

DE 1824 A 1988: UMA ANÁLISE SOBRE O TEXTO CONSTITUCIONAL E SUA PROLIXIDADE NA GARANTIA DE MATÉRIAS INFRACONSTITUCIONAIS

FOR 1824 THE 1988: AN ANALYSIS ON THE CONSTITUTIONAL TEXT AND ITS PROLIXITY IN MATTERS OF WARRANTY INFRA

Marta Ribeiro de Almeida*

Pedro Henrique Bottizini**

*A dignidade humana está em vossas mãos: Conservai-a.
Friedrich Von Shiller (1789)*

RESUMO

O presente estudo tem por escopo uma abordagem sobre a Constituição de 1988 e as demais antecedentes, analisando a origem e alguns dos seus aspectos marcantes desde 1824 até 1988, com breve análise do período histórico de cada uma delas. Analisa ainda a violação dos direitos humanos proporcionada pelo amargo legado deixado pela ditadura militar. Propõe um estudo no que tange à prolixidade e rigidez do texto constitucional vigente e a necessidade de ter garantia tanto em matéria constitucional como infraconstitucional. Sustenta, pois, a relevante necessidade de aplicação dos métodos de interpretação constitucional, respeitando a mutação do corpo social. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo com pesquisa na Constituição da República Federativa do Brasil e fontes bibliográficas na doutrina nacional.

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Imperatriz – FACIMP. Correspondência/ *Correspondence to*: Rua Ceara, 1600, apto 202, bloco 1, Residencial Minas de Prata, Bairro: Nova Imperatriz, Imperatriz/MA, CEP: 65.901-610. E-mail martaribeiro22@hotmail.com. Telefone: (98) 981371033.

** Professor de Direito, mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo, Araçatuba, São Paulo, Área de concentração: Prestação Jurisdicional no Estado Democrático de Direito; linha de pesquisa em Tutela Jurisdicional dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho com formação para magistério superior pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Correspondência para/*Correspondence to*: Rua Mato Grosso, 26, apto. 504, Bairro: Três Poderes, Imperatriz/MA, CEP: 65903-050. E-mail: pedrobottizini@hotmail.com. Telefone: (99) 99191-1133

Palavras-chave: Constituição. Ditadura militar. Constitucionalização do direito.

ABSTRACT

The scope of this study is an approach to the Constitution 1988 and other reports Constitutions, analyzing the origin and some of its salient features since 1824 until 1988 with a brief analysis of the historical period of each one. It also examines the violation of human rights provided by the bitter legacy of the military dictatorship. Proposes a study regarding the prolixity and stiffness of the Magna Carta and the current need for collateral both in constitutional matters as *infra*. Holds, therefore, the relevant need for applying the methods of constitutional interpretation, respecting the mutation of the social body. Thus, the deductive method to research the Constitution of the Federative Republic of Brazil and bibliographic sources in the national doctrine was used.

Keywords: Constitution. Military dictatorship. Constitutionalization of the law.

INTRODUÇÃO

60 Este estudo levanta o propósito de apresentar a Constituição que figura como elo e engrenagem entre o Estado e o corpo social. Enfocar a relevância e abrangência dos direitos fundamentais constituído no ramo de Direito Público, voltando a atenção para um estudo das normas que integram a Constituição, entre elas, as *infraconstitucionais* postas na Constituição de 1988 em virtude do período histórico.

O direito constitucional, em síntese, é o ordenamento supremo do Estado e estuda a estrutura organizacional de governo e o regime político. Contempla regras que estabelecem, transmitem e exercem autoridade pública como o estabelecimento dos poderes supremos, o direcionamento de competências e a garantia dos direitos individuais e sociais.

O termo constituição alcança uma série de significados, por exemplo, o modo de ser das coisas em sua essência e qualidade. Todavia, o objeto do presente estudo é a Constituição Política do Estado.

Adjetivar a Constituição como rígida é dizer que nela se exige um procedimento diferenciado e peculiar, estabelecido pelo poder constituinte originário; são normas acima de todas as outras manifestações do direito e para as quais não há possibilidade de derrogação ou revogação. Vale externar que, diferentemente de um Estado dotado de Direito Consuetudinário, e de Constituição flexível como é o caso da Inglaterra, no país onde prevalecem a rigidez constitucional e o princípio da supremacia constitucional, novas leis não têm força para revogar o *status quo* de matéria constitucional.

É interessante notar que a rigidez da matéria de ordem constitucional desencadeia o princípio da supremacia constitucional que, *ipsis litteris*, significa que todas as demais normas devem estar em consonância com a Constituição, caso contrário serão inválidas ou declaradas inconstitucionais.

Dessarte, sendo a Constituição rígida, hierarquicamente superior às demais normas infraconstitucionais, imutável; contendo inclusive cláusulas pétreas, constata-se a necessidade de melhor interpretação e aplicabilidade do direito visto que a sociedade evolui e o direito carece de acompanhar essa metamorfose social. Todavia, o parâmetro para a construção de todos os atos normativos deve respeitar os princípios e regras constitucionalmente previstos.

