

# NOS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988<sup>1</sup>

## IN THE THIRTY YEARS OF THE CONSTITUTION

Jorge Miranda \*

### 1 A TRANSIÇÃO CONSTITUCIONAL

1. Se as Constituições na sua grande maioria se pretendem definitivas no sentido de voltadas para o futuro, sem duração prefixada, nenhuma Constituição que vigore por um período mais ou menos longo deixa de sofrer modificações – para se adaptar às circunstâncias e a novos tempos ou para acorrer a exigências de solução de problemas que podem nascer até da sua própria aplicação.

A modificação das Constituições é um fenómeno inelutável da vida jurídica, imposta pela tensão com a realidade constitucional e pela necessidade de efetividade que as tem de marcar. Mais do que modificáveis, as Constituições são modificadas. Doutra prisma (na senda de certa doutrina): nenhuma Constituição se esgota num momento único – o da sua criação; enquanto dura, qualquer Constituição resolve-se num processo – o da sua aplicação – no qual intervêm todas as participantes na vida constitucional<sup>3</sup>. Ou ainda: as Constituições podem suceder-se e cada tempo tem a sua Constituição, mas o tempo tem sempre de ser constitucionalizado<sup>4</sup>.

O que varia vêm a ser, naturalmente, a frequência, a extensão e os modos como se processam as modificações. Uma maior plasticidade interna da Constituição pode ser condição de maior perdurabilidade e de sujeição a modificações menos extensas e menos graves, mas o fator decisivo não é esse: é a estabilidade ou a instabilidade política e social dominante no país, é o grau de institucionalização da vida coletiva que nele se verifica, é a cultura político-constitucional, é a capacidade de evolução do regime político<sup>5</sup>.

2. Menos estudado do que a revolução vem a ser o fenómeno que apelidamos de transição constitucional. Menos estudado, não só por até há poucos

1 Palestra a ser proferida em 05 de novembro de 2018, no “Seminário Internacional 30 anos da Constituição de 1988”, na Escola de Contas do Tribunal de Contas de São Paulo, e no dia 7 de novembro, na Faculdade de Direito da USP.

2 Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde continua a ministrar aulas nos cursos de mestrado e de doutoramento. É também Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Foi Deputado à Assembleia Constituinte entre 1975 e 1976. Desenvolve investigação nas áreas do Direito Constitucional, da Ciência Política e do Direito Internacional. Entre as inúmeras obras que publicou são de destacar o Manual de Direito Constitucional (em sete volumes), a Teoria do Estado e da Constituição, o Curso de Direito Internacional Público, Direitos Fundamentais (2017), Fiscalização da Inconstitucionalidade (2017) e Direito Eleitoral (2018).

3 NIGRO, Mario. Costituzione ed effettività costituzionale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 1708, 1969.

4 NEGRI, Antonio. *The Constituent Power*. Madrid: Mineápolis, 1994. p. 383. Tradução de: El poder constituyente.

5 Cf. BRITO, Wladimir. Tempo e Direito: o tempo de revisão constitucional. *Direito e Cidadania*, n. 16/17, p. 219-248, set. 2002.

anos ser muito menos frequente, mas também por ser mais difícil de registar (ou de fixar, com todo o rigor) o momento da mudança de regime ou de Constituição material<sup>6</sup>.

Não deve, no entanto, ter-se por pouco relevante. A evolução política inglesa do Estado estamental para a monarquia constitucional e da predominância da Câmara dos Lordes para a da Câmara dos Comuns reconduz-se, no fundo, a uma prolongada transição<sup>7</sup>. E talvez mais sugestivas, porque ocorridas em períodos breves, são, entre outras, a outorga da Carta Constitucional portuguesa por D. Pedro IV em 1826; a instauração do fascismo na Itália de 1922 a 1925; a passagem da IV à V República na França em 1958<sup>8</sup>; a consagração de regimes de partido único em África nos anos 60 e 70; a restauração da democracia na Grécia em 1974<sup>9</sup>; a “reforma política” espanhola de 1976-1978<sup>10</sup>.

Refiram-se também as transições de regimes militares, ou de base militar, para regimes constitucionais democráticos no Peru, de 1977 a 1979, na Argentina, de 1982 a 1983, no Brasil, de 1985 a 1988<sup>11</sup>, e no Chile, de 1988 a 1990<sup>12</sup>; a transição do domínio de um partido hegemónico para a plena competitividade política, no México; a transição de regimes marxistas-leninistas para regimes pluralistas na Hungria, na Polónia e na Bulgária, em 1989 e 1990<sup>13</sup>; a transição na Nicarágua em 1990; a abertura ao pluralismo político em S. Tomé e Príncipe, Cabo Verde,

