

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 179
julho/setembro – 2008

**Edição especial em comemoração
aos vinte anos da promulgação da
Constituição de 1988**

Organização
Jorge Fontoura

A Constituição de 1988

Uma Constituição de esperança

Jorge Miranda

Sumário

I - A transição constitucional: 1. Poder constituinte material e poder constituinte formal; 2. A relação necessária de uma e outra manifestação de poder constituinte; 3. A transição constitucional, modo de exercício do poder constituinte; 4. Revolução e transição; 5. A continuidade formal do ordenamento; 6. A transição constitucional brasileira; 7. A Assembleia Constituinte. II - A Constituição de 1988: 8. Os princípios fundamentais; 9. Os direitos fundamentais; 10. A organização económica; 11. A organização do poder político; 12. O plebiscito de 1993; 13. A fiscalização da constitucionalidade; 14. A frustrada revisão constitucional; 15. Um juízo global sobre a Constituição.

I - A transição constitucional

1. Qualquer Constituição pressupõe um poder constituinte material como poder de auto-organização e auto-regulação do Estado. E este poder é um poder originário, expressão da soberania do Estado na ordem interna ou perante o seu próprio ordenamento (MIRANDA, 2002, p. 355 et seq.; 2003, p. 87 et seq.).

Mas qualquer Constituição moderna implica também um poder constituinte formal como poder do Estado de atribuir às normas constitucionais uma forma adequada e de lhes atribuir uma força jurídica específica diante das demais normas.

Com efeito, por um lado:

a) O factor determinante da abertura de cada era constitucional é, não a aprovação de uma Constituição formal (ou a redacção de uma Constituição instrumental), mas o corte ou a contraposição frente à situação ou ao regime até então vigente, em nome de uma nova ideia de Direito ou de um novo princípio de legitimidade, seja por meio de revolução, seja por outro meio;

b) A entidade determinante do conteúdo fundamental de uma Constituição é a entidade – força política ou social, movimento militar ou popular, monarca, outro órgão ou grupo – que assim vai inflectir a ordem preexistente e assumir a inerente responsabilidade histórica;

c) Tal entidade, ora pode convocar ou estabelecer uma assembleia, um colégio, outro órgão com vista à elaboração da Constituição formal, ora, porventura, ser ela logo a decretá-la;

d) O órgão que elabora e decreta a Constituição formal é solidário da ideia de Direito, do desígnio, do projecto correspondente à ruptura ou à inflexão e não poderia contradizer ou alterar essa ideia, esse desígnio, esse projecto sem nova ruptura ou inflexão, sem se transformar em entidade originária de uma diferente Constituição material;

e) Aliás, mesmo se a ideia de Direito é de democracia pluralista, o órgão encarregado de fazer a Constituição formal não goza de uma margem de liberdade plena; não adstrito, decerto, a um determinado e único sistema de direitos fundamentais, de organização económica, de organização política ou de garantia da constitucionalidade, está sujeito a um limite – o da coerência com o princípio democrático e da sua preservação (não pode estabelecer uma Constituição não democrática).

Não significa isto, contudo, que a elaboração da Constituição formal redunde em algo despiciendo ou acessório, porquanto, por outro lado:

a) Não basta, com a civilização da lei escrita e com o constitucionalismo, uma qualquer ideia ou um qualquer conjunto de

princípios para ficar definido o quadro da vida colectiva; o estatuto do Estado¹ carece de uma Constituição formal; traçar este estatuto comporta opções jurídico-políticas de importância central;

b) Quer a ideia de Direito (ou o desígnio, o projecto, o carácter do regime) se desenhe com muito vigor e nitidez, quer se ofereça mais ou menos vaga ou fluida, não pode deixar de ser interpretada, concretizada, convertida em regras de comportamento e de relação (relação entre o Estado e os cidadãos, relação entre os futuros órgãos de poder), em regras que compõem a Constituição formal;

c) Até à Constituição formal os órgãos de poder aparecem como órgãos provisórios ou transitórios e os seus actos de decisão política como tendo validade ou eficácia condicionada a futura confirmação ou convalidação; e, quando se trate de um novo regime democrático, as “grandes reformas de fundo” deverão situar-se no âmbito de futuro órgão democraticamente constituído;

d) Se o Direito ordinário criado entre o momento da ruptura ou da inflexão da ordem anterior e o da entrada em vigor da nova Constituição formal não pode ser submetido (por estar ou ter de se pressupor que está de acordo com a nova ideia de Direito) a tratamento igual ao do Direito editado no regime precedente, nem por isso é menos seguro que só a Constituição representa o novo fundamento do ordenamento jurídico;

e) O poder constituinte ou a soberania do Estado não se manifesta só no momento inicial ou no primeiro acto do processo, nem só no momento final de decretação da Constituição formal; manifesta-se no enlace de todos os actos e no conjunto de todos os órgãos que neles intervêm.