O QUE É CONSTITUIÇÃO?

Uma complexão de normas e princípios fundamentais de hierarquia suprema que, concatenados, visa regulamentar as normas organizacionais, estruturais e mantenedoras do Estado de Direito. *Lato sensu*, é um ato de constituir. Um conjunto de normas jurídicas, compondo, dessa maneira, um organismo vivo. A força constitucional é capaz de limitar o governo, possibilitando, assim, a garantia dos direitos fundamentais em uma dimensão política e social. Constituição, em sentido jurídico, para José Afonso da Silva (2012, p. 29), é um complexo normativo exaustivo e sistemático, em que se estabelecem as funções fundamentais do Estado, a regulação de seus órgãos e o âmbito de suas competências; é pois, um sistema de normas. Nas palavras de Bonavides, o conceito material de Constituição assim estabelecido:

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição a ao funcionamento da ordem política exprime o aspecto material da Constituição. [...] desse aspecto, não há Estado sem Constituição, Estado que não seja constitucional, visto que toda sociedade politicamente organizada contém uma estrutura mínima, por rudimentar que seja (BONAVIDES, p. 34, 2013).

O fenômeno Constituição é milenar, remonta preocupação desde o mundo antigo até a contemporaneidade. A ideia de constituição que se tem hoje é aquela herdada das Revoluções Burguesas: a Revolução Gloriosa Inglesa e a Revolução Francesa, já no século XVIII. Os parisienses deixaram um marco inexaurível para todo o Ocidente, de sua força política primordial estimulada a se desenvolver no sentido da defesa do diálogo e dos direitos civis. O anseio antiabsolutista das revoluções em comento acabou por atrelar, ainda que involuntariamente, a ideia de Constituição à de revolução. Foi preciso uma revolução, uma “Queda da

Bastilha”, para que o povo mostrasse sua força e, a partir daí, a transformação social; uma nova ordem hasteada sob a égide de liberdade (econômica), igualdade (jurídica) e fraternidade (política). Com a queda do Estado Absolutista renasce o conceito de Estado, Poder e Direito.

A tripartição dos poderes que o constitucionalismo tem como pequeno clarão é o alicerce da Constituição, poder que antes era uno e passa a ser dividido em três, cada qual com funções específicas: legislar, executar e julgar; assim, buscando incansavelmente evitar um retorno tórrido de flagelo político-social como o Estado Absolutista. Outro marco pertinente é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), direitos que foram negados por séculos, passaram a ser exigidos como imprescindíveis, ainda que implicitamente, a uma ideia de garantismo no conceito moderno de Constituição.

Nesse diapasão, decai a relevância do poder divino dos reis, poder uno, e passa a ter forma a soberania do povo, intrinsecamente, por meio de um contrato social coincidindo com a ideia de constituição escrita. Concebe-se na era moderna um ordenamento jurídico, surgindo, a partir de então, as constituições liberais, formais e cidadãs; oriundas de manifestações do poder constituinte originário sendo, dessa maneira, signatárias do Estado de Direito.

A CONSTITUIÇÃO DE 1824

A história do constitucionalismo no Brasil coincide com grandes transformações do próprio Estado. O início deste constitucionalismo foi marcado pela violação dos direitos da sociedade de participar no processo, tanto que a Assembleia Constituinte, com ideias liberais, convocada pelo Imperador em 1823, fora dissolvida por ele mesmo, culminando, assim, na outorga da Constituição de 1824 por Dom Pedro I. Mesmo embrionária de um processo *mala fide*, à sombra de um absolutismo já derrotado na Europa, a Constituição de 1824 vigorou por 67 anos – a mais duradoura de toda a história do Brasil até hoje. A Constituição Política do Império do Brasil fora notadamente marcada pelo centralismo administrativo e político, com uma particularidade inusitada não prevista por Montesquieu na divisão dos poderes: um Poder Moderador. Além dos poderes legislativo, executivo e judiciário, a Majestade Imperial introduziu na Constituição uma função moderadora. Nesse sentido, Marcelo Vicente apud Oliveira Viana comenta:

[...] realmente, criando o Poder Moderador, enfeixado na pessoa real, os estadistas do antigo regime armam o soberano de faculdades excepcionais. Como Poder Moderador, ele age sobre o Legislativo pelo direito de dissolução da Câmara, pelo direito de adiamento e de convocação, pelo direito de escolha, na lista tríplice, dos senadores. Ele atua sobre o

poder judiciário pelo direito de suspender os magistrados. Ele influi sobre o poder executivo pelo direito de escolher livremente seus ministros de Estado e livremente demiti-los. Ele influi sobre a autonomia das províncias. E, como chefe do poder executivo, que exerce por meio de seus ministros, dirige, por sua vez, todo o mecanismo administrativo do País (PIMENTA, p. 53-54, 2007).

Diante do exposto, é possível notar que o Poder Moderador foi o ícone mais importante para manter a organização política exercida de forma privativa pela Dinastia do Brasil Império. O intento era assegurar a recente independência e prover o equilíbrio equalizando os demais poderes.

