

A NOVA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

JORGE MIRANDA

Professor na Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

I

1. Como se sabe, o período político e constitucional iniciado no Brasil em 1930, com a queda da "república velha" (que em 1889, há 100 anos precisamente, substituíra o Império), é assinalado por três características gerais:

1.^a) Evolução com soluções de continuidade e freqüentes crises político-militares;

2.^a) Ocorrência, quase alternância, de governos autoritários e liberais e de governos de direita e de esquerda;

3.^a) Proliferação de Constituições (cinco Constituições desde 1934, contra duas apenas desde a independência).

Nele decorrem sete grandes fases:

1.^a fase (1930-1934): governo provisório.

2.^a fase (1934-1937): regresso às formas constitucionais,¹ com Constituição aprovada em assembléia constituinte em 1934.

3.^a fase (1937-1945): ditadura² de Getúlio Vargas (presidente desde 1930), que decretou uma Constituição e estabeleceu um regime à moda da época, mas de caráter populista.

¹ Após a revolução constitucionalista de São Paulo, em 1932.

² A Constituição de 1934 tinha sofrido alterações de sentido autoritário logo em 1935.

4.^a fase (1945-1961): após a 2.^a Guerra Mundial (em que o Brasil participou ao lado dos Aliados), nova fase democrático-liberal e nova Constituição, a de 1946.

5.^a fase (1961-1964): crise institucional³ em que, numa tentativa de compromisso, chegaram a ser adoptados pelo Acto Adicional de 1961 (vigente até 1963) elementos de parlamentarismo.

6.^a fase (1964-1985): governo de base ou de características militares, resultante da Revolução de 1964, e em que é feita a Constituição de 1967, emendada em 1969.

7.^a fase (de 1985 em diante).

2. Após a Revolução de 1964, a Constituição de 1946 ficou subordinada a quatro Actos Institucionais, publicados entre esse ano e 1966 e todos dirigidos à concentração do poder no Presidente. Mas, a breve trecho, sentiu-se a necessidade de elaborar nova Constituição a fim de integrar tais Actos Institucionais e os Seus Actos Complementares: assim surgiu a Constituição de 1967.

Esta Constituição não iria durar na sua forma primitiva senão dois anos, pois, entretanto, os chefes militares foram levados a promulgar novos e numerosos Actos Institucionais e Complementares e, para lhes dar forma coerente, surgiria em outubro de 1969 a Emenda Constitucional n.º 1 (que pode entender-se ou como Constituição nova ou como Constituição de 1967 alterada).

Aspectos a salientar em ambos os textos são o sentido centralizador, o aumento dos poderes financeiros da União, o reforço do Poder Executivo, a eleição do Presidente por sufrágio indirecto (Colégio composto pelos membros do Congresso e por representantes dos Estados), o cuidado posto no processo de elaboração das leis, a noção de segurança nacional, a extensão da justiça militar, a prefixação do sistema partidário.

3. O regime estabelecido em 1964 iria durar mais de vinte anos, com vários Generais Presidentes da República — o que

³ Aberta pela renúncia do Presidente Jânio Quadros.

dificultaria a concentração pessoal de poder — a cada um tendo correspondido governos de índoles e orientações diversas, não só por causa das respectivas personalidades, mas também por causa dos diferentes condicionalismos internos e externos.

A partir de 1977, e sobretudo de 1979, esboçou-se um processo, que seria chamado de “abertura”. Para ele contribuíram a incapacidade da doutrina da segurança nacional de suscitar um novo modelo político-constitucional, as posições corajosas da Igreja, as distorções provocadas pela política de industrialização e as continuadas assimetrias regionais e sociais, a persistência da inflação e da dívida externa, o surgimento de um forte movimento sindical, a agilidade política da Oposição (que, de resto, ao contrário do que aconteceu em Portugal antes de 25 de abril de 1974, nunca foi completamente banida da vida política legal e pôde aceder, por meio de eleições, ao Congresso e a Governos estaduais).

A “abertura” defrontar-se-ia em 1984 com a vigorosa campanha nacional em favor de eleições presidenciais directas (*Directas, já!*). Desta resultaria uma cisão nos apoiantes do regime e decisivas negociações entre os dissidentes e o grande partido da Oposição, o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), que proporcionaria a eleição (ainda pelo colégio eleitoral indirecto) de um Presidente moderado, capaz de assegurar a democratização sem traumas e com garantias para os militares.

