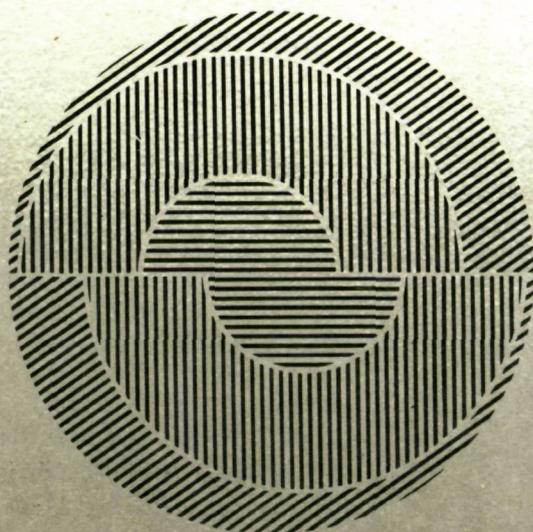


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1991

ANO 28 • NÚMERO 109

A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas

ANA LUCIA DE LYRA TAVARES

Professora Adjunta de Direito Constitucional Comparado da PUC/RJ, Assessora Técnica do Senado Federal em 1987/1988

SUMÁRIO

Introdução. 1. Elaboração do novo texto constitucional. 1.1. Quadro sócio-político. 1.2. Processo de elaboração. 2. Fontes de direito estrangeiro na Constituição de 1988. 2.1. Fontes portuguesas. 2.2. Fontes espanholas. 2.3. Fontes italianas. 2.4. Fontes francesas. 2.5. Fontes latino-americanas. 2.6. Fontes de direito anglo-americano. 2.7. Reflexão sobre essas recepções de direito. 3. Outras inovações do Texto de 88. Vigência inicial. Conclusão.

Introdução

Desde 5 de outubro de 1988, o Brasil vive sob mais um texto constitucional, o sétimo de sua história político-jurídica (1).

Confrontar esse número com a sóbria produção de Constituições dos sistemas de *Common Law*, particularmente com o bicentenário texto ame-

Trabalho desenvolvido e concluído em 1989, a partir de contribuição apresentada em Simpósio realizado na PUC/RJ sobre a nova Constituição, em novembro de 1988.

(1) Precederam-no, como se sabe: a *Constituição imperial de 1824*, inspirada sobretudo, nas Constituições francesas (1791 e 1814), na de Cádiz (1812) e em convenções e textos constitucionais ingleses. Incorporou inovações como a instituição de um Poder Moderador, ao lado dos outros três Poderes tradicionais — idéia do nobre francês Clermont-Tonnerre, difundida pelo publicista Benjamin Constant — e conviveu, a partir de 1847, com práticas parlamentaristas, as quais subsistiram, com resultados positivos para a estabilidade institucional, até o advento da República; a *Constituição republicana de 1891* (V. João Barbalho, um de seus mais autorizados comentaristas — *Constituição Federal Brasileira — Comentários*, Rio de Janeiro, Cia. Litho-Typographica de Sapobemba, 1902), modelada (Continua)

ricano⁽²⁾, é tarefa desnecessária, além de negativa. Desnecessária, porque se trata de sistemas que, por sua natureza, atualizam os textos constitucionais, sobretudo através do Judiciário, diversamente dos membros de outras famílias de direito — para retomarmos uma expressão consagrada por René David⁽³⁾ — que o fazem, predominantemente, pela via legislativa. Negativa, porque da comparação, sempre vantajosa, sob este aspecto, para o sistema jurídico anglo-americano, decorreria uma constatação de inferioridade qualitativa das sucessivas Constituições, em particular das romanistas, supostamente incapazes de sobreviver às mutações sócio-políticas, ao contrário do que se verifica, no plano formal, particularmente com a Constituição americana.

Na verdade, considerações desse tipo teriam alguma procedência se baseadas em comparações no interior da mesma família jurídica, e, ainda assim, sujeitas à identificação, em cada caso, das razões geradoras de uma proliferação de textos constitucionais. Se se cotejam, por exemplo, o exemplo suíço, com apenas duas Constituições formais (1848 e 1874), e o francês, cujo número se eleva a doze (1791, 1793, 1799, 1814, 1830, 1848,

(Continuação da nota 1)

na dos EUA, sob a influência predominante do então Ministro da Fazenda Rui Barbosa, notável conhecedor dos direitos inglês e americano, introdutora da federação, do sistema presidencial de governo e consagradora da República, já agora centenária; a *Constituição de 1934*, um de nossos melhores textos, que teve como fonte as Constituições do México (1917), de Weimar (1919), da Espanha (1931) e que adotou a linha de reconhecimento formal dos direitos sociais e econômicos. Teve, porém, vigência efêmera, incompatível que era com o regime forte do Estado Novo, implantado por Vargas, três anos depois. Este outorgou a *Carta de 1937*, centralizadora, corporativista e autoritária, que vigorou, em tese, até o término do período ditatorial, em 1945, isto, porque grande parte de seus dispositivos ficaram suspensos, preferindo Vargas governar por meio de decretos-leis, ignorando o Congresso; a *Constituição de 1946*, marcadamente liberal, retomou a orientação do Texto de 1934, sofrendo influência, entre outras, da Constituição francesa do mesmo ano (V. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, Rio de Janeiro, 1947); em 1967, novo texto foi outorgado à Nação durante o regime militar, implantado em 1964, com ostensivo fortalecimento dos poderes da União e do Executivo, além de restrições ao exercício dos direitos fundamentais (V. Paulo Sarasate, *a Constituição do Brasil ao alcance de todos*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1967); em 1969, sob o mesmo regime, o Texto de 1967 recebeu uma primeira emenda que, pela abrangência e profundidade das alterações nele introduzidas, foi considerada, por alguns, como uma nova Constituição (V. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1984, p. 45). Contudo, formalmente, trata-se de uma emenda ao Texto de 67 (V. a publicação do Senado Federal, *Constituições do Brasil (1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações)*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986, vol. I) razão pela qual a Constituição de 1988 é o sétimo texto constitucional brasileiro.