No período em tela, é possível apontar relevantes transformações, como a divisão territorial pela qual as outrora capitânias passaram a ser províncias subordinadas ao Poder central. O Poder Legislativo era exercido por duas Câmaras: uma de deputados e outra de senadores. No que tange ao Executivo, exercido pelo Imperador, todavia por intermédio dos Ministros do Estado, depois de 1831, quando da abdicação de D. Pedro I, o Brasil teve quatro Regências e, a partir de 1841, o monarca herdeiro do trono, D. Pedro II, assumiu o poder. Quanto ao Judiciário, era independente e exercido por juízes e jurados, em que a lei era aplicada pelos juízes e os jurados eram encarregados de argumentar sobre a situação fática.

A Constituição de 1824 é classificada como semirrígida, necessitando de um procedimento mais dificultoso e solene para possibilitar a alteração de determinadas normas. Como referido anteriormente, as Revoluções Burguesas contribuíram na perspectiva de uma constituição liberal no Brasil, tanto que nela continha previsão de direitos civis e políticos, desencadeando declarações de direitos e garantias nas constituições que sucederam a de 1824. Ainda que sintetizado, é impossível não trazer à baila que, embora o País tivesse uma Constituição com previsão de direitos civis, paradoxalmente perdurava a melancólica e forçada manutenção da escravidão; o que se figura em uma grande dicotomia quanto ao tratamento dado à pessoa; pois, ao mesmo tempo era proibida constitucionalmente a prisão arbitrária.

A CONSTITUIÇÃO DE 1891 – A PRIMEIRA DA REPÚBLICA

A Constituição de 1891 inaugura o lugar de primeira da República dos Estados Unidos do Brasil e, desta vez, promulgada pelo Poder Constituinte. É marcada pelo fim do unitarismo e substituição da monarquia pela república. Houve a transformação de províncias em estado. O jurista Rui Barbosa teve seu papel em evidência em todo o processo de elaboração constitucional, contribuindo grandemente na criação do *habeas corpus* e no Controle de Constitucionalidade. Esta Constituição é reflexo de mudanças já preconizadas ao longo de décadas

com o desgaste da monarquia e foi especialmente lubrificada por sentimento republicano e federalista. O rompimento entre cetro e cajado desvincula Estado e Igreja, e o batismo deste novo Estado laico foi visivelmente externado pela inauguração do casamento civil. Mesmo com avanços políticos bem relevantes, este período ainda é marcado por muitas limitações, visto que predominou o domínio de classes da elite agrária. Foi extinto o poder moderador e os direitos e as garantias individuais estavam sob a égide da Constituição. O Brasil teve o poder central enfraquecido, mas isso não impediu o retrocesso político já que as forças oligárquicas, revezavam-se no poder, e também acabaram mantendo o país estagnado economicamente.

A CONSTITUIÇÃO DE 1934

Embora em vigor por pouquíssimo tempo, buscou o fortalecimento do Estado na esfera econômica e social. Inovou em trazer a previsão do mandado de segurança na defesa do direito certo do impetrante. É inegável a grande dicotomia desta Constituição em comparação à de 1891. Aqui, as preocupações sociais ganham enfoque e a Revolução Constitucionalista de 1932 acaba por operar mudanças tão almejadas, contando com uma inquietação e anseio de mudança no âmbito nacional. Um marco pertinente a ser apontado é a permissão do voto feminino, mas ainda com caráter discriminatório, uma vez que, o voto era obrigatório para um grupo específico de mulheres, o de funcionárias públicas; sendo que para as demais, o voto permanecia proibido. Também foi nesta Constituição que se falou em educação, proteção à família, previdência social, legislação trabalhista e, aqui, com garantia e autonomia sindical. Entretanto, ao mesmo tempo em que a Constituição de 1934 trazia elementos liberais, também carregava tendências intervencionistas do Estado na economia, uma clara dubiedade que pouco depois resultou no Estado Novo de Getúlio. Nesse sentido, é necessário servir-se das palavras do professor Bonavides:

[...] A Carta é uma colcha de retalho, em que pese seu brilhantismo jurídico e sua lição histórica. Princípios antagônicos (formulados antagonicamente, inclusive) são postos lado a lado. Eles marcam duas tendências claramente definidas, dois projetos políticos diversos. Um deles havia de prevalecer. O que efetivamente aconteceu: sobreveio a ditadura Getulista a partir de 1937 (BONAVIDES, p. 320, 1991).

A CARTA POLÍTICA DE 1937

A Carta outorgada de 1937 teve dispensada sua representação popular constituinte; considerada por alguns críticos como a primeira outorgada, uma vez que a assembleia constituinte de 1824 foi dissolvida depois do texto pronto, sendo aproveitado em quase a sua totalidade. A “Polaca”, que também sofreu

sérias influências do fascismo de Mussolini, usou o pretexto de proteção da estabilidade econômico-financeira para um golpe de Estado. Essa outorga fora promovida por Getúlio Vargas, em um regime ditatorial nominado de Estado Novo. Esse período é marcado por um trágico rompimento com o texto constitucional liberal de outrora, ficando em ênfase a centralização política e administrativa concentrada no executivo; restando a cargo do Presidente da República ampla discricionariedade. O Parlamento e os partidos políticos foram deixados à margem e até mesmo as organizações sindicais eram estimuladas ao corporativismo, evidenciando sobremaneira a influência já mencionada do fascismo. Assim, a Constituição que previa liberdades individuais e segurança não alcançou efetividade nem teve aplicação regular. O *modus faciend* da Carta resultou bem diferente do *modus agend*.