2. São duas faces da mesma realidade. Ou dois momentos que se sucedem e completam, o primeiro em que o poder consti-

¹ Ressalvando sempre, de novo, o caso particular da Grã-Bretanha.

tuinte é só material, o segundo em que é, simultaneamente, material e formal².

O poder constituinte material precede o poder constituinte formal. Precede-o logicamente, porque a ideia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os factos, a legitimidade a legalidade. E precede-o historicamente, porque há quase sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa ideia de Direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização dessa ideia ou desse regime; e o que se diz da construção de um regime político vale também para a formação e a transformação de um Estado.

Em segundo lugar, o poder constituinte material envolve o poder constituinte formal, porquanto (assim como a Constituição formal contém uma referência material) este é, por seu turno, não menos um poder criador de conteúdo valorável a essa luz. Não somente o poder constituinte formal complementa e especifica a ideia de Direito como é, sobretudo, através dele que se declara e firma a legitimidade em que agora assenta a ordem constitucional.

Confere, pois, o poder constituinte formal estabilidade e garantia de permanência e de supremacia hierárquica ou sistemática ao princípio normativo inerente à Constituição material. Confere estabilidade, visto que a certeza do Direito exige o estatuto da regra. Confere garantia, visto que só a Constituição formal coloca o poder constituinte material (ou o resultado da sua acção) ao abrigo das vicissitudes da legislação e da prática quotidiana do Estado e das forças políticas.

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

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. E talvez mais sugestivas, porque ocorridas em períodos breves, são, entre outras, a outorga da Carta Constitucional portuguesa por D. Pedro IV (D. Pedro I do Brasil) em 1826; a instauração do fascismo na Itália de 1922 a 1925; a passagem da IV à V República em França em 1958; a consagração de regimes de partido único em África nos anos 60 e 70; a restauração da democracia na Grécia em 1974; a “reforma política” espanhola de 1976-1978.

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, e no Chile, de 1988 a 1990; 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; a transição na Nicarágua em 1990; a abertura ao pluralismo político em S. Tomé e Príncipe, Cabo Verde, Moçambique, Guiné-Bissau e, de certo modo, Angola no início dos anos 90; a passagem do *apartheid* ao regime democrático multi-racial na África do Sul; a passagem, na Venezuela, da Constituição de 1961 à Constituição de 1999.

4. Na revolução há uma necessária sucessão de Constituições – materiais e formais. A ruptura 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

² Ou ainda: primeiro, há um poder constituinte material não formal; depois, um poder constituinte material formal.

nova Constituição formal, subsiste a anterior, a termo resolutivo; e nada impede que o mesmo órgão funcione simultaneamente 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, insusceptível de configuração *a priori*, dependente das circunstâncias históricas. Outras vezes adopta-se o processo de emenda ou de revisão constitucional; e pode até suceder que a Constituição admita expressamente formas agravadas de emenda ou revisão para se alterarem princípios fundamentais da Constituição e, portanto, para *se transitar* para uma nova Constituição.

Nem se conteste a autonomia do conceito, sugerindo que se reconduz, no fundo, a golpe de Estado. Não é assim, pois na transição constitucional se observam as competências e as formas de agir instituídas: o Rei absoluto, por o ser, julga poder autolimitar-se, tal como uma assembleia pode ser autorizada por uma lei formalmente conforme com a Constituição precedente a decretar uma nova Constituição.

Dir-se-á que, de qualquer sorte, existe desvio ou excesso de poder, visto que a um órgão criado por certa Constituição está vedado, por natureza, suprimi-la ou destruí-la (pois *nemo plus juri transfere potest quam habet*). Mas esse desvio de poder *só se dá do prisma da Constituição anterior*; não do prisma da nova Constituição, que, precisamente, surge com a decisão de abrir caminho ou deixar caminho aberto à mudança de regime. E nisto consiste – em paralelo com o que se verifica com a revolução – o exercício do poder constituinte originário.

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 efectividade.

5. Como explicar, entretanto, a continuidade formal do ordenamento, sem ruptura? Uma resposta interessante, a respeito da nova Constituição brasileira, 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. E 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 receptor 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 a emenda alterando o relato da norma que autoriza os procedimentos para emendar, o receptor (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 accionada, mas outra, com o mesmo relator, mas com outro emissor e outro receptor. E uma norma nova, uma norma-origem.

