



## OS VINTE ANOS DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: HÁ ALGO A SER COMEMORADO?

---

**André Vicente Pires Rosa**

Doutor pela Universidade Autônoma de Madrid, Professor da UFPE e Juiz de Direito do Estado de Pernambuco

Algumas datas são particularmente especiais, outras são convencionalmente aceitas como datas a serem comemoradas. Os vinte anos da Constituição da República, promulgada em 05 de outubro de 1988, parece ser um daqueles aniversários que as pessoas sentem um *dever* de comemorá-lo. Mais do que ser algo espontâneo, parece haver uma espécie de imposição no sentido de que não podemos “deixar a data passar em branco”. Indagamo-nos: enquanto todos os países civilizados e democráticos valorizam demasiadamente suas constituições, como nós não haveremos de fazer uma “festa” quando a nossa completa duas décadas de existência? Como não comemoraremos? Como esqueceremos tão gloriosa data?

Mas ao mesmo tempo, aparece uma triste, incômoda e indesejável pergunta: vamos comemorar exatamente o quê? Ou, talvez, um outro modo mais preciso de formular a pergunta seja: o quê exatamente nisso que nós chamamos de Constituição vamos comemorar?

Essa pergunta é pertinente em virtude da crítica muito freqüente relativa à ineficácia jurídica e política da Constituição. Parece não haver muita dúvida de que nossa Carta da República não é levada a sério como seria devido e não recebe o tratamento, seja por parte do Poder Público, seja da sociedade, que a “norma suprema do ordenamento jurídico” merece. Para que se chegue a essa conclusão não é necessária a realização de qualquer pesquisa empírica ou de profundos conhecimentos que possam ser trazidos pela Sociologia Jurídica. É suficiente que se observe ao menos seis aspectos: a) a quantidade de normas da Constituição que não são eficazes por falta de outras normas necessárias à sua respectiva eficácia; b) a falta das condições materiais que são imprescindíveis à realização dos comandos normativos positivados; c) a quantidade de emendas sofridas pela Constituição; d) o desconhecimento dos conteúdos inscritos na Constituição por parte de considerável parcela da população; e) o fato de que certas normas prometem realidades muito distantes daquela em que vivemos e de difícil exeqüibilidade; e f) o evidente descompasso entre o que dispõe a Constituição e a atuação daqueles que devem

operar seus comandos.

Portanto, a partir dessas percepções, é perfeitamente razoável que a pergunta, antes mencionada, seja formulada. Ela não se dá, pois, por acaso. Talvez para o senso comum a conclusão fosse óbvia: não há o que comemorar, ou, para ser menos taxativo, não há muito o quê comemorar.

É evidente que o nascimento da Constituição de 1988 era algo desejado por muitos setores da sociedade brasileira. Nenhuma Carta Constitucional foi tão esperada e tão anunciada em nossa história. Também, como contrapartida, sobre nenhuma outra recaiu tanta expectativa. No entanto, apesar da participação de muitos setores da “sociedade civil” no processo constituinte, a verdade, parece, é que o povo – a soma das pessoas individualmente consideradas – não foi tão *participante* como normalmente se propala. Ou, para ser mais exato: milhões de pessoas não tiveram qualquer engajamento no processo de elaboração do novo Texto Magno. Várias razões explicam essa falta ou impossibilidade de participação popular efetiva. Pode-se lembrar algumas: a) o longo período ditatorial em que vivíamos desde 1964; b) a pouquíssima experiência democrática que vivemos desde a instalação da República em 1889 e a inexistência de qualquer democracia antes dessa data; e c) as difíceis condições econômicas pelas quais passavam (e ainda passam) enormes contingentes de brasileiros, situação essa que, naturalmente, alija os indivíduos do processo político – a miséria não se compatibiliza com a democracia. Essa realidade pode ser enunciada de forma muito dura: quem tem fome não pode se preocupar, como devia e talvez como gostaria, com a política e seus processos.

Compreender essas razões é fundamental para entender-se que a Constituição de 1988 foi, em certo sentido, mais uma Carta *para* o povo do que uma Constituição *do* povo. Ou seja, o povo era – e em certo sentido ainda é – mais um destinatário *do* processo do que um ator *no* processo de criação da Norma Fundamental. Grandes contingentes ficaram à margem desse processo, no entanto, as decisões políticas ali adotadas transformaram-se em normas que a todos vinculam, inclusive àqueles que não participaram de modo efetivo no processo constituinte.