- 6 Cf., de certo modo, JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1991. p. 56-57. Tradução de: Verfassungsänderung und Verfassungswesandlung; BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Sui limiti della “revisione costituzionale”*. In: SEMINARIO GIURIDICO DELL’UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA, 3., 1949, Catania. *Anall...* Catania: Università degli Studi di Catania, 1949. p. 125 et seq.; ROSS, Alf. *Crítica del diritto e analisi del linguaggio*. Bolonha: Il Mulino, 1984. p. 205 et seq. Tradução de: On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. São Paulo: J. Bushatsky, 1974. p. 32-33; VERDU, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Madrid: Reus, 1985. p. 112; QUERMONNE, Jean-Louis. *Les Régimes Politiques Occidentaux*. Paris: Seuil, 1986. p. 36; CECCHERINI, Eleonora. Transizioni e processi costituenti. In: LIMITAZIONI di sovranità e processo di democratizzazione. Turim: [s.n.], 2004. p. 75 et seq.; CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 80; WACHOWICZ, Marcos. *Poder constituinte e transição constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 74 et seq.; DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale Comparato*. 9. ed. Pádua: CEDAM, 2013. p. 288 et seq.
- 7 E o mesmo se diga, em plano concomitantemente de Direito constitucional e de Direito internacional, da evolução do Império Britânico para a *Commonwealth*, com passagem de colónias a *domínios* e, depois (com o Estatuto de Westminster de 1931), de *domínios* a Estados soberanos, alguns dos quais (o Canadá a Austrália, a Nova Zelândia, etc.) em união pessoal, e não já união real, com a Grã-Bretanha.
- 8 Cf. ARNÉ, Serge. La prise du pouvoir par le Maréchal Pétain (1940) et le Général De Gaulle. *Revue du droit public*, p. 48-106, 1969; LECLERCQ, Claude. Les mécanismes juridiques de disparition de la République. *Revue de Droit Publique*. 1980. p. 1039 et seq.; ZIMMER, Willy. La loi du 3 juin 1958: contribution à l’étude des actes pré-constituants. *Revue du droit public*, p. 383-411, 1995.
- 9 Cf. KAMINIS, Georges. *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.
- 10 Cf., entre tantos, recentemente, ALÁEZ CORRAL, Benito. La Constitución Española de 1978: ruptura o reforma constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n. 9, p. 161-190, 1997; ou RUIPÉREZ, Javier. Los principios constitucionales en la transición política: Teoría democrática del poder constituyente y cambio jurídico-político en España. *Revista de Estudios Políticos*, n. 116, p. 25-84, abr./jun. 2002.
- 11 Cf. MIRANDA, Jorge. A transição constitucional brasileira e o Anteproyecto da Comissão Afonso Arinos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 94, p. 29-44, abr./jun. 1987; WACHOWICZ, Marcos. *Poder constituinte e transição constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 151 et seq.
- 12 Cf. HIDALGO, Paulo. La transición a la democracia: aspectos teóricos y análisis de la situación chilena. *Revista del Centro de Estudios Políticos*, n. 11, p. 195-218, 1992.
- 13 Cf. GRILLI DI CORTONA, Pietro. Dal comunismo alla democrazia in Europa Centrale: Ungheria e Cecoslovacchia. *Rivista italiana di scienza politica*, p. 281-313, ago. 1991; AGH, Attila. La transición hacia la democracia en la Europa Central: Una análisis comparativa. *Revista de Derecho Político*, n. 40, p. 89-113, 1995.

Moçambique, Guiné-Bissau<sup>14</sup> e, de certo modo, Angola<sup>15</sup> no início dos anos 90; a passagem do *apartheid* ao regime democrático multi-racial na África do Sul.

3. Na revolução, há uma necessária sucessão de Constituições – materiais e formais. A rutura com o regime precedente determina logo o nascimento de uma nova Constituição material, a que se segue, a curto, a médio ou a longo prazo, a adequada formalização.

Na transição, ocorre sempre um dualismo. Pelo menos, enquanto se prepara a nova Constituição formal, subsiste a anterior, a termo resolutivo; e nada impede que o mesmo órgão funcione simultaneamente (foi o caso do Brasil de 1985 a 1988), como órgão de poder constituído à sombra da Constituição prestes a desaparecer e como órgão de poder constituinte com vista à Constituição que a vai substituir.

O processo de transição é, na maior parte das vezes, insuscetível de configuração *a priori*, dependente das circunstâncias históricas. Outras vezes adota-se o processo de revisão constitucional ou emenda; e pode até suceder que a Constituição admita expressamente formas agravadas de revisão para se alterarem princípios fundamentais da Constituição e, portanto, para *se transitar* para uma nova Constituição.

4. Em última análise, uma transição constitucional *produz-se*, porque a velha legitimidade se encontra em crise, e *justifica-se* porque emerge uma nova legitimidade. E é a nova legitimidade ou ideia de Direito que obsta à arguição de qualquer vício no processo e que, doravante, vai não só impor-se como fundamento de legalidade, mas ainda obter efetividade<sup>16</sup>.

Como explicar, entretanto, a continuidade formal do ordenamento, sem rutura? Uma resposta elucidativa, justamente a respeito da Constituição brasileira de 1988, é avançada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

Segundo este Autor, a distinção entre poder constituinte originário e derivado funciona como regra de calibração. A ideia de um poder autónomo, inicial e incondicionado, contraposto a um poder – direito derivado, tem também um carácter criptonormativo. É uma “figuração” que está na base, que regula, que calibra o sistema, permitindo reconhecer de um lado uma fonte principal de direito que, uma vez exaurida a sua função fundamental, deixa à norma posta a instauração das relações de subordinação. Graças a esta distinção, é possível uma regulação do sistema...

Que acontece quando o recetor promulga uma emenda que altera o relato da norma que lhe confere competência? *Aparentemente*, ele cumpre a norma e engendra um paradoxo. Na verdade, porém, isto não ocorre. Porquê? Porque, ao promulgar

14 Cf. RODRIGUES, Luís Barbosa. *A transição constitucional guineense*. Lisboa: AAFDL Ed., 1995.

15 Cf. MARASINGHE, Lakshman. Constitutional Reform in South Africa. *International and Comparative Law Quarterly*, p. 827-854, 1993; LOBAN, Michel. Un accord négocié: le processus constitutif en Afrique du Sud depuis 1991. *Revue du droit public*, p. 71-110, 1997; LOLLINI, Andrea. Costituzione e giustizia di transizione: il ruolo costitutivo della Commissione sudafricana verità e riconciliazione. Bolonha: [Il Mulino], 2005.

16 Assim se explica como, parafraseando Maurice Hauriou, se passa do *menos* (por exemplo, a revisão constitucional) para o *mais* (a Constituição nova): é porque aí está uma nova ideia de Direito que o novo poder vem invocar. HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1929. p. 256.

a emenda alterando o relato da norma que autoriza os procedimentos para emendar, o recetor (poder constituído) põe-se como emissor (poder constituinte). Isto é, já não é a norma que autoriza os procedimentos de emenda que está a ser acionada, mas outra, com o mesmo relator, mas com outro emissor e outro recetor. É uma norma nova, uma norma-origem.

[...]

Quando o Congresso Nacional promulga uma emenda, conforme os arts. 47.º e 48.º da Constituição de 1969, emenda que altera os próprios artigos, não é a norma dos arts. 47.º e 48.º que está a ser utilizada, mas outra, pois o poder constituído já assumiu o poder constituinte.

[...]