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

Nem toda a 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 per-

mite integrar a norma-origem no sistema, o qual, assim, se mantém em funcionamento, trocando, porém, o seu padrão: do padrão-legalidade para o padrão-efectividade (MIRANDA, 1988, p. 7 et seq.).

6. Ao contrário da Constituição portuguesa de 1976, saída de uma revolução, a Constituição de 1988 nasceu de uma transição constitucional (Cf. MIRANDA, 1987, p. 29; WACHOWICZ, 2000). E quando é que ocorreu essa transição, quando é que ocorreu o exercício do poder constituinte material.

Num sentido muito amplo, decerto a transição tem de ser compreendida a partir de um processo relativamente longo, de quase três anos. Contudo, o momento decisivo, o que assinalou a viragem política fundamental, o que marcou o fim da ditadura militar foi a eleição do candidato a Presidente da República, proposto pela Oposição ao regime militar, pelo colégio eleitoral em Janeiro de 1985.

Com efeito, o que se havia verificado até então tinha sido sempre a sucessão de Generais-Presidentes, indicados pelas Forças-Armadas ao colégio eleitoral. Ora, em Janeiro de 1985, em vez de ser eleito o candidato identificado com o regime (aliás, pela primeira vez, um civil), foi eleito o Candidato apoiado pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro e pelos dissidentes do partido governamental, e o regime aceitou o resultado, ou, pelo menos, não o recusou, não reagiu. Se o regime continuasse o mesmo (ou se tivesse margem de manobra, em face da situação política, económica e social, para continuar o mesmo), não se teria resignado e teria encontrado forma para o tornar ineficaz (à semelhança do que tem acontecido noutros países e à semelhança do que, indirectamente, aconteceu em Portugal em 1958 e 1959).

Foi a resignação perante esse resultado, e não a Emenda Constitucional nº 26, de 27 de Novembro (nem sequer a eliminação da legislação de carácter autoritário) que envolveu a mudança de regime. Pois, como

poderia um Congresso ordinário, formado à sombra da Constituição de 1967-1969, atribuir poder constituinte – quer dizer, para fazer nova Constituição – ao Congresso a eleger em 15 de Novembro de 1986 e a reunir no 1º de Fevereiro de 1987? Como poderia um Congresso ordinário criar uma Assembleia Constituinte? Tal só foi possível porque, a partir de Janeiro de 1985, o Brasil já estava em fase constituinte, já estava desencadeado o processo conducente à Constituição formal que haveria de ser aprovada em 1988.

Também na Espanha, a passagem do regime franquista para a actual monarquia parlamentar não se verificou em 1978, com o referendo sobre a nova Constituição; deu-se logo em 1976, quando o Rei (Rei, segundo as Leis fundamentais do General Franco) nomeou um Governo para efectuar aquilo a que se chamou a “transição política”. Assim como, por exemplo, na Polónia ou em S. Tomé e Príncipe, em Moçambique, em Cabo Verde e na Guiné-Bissau, a passagem do regime de partido único para a democracia viria a registar-se com a decisão desse partido único de se abrir ao pluralismo. Ou, na África do Sul, o fim do *apartheid* não veio com a Constituição de 1996; veio antes, com os acordos de Nelson Mandela e Frederick De Klerck.

7. De realçar, entretanto, uma particularidade da Assembleia Constituinte brasileira de 1987-1988.

É que, 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 a feita da Constituição.

E a escolha teve evidente significado político e não meramente técnico. Se não se tratava já de mais uma revisão constitucional 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; daí o estatuto não provisório do Congresso anterior à eleição e do Presidente da República; daí a limitação imanente da soberania do Congresso eleito em 15 de Novembro de 1986.

II – A Constituição de 1988

8. A Constituição de 1988 abre com um preâmbulo (donde consta a invocação do nome de Deus) e com “princípios fundamentais”.

Quatro notas se salientam aqui:

1^a) Declarar-se a República formada pela “união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal” (art. 1^o), o que, indo ao encontro da realidade, aponta para um duplo grau de organização territorial – federalismo a nível de Estados e regionalismo a nível de município;

2^a) Fundar-se o “Estado Democrático de Direito” (mesmo art. 1^o) na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político;

3^a) Proclamarem-se grandes princípios do Direito internacional – independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, concessão de asilo político;

4^a) Afirmar-se um projecto de integração dos povos da América Latina.

O segundo e o terceiro pontos reflectem alguma influência da Constituição portuguesa. Em disposições transitórias,

o Brasil propugna pela formação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos (art. 7^o).

Alguns dos princípios fundamentais são garantidos através de uma cláusula pétrea ou de limites materiais de revisão constitucional (art. 60, § 4^o).