Hoje ainda é freqüente a afirmação de que nós, brasileiros, não sabemos quais são “os nossos direitos”. Ou, o que representa a mesma situação, é comum observar-se manifestações no sentido de que é necessário orientar e explicar às pessoas acerca de “*quais são seus direitos*”. Independentemente da complexidade de nosso ordenamento jurídico e do extensíssimo rol de direitos formalmente consagrados por nosso Direito – basta ver a interminável relação de direitos fundamentais que existem positivados entre os artigos 5º a 17 da Constituição da República –, pode-se supor que essa preocupação está diretamente conectada com o fato de que muitos deixaram de participar do processo de elaboração da Carta Republicana, tanto que não conhecem seus próprios *direitos*, estabelecidos constitucionalmente.

Outro aspecto merece reflexão. Devemos ter claro que a Constituição não nasceu como fruto de uma revolução ou de golpe de estado; ou seja, não decorreu daqueles momentos tradicionalmente considerados como a gênese do poder constituinte originário. Não se quer dizer com isso que uma Carta não possa ser criada a não ser quando essas profundas e gravíssimas instabilidades institucionais ocorram: é evidente que os fatos não se adaptam à teoria, mas esta àqueles. Contudo, deve



ser destacado que a inexistência de uma comoção social de tal magnitude que leve à elaboração de um novo Texto Constitucional – a revolução ou o golpe de estado – conduz-nos à falta de clareza acerca dos motivos pelos quais elaboramos uma nova Constituição. Em outras palavras: se não estamos frente a uma situação insustentável – que para a teoria tradicional justifica o aparecimento do poder constituinte originário – por que criamos uma nova Carta Constitucional?

Repita-se: se não sabemos exatamente porque criamos uma nova Carta Constitucional, parece evidente que ela não tenha objetivos claros. Talvez tenhamos tido mais uma *vontade* de ter uma nova Constituição do que realmente uma *necessidade*.

Não tínhamos fixados os limites exatos daquilo que queríamos, não tínhamos, em suma, um projeto de Estado: sabíamos o que não desejávamos, mas não sabíamos qual era nosso desejo. Sabíamos que não queríamos mais uma ditadura ou um Estado autoritário, mas não sabíamos o que queríamos realizar com a liberdade que estávamos adquirindo. Não havia uma clareza acerca de como deveríamos ser ou de como queríamos ser dali em diante. Sabíamos, pois o que não fazer, mas não o que fazer.

Talvez, se pensarmos apenas nas questões jurídicas e normativas, uma grande e profunda reforma na Constituição de 1967/69 fosse suficiente e satisfatória; talvez pudéssemos alterar a Carta então vigente naquilo que não era mais compatível com a nova realidade ocorrida com a diminuição dos rigores da ditadura militar. É evidente que muitas alterações seriam necessárias, mas elas poderiam – juridicamente – ocorrer sem a necessidade da convocação da Assembléia Nacional Constituinte.

Talvez, do ponto de vista jurídico, não tenha ocorrido rigorosamente a necessidade de uma nova Constituição, mas sim o desejo e a conveniência política de se ter uma verdadeiramente nova Constituição. Essa nova Norma Fundamental deveria trazer o efeito simbólico de sepultar um passado inaceitável e que jamais poderia retornar. Devíamos destruir todas as raízes do Estado superado a fim de que elas nunca mais pudessem brotar: fizemos isso com uma totalmente nova Carta Constitucional que apontasse para um futuro glorioso de liberdade e justiça.<sup>1</sup>

Dentre os conteúdos positivados, nos interessa sublinhar que o constituinte criou um cenário jurídico que projetava um futuro muito diferente e infinitamente melhor do que aquele em que vivíamos. Dali em diante tudo seria o oposto do que sempre foi: reconquistaríamos o “paraíso perdido”. Muitas promessas foram feitas pela obra do constituinte. Para não irmos muito longe, basta recordar o longo rol

---

<sup>1</sup> Ainda que essa seja uma discussão que não tem cabimento aqui, pode-se indagar sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 26 à Constituição de 1967/69, de 27 de novembro de 1985, que convocou a Assembléia Nacional Constituinte, instalada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal. A indagação tem a ver com o fato de que parece impróprio, do ponto de vista jurídico, aceitar como válida uma emenda à Constituição que pretenda revogá-la em sua totalidade. Em casos como esses, sequer as cláusulas pétreas antigas são preservadas. Tem-se, em suma, uma emenda que destrói os limites materiais à reforma da Constituição anteriormente existentes, o que era juridicamente proibido.



de direitos fundamentais e a quantidade de instrumentos criados para sua garantia, conforme referido acima.