(2) V., por exemplo, "200 anos de Constituição". *Folha de S. Paulo*, de 17-9-1987, p. A2, em que, apontadas algumas diferenças básicas do texto americano, aconselha-se ao constituinte brasileiro inspirar-se no seu sintetismo.

(3) V. René David, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 1978, p. 21.

1852, 1870, 1875, 1940, 1946 e 1958⁽⁴⁾, é certo que vários aspectos devem ser examinados, entre eles, obviamente, a posição de neutralidade do primeiro e os muitos conflitos externos e internos do segundo, ao final dos quais emergia uma nova Constituição.

Nos países latino-americanos, por sua vez, um número reduzido de Constituições não está, forçosamente, associado à maior longevidade dos textos, uma vez que eles podem ter sido mantidos, apenas formalmente, durante longos períodos autoritários, para fins externos, ou para conferir uma aparência democrática aos regimes, sem aplicação efetiva de grande parte de seus dispositivos⁽⁵⁾.

Entretanto, é inegável que, guardadas cautelas dessa espécie, observa-se, nos estados em desenvolvimento, um número de Constituições bastante superior à média controlada nos sistemas romano-germânicos desenvolvidos, revelando, não somente a instabilidade das instituições políticas, resultante das repetidas crises de poder⁽⁶⁾, mas também o apego ao formalismo constitucional, com a edição imediata de textos básicos que visam a consagrar, no plano jurídico, a ordem política vitoriosa.

Sobre este tradicional apego dos países latino-americanos ao legalismo, à adesão imediata aos mais modernos enunciados do direito constitucional, muito se tem escrito⁽⁷⁾.

As causas prendem-se, em grande parte, à formação bacharelística de suas elites, legadas, no caso brasileiro, pela educação jesuítica, que conferia primazia ao ensino das letras e das leis, em detrimento dos estudos técnicos e científicos.

A condição de bacharel proporcionava um *status* social elevado, atraindo, por isso mesmo, para os cursos jurídicos e de letras não somente as classes sociais predominantes, como também as que visavam a alçar-se,

(4) Seguindo-se o critério de Georges Burdeau (*Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, L.G.D.J., 1976, pp. 283 a 436) que não inclui na contagem das Constituições francesas os textos de Rivet (1871) e de Broglie (1873), diferentemente de outros publicistas, como Pierre Pactet (*Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Masson et Cie. Editeurs, 1971, p. 102).

(5) Na Argentina, por exemplo, sobrevive ainda a Constituição de 1853, inúmeras vezes emendada e reformada, bem entendido; na Colômbia, igualmente, remanesce a Constituição original de 1886, com elevado número não só de atualizações, como também de eclipses.

(6) V., v.g., os casos boliviano e equatoriano, com suas dezenas de Constituições.

(7) V. a lúcida e oportuna análise de José Guillermo Andueza Acuña, Professor de Direito Constitucional na Venezuela, sobre "Los cambios constitucionales en América", na obra coletiva que, sob este mesmo título, divulga trabalhos apresentados no Primeiro Congresso Latino-Americano de Direito Constitucional, com edição da Universidade Autónoma do México, 1977. Em relação ao Brasil, v. os clássicos estudos de Oliveira Vianna (*O idealismo da Constituição*, Rio de Janeiro, Ed. Terra e Sol, 1927), do sociólogo francês Jacques Lambert (*Os dois Brasis*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1976) e, nas páginas do *American Journal of Comparative Law*, o trabalho do Professor Keith S. Rosenn ("The Jeito: Brazil's institutional bypass of the formal legal system and its developmental implications", vol. XIX, nº 3, 1971, sobretudo p. 528).

naquela sociedade miscigenada e móvel⁽⁸⁾. O sociólogo José Arthur Rios, em exame preciso e abrangente do tema, nota que o bacharelismo, mais do que a valorização do diploma jurídico, retrata uma mentalidade, e destaca, a propósito, a seguinte observação surpresa de James Bryce, ao visitar o Brasil no início do século: "É estranho constatar que, tanto aqui, como em outros países da América do Sul, homens de indiscutível talento são habitualmente seduzidos por frases e preferem palavras a fatos."⁽⁹⁾

Deve-se registrar, porém, nos últimos tempos, uma reação a esta postura teórica e idealista, como nítido predomínio de correntes mais técnicas e pragmáticas. Esta reação, entretanto, constatada, particularmente, durante os regimes autoritários, como que se debilita em épocas de prática democrática, ressurgindo, com força aqueles traços próprios da cultura bacharelística.

O texto constitucional de 88 não foge à regra dos anteriores: é documento atualizado com as mais recentes tendências do constitucionalismo contemporâneo, incorporando as principais inovações do direito estrangeiro, em especial no campo dos direitos e garantias fundamentais⁽¹⁰⁾.

A persistência desse idealismo jurídico não surpreende, pois que ele decorre da formação legalista dos autores do novo Texto. Ela denota, igualmente, uma crença profunda no poder transformador de uma Constituição que, beneficiária do apoio das forças representativas da sociedade, torne-se instrumento para a superação dos graves problemas econômicos e sociais com que se defronta o País⁽¹¹⁾.

(8) Gilberto Freyre dedica todo um capítulo de *Sobrados e Mucambos* (Liv. José Olympio Editora, 6ª ed., 1981, vol. II, p. 573 e segs.) à "ascensão do bacharel e do mulato", uma das características principais dessa sociedade em urbanização, na qual o *Sobrado* substitui a *Casa Grande* do período predominantemente rural e patriarcal.

(9) V. José Arthur Rios, "bacharelismo", in: *Dicionário de Ciências Sociais*, Ed. da Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 109. V., também, Alberto Venancio Filho, *Das Arcadas ao Bacharelismo*, São Paulo, Ed. Perspectiva, 2ª ed., 1982, além dos estudos clássicos de Fernando de Azevedo (*A transmissão da cultura*, terceira parte da obra *A Cultura Brasileira*, Ed. Melhoramentos e INL, 1976) e de Gilberto Freyre.