9. Diversamente de todas as anteriores Constituições brasileiras, a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação as demais matérias.

Além de direitos habitualmente enumerados noutras Constituições, encontram-se no longo art. 5^o: a garantia de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação colectiva; a previsão de prazo, nos termos da lei, para a prestação de informação pelos poderes públicos; à qualificação do racismo e da tortura como crimes inafiançáveis; o mandado de segurança colectivo (a impetrar por partidos políticos, organizações sindicais ou de classe ou associações legalmente constituídas); o mandado de injunção; a também nova figura do “habeas data” para conhecimento de informações constantes de registos ou de bancos de dados de entidades públicas e para rectificação desses dados.

As normas definidoras dos direitos e garantias têm aplicação imediata (art. 5^o, § 1^o, idêntico ao art. 1^o, n^o 3 da Constituição alemã e ao art. 18^o, n^o 1 da Constituição portuguesa).

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). Mas só muito mais à frente surge a “ordem social” (arts. 193 a 232), evidentemente indissociável dos direitos sociais, mesmo quando se traduz em garantias institucionais e incumbências do Estado. Dominam aqui 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 maior plasticidade).

Mas não pode esquecer-se que algumas das normas atinentes a direitos são bem necessárias no contexto concreto do Brasil: assim, a vedação da comercialização de órgãos, tecidos, substâncias humanas, sangue e seus derivados (art. 199, § 4º); a consideração, a par da segurança social, da assistência social (art. 203); a gratuidade e a gestão democrática do ensino público (art. 206, IV e VI); o acesso ao ensino obrigatório como direito público subjectivo (art. 208, § 1º); a obrigação de recuperação do ambiente degradado após explorações mineiras (art. 225, § 2º); a consideração da Floresta Amazónica como património nacional (art. 225, § 4º); a recondução do planejamento familiar a livre decisão do casal, (art. 226, § 7º); o apoio à adopção (art. 227, § 5º); o reconhecimento da organização social e cultural e a protecção das terras dos índios (arts. 231 e 232).

E ainda: o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas do ensino (art. 206, III); 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 do ensino fundamental (art. 210, § 1º); a proibição de qualquer censura política, ideológica e artística (art. 220, § 1º); a criação de um Conselho de Comunicação Social (art. 224).

Conexos com os direitos fundamentais são também a garantia institucional da advocacia (art. 131); 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).

No capítulo dos direitos políticos, sobressaem a previsão de plebiscito, refe-

rendo 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. E, no capítulo anexo dos partidos políticos, o princípio da livre criação, a proibição de financiamento por 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).

10. A Constituição económica apresenta-se moderadamente nacionalista, com compromisso entre tendências liberais e estatizantes, e nem sempre em sintonia com as incumbências assumidas pelo Estado na ordem social.

Prevê-se 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; ressaltados 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, § 1º). Todavia, o Estado exercerá funções de fiscalização, incentivo e planejamento (determinante para o sector público e indicativo para o sector privado) e a lei reprime o abuso do poder económico (arts. 174 e 173, § 4º). São apoiadas e estimuladas as cooperativas e outras formas de associativismo (art. 174, § 2º).

As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indemnização em dinheiro (art. 182, § 3º); 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 propriedade produtiva (art. 185).

11. A organização do poder político federal mantém-se fiel à divisão clássica dos três poderes e ao sistema presidencial, este algo controlado ou fiscalizado.

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 majoritária, 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, V) e compete-lhe autorizar referendos e convocar plebiscitos (art. 49, XV).

O Presidente da República é eleito por sistema de dois turnos (como em França e em Portugal), por 4 anos. A eleição do Presidente importa a do Vice-Presidente com ele registado. O Presidente é auxiliado pelos Ministros de Estado, que referendam os seus actos e decretos e em 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).

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 (art. 92). O Supremo Tribunal Federal é composto por 11 Ministros nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pelo Senado (art. 101).

12. Na Constituinte havia uma larga corrente parlamentarista. Manteve-se o sistema presidencial; mas, à luz duma fórmula conciliatória, o Acto das Disposições Constitucionais Transitórias determinou a realização, em 7 de Setembro de 1993, dum plebiscito para se decidir o problema, e também para se escolher entre república e monarquia (art. 2º).

Os resultados do plebiscito viriam a ser favoráveis tanto ao presidencialismo quanto à república e a Constituição deixou, assim, de ser provisória no referente a estes dois aspectos – aliás, fundamentais – a partir de então.

13. Reconhecendo a experiência de controlo da constitucionalidade vinda desde 1891, a Lei Fundamental de 1988 procuraria aperfeiçoar e desenvolver o sistema e completá-lo com novos institutos de controlo de inconstitucionalidade quer por acção quer por omissão, e tanto de controlo concreto quanto de controlo abstracto.