A CONSTITUIÇÃO DE 1946

Depois de quase uma década, o Estado Novo desmorona com a força de um movimento nacional, e a Assembleia Constituinte promulga a Constituição de 1946. Em um mundo pós-guerra, o Brasil buscava caminho em direção à redemocratização. Esta Constituição remonta a algumas ideias da Constituição de 1934. Conforme preceitua Kildare Gonçalves Carvalho, cabe ressaltar alguns pontos importantes:

(...) o bicameralismo foi restabelecido; a figura do Vice-Presidente da República foi restaurada, cabendo-lhe ainda a função de presidir o Senado Federal; houve expansão dos Poderes da União, em detrimento dos Poderes dos Estados; na ordem econômica e social, a propriedade foi condicionada ao bem-estar social; introduzindo-se título novo referente à família, educação e cultura; no âmbito do Poder Judiciário, foram previstas a Justiça do Trabalho e o Tribunal Federal de Recursos (CARVALHO, p. 531, 2011).

Também foi conferida a esta Constituição declaração de direitos individuais em uma maior extensão e de forma mais rica em detalhes. Tecnicamente e até do ponto de vista ideológico, esta é vista como uma das melhores constituições, pois consegue abertura tanto no campo político como no social. Entretanto a Assembleia Constituinte foi eleita por apenas 15% da população, restringindo a percepção popular quanto à Constituição de 1946 como um instrumento de mudança.

Fatores de ordem diversa culminaram, de certa maneira, na queda do governo de João Goulart, herdeiro político de Getúlio. O movimento operário, o fortalecimento dos sindicatos, o movimento das ligas camponesas, a reforma agrária, uma política desenvolvimentista autônoma, tudo isso associado ao populismo, impossibilitava impedir um golpe de estado, o que veio a ocorrer em

1964. Um movimento revolucionário se instalou quando João Goulart foi acusado de servir ao comunismo internacional. Os militares do Supremo Comando da Revolução baixaram o primeiro Ato Institucional com inúmeras restrições à democracia, inclusive excluir da apreciação judiciária os atos decorrentes.

Embora o Regime Militar sustentasse que a Constituição de 1946 continuava a vigor, esta se encontrava desfigurada em sua essência desde o Ato Institucional I e os seguintes com a extinção dos partidos políticos, fato grave que descaracterizava sobremaneira aquela ordem constitucional. Os Atos Institucionais coagiram o poder constituinte. Nesse sentido, o professor Pedro Lenza leciona que:

[...] pode-se afirmar que a Constituição de 1946 foi suplantada pelo Golpe Militar de 1964. Embora continuasse existindo formalmente, o País passou a ser governado pelos Atos Institucionais e Complementares, com o objetivo de consolidar a “Revolução Vitoriosa”, que buscava combater e “drenar o bolsão comunista” que assolava o Brasil (LENZA, p. 136, 2013).

A CONSTITUIÇÃO DE 1967 – O ESPÓLIO DA DITADURA MILITAR

66

A Constituição de 1967 seguiu em um trilho, de certa maneira, semelhante ao da de 1937 no que tange ao amplo poder conferido ao Presidente da República. O golpe militar acabou sendo também um golpe no federalismo, já que todo esse movimento tinha inclinação para um Estado unitário e centralizado. Teoricamente, nesta Constituição fora mantida a tríplice partição dos poderes, todavia, na prática o poder estava concentrado no executivo que se fortalecia ainda mais. Mais que isso, em determinadas matérias, apenas o Presidente da República poderia dar início ao processo legislativo, uma clara violação da tripartição dos Poderes.

Quanto à declaração de direitos, que em momento ulterior foram tutelados constitucionalmente, aqui, havia uma previsão descabida de possibilidade de suspensão de direitos políticos. A Junta Militar, com poderes exacerbados, utilizou-se de decretos-leis, leis delegadas e legislação de urgência para a adoção de eleição indireta para Presidente da República por um colégio membro do Congresso Nacional; suspendeu garantias da Magistratura por meio de Atos Institucionais; e, por mais estranho que pareça, a Justiça Militar passou a ter competência para processar e julgar crimes contra a segurança nacional.

Em 1968, a situação se tornou ainda mais grave com o Ato Institucional n. 5 (AI-5) a respeito do qual cabe lembrar as palavras do Kildare Gonçalves (2011, p. 535): ”paralisou o funcionamento da Constituição, aniquilou o princípio da independência e da harmonia dos Poderes, tudo submetido ao arbítrio e à vontade

incontrolável do Presidente da República, que converteu o regime presidencial em Ditadura Constitucional”.