(10) Relembre-se a precedente observação de Jacques Lambert, ao discorrer sobre o acompanhamento constante, por parte da América Latina, dos principais movimentos políticos europeus e norte-americanos: "A América Latina não cessa de querer acompanhar a reforma das instituições, embora seu desenvolvimento econômico e social não tenha, de forma nenhuma, seguido aquele do mundo do Atlântico Norte. Garantias das liberdades individuais, declarações de direitos e econômicos e sociais, princípios do sufrágio universal, a América Latina nunca está atrasada". (*Amérique Latine*, PUF, 1968, pp. 165-166).

(11) V. Afonso Arinos de Melo Franco "Aula inaugural na Universidade Federal do Paraná", in: *Estudos Brasileiros*, nº 13, vol. 8, 1982, p. 104. Garcia Cotarelo concebe a Constituição "como um instrumento dinâmico, quase como um mecanismo, um centro motor de um sistema que permite sua utilização com fins de transformação social e econômica", *apud* Manoel Contreras "Sobre las transformaciones constitucionales", in: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nº 16, julho/agosto, 1980, p. 170.

Essa concepção instrumental da Constituição, evidentemente, é mais encontrada nos Estados em desenvolvimento, cômicos das dificuldades de implementação de suas Leis Fundamentais, mas nem por isso dispostos a deixarem de nelas consignar seus objetivos maiores. Fazem-no de modo cada vez mais detalhado, com percentual elevado de dispositivos programáticos.

Tais peculiaridades, todavia, não desestimulam as comparações com as Constituições dos países desenvolvidos. Elas, ao contrário, propiciam esclarecimentos àqueles que se dedicam aos estudos jurídicos comparados.

A título de ilustração, relembremos que, mesmo em relação à Constituição americana, tão diversa em sua concepção e aplicação das Constituições latino-americanas em geral, e da brasileira, em particular, as análises são freqüentes e, sob determinados ângulos, bastante produtivas, em vista da influência exercida por suas idéias-mestras nos textos dos países do Sul do Continente⁽¹²⁾.

Neste trabalho, procuraremos salientar, num plano global, aspectos suscetíveis de despertar maior interesse nos comparatistas, ao percorrermos, não somente, as principais fases do processo constituinte brasileiro, as ino-

(12) V., entre outros, para nos atermos aos mais recentes: Afonso Arinos de Melo Franco, *Algumas Instituições Políticas no Brasil e nos Estados Unidos*, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1975, em que são examinadas, notadamente, as distorções do sistema federativo brasileiro em relação ao seu modelo americano; Aliomar Baleeiro, *O Supremo Tribunal, esse outro desconhecido*, Ed. Forense, 1968, que focaliza a evolução da mais alta Corte do Brasil, incluindo constantes paralelos com a dos Estados Unidos; Câmara dos Deputados, *O Bicentenário da Revolução Americana*, Centro de Documentação e Informação, Brasília, 1976, obra resultante de ciclo de conferências que reuniu os seguintes expositores brasileiros e norte-americanos: Osvaldo Trigueiro, Richard Scammon, Daniel Boorstin, Vianna Moog (o autor da clássica comparação *Bandeirantes e Pioneiros*, em que identifica os contrastes fundamentais entre Brasil e Estados Unidos a partir da diversidade de processos de colonização, de composição étnica, de formação religiosa etc.) e Gilberto Freyre; o prefácio de Paulo Bonavides à obra coletiva *A Constituição Norte-Americana*, editada por Robert Goldwin e William Schambra, em 1980 e 1982, nos EUA, e, no Brasil, em 1986, pela Ed. Forense-Universitária, no qual salienta a oportunidade do lançamento do livro durante os debates constituintes; trabalhos do Simpósio sobre a Experiência Constitucional Norte-Americana, promovido pela *The American Bar Association* e o Instituto dos Advogados Brasileiros, de 9 a 12 de dezembro de 1985, no Rio de Janeiro; Comunicações ao Seminário "Constituinte: a experiência americana e o processo brasileiro", promovido pela Universidade de São Paulo, sob a coordenação do Professor Octávio Bueno Magano, em 17 e 18 de dezembro de 1986; José Nilo de Castro, "Considerações sobre o veto no Direito Comparado", *Revista de Informação Legislativa*, vol. 16 (64), out./dez. 1979, pp. 167-190; Aricé Moacyr Amaral Santos, "Os poderes Legislativo e Executivo nas Constituições da Inglaterra, dos Estados Unidos e do Brasil", *Vox Legis*, vol. 13 (153), set. 1981, pp. 1-33; Mauro Andrade Rosa, "O veto nos Estados presidencialistas. Algumas reflexões sobre o veto no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte", *Revista de Informação Legislativa*, vol. 23 (89), jan./mar. 1986, pp. 139-168; Fernanda Dias Menezes de Almeida "Considerações sobre os rumos do federalismo nos Estados Unidos e no Brasil", *Revista de Informação Legislativa*, 24 (96), out./dez. 1987, pp. 57-64.

vações relevantes do Texto de 88 e as primeiras avaliações de sua vigência inicial, mas, sobretudo, as fontes de direito estrangeiro que foram privilegiadas pelo legislador constituinte.

1. *Elaboração do novo texto constitucional*

As condições em que é produzida uma Constituição refletem-se, obviamente, não apenas em seu conteúdo, como também em sua aplicação. O reconhecimento da importância dessas condições, que dizem respeito ao momento histórico, ao processo de formação do corpo de constituintes, às técnicas por eles empregadas, às influências sobre eles exercidas, etc., levou especialistas do *American Enterprise Institute*, em iniciativa inédita, a reunir, em Washington, em 1983, personalidades diretamente envolvidas na elaboração das Constituições de 8 países (França, Grécia, Estados Unidos, Iugoslávia, Espanha, Egito, Venezuela e Nigéria), além de outros peritos na matéria. Tais personalidades foram solicitadas, mediante questionário, a expor as circunstâncias que haviam ditado o advento de cada Constituição focalizada, as formas de escolha e de composição do órgão encarregado de elaborá-la, a prioridade concedida ao trato de determinadas questões, etc. (13).