Tancredo Neves foi esse Presidente eleito. Devido à doença e morte, não chegou a tomar posse, e assumiu a presidência o Vice-Presidente eleito José Sarney. Nem por isso, o seu programa, a “Nova República”, deixou de começar a ser cumprido, e o Brasil — tal como a Argentina e o Uruguai, quase ao mesmo tempo e pacificamente, apesar de todas as diferenças — regressou à democracia pluralista⁴.

⁴ É esse o remate inevitável de todos os processos de abertura. E se são travados ou não propulsionados, o país acaba em revolução (como sucedeu em Portugal).

4. A Constituição de 1967-1969 era modificável de modo a ser posta em consonância com as aspirações do País. E foi o logo através da Emenda Constitucional n.º 25, de 15 de maio de 1985, que lhe subtraiu o sentido autoritário e consagrou, de novo, o princípio da eleição directa.

Mas aparecia identificada com a ditadura, pela sua origem e pela sua prática. De há muito largos sectores da opinião pública reclamavam uma Assembleia Constituinte. E sentia-se ser agora a altura de repensar todas as estruturas jurídicas e políticas da sociedade, de revitalizar o federalismo, de encontrar um novo equilíbrio nas relações do Presidente e do Congresso, de reformular o catálogo de direitos fundamentais, de procurar maior justiça na organização económica.

O próprio Presidente Sarney tomou a iniciativa de, em mensagem ao Congresso, propor a convocação de uma Constituinte. Daí a Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de novembro de 1985, que dispôs:

“Artigo 1.º — Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente em Assembléa Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1.º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Artigo 2.º — O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléa Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

Artigo 3.º — A Constituição será promulgada depois da aprovação do seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléa Nacional Constituinte.”

A despeito do nome, a Emenda Constitucional não previu uma verdadeira Assembleia Constituinte, ou seja, uma Assembleia especificamente eleita para elaborar e decretar uma Constituição, dissolvendo-se terminada a sua obra (como alguns chegaram a preconizar), e tivesse ela apenas poderes constituintes ou também poderes legislativos. O que previu foi um

Congresso com poderes constituintes, que funcionaria, ao mesmo tempo, como Congresso ordinário e que, como Congresso ordinário, permaneceria após à feitura da Constituição".⁵

A escolha não foi meramente técnica: teve evidente significado político e jurídico. Se não se tratava já de mais uma revisão da Constituição vigente, tão pouco se tratava de criar, por referência a qualquer legitimidade revolucionária, uma nova Constituição. Daí a subsistência da Constituição de 1967-1969, emendada, até à entrada em vigor da nova Constituição, em vez de um interregno ou de uma revogação ou abolição;⁶ daí o estatuto não provisório do Congresso anterior à eleição e do Presidente;⁷ daí a limitação imanente da soberania do Congresso eleito em 15 de novembro de 1986. Em suma: procurou-se realizar até ao fim uma verdadeira e própria *transição constitucional*.⁸ Nada mais e nada menos.

5. Ainda em 1985, pelo Decreto n.º 91.450, de 18 de julho, o Presidente Sarney, na linha do pensamento de Tancredo Neves, instituiu uma "Comissão Provisória de Estudos Constitucionais" destinada a preparar um anteprojeto de Constituição — embora sem valor jurídico vinculativo, evidentemente — a propósito do qual se examinassem questões merecedoras de relevância constitucional, se esclarecessem ou apontassem alternativas, se esboçassem soluções sobre as quais os futuros constituintes viessem a trabalhar.

A Comissão — presidida por Afonso Arinos de Melo Franco — seria, após tantos anos de conflitos e de violência institucionalizada, uma instância de diálogo entre os brasileiros, em que mais importante do que redigir um texto seria demonstrar a possibilidade de um debate constituinte democrático, plura-

⁵ Sobre os tipos de actos constituintes, v. o nosso *Manual de Direito Constitucional*, II, 2.ª ed., Coimbra, 1983, ps. 70 e segs.

⁶ Conforme declarou em Portugal o art. 292.º, n.º 1, da Constituição de 1976.

⁷ Daí ainda o grave problema político da duração do mandato do Presidente Sarney à face da nova Constituição.

⁸ Cf. *Manual...*, II, cit. ps. 59 e segs.

lista e construtivo. Por isso, recebeu uma composição extremamente heterogénea, havendo entre os seus 49 membros constitucionalistas e não constitucionalistas, juristas e não juristas, políticos profissionais e simples cidadãos, filiados em partidos e não filiados, personalidades identificadas com os partidos do novo Governo e com os partidos da nova Oposição, representantes das grandes regiões do Brasil, empresários, sindicalistas, jornalistas, escritores.