Nem toda norma-origem integra o sistema na sua coesão [...] No caso, porém, invoca-se uma regra de calibração: o Congresso Nacional, bem ou mal, *representa* o povo [...] Esta regra de calibração é que permite integrar a norma-origem no sistema, o qual, assim, se mantém em funcionamento, trocando, porém, o seu padrão: do padrão-legalidade para o padrão-efetividade.<sup>17</sup>

5. O que aconteceu no Brasil entre 1985 e 1988 é um caso paradigmático de transição constitucional e, por isso – embora não fosse necessário narrá-lo, por me dirigir a este auditório – justifica-se referi-lo.

Começou, aliás, antes de 1985, com o processo, que seria chamado de “abertura do regime dos Generais”, esboçado a partir de 1979 e que se defrontaria em 1984 com a vigorosa campanha nacional em favor das eleições presidenciais diretas “*Diretas, já*”.

Abriu-se, então, 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 indireto) de um Presidente moderado, capaz de assegurar a democratização sem traumas e com garantias para os militares.

Tancredo Neves foi esse Presidente eleito. Devido a 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 pluralista<sup>18</sup>.

6. 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 nº 25, de 15 de maio de 1985, que lhe subtraiu o sentido autoritário e consagrou, de novo, o princípio da eleição direta.

Mas aparecia identificada com a ditadura, pela sua origem e pela sua prática.

17 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A convocação da Constituinte como problema de controle constitucional. *O Direito*, 1988. p. 7 et seq.

18 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).

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 nº 26, de 27 de novembro de 1985<sup>19</sup>, que dispôs:

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

Artigo 2º O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia 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 Assembleia 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), tivesse ela apenas poderes constituintes ou também poderes legislativos. O que previu foi um Congresso com poderes constituintes<sup>20</sup>, que funcionaria, ao mesmo tempo, como congresso ordinário e que, como congresso ordinário, permaneceria após a feitura da Constituição.

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 Constituição correspondente. 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; daí o estatuto não provisório do Congresso anterior à eleição e do Presidente; daí a limitação imanente da soberania do Congresso eleito em 15 de novembro de 1986<sup>21</sup>.

Ao mesmo tempo, dar-se-ia um grande surto de estudos e projetos doutrinários sobre temas constitucionais, sem precedentes noutras épocas<sup>22</sup>.

19 BRASIL. Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 nov. 1985.

20 Em que puderam tomar assento os Senadores eleitos em 1982.

21 V. a nossa análise: MIRANDA, Jorge. A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 94, p. 29-44, abr./jun. 1987.

22 A título meramente exemplificativo, citem-se: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1984; BONAVIDES, Paulo. *Política e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1985; e BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição*. Fortaleza: EUFC, 1985; REALE, Miguel. Como deverá ser a Nova Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 60/61, p. 9-24, jan./jul. 1985; ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985; *Constituinte e Constituição*, obra coletiva, Universidade Federal de Minas Gerais, 1986; COMPARATO, Fábio Konder. *Muda Brasil: uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático*. São Paulo: Brasiliense, 1986; MENDES, Cândido. *A*

7. Em 15 de novembro de 1986, foram eleitos os senadores e deputados constituintes e, em 1 de fevereiro seguinte, empossados. O presidente do Congresso viria a ser o deputado Ulysses Guimarães.

Não foi apresentado qualquer projeto 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 de Estudos Constitucionais, nomeada por José Sarney e presidida por Afonso Arinos.

Em 11 de março de 1987, foram instaladas as subcomissões de trabalho, em número de 24. Com representante de todos os partidos, esses grupos dividir-se-iam 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 objeto de pareceres foram redistribuídas por oito comissões temáticas.

A esta 2.<sup>a</sup> fase do processo constituinte seguir-se-ia uma 3.<sup>a</sup>, 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 Bernardo Cabral.

Em 24 de novembro, a comissão de sistematização entregaria ao presidente do Congresso o chamado “projeto 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.

Iniciar-se-ia então uma 4.<sup>a</sup> 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 aspetos.

Marcariam este momento intensos debates dentro e fora do Congresso, uma grande atenção da comunicação social, iniciativas e pressões de quase todos os setores 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 Celso Cunha (o que contribuiu, decisivamente, para o seu excelente português). Em 5 de outubro, a Constituição seria solenemente aprovada,

---

*Inconfidência Brasileira: a Nova Cidadania Interpela a Constituinte.* Rio de Janeiro: Forense, 1986; CORRÊA, Óscar Dias. *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986; *Constituinte e Constituição*, obra coletiva, Universidade Federal de Minas Gerais, 1986; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ideias para a nova Constituição Brasileira.* São Paulo: Saraiva, 1987; PELLEGRINO, Carlos Roberto. Antecedentes da Constituinte brasileira de 1987. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 364, mar. 1987. p. 21 et seq.; MIRANDA, Jorge. A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 94, p. 29-44, abr./jun. 1987; CABRAL, J. Bernardo. Os 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: *Avanços e Retrocessos da Constituição Federal de 1988*, obra coletiva, Rio de Janeiro, 2009. p. 3 et seq.

promulgada e jurada pelos titulares dos três Poderes<sup>23</sup>.

## 2 A ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

### 8. A Constituição abre com um preâmbulo, onde se proclamam

[...] a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça com valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...] sob a proteção de Deus.<sup>24</sup>

O título I, de “Princípios Fundamentais”, começa por declarar a República Federativa do Brasil “formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” e constituída em “Estado Democrático de Direito” (art. 1º)<sup>25</sup>.

Os seus fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (ainda. art. 1º) e entre os seus objetivos contam-se, além dos que aparecem no preâmbulo, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação (art. 3º).

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (art. 1º, § único) e são Poderes da União

23 V. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. *Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Sobre a Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1990. p. 67 et seq.; e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; TAVARES, Ana Lúcia da Lyra. A Constituição de 1988: subsídios para os comparatistas. *Revista de Informação Legislativa*, n. 109, p. 71-108, jan./mar. 1991; BON, Pierre (Dir.). *Le Nouvelle République Brésilienne*. Paris: Économica, 1991; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *O espírito de 1988: 15 anos de Constituição democrática*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2003; BULOS, Uadi Lamêgos. *Constituição Federal Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; e BULOS, Uadi Lamêgos. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003; MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008; FACHIN, Zulmar (Coord.). *20 anos da Constituição cidadã de 1988*. Rio de Janeiro: Método, 2008; RESEK, Francisco; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Constituição federal Avanços, contradições e modificações no processo democrático brasileiro*, obra coletiva, São Paulo, 2008; BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: o estado a que chegámos. *Revista de Direito do Estado*, n. 10, p. 25-66, 2008; HORTA, Raúl Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010; FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valdir do (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010; BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011; AGRA, Walber da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. Indiquem-se também os comentários à Constituição em várias edições e em vários volumes de J. Cretella Júnior, Celso Bastos e Ives Gandra Silva Martins, Manoel Gonçalves Ferreira Júnior, José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes.