Abordaremos, pois, neste item, aspectos relevantes do quadro sócio-político em que foi elaborada a Constituição brasileira vigente, bem como particularidades do processo empregado em sua confecção, que possam constituir indicações úteis para o seu estudo.

1.1 *Quadro sócio-político*

Destacam-se, nesse quadro, em nosso entender, de um lado, as expectativas majoritárias relativas aos objetivos a serem alcançados ao término de um longo e gradual processo de transição do regime autoritário para o democrático (14) — precipuamente a realização de eleições livres e diretas para a Presidência da República e a convocação de uma Assembléia Constituinte exclusiva — e de outro, as injunções decorrentes do próprio processo de transição, que dificultaram a consecução integral daqueles objetivos.

(13) V. Robert A. Goldwin and Art Kaufman, *Constitution Making: The Experience of eight Nations*, Washington, American Enterprise Institute for Public Policy Research, 1988. O representante do Brasil, neste Seminário, foi o Senador Afonso Arinos de Melo Franco, que dirigia, na época da reunião, ampla pesquisa junto a segmentos representativos da sociedade brasileira sobre as principais expectativas quanto a uma nova Constituição (*Por uma nova Constituição*, número especial da *Revista de Ciência Política*, Fundação Getúlio Vargas, dezembro, 1984). V., também, de Afonso Arinos, "Processos contemporâneos de elaboração das Constituições", in: *Revista de Ciência Política*, vol. 27, abril, 1984, pp. 1-32.

(14) O gradualismo da transição democrática no Brasil tem despertado o interesse de politólogos estrangeiros, enriquecendo as comparações de processos de características afins. V., por exemplo: Riordan Roett, "The transition for demo- (Continua)

Recorde-se, esquematicamente, que, desde o final dos anos 70, o governo militar, sob a pressão de vários grupos organizados, notadamente o partido de oposição, os sindicatos, a Igreja, entidades profissionais como a Ordem dos Advogados, etc., vinha promovendo uma abertura do regime em "sístoles e diástoles", no dizer de um dos seus principais mentores⁽¹⁵⁾. O estabelecimento de um verdadeiro calendário eleitoral — não obstante a fixação de regras que visavam a assegurar a presença predominante do partido governamental nas principais esferas do poder — possibilitou, em 1982, a ascensão significativa da oposição aos governos estaduais⁽¹⁶⁾ e a intensificação do ritmo da transição democrática. A idéia de uma Assembleia Constituinte, lançada oficialmente na Convenção Nacional do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), em 1977, somente veio a receber maiores adesões das facções governamentais, em 1982, defensores, porém, de um outro *modus faciendi*, o Congresso Constituinte⁽¹⁷⁾.

Paralelamente a essa idéia de convocação de uma Constituinte exclusiva, crescia o movimento em prol de eleições presidenciais livres e diretas,

(Continuação da nota 14)

cratic government in Brazil", *World Politics*, 38, January, 1986, pp. 371-382; Peter McDonough, "Repression and Representation in Brazil", *Comparative Politics* 15, October, 1982, p. 73-99; Thomas R. Rochon e Michael J. Mitchell, "Social Bases of the Transition to Democracy in Brazil", *Comparative Politics*, April 1989, pp. 307-322; Scott Mainwaring e Donald Share, "Transitions through Transaction: Democratization in Brazil and Spain", in: *Political Liberalization in Brazil*, dynamics, dilemmas and future prospects, Wayne Selcher ed., 1986, pp. 175-215; Claudette Savonnet-Guyot, "Brésil 1984: la redémocratisation tranquille — chronique d'une campagne présidentielle", in: *Revue Française de Science Politique*, nº 2, avril 1985, pp. 262-277.

(15) A expressão é atribuída ao General Golbery do Couto e Silva, então Chefe da Casa Militar do General Ernesto Geisel, que exerceu a Presidência da República de 1974 a 1979.

(16) O constitucionalista e político português Jorge Miranda observa que, diversamente do ocorrido em Portugal antes de 25 de abril de 1974, no Brasil a oposição "nunca foi completamente banida da vida política e legal e pode ascender, por meio de eleições, ao Congresso e a Governos Estaduais." ("A transição constitucional brasileira e o Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos", in *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, nº 94, abril/jun., 1987, p. 29.

(17) Em 1979, Petrônio Portela, Ministro da Justiça, admitia a possibilidade de ser elaborada uma nova Constituição, mas sem Constituinte (*Gazeta Mercantil*, 25 de dezembro de 1979). Em 1980, o então Senador José Sarney sugeria a criação de uma Comissão interpartidária e de juristas para adaptar o Texto Constitucional de 67/69 às realidades criadas pela abertura política (*Correio Braziliense*, 4 de janeiro de 1980); no mesmo ano, Afonso Arinos, que seria reeleito Senador em 1987, ia à Câmara Federal defender a sua tese de uma constituinte instituída, que poderia ser convocada pelo próprio Congresso Nacional, por meio de uma resolução legislativa modelada na resolução concorrente do sistema americano (*V. Poderes Constituintes do Congresso*, Brasília, Senado Federal, 1981, p. 30). Ainda em 1980, Tancredo Neves, Presidente do Partido Popular, uma das cinco agremiações que haviam resultado da reforma da legislação partidária de 1979, pronunciou-se a favor da mesma tese (*O Globo*, 15 de novembro de 1980), no que discordava do Deputado Ulysses Guimarães, adepto da Constituinte exclusiva (*O Estado de S. Paulo*, 19 de novembro de 1980).

o qual atingiu o seu clímax em 1984, com a realização de comícios-gigantes por todo o País.