E são múltiplos os meios que se estabelecem, muito para além dos constantes de outras Constituições:

a) Fiscalização concreta a cargo de todos os tribunais (art. 97 da Constituição);

b) Julgamento pelo Supremo Tribunal Federal de recursos extraordinários das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivos da Constituição, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgar válida lei ou acto de governo local contestado em face da Constituição (art. 102-III);

c) Acção directa de inconstitucionalidade de lei ou acto 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 [arts. 102-I, alíneas a), 1ª parte, e p), e 103];

d) Acção declaratória de constitucionalidade de lei ou acto normativo federal [arts. 102-I, alínea a), 2ª parte, e § 2º, e 103, § 4º];

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

f) Acção de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), tendo por fonte a Constituição portuguesa;

g) Mandado de injunção [arts. 5º-LXXI e 102-I, alínea q)] a conceder “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades fundamentais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (regulamentada pela Lei nº 9.883, de 3 de Dezembro de 1999) poderia ser um meio de defesa de direitos fundamentais, quando esgotados ou inviáveis outros meios, e aproximável da *Verfassungsbeschwerde* alemã. O mandado de injunção um interessantíssimo mecanismo de fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão.

14. O Acto das Disposições Transitórias estabeleceu igualmente que a revisão constitucional se efectuará após cinco anos contados de promulgação da Constituição, pelo voto de maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional em sessão unicameral (art. 3º). Era um regime distinto das emendas (art. 60), não sem parecença com o regime da primeira revisão da Constituição portuguesa de 1976 e, como este destinado (parece) a uma adaptação mais facilitada das normas constitucionais depois de um primeiro período de experiência.

Esta revisão frustrar-se-ia. Contudo, têm sido aprovadas sucessivas alterações avulsas, com particular relevo pela que admitiu a reeleição para um segundo mandato do Presidente da República, dos Governadores estaduais e dos Perfeitos Municipais.

15. A Constituição de 1988 – apesar de escrita em português jurídico claro e preciso – está longe de ser perfeita. É demasiado extensa e minuciosa em muitos aspectos e tem uma sistematização pouco feliz, sobretudo no domínio dos direitos fundamentais, por se aglomerarem num único artigo (o 5º) todas as liberdades e garantias e por os direitos sociais (Capítulo II do Título II) aparecer separado da ordem social (Título VIII). Por outro lado, por enfrentar ou querer resolver todas as questões, deixa às Constituições estaduais pequena possibilidade de variação e inovação e, sob esse aspecto, acaba por ser, senão centralizadora, pelo menos de tendência uniformizadora.

Vários sectores da opinião jurídica e política têm-na, por estes ou por outros motivos, criticado e alguns – de linha conservadora – gostariam até de a reformar de alto a baixo ou de a substituir por outra (também à semelhança do que se tentou, sem êxito, em Portugal em 1980 com a Constituição de 1976). Mas essas vozes não a têm conseguido abalar – o que não significa que ela não possa ser melhorada³.

Os vinte anos de vigência da Constituição são vinte anos de democracia, de liberdade e de progresso económico-social como o Brasil nunca antes conhecera. São vinte anos de paz, em que foi possível a destituição, sem perturbação das instituições, de um Presidente da República em processo de *impeachment*. São vinte anos de afirmação progressiva de cidadania. E são, a despeito de todas as contrariedades, vinte anos de abertura à esperança⁴.

³ Por exemplo: salvaguardar plenamente o Poder Legislativo do Congresso e só consentindo em casos excepcionais “as medidas provisórias” de que tanto têm abusado os Presidentes da República; ou libertando o Supremo Tribunal Federal de inúmeras competências de menor alcance, para se consagrar, antes, às funções de tribunal de constitucionalidade.

⁴ Foi ainda a Constituição de 1988 que propiciou o desenvolvimento dos estudos constitucionais num surto sem precedentes e colocando a doutrina brasileira no cerne da comunidade juscientífica mundial.

A Constituição não é apenas a Constituição-cidadã, de que falava Ulysses Guimarães. É, igualmente, a Constituição da esperança.

Referências

MIRANDA, Jorge. A convocação da constituinte como problema de controle constitucional In: _____ . *O direito*. [S. l.: s. n], 1988.

_____. A transição constitucional brasileira e o anteprojeto da comissão Afonso Irinos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 24, n. 94, abr./jun. 1987.

_____. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2003. 2 v.

_____. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WACHOWICZ, Marcos. *Poder constituinte e transição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2000.