É de grande relevo destacar pelo menos duas das atrocidades prevista no AI-5; 1) a suspensão da garantia de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular; 2) a exclusão de apreciação do Judiciário quanto a todas as ações praticadas consoante o AI-5 e os seus Atos Complementares, até mesmo nos seus efeitos; um violento desrespeito aos direitos fundamentais. Este momento ainda foi marcado pelo fechamento do Congresso Nacional mediante um Ato Complementar.

Com todas as agressões trazidas por este trágico momento de retrocesso, o texto constitucional acabou sendo descaracterizado e, em 1969, recebeu a inserção da Emenda Constitucional n. 1. Há constitucionalistas que entendem ser essa Emenda uma Constituição outorgada pela Junta Militar que, inclusive, chegou a assumir o poder e promoveu uma consolidação da EC n. 1/69 no texto constitucional de 1967. As mudanças políticas são evidentes, deixando óbvio que a EC n. 1/69 decorreu de um novo poder constituinte; com prerrogativas para constitucionalizar de maneira outorgada todos os Atos por eles já baixados, inclusive o AI-5. Este momento é marcado pela repressão, pelo sombrio silêncio social, pelo exílio e prisão de líderes sociais.

Até aproximadamente 1974, o país passou pelo fenômeno denominado “milagre econômico”, o que levou à percepção, de certa maneira e por mais improvável que fosse, de que o novo regime tinha pontos positivos, uma ideia errônea.

Tão frágil era economia que, no governo do General Emílio Geisel (1974 a 1979), uma forte inflação desencadeou uma preocupante crise econômica; nesse momento, o governo perdia força política e já temia a oposição. Um marco importante que cabe trazer à baila, já no final do governo do Médici, foi o chamado “pacote de junho de 1978”, um rol de medidas adotadas como a revogação total do temido AI-5 e a eliminação de alguns dos poderes presidenciais.

Ainda que com pouca força, era o começo de um longo processo de redemocratização do país. Na sucessão dessas medidas, vieram também a Lei da Anistia, em 1979 (para crimes políticos e conexos); a Reforma Partidária pondo fim ao bipartidarismo e regulamentando a pluralidade partidária; eleições diretas para governador de estado (1980). Em 1983, a PEC n. 5/83 propôs eleições diretas para Presidente e Vice-Presidente da República que, todavia, mesmo com força e apoio popular, não foi aprovada. Dada a situação, as eleições de 1985 ainda foram com voto indireto, pelo Colégio Eleitoral; porém, depois de mais de 20 anos de ditadura militar, um civil fora eleito: Tancredo Neves; pondo fim ao regime militar para o começo de uma nova ordem democrática e social.

Com a morte de Tancredo, antes mesmo de sua posse, o vice-presidente da mesma chapa, José Sarney, assumiu a Presidência da República e logo instituiu decreto para uma Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, com o objetivo de desenvolver pesquisas e estudos para colaborar com a futura Assembleia Nacional Constituinte.

A referida Comissão, conhecida por Comissão Afonso Arinos, teve seu texto final rejeitado por Sarney, pois trazia o parlamentarismo como sistema de governo, diminuindo, dessa maneira, os poderes do Presidente da República. Em cumprimento da EC n. 26/85, uma Assembleia Nacional Constituinte foi convocada e instalada com muitas dificuldades e visões políticas divergentes. Aqui, o professor Pedro Lenza, apud Barroso, traduz de forma sucinta aquele momento:

(...) além das dificuldades naturais, advindas da heterogeneidade das visões políticas, também a metodologia de trabalho utilizada contribuiu para as deficiências do texto final. Dividida inicialmente, em 24 subcomissões e, posteriormente, em 8 comissões, cada uma delas elaborou um anteprojeto parcial, encaminhando à Comissão de Sistematização. Em 25 de junho do mesmo ano, o relator desta comissão, Deputado Bernardo Cabral, apresentou um trabalho em que reuniu todos esses anteprojetos em uma peça de 551 artigos! *A falta de coordenação entre as diversas comissões e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foi responsável por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza. De outra parte, o assédio dos lobbies, dos grupos de pressão de toda origem, gerou um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo* (LENZA, p. 142, 2013), (grifo nosso).

É neste contexto que nasce a Constituição cidadã de 1988, uma constituição de princípios, de direitos fundamentais e de justiça social.

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 – CONSTITUCIONALIZAÇÃO E REDEMOCRATIZAÇÃO

Erro crasso crer que apenas uma constituição escrita é capaz de gerir e regular o Estado e todas as cobiças sociais. O que por vezes ocorre é a transformação do próprio corpo social que abandona a inércia e se move, impulsionando as mudanças e promovendo a evolução. O desejo utópico de mudança fez os constituintes deixarem de atentar para a estrutura organizacional da Constituição, o que resultou em sua prolixidade demasiada, tratando não apenas de matérias constitucionais, como também infraconstitucionais e, ainda, por vezes de forma desordenada.