Frustraram-se, entretanto, estas duas expectativas. A primeira porque prevaleceu a fórmula da outorga de poderes constituintes ao Congresso eleito em 1986; a última, em vista da manutenção do Colégio Eleitoral, com a rejeição, pelo Congresso Nacional, em 25 de abril de 1984, de emenda que reintroduzia a eleição presidencial direta. Foi, por conseguinte, através do Colégio Eleitoral composto pelos congressistas, que a Aliança Democrática, resultante da reunião de dissidentes do partido do governo (PDS) e dos partidos oposicionistas, elegeu para Presidente Tancredo Neves, então Governador do Estado de Minas Gerais, e para Vice o Senador José Sarney, recém-egresso do partido governamental.

Para a figura do Presidente eleito convergiam as esperanças de uma conciliação nacional, particularmente em termos de um amplo pacto econômico e social que, a exemplo do ocorrido na transição espanhola, conferisse bases sólidas para o bom encaminhamento das reformas institucionais na, por ele mesmo denominada, Nova República. O seu falecimento, em 21-4-85, e a assunção à Presidência da República do Vice-Presidente, José Sarney, até então vinculado à corrente partidária do governo anterior, modificou o quadro das expectativas e, sobretudo, a correlação das forças fiadoras do processo de transição.

Acrescente-se a essas frustrações o insucesso do Presidente Sarney nas negociações junto às lideranças sindicais e empresariais para a realização de amplo acordo social e econômico que precedesse a elaboração do Texto Constitucional. Após conhecer um índice elevado de popularidade com os resultados positivos, mas efêmeros, do chamado "Plano Cruzado" — concebido na gestão do Ministro da Fazenda Dilson Funaro, e que concorreu para conduzir, maciçamente, nas eleições de 1986, os representantes do PMDB às governanças estaduais e ao Congresso — o grau de credibilidade no Governo foi decrescendo à medida em que fracassavam os sucessivos planos de combate à inflação, de soerguimento da economia e de redução dos desníveis sociais.

Inclua-se, igualmente, neste quadro, a fragilidade das agremiações partidárias⁽¹⁸⁾, as quais, além de se ressentirem das excessivas exigências legais que haviam presidido, em 1979, o retorno ao pluripartidarismo, procuraram, para compensá-las, adotar programas suscetíveis de atrair grandes parcelas do eleitorado, na linha dos *catch-all-parties*, com o fim de viabili-

(18) São numerosos os estudos brasileiros sobre a matéria. Entre os de indicação obrigatória, citem-se: Afonso Arinos de Melo Franco, *História e Teoria dos Partidos Políticos no Brasil*, Editora Alfa-Omega, 1980, e, do mesmo autor, "Os partidos políticos brasileiros", *Revista de Ciência Política*, vol. 25, (2), Fundação Getúlio Vargas, maio/agosto, 1982, pp. 7-13; David Fleischer, *Os partidos políticos no Brasil*, UNB, 1981; Vamireh Chacon, *História dos Partidos Políticos*, UNB, 1981; Olavo Brasil de Lima Júnior, *Partidos Políticos Brasileiros: a experiência* (Continua)

zar a sua criação e o seu funcionamento. Essa debilidade dos vínculos programáticos e a supressão do princípio da fidelidade partidária, pela Emenda Constitucional n.º 25, de 15-5-1985, estimularam uma verdadeira “coreografia partidária”⁽¹⁰⁾, a que ainda hoje continua a assistir-se.

Concentrados em suas manobras eleitorais, os partidos, de modo geral — com exceção do Partido dos Trabalhadores (PT), organizado a partir de bases sindicais —, deixaram de representar um estuário para as reivindicações sociais mais imediatas, as quais passaram a ser canalizadas para entidades profissionais, organizações comunitárias e grupos religiosos, especialmente os vinculados à Igreja Católica.

Neste quadro de frustrações quanto às principais expectativas, de insucesso das tentativas de pactos econômico-sociais, de distanciamento dos novos partidos dos reclamos sociais mais prementes, enfim, de desencontro entre o Estado e a Sociedade, deu-se andamento ao projeto de elaboração de uma Constituição, destinada a ser o fecho do longo período da transição democrática⁽²⁰⁾ e a lançar as bases institucionais da Nova República.

Poucas vozes defenderam o retorno à Constituição de 1967, em sua primitiva forma, i.e., sem a emenda global de 1969⁽²¹⁾. Entretanto, como notam muitos analistas, embora não houvesse ocorrido uma verdadeira ruptura institucional a justificar a convocação de uma Constituinte, dadas as condições da transição, observa-se um sentimento generalizado contra a

(Continuação da nota 18)

federal e regional, 1945-1964. Rio de Janeiro, Graal, 1983; Maria do Carmo Campello de Souza, *Estado e Partidos Políticos no Brasil (1930-1964)*, São Paulo, Alfa-Ômega, 1976; Bolivar Lamounier e Rachel Meneguello, *Partidos Políticos e a Consolidação democrática: o caso brasileiro*, São Paulo, Braziliense, 1986; *Partidos Políticos no Brasil*, Instituto Tancredo Neves/Fundação Friedrich Naumann, 1987, que reúne estudos sobre os partidos antigos e atuais, com análises sobre sua atuação na Constituinte, dos seguintes autores: Octaciano Nogueira, Orlando Carvalho, Oscar Corrêa, Ronaldo Poletti, Olavo Brasil de Lima Júnior, Lytton Guimarães, André Gustavo Stumpf Alves de Souza, Bolivar Lamounier, Marco Maciel. O tema tem, igualmente, atraído politicólogos estrangeiros como: Scott Mainwaring, “Political Parties and Democratization in Brazil and the Southern Cone”, *Comparative Politics*, vol. 21 (1), oct. 1988, pp. 91-120 e Alain Rouquié, *Les Partis Militaires au Brésil*, Paris, Presses de La Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1980.

(19) Apud Afonso Arinos, “Os partidos políticos brasileiros”, op. cit., p. 9.