24 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

25 Ibidem.

“independentes e harmônicos entre si”, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário<sup>26</sup>.

Reafirmam-se como grandes princípios de Direito internacional a independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio do terrorismo e do racismo, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e a concessão de asilo político (art. 4º). O Brasil empenha-se na formação de um tribunal internacional dos direitos humanos (art. 7º das Disposições Transitórias).

9. Seguem-se oito títulos, sobre:

- Direitos e garantias fundamentais;
- Organização do Estado;
- Organização dos Poderes;
- Defesa do Estado e das instituições democráticas;
- Tributação e orçamento;
- Ordem econômica e financeira;
- Ordem social.

Estes títulos aparecem, quase todos, divididos em capítulos, seções e subseções, procurando-se ir de princípios gerais para preceitos específicos, observando-se, em geral, uma boa técnica jurídica nas formulações.

10. A Constituição tem 250 artigos e ainda 97 disposições transitórias.

Não é o número de artigos que impressiona. Na nossa época, são muitos os textos constitucionais com idênticos ou até maior número de artigos, fruto de tendência para mais e mais matérias ingressarem nos textos constitucionais e dos, muitas vezes indispensáveis compromissos constituintes (por exemplo, a Constituição portuguesa, de 1976, tinha inicialmente 312 artigos e hoje tem 296; a colombiana 380 e 57 disposições transitórias; a angolana 244 artigos).

O que impressiona na Constituição brasileira é o tratamento pormenorizado, até à exaustão, de muitos e muitos preceitos, retirando-se ou diminuindo-se o papel próprio da lei e contribuindo para a necessidade de constantes emendas (cerca de cem em trinta anos).

Essa *constitucionalite* aguda (permita-se-me a expressão) manifesta-se, especialmente:

- no modo como se distribuem os poderes entre a União, os Estados e os Municípios (arts. 21º e segs.);
- em todo o capítulo da Administração pública (arts. 37º e segs.);
- em alguns dos preceitos sobre fiscalização contábil, financeira e orçamentária (arts. 70º a 75º);
- nas demasiadas minúcias do estatuto da magistratura (arts. 93º a 95º e

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.



105º);

- na excessiva regulamentação da segurança pública (art. 144º);
- na excessiva regulamentação das matérias tributárias e orçamentais (arts. 145º a 162º) e das funções públicas (arts. 163º a 169º);
- no excesso de regulamentação da seguridade ou segurança social (arts. 194º e 195º), da saúde (arts. 198º e segs.), da previdência social (arts. 201º e 202º) e da assistência social (arts. 203º e 204º);
- na afetação, desde logo, de certo montante de receitas ao ensino público (art. 212º);
- no excesso de regulamentação da comunicação social (arts. 220º e segs.).

### 3 O CENTRALISMO CONSTITUCIONAL

11. Há mais de uma variante de Estado federal, assim como há mais de uma variante de Estado unitário, em tudo dependente de fatores históricos e de condicionalismos políticos, económicos, sociais e materiais.

Nos Estados federais perfeitos (chamamos-lhes deste modo), cuja medida é a da Constituição norte-americana de 1787 procedem os seguintes princípios diretivos:

1.º Dualidade de soberanias – a de cada um dos Estados federados e a do Estado federal, tendo cada um deles a sua Constituição (e Constituição emanada de um poder constituinte originário, exercido em nome próprio), bem como o correspondente sistema de funções e órgãos (legislativos, governativos, administrativos e jurisdicionais);

2.º Participação dos Estados federados na formação e na modificação da Constituição federal, seja a título constitutivo, seja a título de veto coletivo, seja por via representativa, seja por referendos parciais;

3.º Garantia (a nível de Constituição federal) da existência e dos direitos dos Estados federados;

4.º Intervenção institucionalizada dos Estados federados na formação da vontade política e legislativa federal, através de órgãos federais com representação dos Estados (senados ou conselhos federais, os primeiros com titulares eleitos e os segundos com titulares delegados dos Governos locais);

5.º Igualdade jurídica dos Estados federados, traduzida em igualdade de direitos dos seus cidadãos, em reconhecimento do valor dos atos jurídicos neles celebrados e em participação paritária nos órgãos federais ou em alguns deles;

6.º Limitação das atribuições federais, o que deriva da ideia de agregação dos Estados como hipótese explicativa da federação e possui o sentido (inverso do da descentralização política e administrativa) de que todas as matérias não re-

servadas ao Estado federal incumbem ou podem incumbir aos Estados federados.

12. O Brasil é, desde a proclamação da República, um Estado federal (primeiro, “Estados Unidos do Brasil”, hoje “República Federativa do Brasil”). Porém, um Estado federal onde não se encontram alguns dos princípios acabados de apontar e onde, até pelo contrário, a Constituição de 1988 leva bem longe o centralismo.

Assim:

- A definição dos poderes da União e dos Estados (arts. 21º e segs.), com grande peso dos primeiros desses poderes em detrimento dos segundos (arts. 21º-IX e XI, 23º-X a XXI e 24º-VI, XII, XIV, XV e XVI);

- O tratamento uniformizador dos órgãos do Estado (art. 27º), em vez de ser deixado para as Constituições estaduais, e ainda, de certo modo, o tratamento dos órgãos dos Municípios (art. 29º), em vez de ser remetido para as leis orgânicas respetivas;

- A possibilidade de intervenção federal nos Estados (arts. 34º a 36º);

- O tratamento dos militares dos Estados (art. 42º);

- O tratamento do Poder Judiciário e do Ministério Público estaduais (arts. 125º e 128º, §§ 1º e 5º);

- O tratamento dos impostos estaduais (art. 155º).

13. Sentido positivo vem a ter a elevação dos Municípios a unidades da União, com isso se consagrando, não propriamente, um federalismo de duplo grau, mas sim a conjugação de federalismo com regionalismo político.