Estes objectivos não terão sido, por completo, alcançados, por se terem projectado na Comissão algumas tensões da situação política brasileira. Apesar disso, a Comissão, instalada em 3 de setembro de 1985, pôde funcionar com normalidade durante mais de um ano, com reuniões tanto em Brasília como no Rio de Janeiro, e pôde levar a sua incumbência a bom termo. Em 18 de setembro de 1986 seria esse seu texto solenemente entregue ao Presidente da República, que — numa decisão sem precedentes — o mandaria publicar no *Diário Oficial* da Federação.^{9/10}

Ao mesmo tempo, dar-se-ia um grande surto de estudos e projectos doutrinários sobre temas constitucionais, sem precedentes noutras épocas.¹¹

⁹ Foi efectivamente publicado na edição de 26 de setembro.

¹⁰ V. a nossa análise *A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos*, in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 94, abril-junho de 1987, ps. 35 e segs.

¹¹ A título meramente exemplificativo, citem-se: Dalmo de Abreu Dallari. *Constituição e Constituinte*, São Paulo, 1984; Paulo Bonavides. *Política e Constituição*, Rio de Janeiro, 1985, e *Constituinte e Constituição*, Fortaleza, 1985; Miguel Reale. "Como deverá ser a Nova Constituição", in *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.ºs 60-61, janeiro-julho de 1985, ps. 9 e segs.; Geraldo Ataliba. *República e Constituição*, São Paulo, 1985; *Constituinte e Constituição*, obra colectiva, Universidade Federal de Minas Gerais, 1986; Fábio Konder Comparato. *Muda Brasil — Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático*, São Paulo, 1986; Cândido Mendes. *A Inconfidência Brasileira — A Nova Cidadania Interpela a Constituinte*, Rio de Janeiro, 1986; Oscar Dias Corrêa. *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, 1986; *Constituinte e Constituição*, obra colectiva, Universidade Federal de Minas

6. Em 15 de novembro de 1986, foram eleitos os Senadores e Deputados constituintes¹² e em 1.º de fevereiro seguinte empossados. O presidente do Congresso viria a ser o Deputado Ulysses Guimarães.

Não foi apresentado qualquer projecto de Constituição (ao contrário do que aconteceu, por exemplo, em Portugal em 1975), porventura por se contar, mesmo se informalmente, com o texto da Comissão Afonso Arinos.

Em 11 de março de 1987, foram instaladas as subcomissões de trabalho, em número de vinte e quatro. Com representante de todos os partidos, esses grupos dividir-se-iam por temas e funcionariam até 25 de maio, recebendo petições, sugestões e emendas procedentes de cidadãos — cerca de 17.060 propostas. Haveria ainda 182 audiências públicas. A partir de 25 de maio, todas as propostas discutidas e objecto de pareceres foram redistribuídos por 8 comissões temáticas.

A esta segunda fase do processo constituinte, seguir-se-ia uma terceira, com a formação de uma comissão de sistematização, incumbida da análise desses textos e da elaboração de um texto global. Essa tarefa seria desenvolvida a partir de julho de 1987, tendo como relator o Deputado Benardo Cabral. Em 24 de novembro, a comissão de sistematização entregaria ao presidente do Congresso o chamado “projecto de Constituição” ou primeiro texto global. Como se verifica, partiu-se do particular para o geral, visto que a sistematização (também ao contrário do que ocorreu em Portugal) só foi definida numa fase adiantada do processo.

¹² A coincidência das eleições com as dos Governadores dos Estados — estas muito personalizadas, com mais directa projecção nas vidas dos cidadãos e também com mais sensível repercussão nos equilíbrios políticos do País — terá feito diminuir o seu alcance imediato, porventura com conseqüências políticas negativas a médio prazo. Não afectou o seu significado de primeiras eleições constituintes desde 1946 (após o fim doutra ditadura) e de primeiras eleições livres desde 1964.

Iniciar-se-ia então uma quarta e mais longa fase, que só terminaria em fins de agosto de 1988 com a votação do último artigo da Constituição pelo plenário. O texto daí saído corresponderia, na sua estrutura, ao da Comissão de Sistematização, mas com deficiências e contradições em muitos aspectos.

Marcariam este momento intensos debates dentro e fora do Congresso, uma grande atenção à comunicação social, iniciativas e pressões de quase todos os sectores da sociedade brasileira com um forte sentimento participativo e, às vezes, quase pré-revolucionário. Assiná-lo-iam também as dissidências partidárias (sobretudo no partido maioritário, o PMDB) e a formação de convergências políticas mais próximas da realidade ideológica e dos interesses (como a coligação de centro-direita, dita "Centrão").