(20) V. discurso do Ministro José Carlos Moreira Alves, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, na instalação da Assembléia Nacional Constituinte, reproduzido por Paulo Bonavides e Paes de Andrade, *História Constitucional do Brasil*, ed. Paz e Terra, 1989, p. 819.

(21) V., entre outros: Roberto Campos, “Da tribuna do Senado, um veemente apelo à racionalidade”, *Digesto Econômico*, 302, agosto, 1983, pp. 28-29; João de Santiumburgo, no mesmo periódico, pp. 72-74). Para o constitucionalista português Jorge de Miranda a “Constituição de 1967-1969 era modificável de modo a ser posta em consonância com as aspirações do País (...) mas aparecia identificada com a ditadura pela sua origem e pela sua prática”, op. cit., p. 31.

preservação de um texto, ainda que reformado, associado ao regime autoritário, e desprivado de legitimidade popular⁽²²⁾.

Constava do "Compromisso da Aliança Democrática", que formalizou a reunião das forças que concorreram para a transição, o objetivo de reorganização institucional, "uma nova Constituição fará do Estado, das leis, dos partidos políticos, meios voltados para a realização do homem — sua dignidade, sua segurança e seu bem-estar"⁽²³⁾. Realçava, por igual, este objetivo, o Presidente Tancredo Neves, em discurso, após sua eleição pelo Colégio Eleitoral, em 15-1-1985, ao dar-lhe prioridade, convocando a todos para "o grande debate constitucional"⁽²⁴⁾.

1.2. Processo de elaboração

1.2.1. Pré-constituente

Frustrada a expectativa das eleições presidenciais diretas, intensificou-se o movimento pró-constituente. Inúmeros estudos, individuais e coletivos, além de projetos de Constituição, foram sendo divulgados. Há muito não se escrevia tanto, no País, sobre direito constitucional⁽²⁵⁾.

(22) Paulo Bonavides observa que, embora não tenha ocorrido uma ruptura institucional a justificar a convocação de uma Constituinte, "nem por isso a ruptura deixa de ser a nota precedente do quadro constituinte instalado em 1987, visto que ela se operou na alma da Nação" (V. *História Constitucional*, op. cit., na qual são examinadas as principais fases do processo constituinte de 87-88, além de reproduzir documentos-chaves desse período).

(23) *Ibid.*, p. 801.

(24) *Ibid.*, p. 806.

(25) V., por exemplo, o *Anteprojeto de Constituição apresentado pela Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Rio Grande do Sul*, em setembro de 1981, e, Porto Alegre; a pesquisa, já citada, *Por uma Nova Constituição: as aspirações nacionais*, realizada pelo Instituto de Direito Público e Ciências Políticas da Fundação Getúlio Vargas, que, de 1980 a 1984, sob a direção do Professor Afonso Arinos de Melo Franco, dedicou-se a analisar questionários enviados a diversos segmentos da população para identificar as principais expectativas quanto a um novo texto constitucional, bem como a desenvolver estudos doutrinários e a examinar material de natureza diversa sobre o assunto. Esta pesquisa, a primeira do gênero empreendida no País, inspirou-se em procedimento do mesmo tipo adotado, em 1967, pelo governo suíço que fez um levantamento das opiniões dos cantões, universidades, partidos e outras entidades quanto a uma reforma constitucional (V. *Groupe de travail pour la préparation d'une révision totale de la Constitution fédérale — Rapport Final*, Berne, Centrale fédérale des imprimés et du matériel, 1971); o Projeto do Partido dos Trabalhadores (PT), elaborado pelo Prof. Fabio Konder Comparato e apresentado sob o título *Muda Brasil*; o *Projeto do Partido Comunista Brasileiro*, o *Anteprojeto de Constituição da Associação dos Magistrados Brasileiros*, 1982; *Uma nova organização político-constitucional para o Brasil de hoje*, obra coletiva editada pela Universidade Federal do Ceará, 1982; "Reforma da Constituição Federal (Mesa-Redonda)", *Revista de Ciência Política*, vol. 24 (3), 1981, pp. 94-116; Dalmo de Abreu Dallari, *Constituição e Constituinte*, Ed. Saraiva, 1982; Raymundo Faoro, *Assembléia Constituinte — a legitimidade recuperada*, Ed. Brasiliense, 1981; Ronaldo Poletti, *Da Constituição à Constituinte*, Forense, 1986; Miguel Reale, *Por uma Constituição brasileira*, Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

Em 18 de julho de 1985, o Presidente Sarney, dando seguimento a projeto de Tancredo Neves, convocou a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Decreto n.º 91.450), composta de 50 personalidades, sob a presidência do constitucionalista Afonso Arinos de Melo Franco, cujo nome ficou associado ao daquele Colegiado. A Comissão, integrada não apenas de juristas, mas também de empresários, sindicalistas, escritores, sociólogos, economistas, enfim, de representantes ilustres dos mais variados setores da sociedade brasileira⁽²⁶⁾, dividiu-se em cinco Comitês (Recife, São Paulo, Brasília, Minas Gerais e Rio de Janeiro), para, preliminarmente, desenvolver seu trabalho em termos regionais, reunindo-se, mais tarde, em sua composição integral, no Rio de Janeiro. Nesta segunda fase, subdividiu-se em 10 Comitês temáticos⁽²⁷⁾. Constituíram-se, por fim, nos moldes do processo constituinte português, também um Comitê de Sistematização e um outro de Redação⁽²⁸⁾.

Durante as etapas iniciais, grande foi o número de sugestões populares enviadas aos chamados "notáveis", cujos debates eram abertos ao público, com vasta cobertura da imprensa. Tachada, a princípio, de elitista e de conservadora, a Comissão passou, depois, a ser qualificada de progressista, na medida em que iam sendo votados os capítulos das ordens econômica e social, e acentuava-se a orientação estatizante e nacionalista.