Os Municípios brasileiros não são autarquias locais como as portuguesas (art. 237º da Constituição de 1976) e, historicamente, até devido à dimensão do país, sempre foram mais, pela sua dimensão e pela sua autonomia, que os concelhos portugueses. Aproximam-se antes, sem se confundirem, das regiões autónomas surgidas em vários países europeus no século XX, como as da Finlândia, da Dinamarca, da Itália e de Portugal.

#### 4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

14. O essencial da Constituição de 1988, o verdadeiramente inovador, não se acha na forma de Estado, nem (como adiante se dirá) no sistema de governo.

O essencial está nos direitos fundamentais – no elenco rigoroso dos direitos de liberdade e de garantia pessoais e no elenco generoso dos direitos sociais. O essencial está no seu primado em face de todas as demais matérias. Apesar de também se justificarem críticas sobre o texto redigido pela Assembleia Constituinte, é com eles que o Brasil dá um importantíssimo passo em frente e é por causa deles que se pode qualificar, como tem sido aduzido de vários quadrantes, a Constituição como a “Constituição cidadã”.

O Estado Democrático de Direito e a democracia dependem da observância desses direitos, de uns e de outros.

15. As críticas são basicamente quatro:

1ª) A concentração, decerto numa linha que remonta à Constituição de 1824, de todos os grandes princípios sobre direitos fundamentais e do conjunto dos direitos de liberdade e das garantias no art. 5º, numa amálgama complexa de corpos e incisos com algarismos romanos, de muito difícil leitura para os juristas e, ainda mais, para os cidadãos comuns que pretendam salvaguardar as suas posições perante os poderes públicos ou formular legítimas reivindicações;

2ª) A singelíssima apresentação dos direitos sociais no art. 6º, ficando a densificação e a concretização do seu conteúdo – inseparável de incumbência do Estado e de participação da sociedade civil – relegada para o longínquo título concernente à ordem social;

3ª) A aparente recondução dos direitos dos trabalhadores (arts. 7º e segs.) a direitos sociais, quando muitos deles têm a natureza de direitos de liberdade (arts. 8º a 11º), sem se separarem as duas categorias (como faz a Constituição portuguesa nos arts. 53º e segs. e 58º e segs.);

4ª) A colocação dos partidos políticos numa única divisão do texto, não se discernindo o que se prende com direitos de liberdade e o que se prende com a organização do poder político.

16. Independentemente da pertinência destes pontos, devem ser realçados como contributos inovadores ou decisivos do art. 5º (no texto atual):

- A igualdade de homem e mulher (I);
- O direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indemnização por dano material, moral ou à imagem (V);
- A garantia de assistência religiosa nos estabelecimentos ou entidades, civis ou militares, de internação coletiva (VII);
- A suspensão ou a dissolução das associações só por decisão judicial (XIX);
- A previsão de prazo, nos termos da lei, para a prestação de informações pelos poderes públicos (XXXIII);
- A cominação do racismo, da tortura e do terrorismo como crimes inafiançáveis e imprescritíveis (XLII e XLIII);
- Não haver prisão civil por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e irrecusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel (LXVII);
- O mandado de segurança coletiva (LXX);
- O mandado de injunção 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 (LXXI);
- O *habeas data* (LXXII);
- A aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (§ 1º);
- A equivalência a emendas constitucionais de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso

Nacional, em dois turnos, por três quartos dos votos dos respectivos membros (§ 3º);

– A aceitação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional (§ 4º).

Muito relevantes são, noutros preceitos, a garantia institucional da advocacia (art. 113º), a Defensoria pública ao serviço dos necessitados (art. 134º) e as limitações ao poder de tributar, com a não retroatividade de leis criadoras de tributos (art. 150º).

Acrescente-se a inserção entre as chamadas “cláusulas pétreas” (limites materiais de revisão constitucional) dos direitos e garantias individuais (art. 60º, § 4º), entendendo a doutrina que também neles se abrangem os direitos sociais [tal como em Portugal diante do art. 288º, alínea d) da Constituição].

17. Sobre o art. 5º ousei há alguns anos, em palestra proferida no Brasil, depois publicada<sup>27</sup>, propor uma reestruturação, que, sem envolver mudanças na numeração dos artigos da Constituição, permitisse uma leitura mais adequada e clara.

Numa primeira secção, de princípios gerais, estariam:

- Artigo 5º (Igualdade e liberdade, correspondentes aos incisos I e II);
- Artigo 5º-A (Inviolabilidade da pessoa, incisos X, III, XLVII e LXXVI);
- Artigo 5º-B (Proteção da confiança, incisos XXXV e XXXVI);
- Artigo 5º-C (Aplicação imediata, § 1º);
- Artigo 5º-D (Abertura dos direitos, §§ 2º e 3º);

Numa segunda secção, de liberdades e dos direitos conexos:

- Artigo 5º-E (Liberdade de consciência e de crença, incisos VI, VIII e VII);
- Artigo 5º-F (Intimidade da vida privada e direito à imagem, inciso X);
- Artigo 5º-G (Liberdade de expressão e informação, incisos IV, IX, V e XIV);
- Artigo 5º-H (Liberdade de trabalho, inciso XIII);
- Artigo 5º-I (Liberdade de locomoção, inciso XV);
- Artigo 5º-J (Liberdade de reunião, inciso XVI);
- Artigo 5º-L (Liberdade de associação, incisos XVII, XX, XXVIII e XIX);
- Artigo 5º-M (Direito de propriedade, incisos XII a XVI, XXX e XXXI);
- Artigo 5º-N (Direitos de autor, incisos XXVII a XXIX);
- Artigo 5º-O (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência, incisos XI e XII);

e XII);

- Artigo 5º-P (Direitos dos consumidores, inciso XXXII);
- Artigo 5º-Q (Direitos de informação e de petição, incisos XXXIII e XXXIV);

Na secção III, de garantias, seria:

- Artigo 5º-R (*Habeas data*, inciso LXII);
- Artigo 5º-S (Garantias da liberdade pessoal, incisos LIV a LXI, LXVII e LXVIII);

<sup>27</sup> MIRANDA, Jorge. *Uma reestruturação possível do artigo 5º da Constituição Federal (capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos)*, in *Direito Público* (Brasília), 2014, e in *O Direito Constitucional e os Desafios do Século XXI*, obra coletiva, Lisboa, 2015.