Esquecemos, no entanto, que boas intenções não são suficientes para alterar a realidade e esperamos muito da nova Constituição. Queríamos – e continuamos querendo – tudo isso, mas não sabíamos como fazer. Não sabíamos exatamente quais eram os *nossos* problemas e quando descobrimos alguns deles, não encontramos a verdadeira solução. A Constituição, pois, nasce nesse contexto também de dúvidas acerca de como devíamos fazer as coisas. Rapidamente percebemos que os *modelos estrangeiros* não podiam ajudar em tudo; por não estarem pensados para a nossa realidade, em muitos aspectos eram ineficazes. Percebemos e ainda estamos percebendo que elaborar uma Constituição é um trabalho de artesanato e não algo que pode ser produzido em série, apenas com adaptações.

Como as promessas de um mundo e de uma vida melhores não foram atendidas, ou ao menos não foram atendidas da forma e com a velocidade esperada, apareceu uma seqüência trágica de sentimentos e situações: a euforia e a esperança transformaram-se em frustração, essa em descrença, esta levou ao desrespeito e este à ineficácia de muitos conteúdos da Constituição.

Talvez esse rápido panorama mostre que à pergunta antes formulada – sobre se há algo a ser comemorado no aniversário dos vinte anos da Carta da República – deve ser dada resposta necessariamente negativa.

A tese, no entanto, que se pretende defender neste trabalho é a de que as coisas não são exatamente assim.

É evidente que reconhecemos que essa situação acima mencionada faz com que a Constituição não goze do prestígio que gostaríamos. Porém, existe um outro modo de ver a Carta de 1988. Ela pode ser percebida como um momento em nossa história em que obtivemos a liberdade necessária para que possamos começar ou recomeçar a construir nossa verdadeira e desejada história. Apesar de todas as críticas negativas, ela pode e deve ser vista como um momento político e jurídico que abre perspectivas como talvez nunca tenhamos tido antes.

As frustrações que sentimos não devem ser creditadas à Constituição. Mais responsável que Texto é o homem que não o consegue tornar norma eficaz. Iludimos-nos se pensamos que o simples fato da promulgação da Lei Fundamental poderia alterar essencialmente nossas vidas.

Vejamos as coisas com mais vagar.

Em primeiro lugar, não se pode esquecer que as normas vivem em um plano ideal e formal: as normas pertencem ao mundo do “dever-ser”. Se não houver a participação, a atuação do homem, aquilo que está estabelecido normativamente ficará naquele mundo abstrato – que pouco conhecemos – e não descerá à Terra, lar dos humanos. A norma sozinha não pode nada. Sem a participação de pessoas capazes de pô-la em movimento, por mais perfeita tecnicamente que seja, ela não será capaz de operar efeitos.

Assim, antes de criticar a norma por sua “ineficácia”, talvez o mais acertado seja criticar os homens por não conseguirem fazer com que os efeitos previstos e



determinados pela norma ocorram. Não se quer dizer com isso, evidentemente, que uma norma não possa ser criticada pelas imperfeições técnicas que eventualmente dificultem sua aplicação; o que parece mais pertinente, no entanto, é observar que com vontade verdadeira de realizar o comando de uma norma, suas eventuais atecniais podem ser superadas.

Nesse sentido, e apenas nesse, podemos concordar com Carl Schmitt quando afirma que

El último fundamento de toda la existencia del derecho y de todo valor jurídico se puede encontrar en un acto de voluntad, en una decisión que, como tal, crea derecho, y cuya 'fuerza jurídica' no puede ser deducida de la supuesta fuerza jurídica de unas reglas de decisión; puesto que también una decisión que no se corresponde con una regla crea derecho.<sup>2</sup>

A referência a esse autor tem por objetivo lembrar que a “vontade” de realizar a norma e suas determinações é algo inseparável à eficácia pretendida.

Ainda que por vezes não percebamos, a Constituição não estabelece que o cidadão será sempre portador de *direitos* constitucionalmente assegurados; ela também estabelece *deveres* ao povo. Hoje é pacífico o entendimento de que a Constituição é verdadeira norma jurídica – além de documento político – e, como norma jurídica, sabe-se da teoria geral do direito, sempre que estabelece direitos a uns, exige deveres de outros. A simples leitura do Texto Constitucional deixa evidente essa afirmação: nós temos direitos e deveres. E um desses deveres, ainda que não esteja explicitamente positivado, é o dever de realizar a Constituição. Todos nós somos intérpretes e realizadores da Constituição: de não ser assim, de não atuarmos todos, ela não sairá do discurso vazio.