A racionalização e a ideia de Estado laico percorreram lado a lado, por longo período, um só caminho, mantendo, portanto, uma noção fundamental de

igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Nesse sentido, é possível afirmar que a Constituição vigente seguiu nesse trilho, tendo como fundamento a dignidade da pessoa e a democracia, já que o maior anseio social era a redemocratização. É inegável que a intensa mobilização social impulsionou a constituição cidadã, uma evidente busca de tutela de e de garantia de direitos.

A Constituinte de 1987 fora, entre todas, aquela com maior quantidade de sessões, horas de trabalho e servidores envolvidos. Além disso, contou com uma ampla participação popular. Dessa maneira, inevitável que, em determinados pontos, houvesse conflito de ideias. O texto da Comissão adotou o sistema parlamentar de governo, o que poderia contrariar os postulantes ao cargo de Presidente da República, pois este teria seus poderes reduzidos. Essa querela foi dirimida em 1993 com o primeiro plebiscito no Brasil, cujo resultado foi a manutenção da república constitucional e do sistema presidencialista de governo (disposição do art. 2º do ADCT prevendo a realização do plebiscito).

Com a sedenta necessidade de romper com tudo o que se relacionasse com o regime militar, antes mesmo da convocação da constituinte, três correntes divergiam na elaboração do texto constitucional. A primeira corrente defendia a convocação de uma assembleia exclusiva e soberana. A segunda, de caráter mais conservador, inclinava-se por outorgar ao Congresso poderes para redigir uma nova constituição. Já a terceira corrente, segundo Kildare Gonçalves Carvalho (2011, p. 537), a vencedora inclusive, obteve a convocação de um Congresso Constituinte: o anômalo exercício do desempenho da função legislativa ordinária pelo órgão do poder constituinte.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, levando em consideração o Direito Comparado dos Estados Unidos, este tem uma Constituição minimalista, com menos de uma dezena de artigos e pouquíssimas emendas. É apenas um breve texto com direitos fundamentais e organização da soberania política nacional que se adapta ao dia a dia da vida pública por meio da jurisprudência. Com caráter rígido, é a primeira dos Estados Unidos, vigente desde 1787. A Constituição americana influenciou a Constituição Republicana brasileira de 1891, no que tange à instituição da federação e do princípio do governo presidencial.

A Constituição de 1988 é um texto rígido cujo conteúdo não pode ser modificado sem que haja um procedimento especial e de maior rigor. É escrita em sua totalidade e formal. Advém de promulgação, como já analisado anteriormente. É dogmática, elaborada pelo poder constituinte que sistematiza os dogmas e fundamentos do direito dominante daquele momento, no pensamento da sociedade. Diferente dos Estados Unidos, de Constituição concisa e sintética; a nossa é analítica, bastante prolixa, tratando de muitas matérias, inclusive de ordem não fundamental. A prolixidade, criticada por causar certa desordem no texto constitucional, todavia, é uma característica do neoconstitucionalismo que busca, na verdade, limitar ao máximo a livre atuação dos governos, tentando impedir o

possível tolhimento de liberdade e de garantias individuais que em ulterior momento foram tomados da sociedade. As constituições prolixas são aquelas que trazem objetos alheios à matéria constitucional propriamente dita. Trata-se de regulamentação que poderia ser abordada por legislação complementar, não incidindo, desse modo, no alargamento da Constituição. É o que ocorre com os direitos dos grupos intermediários que, agora constitucionalizados, contribuíram para tornar a Constituição ainda mais extensa.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INFRACONSTITUCIONAL

O direito constitucional trata da organização jurídica do Estado, fixa normas fundamentais e valida todo o sistema jurídico, assim, promove uma compactação de todos os outros ramos do direito público e privado. Como ciência, o direito constitucional implica a abordagem de um conjunto de métodos que significa o caminho que conduz adequadamente às suas atividades. O que se busca, na maioria das vezes, é conciliar a dimensão jurídica e política em uma mesma constituição. Porém, o que se nota é que, no constitucionalismo clássico, prevalece a dimensão jurídica; já no constitucionalismo social contemporâneo, o que prepondera é a política. Se uma dessas duas dimensões se sobressai, tomando o espaço da outra, acaba por dificultar a reflexão e a análise.

70

Depois da segunda metade do século XX, no pós-Segunda Guerra, começa a tomar forma um novo paradigma, de um Estado Social e Democrático. A Constituição passa a ser o ícone central jurídico, não apenas formal, mas também material e axiológica. Essa supremacia constitucional se exerce na medida em que todo o direito deve estar em consonância com o texto constitucional. A hierarquia é, de fato, exercida para, especialmente, garantir direitos fundamentais e sua essência: dignidade da pessoa; e o poder judiciário é legítimo para dar o parecer final sobre a constituição.

É por esse prisma que a Constituição de 1988 merece análise, não apenas na relação que outras matérias guardam com o direito constitucional, mas a própria constitucionalização de normas infraconstitucionais. O Brasil só veio a experimentar a supremacia constitucional tardiamente, a partir de 1988, depois de viver um terrível retrocesso causado pela ditadura militar. O professor Luís Roberto Barroso leciona que:

O discurso acerca do Estado Moderno atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou o Estado Liberal), a modernidade (ou o Estado Social), e a pós-modernidade (ou o Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiro de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos, e não entre certo e errado, justo ou

injusto; mansa com os ricos e dura com os pobres, chegando ao terceiro milênio atrasado e com pressa (BARROSO, p. 5, 2003).