(26) Eram os seguintes os membros da Comissão: Afonso Arinos (jurista), Alberto Venâncio Filho (jurista), Antônio Ermírio de Moraes (empresário), Barbosa Lima Sobrinho (escritor e jornalista), Bolívar Lamounier (politicólogo), Cândido Mendes de Almeida (sociólogo), Célio Borja (jurista e político), Celso Furtado (economista), Claudio Pacheco (jurista), Claudio Lacombe (jurista), Clóvis Ferro Costa (jurista), Cristovam Buarque (engenheiro e politicólogo), Edgar da Mata Machado (jurista), Eduardo Portella (escritor), Evaristo de Moraes Filho (jurista e sociólogo), Fajardo Faria (jurista), Padre Fernandes Bastos de Avila (sociólogo), Floriza Verucci (jurista), Gilberto de Ulhoa Canto (jurista), Gilberto Freyre (sociólogo), Reverendo Guilhermino Cunha (pastor), Hélio Jaguaribe (sociólogo), Hélio Santos, Hilton Ribeiro da Rocha (médico), João Pedro Gouveia Vieira (empresário), Joaquim Falcão Neto (jurista e sociólogo), Jorge Amado (escritor), Josaphat Marinho (jurista e político), José Afonso da Silva (jurista), José Alberto Assumpção (jurista), José Francisco da Silva (líder sindical), José Meira (empresário), José Paulo Sepúlveda Pertence (jurista), José Saulo Ramos (jurista), Laerte Ramos Vieira (jurista), Luís Eulálio Vidigal Filho, (empresário), Luís Pinto Ferreira (jurista), Mário de Souza Martins (político), Mauro Santayanna (jornalista), Miguel Reale (jurista), Miguel Reale Júnior (jurista), Ney Prado (jurista), Odilon Coutinho (empresário), Orlando Carvalho (jurista e politicólogo), Paulo Brossard (jurista e político), Rafael de Almeida Magalhães (político), Raul Machado Horta (jurista), Rosah Russomano (jurista), Sérgio Quintella (empresário), Walter Barelli (economista).

(27) Tais Comitês versaram os seguintes temas: 1. Princípios fundamentais, organização internacional e declaração de direitos; 2. Federação e Organização Tributária; 3. Poder Legislativo e Organização partidária; 4. Executivo; 5. Judiciário e Ministério Público; 6. Educação, Cultura e Comunicações; 7. Condições ambientais, saúde, ciência e tecnologia; 8. Ordem Econômica; 9. Ordem Social; 10. Defesa do Estado, da sociedade civil e das instituições democráticas.

(28) V. o artigo supracitado de Jorge Miranda, em que analisa a riquíssima contribuição da Comissão de Estudos Constitucionais e a sua larga inspiração na Constituição portuguesa de 1976.

Em 18 de setembro de 1986, a CEC encerrava sua missão, entregando ao Presidente Sarney um Anteprojeto extenso (468 artigos), inovador e polêmico⁽²⁹⁾, no qual se propunha um sistema semiparlamentarista de governo, um dos motivos mais fortes, segundo muitos, para que o Presidente Sarney não o encaminhasse à Assembléia Constituinte. Outros aditam a essa mais duas razões: o fato de a Comissão não ter sido constituída para a confecção de um Anteprojeto, mas, nos termos do decreto de sua criação, para “desenvolver pesquisas e estudos fundamentais no interesse da Nação brasileira”⁽³⁰⁾, não obstante o objetivo do falecido Presidente Tancredo Neves, explicitado em seu não-pronunciado discurso de posse, que era o da feitura de um Anteprojeto⁽³¹⁾; e o desencontro entre as diretrizes nacionalistas e estatizantes do documento e a linha de privatização da política governamental⁽³²⁾. A pretexto, pois, de não tolher a liberdade e a soberania da Constituinte, o Presidente Sarney para ela não encaminhou o Anteprojeto da CEC, enviando-o para o Ministério da Justiça⁽³³⁾.

(29) Jorge Miranda, op. cit. p. 34, nota: “nenhuma Constituinte brasileira (e talvez doutros países) terá tido, à partida, um documento tão sugestivo como o produzido pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, a Comissão Afonso Arinos; e nunca terá antes havido no Brasil um surto tão grande de estudos e projetos doutrinários sobre temas constitucionais”.

(30) O Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais (CEC) foi publicado no *Diário Oficial da União*, na edição de 28-9-1986. Sobre esse entendimento do Senador Afonso Arinos, V. “Comissão de Estudos Constitucionais”, in: *Afonso Arinos na Constituinte*, Senado Federal, Centro Gráfico, 1989, p. 87.

(31) Segundo o seu não-pronunciado discurso, destinava-se a Comissão a “elaborar esboço de Anteprojeto Constitucional, fruto do saber jurídico de seus membros, das reivindicações sociais dos setores nela representados e das idéias criadoras do povo”.

(32) V. editorial de “A Folha de S. Paulo”, de 20 de setembro de 1986, p. 8. (...) A Comissão terminou por aprovar emendas que destoam do figurino governamental”.

(33) Sobre o Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais, V. Cândido Mendes. *A inconfidência brasileira — a nova cidadania interpela a Constituinte*, Ed. Forense-Universitária, 1986; Evaristo de Moraes Filho, *A ordem social num novo Texto Constitucional*, São Paulo, LTR, 1986; Manuel Gonçalves Ferreira Filho, *O Anteprojeto dos Notáveis*, Ed. Saraiva, 1987; Ney Prado, *Os notáveis erros dos notáveis*, Forense, 1987; Miguel Reale, *Liberdade e Democracia — em torno do Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1987; Rosah Russomano “Facetas da Comissão Afonso Arinos e eu”, *Revista de Informação Legislativa*, vol. 24 (95), jul./set. 1987, pp. 281-300; vários autores, “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, *Revista da Faculdade de Direito de Pernambuco*, vol. 3 (3), 1987; Leyla Castello Branco Rangel, *Anteprojeto Constitucional — Quadro Comparativo com a Constituição 1967/69*, Brasília, Senado Federal, 1986; Osny Duarte Pereira, *Constituinte: Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos*, Brasília, Senado/UNB, 1987; Ivan Vernon Gomes Torres Jr., *Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos — Índice analítico compa-*