- Artigo 5º-T (Obrigações de incriminação, incisos XLI a XLV);
- Artigo 5º-U (Garantias de Direito penal, incisos XXXIX, XL, XLV, XLVI, XXXVII, XXXVIII, LVII e LVIII);
- Artigo 5º-V (Garantias de processo penal, incisos LIII, LV, LXXVIII, LVI, LIX, LX, LXXIV, LXXXV e LVIII);
- Artigo 5º-X (Cumprimento da pena de prisão, incisos XLVIII, XLIX e L);
- Artigo 5º-Z (Extradição, incisos L e LI).

18. Os direitos sociais abrangem tanto a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção 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 (art.s 6º a 11º).

Mas é depois, no título da ordem social (arts. 193º a 232º), que surgem as normas de efetivação, 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.

Registem-se assim: a vedação da comercialização de órgãos, substâncias humanas, sangue e seus derivados (art. 199º, § 4º); a consideração, a par da segurança (ou *seguridade*) social, da assistência social (art. 203º); a gratuidade e a gestão democrática do ensino público (art. 206º, nºs 4 e 5); o acesso ao ensino obrigatório como direito público subjetivo (art. 208º, § 1º); a recondução do planejamento familiar a livre decisão do casal (art. 226º, § 7º); o apoio à adoção (art. 227º, nº 5); o reconhecimento da organização social e cultural e a proteção das terras dos índios (arts. 231º e 232º).

Particularíssima e muito compreensível importância confere a Constituição ao meio ambiente. Logo no art. 5º-LXXIII ela atribui a qualquer cidadão direito de ação popular para anular ato lesivo do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custos judiciais e dos ônus de sucumbência. Isso porque, segundo o art. 225º, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as gerações futuras (art. 225º).

Para tanto, entre outras incumbências do poder público, as de promover a educação ambiental (art. 225º, § 1º-VI), a obrigação de quem explorar recursos mineiros de recuperar o meio ambiente degradado (§ 2º), a consideração da Floresta Amazônica, da Mata Atlântica, da Serra do Mar, do Pantanal e da Zona Costeira como patrimônio nacional (§ 4º).

Consignam-se, do mesmo passo, o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (art. 206º, nº 3); a possibilidade de os recursos públicos serem dirigidos a escolas

comunitárias, confessionais e filantrópicas, sem fins lucrativos (art. 213º); a consideração do ensino religioso facultativo como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (art. 210º, § 1º); a proibição de qualquer censura política, ideológica e artística (art. 220º, § 1º); a criação de um Conselho de Comunicação Social (art. 224º).

19. Quanto à ordem económica, ela apresenta-se moderadamente nacionalista e social-democrata ou social-liberal, conquanto se entenda, mas talvez nem sempre em sintonia com as incumbências assumidas pelo Estado na ordem social.

São princípios (e objetivos) 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. 170º).

É assegurado o livre exercício de qualquer atividade económica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos na lei; ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo (art. 1º), e as empresas públicas sujeitam-se ao regime das empresas privadas (art. 173º, § 1º).

Todavia, o Estado exercerá funções de fiscalização, incentivo e planeamento (determinante para o sector público e indicativo para o sector privado) e a lei reprime o abuso do poder económico (arts. 174º e 175º, § 4º). São apoiadas e estimuladas as cooperativas e outras formas de associativismo (art. 174º, § 2º).

As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro (art. 182º, § 2º). 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. 184º). Serão, porém, insuscetíveis de desapropriação a pequena e média propriedade rural, desde que o seu proprietário não possua outra, e a propriedade seja produtiva (art. 185º).

## 5 OS PODERES DO ESTADO

20. 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 adotou o “presidencialismo congressional” 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<sup>28</sup>).

Entretanto, mais uma vez à luz de uma fórmula conciliatória, determinou a

28 Cf. as nossas observações em MIRANDA, Jorge. A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 94, p. 29-44, abr./jun. 1987. p. 38.

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 deveriam vigorar no país.

O plebiscito deu uma larguíssima vitória tanto à república quanto ao presidencialismo, embora continue havendo muitos adeptos do parlamentarismo.

21. No Congresso, bicameral, a Câmara dos Deputados é eleita por representação proporcional em cada Estado e no Distrito Federal. Mas, como nenhum membro da Federação pode ter menos de 8 deputados e mais de 70 (art. 45º, § 1º), verifica-se distorção na proporcionalidade. O Senado é eleito por representação majoritária, cabendo a cada Estado e ao Distrito Federal três senadores com mandato de 8 anos (art. 46º).

O Congresso pode sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou de limites de delegação legislativa (art. 49º-V) e compete-lhe autorizar referendos e convocar plebiscitos.

Como o Presidente da República pode, em caso de relevância e urgência, adotar medidas provisórias com força de lei devendo submetê-las de imediato ao Congresso (art. 62º) elas perderão eficácia se não forem convertidas em lei dentro de sessenta dias (§ 3º).

O Congresso pode convocar os Ministros de Estado auxiliares do Presidente da República no domínio administrativo (art. 82º), para informações, sob pena de responsabilidade (art. 50º).

De realçar entre outras competências privativas do Senado Federal a de processar e julgar nos crimes de responsabilidade, o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Ministros de Estado e o Procurador-Geral da República; aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha dos magistrados nos casos estipulados na Constituição; suspender a execução, no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52º-I, II, III, X).

Por outro lado, é de aplaudir, porque bem inspirada nos valores do Estado Democrático de Direito, a norma, segundo a qual a lei que altere o processo eleitoral não se aplica à eleição – a qualquer eleição, federal, estadual ou municipal – que ocorra até um ano da data da sua vigência (art. 16º).

O Presidente da República é eleito por sistema de dois turnos ou duas voltas (como na França e em Portugal), por quatro anos, sendo admitida a reeleição para segundo mandato, desde a Emenda Constitucional nº 16/97. A eleição do Presidente importa a do Vice-Presidente com ele registado. O Presidente é auxiliado pelos Ministros de Estado, em que ele pode delegar algumas das suas competências de carácter administrativo (arts. 84º, § único, 87º e 88º).