Estamos acostumados a pensar que o Poder Público em todas as suas ramificações é o único responsável pela eficácia das normas constitucionais. É comum falar que o Executivo não respeita a Carta, que o Legislativo atua de modo inconstitucional e que o Judiciário não está cumprindo com a missão de proteger e garantir a Constituição. Temos uma visão muito aguçada para perceber essas falhas institucionais. No entanto, pouco falamos ou refletimos acerca de qual a participação da sociedade nesse processo de tornar o Texto Magno uma norma verdadeiramente eficaz. Talvez não saibamos, enquanto cidadãos, o que fazer para que isso ocorra. Talvez tenhamos nos acostumado (no mal sentido) a não atuar e esperar que alguém decida por nós. Certamente, as ditaduras que vivemos ao longo de nossa história deixaram-nos a marca da apatia: em situações de autoritarismo é comum que os indivíduos comandados atrofiem suas capacidades de decisão. Não agimos porque não sabemos exatamente o que fazer e por isso esperamos que alguém decida e comande.

---

<sup>2</sup> Sobre los Tres Modos de Pensar la Ciencia Jurídica, Tecnos, Madrid, s/f, pp. 26/27.



É possível que existam vários *antídotos* para que se enfrente essa situação. Existe um, no entanto, que é encontrado explicitamente no próprio Texto Constitucional. Trata-se do exercício do processo democrático. Uma Constituição como a nossa jamais poderá ser minimamente eficaz se esquecermos que também o desenvolvimento de nossa democracia é imprescindível. O aperfeiçoamento do processo democrático e eficácia constitucional são situações que andam inseparáveis.

Se nós, a sociedade, atuarmos de modo consciente no processo democrático, conseguindo escolher bons representantes, cobrando coerência e honestidade em suas atitudes e posicionamentos, assim como os substituindo por outros melhores quando não atendam às nossas lícitas expectativas, já teremos feito muito. Parece pouco, mas foi assim que os países mais desenvolvidos e que mais respeitam suas constituições vêm agindo há muito tempo. O que deve ser evitado é o hiato que sentimos no Brasil atual entre a atuação dos órgãos e entidades estatais e a verdadeira vontade popular muitas vezes não manifesta.

Em um contexto onde os processos democráticos fluem com a normalidade que se exige, a Constituição vai naturalmente encontrando seu espaço como norma suprema e, paulatinamente, torna-se cada vez mais eficaz. O exercício da democracia é o exercício de um *agir humano* como antes referido. Não é uma pretensão ideal, e sim uma efetiva atuação. Por isso, por ter uma vontade humana envolvida, o processo pode funcionar. De nada adiantam normas referentes à democracia se ela não consegue ser exercitada. Por isso, a partir da ação do homem, encontra-se espaço para a eficácia da norma. Isso nos tem faltado. Apesar de estarmos exercitando cada vez mais nossa democracia, ainda não atingimos o nível em que a distância entre a vontade do Estado e a da sociedade esteja reduzida a patamares aceitáveis.

Assim, parece que se chega a uma conclusão que pode parecer diferente do senso comum: a nossa Constituição não é algo estático que foi elaborado em 1988 e modificado com as emendas ao longo do tempo. Ao contrário, ela possui um dinamismo intrínseco e está sendo refeita a todo o momento: a cada eleição, a cada norma criada, a cada decisão administrativa ou judicial proferida, a Carta se refaz em sua interpretação e em sua vida como norma eficaz. A Constituição é, em certa medida, aquilo que seus *operadores* dizem que ela é, dentro, evidentemente, de um parâmetro hermenêutico razoável.

São exemplos que confirmam essa conclusão, o grande número de emendas constitucionais elaboradas nesses vinte anos de vida da Constituição e a crescente atuação dos órgãos responsáveis pelo controle de constitucionalidade, especialmente o Supremo Tribunal Federal, bem como a indefinição acerca dos limites aceitáveis de sua atuação. Estamos construindo, ainda, nossa Constituição e nossa "jurisprudência" constitucional: temos uma Constituição que se altera formalmente com freqüência e um Supremo Tribunal Federal – que atua também como um tribunal constitucional – que vai se afirmando de modo cada vez mais claro como verdadeiro guardião da Carta Republicana.