Na redemocratização do Brasil, foi aclamada a volta do direito; a lei de hierarquia suprema expressando a vontade geral e institucionalizada. O compromisso com a efetividade das normas e o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional transformaram o Estado e redefiniram a posição da Constituição no ordenamento jurídico pátrio. O direito regulador de relações privadas ganhou um fracionamento; microssistemas que se dividiram para regular direito do consumidor, direito da criança e do adolescente, direito de família, tudo tutelado pela Constituição. Nesse sentido, a Constituição além de harmonizar a interpretação dos demais ramos do Direito, é também parâmetro para isso. Cabe trazer aqui, as palavras do Barroso:

Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. *A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob a ótica constitucional* (BARROSO, p. 44, 2003), (grifo nosso).

A expressão “constitucionalização do direito” significa que um assunto que poderia ser tratado por legislação ordinária passa, entretanto, a ser tutelado pela Constituição, ou seja, a reinterpretção do direito infraconstitucional é feita sob o crivo da Constituição vigente, em outras palavras, a interpretação jurídica geral é, antes de tudo, constitucional. A Constituição é o centro da força normativa que irradia por todo o sistema jurídico. Kildare Gonçalves Carvalho leciona que a constitucionalização do direito advém do neoconstitucionalismo e que:

A constitucionalização da ordem jurídica se acha presente, portanto, em vários ramos do Direito, cuja releitura se faz à luz da Constituição. O ordenamento jurídico, que não se restringe ao direito positivo, deve ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, uno, monolítico, centralizado, e a pluralidade de núcleos legislativos deve conviver harmonicamente com a ideia de unidade. Destarte, em razão da unidade que se tem como necessária à própria configuração do ordenamento jurídico, é que a interpretação desse processo deve ser feita à luz dos princípios constitucionais, com incidência direta das normas da Constituição sobre todo o sistema jurídico. No Brasil, a Constituição de 1988, que consagra valores materiais, como a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, dando-lhes forma jurídica, viabiliza a filtragem constitucional de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional (CARVALHO, p. 19, 2011).

Destarte, o direito infraconstitucional nos códigos, que regula as relações sociais sem aplicabilidade direta, desloca-se para a Constituição que, além de regular a estrutura básica do Estado, com força normativa respeitada, acima de tudo fortalece a jurisdição constitucional. Com tantas matérias que passou a tratar, tornando-se muito extensa e volumosa, a preocupação protetiva e a rigidez da Constituição de 1988 buscam, na verdade, a manutenção da paz social. Os grupos intermediários de convívio social como família, igreja, escola, minorias nacionais que hoje são tutelados pela Constituição, ou seja, constitucionalizados, por conseguinte, contribuíram para a sua prolixidade. Carvalho (2011) elenca alguns exemplos de constitucionalização do direito infraconstitucional:

No Direito Civil, anote-se, a sua constitucionalização refere-se ao fim da supremacia do marido no casamento, à plena igualdade entre os filhos, à função social da propriedade, à despatrimonialização e à responsabilização desse ramo do direito, em decorrência da irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento de valores e princípios constitucionais sobre os valores meramente patrimoniais nas relações jurídico-privadas, em âmbito, portanto, antes reservado à autonomia privada (CARVALHO, p. 19, 2011).

72

Nesse diapasão, outras disciplinas servem de exemplo, como o Direito Administrativo, em que a Constituição traz inúmeros princípios norteadores como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A Constituição não apenas tutelou garantias fundamentais, como também impôs ao legislador a criminalização de determinadas condutas e a proibição de criminalizar outras. No que tange ao Direito Processual Civil, Penal e do Trabalho, a constitucionalização culmina uma reinterpretação, revogação ou inconstitucionalidade das normas, até mesmo o incentivo para a elaboração de novas normas. Aqui, caber destacar o princípio do devido processo legal que tem grande repercussão nas áreas do mencionadas do direito. Ainda como exemplo de constitucionalização do direito é a natureza alimentar do salário que adquire nova dimensão, enfatizando o dever de proteção e efetividade do direito fundamental ao salário do trabalhador.

A constitucionalização do direito, de certa maneira, se divide em duas vertentes: evocando matérias infraconstitucionais para a proteção da Lei Maior; e promovendo uma releitura das questões valorativas e principiológicas; isso ocorre tanto em garantias individuais como também institutos jurídicos. Na primeira análise, serve de exemplo o direito de herança posto no art. 5º, XXX¹ e o direito autoral art. 5º XXVII². Embora tratado em lei outra do direito privado,

¹ CF/88. Art. 5º, XXX. É garantido o direito de herança.

² CF/88. Art. 5º, XXVII. Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

houve um chamamento para sua inclusão no texto constitucional. Já na segunda análise, a proteção de pequena propriedade rural está elencada no mesmo artigo, porém no inc. XXVI³, e no art. 226, § 6^o, o amparo se refere à dissolução do casamento por meio do divórcio.

