucidez poderemos sacar o resgate de nossa sociedade.

Haverá razões para alimentar essa esperança?

A resposta está em Manoel de Bastos Tigre [09], em seu "A vitória da vida":

Pobre de ti se pensas ser vencido!

Tua derrota já é caso decidido.

Queres vencer, mas como em ti não crês,

Tua descrença esmaga-te de vez.

Se imaginas perder, perdido estás.

Quem não confia em si. Marcha para traz.

A força que te impele para frente é a decisão firmada em tua mente.

Muita empresa esboroa-se em fracasso inda antes do primeiro passo.

Muito cobarde tem capitulado antes mesmo de haver a luta começado.

Pensa em grande e teus feitos crescerão;

Pensa em pequeno e irás depressa ao chão.

O querer é o poder arquipotente, é a decisão firmada em tua mente!!!

Notas

1. Otávio Mangabeira. Injustiça social e fome. Salvador, s/d.
2. STF – MI 164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, DJU, de 24-10-1989.
3. STF, MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão de 27-9-2006. Registro: Ao concluir pela aplicabilidade da lei de greve do setor privado aos servidores públicos, o Min. Celso de Mello, após demonstrar o equívoco da jurisprudência que se formou no Supremo Tribunal, a partir do julgamento do MI 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves (RTJ, 133:11), ensinou que o entendimento restritivo da categoria não pode mais prevalecer, sob pena de se esterelizar a importantíssima função político-jurídica para a qual foi concebido (STF – MI 708-0/DF – Pleno – Rel. Min. Gilmar Mendes, voto do Min. Celso de Mello, Decisão: 19-9-2007).
4. Hild Krüger, Subkonstitutionelle Verfassungen, DÖV, 1973.
5. Racismo — abrangência: "Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma" (STF, HC 82.424/RS, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, Clipping do DJ de 19-3-2004).
6. STF, ADPF 54-MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão de 1º -7-2004, DJU de 2-8-2004.
7. STF, ADI 3510, Rel. Min. Carlos Britto, 2008.
8. Uadi Lammêgo Bulos, Curso de Direito Constitucional, 2.ed. rev. e atual. São Paulo, Saraiva, p. XLVI.
9. Manoel de Bastos Tigre foi poeta, jornalista, compositor, teatrólogo, humorista, publicitário, engenheiro e bibliotecário. Nasceu em Recife a 12-3-1882, falecendo em 2-8-1957, no Rio de Janeiro (RJ). Filho de Delfino da Silva Tigre e Maria Leontina Bastos Tigre, estudou no Colégio Diocesano de Olinda (PE), onde compôs os primeiros versos.

* Professor de Direito Constitucional. Doutor e Mestre em Direito do Estado - PUC/SP. Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Constitucional (SBDC). Autor da "Constituição Federal Anotada" (8. ed., Saraiva, 2008) e do "Curso de Direito Constitucional" (2. ed., Saraiva, 2008), dentre outras obras.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11798>> Acesso em: 06 out. 2008.