Por último, em setembro de 1988, proceder-se-ia à redação final do texto, com o apoio do filólogo Ceiso Cunha (o que contribuiu, decisivamente, para o seu excelente português). Em 5 de outubro, a Constituição seria solenemente aprovada, promulgada e jurada pelos titulares dos três Poderes.

II

7. O duplo fenómeno de alargamento das matérias e de dilatação dos textos constitucionais é, como se sabe, um fenómeno generalizado na nossa época (em contraste com o século XIX), em consequência da interpenetração crescente do Estado e da sociedade civil, da expansão das necessidades colectivas e do conexo aumento de funções requeridas ao Estado. É particularmente patente em países nos quais se torna imperioso tanto distribuir o poder por diferentes órgãos e centros de decisão para evitar os abusos da concentração quanto ir ao encontro das aspirações das pessoas e dos grupos — no Brasil, decerto, maioritários — até agora sem acesso aos bens materiais e de cultura e à subjectividade política.

É ainda um fenómeno que tem muito que ver com o carácter compromissório das Constituições de países divididos social, económica, regional e ideologicamente, em que contras-

tantes forças políticas e sociais se defrontam sem que nenhuma possa dominar as demais e em que cada qual almeja por incorporar na Constituição senão o essencial do seu projecto, pelo menos uma parte substantiva dele, para que não fique a mercê do legislador ordinário (por definição, contingente a mutável). Nestes países, o caracter compromissório — com os depois difíceis, conquanto não irresolúveis, problemas de interpretação que arrasta — é o preço da democracia pluralista.

Mas as Constituições brasileiras, desde 1934, têm sido mesmo bastante mais ambiciosas e pormenorizadas do que as europeias. Basta recordar o cuidado posto em definir as atribuições da União, dos Estados e dos Municípios, ou a distribuição de receitas e despesas entre uma e outras, ou a divisão de jurisdições, ou o processo legislativo e o orçamental. E a nova Constituição vai, naturalmente, nessa linha, abrangendo pela primeira vez, com desenvolvimento, numerosíssimas áreas das garantias individuais e da ordem social, da ciência e da comunicação, do ambiente e da organização económica.

8. Se se quiser resumir a estrutura formal da Constituição, poder-se-á traduzi-la, pois, em quatro características básicas:

a) Vastidão do texto, com preâmbulo, 245 artigos (por vezes, bem longos) e 70 disposições transitórias;

b) Expansão do tratamento constitucional a áreas novas, ou até agora ignoradas pelas Constituições ou apenas tocadas marginalmente;

c) Abundância de normas programáticas;

d) Complexidade da sistematização (dividindo-se o articulado em 9 títulos: I — *Princípios fundamentais*; II — *Direitos e garantias fundamentais*; III — *Organização político-administrativa*; IV — *Organização dos Poderes*; V — *Defesa do Estado e das instituições democráticas*; VI — *Tributação e orçamento*; VII — *Ordem económica e financeira*; VIII — *Ordem social*; IX — *Disposições constitucionais gerais*).

Ressalta, à vista desarmada, da simples leitura do texto, que não é tanto a *regulamentação constitucional* desta ou da-

quela matéria que pode ser criticada quanto a *regulamentarização*, o excesso de preceitos constitucionais, às vezes repetitivos ou tão complicados que se tornam obscuros ou dificilmente praticáveis.¹³

E ressaltam, não menos evidentemente, quer os progressos da sistematização — sobretudo, a prioridade conferida aos direitos fundamentais (tal como na Itália, na Alemanha e em Portugal) —, quer os seus gravíssimos defeitos — a colocação da nacionalidade em sede de direitos fundamentais, a separação feita entre direitos sociais (no título II) e ordem social (no título VIII), a localização do título sobre defesa do Estado e das instituições a meio do articulado (quando deveria vir no fim).

III

9. No art. 1.º, a República declara-se formada pela “união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. A referência aos Municípios corresponde à realidade do Brasil e, juridicamente, aponta para um federalismo de duplo grau, se bem que imperfeito.