Interessa especialmente aqui uma análise, ainda que breve, acerca do chamado "ativismo judicial" eventualmente praticado pelo Supremo Tribunal Federal quando faz as vezes de um tribunal constitucional. A preocupação, nesse momento,



não é a de examinar se a atuação do Tribunal deve ser mais “ativa” ou mais “restritiva”. Dizer que um tribunal atua ativamente significa, em certa medida, que ele interfere de modo mais incisivo na atuação do parlamento, substituindo critérios estabelecidos pelo legislador pelos seus próprios, sob o argumento de assim se respeita melhor ou de forma mais adequada a norma constitucional. Dizer que atua mais restritivamente significa constatar que o tribunal evita substituir os parâmetros utilizados pelo legislador pelos seus, somente adotando posição diversa quando não se pode compatibilizar a atuação do parlamento com o disposto na Constituição: normalmente atua como “legislador negativo”. A diferença em situações limites pode ser muito sutil, mas é importante.

Parece evidente que o Supremo Tribunal Federal vem adotando posição cada vez mais “ativa” quando de suas atuações nas mais diversas vias e formas de controle de constitucionalidade, apesar de dizer em diversas ocasiões que não é sua função agir como *legislador positivo*. O que significa, no entanto, essa mudança na forma de atuação do órgão que realiza a jurisdição constitucional? Essa pergunta é demasiadamente importante para não ser feita ou levada em consideração. Ainda que não seja possível respondê-la, isso não impede que ela seja formulada.

Existe hoje uma grande quantidade de obras jurídicas nacionais e estrangeiras que discutem exatamente os limites da atuação dos órgãos que atuam com a jurisdição constitucional. Autores existem que defendem uma atitude mais ativa, enquanto outros advogam por uma posição de maior auto-restrição das cortes e tribunais constitucionais. Este não é local adequado para aprofundarmos a discussão e fazer a opção entre as posições limite.

O que interessa chamar a atenção nesse contexto é o fato de essa discussão ter encontrado terreno fértil no Brasil após o advento da atual Constituição. Ou seja, antes de 1988 eram praticamente inexistentes tais questionamentos seja no Supremo, seja na doutrina pátria. Essa constatação leva a outra conclusão: não há como discordar que a Constituição tem hoje uma importância que nunca possuiu antes em nossa história. Atualmente nos preocupamos, doutrina e jurisprudência, de modo efetivo, em que todas as discussões partam de um pressuposto: a Carta Federal é a norma suprema do ordenamento jurídico.

Portanto, mesmo que critiquemos eventuais atuações como “legislador positivo” ou “legislador negativo” realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, é importante perceber que todos esses debates são a consequência dessa nova concepção da Constituição como a norma que deve balizar todas as decisões jurídicas e políticas que se adotem como válidas.

Ou seja, todo esse debate revela algo fundamental: como nossa democracia vem funcionando – ainda que com as dificuldades naturais daqueles processos que se iniciam – estamos podendo valorizar e dar eficácia à norma suprema de nosso ordenamento. Nossa Constituição vem ocupando o lugar que lhe compete. É como se existissem dois movimentos que se interpenetram e condicionam-se reciprocamente: as normas constitucionais favorecem o desenvolvimento do processo democrático e esse eleva a Constituição à condição real de norma de nível máximo, contribuindo, assim, para que se torne cada vez mais eficaz.

Agora parece ser possível responder à pergunta que deu origem a este



artigo: há o que comemorar nos vinte anos de existência de nossa Carta Magna? Não se pode ter dúvidas de que a resposta é positiva. Enfaticamente há que se responder que sim; há muito a ser comemorado. Quando cumprimos alguém que "faz aniversário" não ressaltamos os defeitos e as enfermidades que possui, mas congratulamo-nos porque é virtuoso, está vivo e bem. Assim devemos pensar em relação à nossa Constituição. É evidente que ela possui defeitos, que padece de falta de forças para ser verdadeiramente eficaz, mas também é evidente que muitas coisas positivas ocorreram e ocorrem em nosso Estado em razão de sua existência e de seus comandos normativos. Ela sobreviveu a muitas instabilidades políticas e econômicas, tem cicatrizes e remendos, mas continua em pé como um marco a lembrar-nos do muito que ainda temos por fazer e para advertir-nos daquilo que já não mais podemos repetir. Quanto mais o tempo passa, maior tem sido sua autoridade.

A Constituição-Cidadã, como foi apelidada, é como aquele presente que quando ganhamos não lhe damos grande importância. Mas, com o passar do tempo vamos reconhecendo suas virtudes; começamos a dispensar-lhe cuidados cada vez maiores e sem que percebamos já o estamos amando como algo que nos é indispensável.