A Constituição cria dois órgãos de consulta do Presidente: o Conselho da República (arts. 89º e 90º) e o Conselho de Defesa Nacional (art. 91º). Àquele compete pronunciar-se sobre a intervenção federal, o estado de defesa, o estado de sítio e questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

Existe também um Conselho Nacional de Justiça, de composição diversificada, ao qual cabe o controlo do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes e zelar pela autonomia do Poder Judiciário (art. 103º-B).

22. Nos últimos anos, por causas políticas – circunstanciais ou estruturais como se queira, mas que não nos cabe analisar – o Congresso tem vindo a aumentar a sua intervenção política perante o Presidente da República, havendo quem fale em “presidencialismo de coalizão” (embora distinto do “presidencialismo congressional”), pela necessidade do Presidente de assegurar o apoio parlamentar até para a sua própria subsistência.

Mas é uma prática contra o espírito da Constituição e que não tem dado bons resultados, devido à pulverização partidária (mais de 20 partidos com assento nas Câmaras e com poucas marcas ideológicas). Seria conveniente adotar, como sucede na Alemanha e noutros países, uma *cláusula barreira*, exigindo que qualquer partido para ter acesso ao Congresso obtivesse, pelo menos, 5% dos votos à escala nacional ou em dois terços dos Estados correspondentes à maioria do eleitorado.

23. O Supremo Tribunal Federal tem onze juízes, “Ministros”, nomeados – à semelhança do que sucede nos Estados Unidos – pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (art. 161º).

Tem vindo a ser crescente a importância do Supremo Tribunal Federal, em larga medida pela relativa inércia legislativa do Congresso Nacional e, em parte, pelo influxo de novas correntes (como a do “neoconstitucionalismo”) apoiadas por juízes de muita qualidade. O risco para alguns, é o ativismo judicial<sup>29</sup>.

## 6 A GARANTIA DA CONSTITUCIONALIDADE

24. O sistema brasileiro compreende um acervo de meios de controlo da constitucionalidade quase sem paralelo noutros sistemas:

- a) Controlo concreto, a cargo de todos os tribunais (arts. 97º e 102º-III);
- b) Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de recursos extraordinários das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contraria dispositivos da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar a validade de lei ou ato federal contestado em face da Constituição, julgar válida lei municipal contestada em face da lei federal (art. 102º-III e § 3º);
- c) Ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a propor pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal ou pela da Câmara dos Deputados, por Mesa de Assembleia Legislativa, por Governador de Estado, pelo Procurador-Geral da República, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, por partido político com representação no Congresso Nacional e por confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional

<sup>29</sup> Cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010; SILVA, Eduardo Fernandes da. Excesso de jurisdição ou escassez de política? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 209-230, 2013.



[art. 102º-I, alíneas a), 1ª parte, e p), e § 2º, e art. 103º];

d) Ação declarativa de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal [art. 102º-I, alínea n), 2ª parte, e § 2º, e art. 103º];

e) Arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, a apreciar pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102º, § 1º);

f) Ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103º, § 2º);

g) Mandado de injunção [art. 5º-LXXI e art. 102º-I, alínea )].

A arguição de desconformidade de preceito fundamental (regulamentado pela Lei nº 9.883, de 3 de dezembro de 1999) poderá ser um meio de defesa de direitos fundamentais, quando esgotados ou inviáveis outros meios e aproximável da *Verfassungsbeschwerde* alemã.

A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão é desencadeável pelos mesmos sujeitos da ação direta de inconstitucionalidade por ação. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medidas para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para as adotar e, se se tratar de órgão administrativo, para o fazer no prazo de trinta dias (art. 103º, § 2º).

A Emenda Constitucional nº 45/04 aditou à Constituição um novo art. 103º-A, sobre súmula vinculante, em que se diz:

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.<sup>30</sup>

É pena a Constituição não autorizar, como fez com outras matérias talvez menos importantes, um título de garantia constitucional.

## 7 AS EMENDAS À CONSTITUIÇÃO

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

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

30 BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

dos respectivos membros.

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

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separa

ção dos Poderes e os direitos e garantias individuais. Já não, como sucedia desde 1891, a forma republicana de governo, em consequência do plebiscito atrás referido.

## 8 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A PORTUGUESA

26. Tem havido uma constante interação do constitucionalismo brasileiro e do português: a Carta Constitucional portuguesa 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 influências na Constituição brasileira de 1937.

Não admira, por isso, que haja normas da Constituição de 1988 e normas da Constituição de 1976 idênticas ou similares.

Sem ser exaustivo, podem ser apontadas:

– A definição do regime como “Estado Democrático de Direito” (art. 1º da Constituição brasileira), homólogo do “Estado de direito democrático” português (preâmbulo e arts. 2º e 9º);

– Os princípios relativos às relações internacionais (art. 4º e art. 7º, nº 1, respetivamente);

– A consagração constitucional do direito de resposta (art. 5º-V e art. 37º, nº 4);

– O direito à imagem (art. 5º-X e art. 40 e art. 26º nº 1);

– A defesa do consumidor (art. 5º-XXXII e art. 60º);

– O direito a informação dos poderes públicos (art. 5º-XXXIII, e art. 48º, nº 2);

– O direito de ação popular para defesa do ambiente e do património histórico e cultural (art. 5º-LXXIII e art. 52º, nº 3);

– A aplicação imediata das normas respeitantes a direitos e garantias fundamentais (art. 75º, § 1º, e art. 18º, nº 1);

– Os direitos de participação dos trabalhadores (art. 10º e arts. 54º e 56º);

– A língua portuguesa, língua oficial (arts. 13º e 210º, § 2º e art. 11º, nº 3);

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

– A criação de uma comissão representativa do Congresso Nacional para funcionar durante o recesso (art. 58º, § 4º e art. 182º);

– A proibição de revisão constitucional na vigência de estado de necessidade (art. 60º, § 1º e art. 289º);

– O alargamento dos limites materiais da revisão (art. 60º, § 4º e art. 288º);

– O sistema eleitoral do Presidente da República (art. 77º e art. 129º);

– O Conselho de Defesa Nacional (art. 91º e art. 274º);

– A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art. 103º e art. 283º);

– O estímulo ao corporativismo (art. 174º, § 2º e art. 84º);

– O sistema de saúde (art. 198º e art. 64º);

– A gestão democrática das escolas públicas (art. 206º, nº 6 e art. 77º);

- O fomento do desporto (art. 217º e art. 79º);
- O apoio à ciência [art. 218º e arts. 73º, nº 4 e 81º, alínea *m*)];
- O Conselho de Comunicação Social (art. 224º e art. 39º);
- A solidariedade entre gerações para preservação do meio ambiente [art. 225º e art. 66º, nº 2, alínea *d*)];
- O apoio à adoção (art. 227º, § 5º e art. 72º);
- A proteção dos idosos (art. 230º e art. 72º).