Em face da natureza federativa do Estado, há necessidade de estatuir normas sobre os bens da União e dos Estados federados (arts. 20 e 26); sobre competências legislativas privativas da União e concorrentes da União, dos Estados e do Dis-

¹³ Cf., entre outros, a fixação da duração do trabalho (art. 7.º, n.ºs 13 e 14); as regras sobre remuneração do serviço extraordinário (art. 7.º, n.º 16); a licença-paternidade (art. 7.º, n.º 19); muitas das normas sobre serviços administrativos civis e militares (arts. 37 e segs.); a discriminação dos diversos ramos de polícia (art. 144); e fixação em 12% do limite máximo das taxas de juros reais (art. 192, § 3.º); as regras sobre financiamento da segurança social (art. 195); as percentagens de aplicação das receitas públicas ao ensino (art. 212); as regras sobre justiça desportiva (art. 217, §§ 1.º e 2.º); a proclamação de que o Poder Público “incentivará o lazer como forma de promoção social” (art. 217, § 3.º); o estabelecer-se que a lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais, (art. 215, § 2.º); muitíssimas das “disposições constitucionais gerais” (título IX), enquanto avocam para o legislador constituinte ou antecipam decisões que deveriam caber ao legislador ordinário.

trito Federal (arts. 22 e 24), e até sobre competências legislativas próprias e suplementares dos Municípios (art. 30); e sobre a repartição de tributos entre a União e os Estados e os Municípios (arts. 153 e segs.).

Já mal se compreende que seja a Constituição Federal, e não a de cada um dos Estados, a dispor, centralizadora e uniformizadamente, sobre o número de Deputados às Assembleias Legislativas (art. 27) sobre organização municipal (art. 29), ou sobre tribunais estaduais (art. 125); que a Constituição crie, de per si, o novo Estado de Tocantis, por desmembramento do Estado de Goiás (art. 13 das Disposições Transitórias);¹⁴ que preveja uma Comissão de Estudos Territoriais para apresentar anteprojectos relativos a novas unidades territoriais (art. 12 das Disposições Transitórias); e que imponha um prazo de um ano para as Assembleias Legislativas aprovarem as novas Constituições Estaduais (art. 11).

10. Ainda segundo o art. 1.º, o Brasil constitui-se um “Estado Democrático de Direito”, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. É uma definição do regime político em sentido próprio como ideia de Direito inspiradora da Constituição, como grande projecto a realizar pelo Estado, como corpo de grandes princípios do ordenamento jurídico-político.

O art. 13 declara a língua portuguesa o idioma oficial da República e o art. 210, § 2.º, estipula que o ensino fundamental regular será nela ministrado, assegurando-se às comunidades indígenas também a utilização das suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. É a primeira qualificação constitucional expressa da língua portuguesa como língua oficial de um Estado e, curiosamente, precede de dez meses o aditamento ao art. 9.º da Constituição portuguesa de uma alínea sobre protecção e promoção do idioma comum.

¹⁴ Os territórios de Roraima e de Amapá foram, por seu lado, elevados a Estados (art. 14).

11. No tocante aos direitos fundamentais, verifica-se — de resto, na seqüência das várias Constituições brasileiras após 1934 — a conjugação de direitos com a estrutura de direitos, liberdades e garantias (ou de direitos civis e políticos, na terminologia dos Pactos de Direitos do Homem das Nações Unidas) e de direitos com a estrutura de direitos económicos, sociais e culturais. Os primeiros surgem com mais precisão e vigor (art. 5.º), mas os segundos aparecem a seu lado (arts. 6.º e segs.), ganham relevo e, por vezes, entrelaçam-se com eles. Consagram-se direitos de todos os cidadãos e direitos dos trabalhadores, o que, sem imprimir ao texto um cunho classista, o aproxima da realidade económica e social.

A Constituição brasileira não estabelece uma distinção nítida entre uma e outra categoria de direitos, nem enuncia à parte regras gerais aplicáveis a uns e outros — essa, por certo, uma das suas mais ostensivas deficiências. De todo o modo, quanto aos do primeiro grupo, perpassa sempre a ideia de liberdade, de defesa da personalidade humana, da limitação do poder, e neles se encontra todo o manancial de instrumentos de garantia vindos da tradição liberal do Ocidente. Já quanto aos segundos, as inspirações são mais variadas, desde a doutrina social da Igreja ao solidarismo laico, desde a observação dos problemas brasileiros à refração de correntes ideológicas tão diversas como o marxismo ou o neocapitalismo.

12. O art. 5.º, com 77 números (que poderia desdobrar-se em outros tantos artigos) abarca o elenco dos direitos “individuais e coletivos”.

Além dos direitos e garantias habitualmente enunciados em Constituições democráticas ou vindos das Cartas precedentes, salientam-se:

— a garantia da assistência religiosa nos estabelecimentos ou entidades civis e militares de internação colectiva;

— a previsão de prazo, nos termos da lei, para a prestação de informações pelos poderes públicos;

— a cominação do racismo e da tortura como crimes infiançáveis;

— o mandado de segurança colectivo (a impetrar por partidos políticos, organizações sindicais ou de classe ou associações legalmente constituídas);

— o mandado de injunção, a conceder “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”;

— a também nova figura do “habeas data” para conhecimento de informações constantes de registros ou de bancos de dados de entidades públicas e para rectificação desses dados.