No ordenamento jurídico pátrio, cabe destacar que o princípio da igualdade perante a lei é tratado duas vezes: no caput do art. 5^o⁵ e no inc. I^o do artigo em tela. O constituinte não se limitou a dizer apenas “todos são iguais perante a lei”, pois elenca uma segunda vez a inviolabilidade do direito à liberdade; essa dupla referência buscou frisar uma obrigação e o reconhecimento da força normativa na garantia da igualdade de todos perante a lei.

Nessa ótica, reitera-se que a constitucionalização de normas infraconstitucionais é um reexame, uma releitura de todo o ordenamento jurídico à luz da Lei Maior Fundamental. As normas infra se encontram em intensa metamorfose, sendo modeladas pela doutrina, jurisprudência e essencialmente pela interpretação constitucional. É sabido que a ascensão científica e política do direito constitucional no Brasil coincide com a reconstitucionalização e redemocratização do país, com o advento da Constituição de 1988, intensificando sobremaneira causa e efeito. Quanto ao surgimento da Lei Maior de 1988, Bonavides sabiamente discorre que:

A Constituição, como Lei básica, é o princípio formal a que todo cidadão pode e deve recorrer. Por isso, a Carta Magna não pode ser apenas um espelho da sociedade e de suas relações, mas deve expressar as aspirações e os ideais dos cidadãos, deve apontar sempre para que o conjunto dos indivíduos encare como o objeto último da vida em comum. Todos têm o direito de nos rebelar contra qualquer espécie de coerção e abuso de poder, em qualquer instância em que se manifestem: nossa arma chama-se Constituição. Ela é a resposta à exigência também de Montesquieu há mais de dois séculos: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (BONAVIDES, p. 483, 1991).

Salienta-se que o trabalho final que resultou na Constituição vigente fora um tanto heterogêneo. De um lado, inovou em trazer a garantia dos direitos

³ CF/88. Art. 5^o, XXVI. A pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

⁴ CF/88. Art. 226, § 6^o. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

⁵ CF/88. Art. 5^o. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

⁶ CF/88. Art. 5^o, I. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

fundamentais, inclusive no início do texto constitucional, e recuperou as prerrogativas da tripartição Poderes. Por outro lado, é inegável a proximidade do texto constitucional, não representando uma maturidade institucional; mas a busca de estabilidade democrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, o direito na busca incansável de atenuar os conflitos sociais vem ao encontro da noção concebida de constitucionalidade. O direito constitucional, como instrumento de estupenda necessidade na manutenção da ordem social democrática, apenas ganhou força a partir de 1988, desta maneira, arraiando todo o ordenamento jurídico, sobretudo na interpretação das normas infraconstitucionais à luz da Lei Maior Fundamental.

A definição de proximidade na língua portuguesa significa que algo é muito longo ou difuso, fastidioso e enfadonho; e é dessa maneira que se afigura o texto constitucional, pois é demasiadamente expansivo em garantias, todavia não tem efetividade plena. Sabiamente, o professor Bonavides leciona que:

As Constituições se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em consequência principalmente das seguintes causas: a preocupação de dotá-las de certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social (BONAVIDES, p. 96, 2013).

74

Os valores constitucionais se coadunam em princípios e axiomas para limitar a discricionariedade na elaboração das leis em geral e, por ora, impondo a realização de determinados direitos. O princípio mestre desta ordem é a dignidade humana, devendo ser respeitado em todas as situações abarcadas pela Constituição.

A garantia dos direitos fundamentais, especialmente tutelados, e a estabilidade democrática figuram como as maiores conquistas da Constituição de 1988. É inegável que esta seja a primeira com força normativa; mais do que isso, consegue transmitir ao brasileiro um sentimento de crença na atuação desta força normativa. É a Constituição democrática mais duradoura da história nacional. Isso é um avanço. É importante esclarecer que, evidentemente, há muito ainda a ser feito, o direito e o constitucionalismo não podem ser os únicos instrumentos de evolução e melhoria do corpo social.

Além da desordem estrutural na elaboração da Constituição, fruto do seu tempo, há outras vicissitudes crônicas no Brasil que precisam ser superadas. A maior delas é a desigualdade; esta se encontra na política, em que infelizmente

perduram “currais eleitorais”, uma herança histórica; na economia e, até mesmo, uma desigualdade filosófica. O “jeitinho brasileiro”, que faz parecer ser mais vantajoso um privilégio do que um direito, infelizmente permanece. Porém precisa todas essas vicissitudes precisam ser superadas em um desafio a ser enfrentado por todos como exercício de cidadania e, sem dúvida, coberto de valores éticos.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 18. ed. São Paulo: Rideel, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *A interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BONAVIDES, Paulo (Paes de Andrade). *História constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.
- FELIPPE, Donaldo J. *Dicionário jurídico de bolso*. 20. ed. Campinas: Millennium, 2010.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa*. Marina Baird Ferreira (coordenação de edição). 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