27. Estas características comuns a ambas as Constituições e outras específicas de cada uma são muito superiores a quaisquer deficiências. E foi, na sua vigência, que os nossos dois países entraram finalmente – e, espero, definitivamente – em regimes políticos de liberdade, de pluralismo, de cidadania solidária, de responsabilidade e de primado do Direito.

## REFERÊNCIAS

AGH, Attila. La transición hacia la democracia en la Europa Central: Una análisis comparativa. *Revista de Derecho Politico*, n. 40, p. 89-113, 1995.

AGRA, Walber da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALÁEZ CORRAL, Benito. La Constitución Española de 1978: ruptura o reforma constitucional. *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, n. 9, p. 161-190, 1997.

ARNÉ, Serge. La prise du pouvoir par le Maréchal Pétain (1940) et le Général De Gaulle. *Revue du droit public*, p. 48-106, 1969.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: o estado a que chegámos. *Revista de Direito do Estado*, n. 10, p. 25-66, 2008.

BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Sui limiti della “revisione costituzionale”*. In: SEMINARIO GIURIDICO DELL’UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA, 3., 1949, Catania. *Analli...* Catania: Università degli Studi di Catania, 1949.

BONAVIDES, Paulo. *Constituinte e Constituição*. Fortaleza: EUFC, 1985.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Política e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 nov. 1985.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRITO, Wladimir. Tempo e Direito: o tempo de revisão constitucional. *Direito e Cidadania*, n. 16/17, p. 219-248, set. 2002.

BULOS, Uadi Lamêgos. *Constituição Federal Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CANOTILHO, Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CECCHERINI, Eleonora. Transizioni e processi costituenti. In: LIMITAZIONI di sovranità e processo di democratizzazione. Turim: [s.n], 2004.

COMPARATO, Fábio Konder *Muda Brasil: uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

CORRÊA, Óscar Dias. *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1984.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto Costituzionale Comparato*. 9. ed. Pádua: CEDAM, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A convocação da Constituinte como problema de controle constitucional. *O Direito*, 1988.

\_\_\_\_\_; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha A. Stevenson. *Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia, Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Ideias para a nova Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1987.

\_\_\_\_\_. *O Poder Constituinte*. São Paulo: J. Bushatsky, 1974.

\_\_\_\_\_. Sobre a Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1990.

GRILLI DI CORTONA, Pietro. Dal comunismo alla democrazia in Europa Centrale: Ungheria e Cecoslovacchia. *Rivista italiana di scienza politica*, p. 281-313, ago. 1991.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Constitutionnel*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1929.

HIDALGO, Paulo. La transición a la democracia: aspectos teóricos y análisis de la situación chilena. *Revista del Centro de Estudios Políticos*, n. 11, p. 195-218, 1992.

HORTA, Raúl Machado. *Direito Constitucional*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1991. Tradução de: Verfassungsänderung und Verfassungswesandlung.

KAMINIS, Georges. *La transition constitutionnelle en Grèce et en Espagne*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.

LOBAN, Michel. Un accord négocié: le processus constitutinnel en Afrique du Sud depuis 1991. *Revue du droit public*, p. 71-110, 1997.

LOLLINI, Andrea. *Costituzione e giustizia di transizione: il ruolo costituente della Commissione sudafricana verità e reconciliazione*. Bolonha: [Il Mulino], 2005.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *O espírito de 1988: 15 anos de Constituição democrática*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2003.

MARASINGHE, Lakshman. Constitutional Reform in South Africa. *International and Comparative Law Quarterly*, p. 827-854, 1993.

MARTINS, Ives Gandara da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valdir do (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MENDES, Cândido. *A Inconfidência Brasileira: a Nova Cidadania Interpe-la a Constituinte*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. A transição constitucional brasileira e o Anteprojecto da Comissão Afonso Arinos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 94, p. 29-44, abr./jun. 1987.

NEGRI, Antonio. *The Constituent Power*. Madrid: Mineápolis, 1994. p. 383. Tradução de: El poder constituyente.

NIGRO, Mario. *Costituzione ed effettività costituzionale*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, p. 1708, 1969.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. Antecedentes da Constituinte brasileira de 1987. *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 364, mar. 1987.

QUERMONNE, Jean-Louis. *Les Régimes Politiques Occidentaux*. Paris: Seuil, 1986.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. Como deverá ser a Nova Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 60/61, p. 9-24, jan./jul. 1985.

RODRIGUES, Luís Barbosa. *A transição constitucional guineense*. Lisboa: AAFDL Ed., 1995.

ROSS, Alf. *Critica del diritto e analisi del linguaggi*. Bolonha: Il Mulino, 1984. Tradução de: On SelfReference and a Puzzle in Constitutional Law.

RUIPÉREZ, Javier. Los principios constitucionales en la transición política: Teoría democrática del poder constituyente y cambio jurídico-político en España. *Revista de Estudios Políticos*, n. 116, p. 25-84, abr./jun. 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, Eduardo Fernandes da. Excesso de jurisdição ou escassez de política? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, p. 209-230, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lénio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, Ana Lúcia da Lyra. A Constituição de 1988: subsídios para os comparatistas. *Revista de Informação Legislativa*, n. 109, p. 71-108, jan./mar. 1991.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

VERDU, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Madrid: Reus, 1985.

WACHOWICZ, Marcos. *Poder constituinte e transição constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

ZIMMER, Willy. La loi du 3 juin 1958: contribution à l'étude des actes pré-constituants. *Revue du droit public*, p. 383-411, 1995.