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5.º, § 1.º).

13. Os direitos sociais abrangem tanto a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a protecção à maternidade e à infância e a assistência aos desempregados como os direitos dos trabalhadores atinentes à segurança do emprego, ao salário, à associação sindical, à greve e à participação (arts. 6.º a 11).

Somente muito depois surge a “ordem social” (art. 193 a 232), obviamente indissociável dos direitos sociais, mesmo quando reverte em garantias institucionais e em incumbências do Estado.

É aqui que dominam as normas programáticas, muitas delas de difícil cumprimento até a longo prazo, pelo menos da mesma maneira num país tão diversificado como o Brasil (e cuja estrutura federativa deveria recomendar mais plasticidade). Mas não pode esquecer-se que o seu intuito geral é de um *direito à esperança* para as crianças, os adolescentes, os idosos, os deficientes, os índios etc., e que algumas das regras são bem necessárias no contexto concreto do Brasil.

Registrem-se assim: a vedação da comercialização de órgãos, tecidos, substâncias humanas, sangue e seus derivados (art. 199, 4.º); a consideração, a par da segurança (ou *seguridade*) social, da assistência social (art. 203); a gratuidade e a gestão

democrática do ensino público (art. 206, n.ºs 4 e 5); o acesso ao ensino obrigatório como direito público subjectivo (art. 208, § 1.º); a obrigação de recuperação do ambiente degradado após explorações mineiras (art. 255, § 2.º); a consideração da Floresta Amazônica como património nacional (art. 225, § 4.º); a recondução do planeamento familiar a livre decisão do casal (art. 226, § 7.º); o apoio à adopção (art. 227, n.º 5); o reconhecimento da organização social e cultural e a protecção das terras dos índios (arts. 231 e 232).

Consignam-se, do mesmo passo, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (art. 206, n.º 3); a possibilidade de os recursos públicos serem dirigidos a escolas comunitárias, confessionais e filantrópicas, sem fins lucrativos (art. 213); a consideração do ensino religioso facultativo como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (art. 210, § 1.º); a proibição de qualquer censura política, ideológica e artística (art. 220, § 1.º); a criação de um Conselho de Comunicação Social (art. 224).

14. Relevam também para os direitos fundamentais a garantia institucional de advocacia (art. 113); a criação de Defensoria Pública ao serviço dos necessitados (art. 134) e as limitações ao poder de tributar, designadamente, a não retroactividade das leis criadoras de tributos (art. 150).

15. No capítulo dos direitos políticos, sobressaem a previsão de plebiscito, referendo e iniciativa popular, o abaixamento da capacidade eleitoral activa para 16 anos (embora só a partir dos 18 anos seja o voto obrigatório e se verifique imputabilidade penal) e a proibição de cassação.

No capítulo conexo dos partidos políticos, observam-se o princípio da livre criação, fusão, incorporação e extinção; a proibição de financiamento de entidades estrangeiras; a prestação de contas à justiça eleitoral; a exigência de normas de fidelidade e disciplina partidária, o direito a recursos do fundo partidário e o acesso gratuito à rádio e à televisão.

A lei que alterar o processo eleitoral só entrará em vigor um ano após a sua promulgação (art. 16).

16. De aplaudir, por fim, o empenho posto na formação de um tribunal internacional dos direitos do homem (art. 7.º das disposições transitórias).

V

17. A chamada Constituição económica encontra-se em 2 títulos (o VI e o VII), um sobre tributação e orçamento e outra sobre ordem económica e financeira.

No primeiro, dominam as preocupações de rigor e minúcia, tendo em conta os direitos e garantias dos cidadãos e o equilíbrio entre a União, os Estados e os Municípios. No segundo, um vincado espírito compromissório.

Trata-se de uma Constituição económica moderadamente nacionalista e prevalentemente liberal (mas com abertura ao pluralismo de sectores de propriedade), talvez nem sempre em sintonia com as incumbências assumidas pelo Estado na ordem social.

18. São princípios (e objectivos) da ordem económica a soberania nacional, a propriedade privada e a sua função social, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte (art. 170). — É assegurado o livre exercício de qualquer actividade económica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos na lei; ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração directa de actividade pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse colectivo (art. 173); e as empresas públicas sujeitam-se ao regime das empresas privadas (art. 173, § 1.º).

Todavia, o Estado exercerá funções de fiscalização, incentivo e planeamento (determinante para o sector público e indi-

cativo para o setor privado) e a lei reprime o abuso do poder económico (arts. 174 e 173, § 4.º). São apoiadas e estimuladas as cooperativas e outras formas de associativismo (art. 174, § 2.º).

As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indemnização em dinheiro (art. 182, § 2.º). As de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, mediante prévia e justa indemnização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, mas as benfeitorias úteis e necessárias sê-lo-ão em dinheiro (art. 184). Serão, porém, insusceptíveis de desapropriação a pequena e média propriedade rural, desde que o seu proprietário não possua outra, e a seja propriedade produtiva (art. 185).

VI

19. A organização do poder político federal mantém-se fiel à divisão clássica dos três Poderes e ao sistema presidencial, este algo controlado ou fiscalizado. Após largos debates, o legislador constituinte rejeitou o parlamentarismo e tão pouco adoptou o “presidencialismo congressual” que, de certo jeito, a “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais” sugerira (e que poderia ser um sistema misto, por causa da criação de um Presidente do Conselho e de um Conselho de Ministros).¹⁵

Entretanto, mais uma vez à luz de uma fórmula conciliatória, determinou a realização, em 7 de setembro de 1993, de um plebiscito para escolha da forma (república ou monarquia constitucional) e do sistema de governo (presidencial ou parlamentar) que deverão vigorar no País. Sob estes aspectos, a Constituição ficará até lá como que provisória.

20. No Congresso, bicameral, a Câmara dos Deputados é eleita por 4 anos, por representação proporcional em cada Estado e no Distrito Federal; e o Senado por representação

¹⁵ Cf. as nossas observações em *A transição constitucional...*, cit., loc. cit., p. 38.

maioritária, elegendo cada Estado e o Distrito Federal 3 Senadores, com mandato de 8 anos.

O Congresso pode sustar os actos normativos do Poder Executivo, que exorbitem do poder regulamentário ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, n.º 5) e compete-lhe autorizar referendos e convocar plebiscitos (art. 49, n.º 15).

Além disso, reagindo contra os abusos anteriores de exercício do poder legislativo pelo Presidente da República, presume-se que as medidas provisórias serão submetidas de imediato ao Congresso que, estando em recesso, será convocado para se reunir no prazo de 5 dias (art. 62); e essas medidas perderão eficácia, desde a sua edição, se não forem convertidas em lei dentro de 30 dias após a sua publicação.

21. O Presidente da República é eleito por sistema de dois turnos ou duas voltas (como em França e em Portugal) por 5 anos, sendo vedada a reeleição para o período subsequente (art. 82). A eleição do Presidente importa a do Vice-presidente com ele registrado.

O Presidente é auxiliado pelos Ministros de Estado, que referendam os seus actos e decretos e a quem ele pode delegar algumas das suas atribuições de carácter administrativo.

O Congresso — que passa a eleger 2/3 dos membros do Tribunal de Contas da União — pode convocar os ministros para informações, sob pena de responsabilidade (art. 50).

22. A Constituição cria dois órgãos de consulta do Presidente: o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional. Aquele compete pronunciar-se sobre a intervenção federal, o estado de defesa, o estado de sítio e questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

23. O Poder Judiciário compreende o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais, os Tribunais e Juizes de Trabalho, Eleitorais e Militares e os Tribunais e Juizes dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

24. Ao Supremo Tribunal Federal, composto por 11 Ministros nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pelo Senado, compete precipuamente a guarda da Constituição (arts. 101 e 102). Chegou a aventar-se a hipótese durante os debates pré-constituintes de criação de um Tribunal Constitucional, mas foi arredada — e bem — porque o Supremo Tribunal Federal está muito mais próximo da Suprema Corte dos Estados Unidos do que qualquer supremo tribunal ou tribunal de cassação europeu.

O Supremo julga originariamente a acção directa de inconstitucionalidade de lei ou acto normativo federal ou estadual e o mandado de injunção, quando a norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal; e julga, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou acto de governo local contestado em face da Constituição.

A acção directa de inconstitucionalidade pode ser proposta não só pelo Presidente da República e por outros órgãos federais e estaduais como pela Ordem dos Advogados, partido político com representação no Congresso e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103).

Completamente nova é a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, desencadeável pelos mesmos sujeitos da acção directa de inconstitucionalidade por acção. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medidas para tornar efectiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para as adoptar e, se se tratar de órgão administrativo, para o fazer no prazo de 30 dias (art. 103, § 2.º).

Só é pena não ter sido aberto um título ou capítulo à parte para a fiscalização da constitucionalidade. Outras matérias, muito menos importantes, obtiveram-no.

VII

25. Também as emendas à Constituição em vez de merecerem divisão autónoma, são contempladas, na esteira das leis fundamentais anteriores, no âmbito do processo legislativo (art. 60).

A iniciativa cabe a um terço, pelo menos, dos membros da Câmara de Deputados ou do Senado, ao Presidente da República e (o que é um afloramento, embora não muito ousado do princípio federativo) a mais de metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa dos seus membros.

A proposta será discutida e votada em cada Câmara do Congresso, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Não poderá haver emendas na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

São limites materiais das emendas a forma federativa de Estado, o voto directo, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Já não, como sucedia desde 1891, a forma republicana de governo.

26. Esse o regime da revisão constitucional propriamente dita, por definição parcial. Contudo, a Constituição determina concomitantemente, não só por causa do plebiscito de 1993 sobre república ou monarquia e sobre presidencialismo e parlamentarismo, mas também para se ter em conta a experiência entretanto vivida uma revisão cinco anos após a sua promulgação, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

Dir-se-ia uma revisão total e eventualmente obrigatória, sendo a maioria exigida menos pesada do que a requerida para as demais revisões.

VIII

27. Tem havido uma constante interacção dos constitucionalismos brasileiro e do português: a nossa Carta Constitucio-

nal de 1826 decalca a Constituição brasileira de 1824 e a primeira Constituição republicana portuguesa, de 1911, recebeu vários institutos da primeira Constituição republicana brasileira, de 1891, tal como o modelo autoritário e corporativo da Constituição de 1933 deixou fortes marcas na Constituição brasileira de 1937. Não admira, por isso, que a Constituição portuguesa actual, tanto por razões de ordem cultural quanto por razões de imediata ordem política, tenha sido uma das fontes da nova Constituição do Brasil.

Sem ser exaustivo, podem ser apontadas, facilmente, algumas disposições da Constituição de 1988 muito próximas das disposições da Constituição de 1976,¹⁶ tais como:

— A já referida definição do regime como “Estado Democrático de Direito” (art. 1.º), homólogo do “Estado de Direito democrático” português (preâmbulo e arts. 2.º e 9.º);

— Os princípios relativos às relações internacionais (arts. 4.º e 7.º, n.º 1, respectivamente);

— A consagração constitucional do direito de resposta (arts. 5.º, n.º 5, e 37, n.º 4);

— O direito à imagem (arts. 5.º, n.º 10, e 26, n.º 1);

— A defesa do consumidor (arts. 5.º, n.º 32, e 60);

— O direito a informação dos Poderes Públicos (arts. 5.º, n.º 33, e 48, n.º 2);

— O direito de acção popular para defesa do ambiente e do património histórico e cultural (arts. 5.º, n.º 73, e 52, n.º 3);

— A aplicação imediata das normas respeitantes a direitos e garantias fundamentais (arts. 5.º, § 1.º, e 18, n.º 1);

— Os direitos de participação dos trabalhadores (arts. 10, 54 e 56);

— O direito de antena dos partidos políticos na rádio e na televisão (arts. 17, § 3.º, e 40);

— A criação de uma Comissão representativa do Congresso Nacional para funcionar durante o recesso (arts. 58, § 4.º, e 182);

¹⁶ Citamos esta Constituição, na versão após as revisões de 1982 e 1989.

- A proibição de revisão constitucional na vigência de estado de necessidade (arts. 60, § 1.º, e 289);
- O alargamento dos limites materiais da revisão (arts. 60, § 4.º, e 288);
- O sistema eleitoral do Presidente da República (arts. 77 e 129);
- O Conselho de Defesa Nacional (arts. 91 e 274);
- A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (arts. 103 e 283);
- A distinção entre eficácia indicativa e imperativa dos planos (arts. 174 e 92, n.º 2 — entre 1982 e 1989);
- O estímulo ao cooperativismo (arts. 174, § 2.º, e 84);
- O sistema de saúde (arts. 198 e 64);
- A gestão democrática das escolas públicas (arts. 206, n.º 6, e 77);
- O fomento do desporto (arts. 217 e 79);
- O apoio à ciência (arts. 218 e 73, n.º 4, e 81, alínea *m*);
- O Conselho de Comunicação Social (arts. 224 e 39);
- O direito ao ambiente (arts. 225 e 66);
- O apoio à adopção (arts. 277, § 5.º, e 36, n.º 7);
- A protecção dos idosos (arts. 230 e 72).