(Continua)

1.2.2. Constituinte

Ressaltou-se, acima, que outra das frustrações deste início da Nova República foi a decisão do Executivo de convocar um Congresso Constituinte (Emenda Constitucional n.º 26, de 27-11-1985), e não uma Assembleia Constituinte exclusiva, ao final de cujos trabalhos seus membros se retirassem. A escolha, conforme sublinha Jorge Miranda, em sua análise imparcial, “não foi meramente técnica; teve evidente significado político. Se não se tratava já de mais uma revisão da Constituição vigente, tampouco se tratava de criar, por referência a qualquer legitimidade revolucionária, uma nova Constituição” (34). A diferença de entendimento entre o Executivo e o Congresso Constituinte, quanto ao campo de ação deste último, foi constante durante a feitura da nova Constituição, pretendendo o primeiro estender o efeito das normas da Constituição então ainda em vigor (Constituição 67, na redação da Emenda n.º 1/69) ao Texto em elaboração, particularmente no tocante à duração do mandato presidencial (35).

Este desencontro entre o Executivo e o Legislativo, na sua função constituinte, foi crescendo, na medida em que se firmavam opções deste último que, a exemplo do sucedido na CEC, contrariavam a ação governamental. A previsão de uma transferência maciça de recursos da União para os Estados, sem o correspondente deslocamento dos encargos federais para os Estados, e, ao mesmo tempo, a orientação para uma política social e econômica de feições estatizantes e nacionalistas levaram o Presidente Sarney a proferir discurso à Nação, em 26-1-1988, alertando-a para o risco da ingovernabilidade se determinados dispositivos fossem aprovados (36). No dia seguinte, o Presidente da Constituinte, Deputado Ulysses Guimarães, respondia à fala presidencial, apontando as inovações do projeto e salientando que “a governabilidade está no social. A fome, a miséria, a ignorância e a doença inassistida são ingovernáveis” (37).

(Continuação da nota 33)

rativo, Forense, 1987; José Feliciano de Oliveira e Zélia Araújo Almeida, *Constituição da República Federativa do Brasil e Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais — Comparação*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1987; Luis Gutemberg (org.), *Mapa Geral das Idéias e Propostas para a nova Constituição* (artigos publicados pela imprensa dos debates provocados pela Comissão Afonso Arinos), Brasília, Fundação Petrônio Portella, 1987; *Anteprojeto Constitucional (mesa redonda)*, *Revista de Ciência Política* vol. 30 (1), jan./mar. 1987.

(34) Jorge Miranda, op. cit., p. 32.

(35) V. “Defesa da Constituinte”, in: *Afonso Arinos na Constituinte*, op. cit., p. 29 e segs.; “Discurso de Sarney à Nação fixando seu próprio mandato em 5 anos (19-5-1987)”, in: Paulo Bonavides e Paes de Andrade, op. cit., pp. 890 e segs.

(36) V. “A fala de Sarney contra a Constituinte (26-7-1988)” *ibid.*, pp. 911-915.

(37) V. “A resposta de Ulysses à fala de Sarney contra a Constituinte” (27-7-1988) *ibid.*, pp. 916-917.

Em relação à organização em si dos trabalhos, lembre-se que, sem contar oficialmente com um documento-base⁽³⁸⁾, e descartada, de saída, a idéia de formar-se uma grande comissão, os 559 constituintes distribuíram-se, inicialmente, em 24 subcomissões temáticas, cujos resultados convergiram para 8 comissões, as quais, por sua vez, canalizaram seus relatórios para uma Comissão de Sistematização, a exemplo do que se fizera na Comissão dos Notáveis, por inspiração, como foi observado, do processo constituinte português de 1976.

Da Comissão de Sistematização, a mais importante da primeira etapa da Constituinte, e que foi integrada por 93 representantes dos diversos partidos, emanou o projeto básico de Constituição, após diversas versões, em função de emendas dos próprios constituintes e de emendas populares⁽³⁹⁾.

A admissão desse último tipo de emendas, a atuação constante e eficiente de numerosos grupos profissionais, culturais, religiosos, étnicos, econômicos e sindicais que, em grandes vagas, se deslocaram dos mais longínquos rincões para pressionar os parlamentares e a ampla divulgação cotidiana dos trabalhos da Assembléia contribuíram para conferir ao processo constituinte índices de participação popular até então nunca observados no País em atividade dessa natureza.

Sem entrarmos numa descrição minuciosa dos diversos momentos que marcaram o debate e a votação do Projeto de Constituição em plenário, recordemos, apenas, a formação do movimento suprapartidário denominado "Centrão", integrado por numerosos constituintes de centro e de direita, o qual obteve a alteração das regras regimentais. Segundo tais regras, o texto emanado da Comissão de Sistematização estava, de antemão, aprovado, limitando-se o Plenário a apresentar emendas que alterassem alguns de seus dispositivos. Arrimando-se nos termos da Emenda n.º 26, convocatória da Assembléia Constituinte, segundo a qual "A Constituição seria promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, *pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte*",

(38) Apesar de o texto da Comissão dos Notáveis não ter sido, oficialmente, encaminhado à Assembléia Constituinte, é visível a sua influência na nova Constituição, de certa forma facilitada pela iniciativa do Senador Afonso Arinos, único de seus membros a eleger-se para a Constituinte, de apresentar, a título de sugestão às 24 Subcomissões mencionadas, os capítulos do Anteprojeto, desmembrados segundo os temas daquelas Subcomissões (V. *Afonso Arinos na Constituinte*, op. cit., pp. 81-86).

(39) Cf. art. 24 do Regimento Interno da Assembléia Nacional Constituinte: "Fica assegurada (...) a apresentação de proposta de emenda ao Projeto de Constituição, desde que subscrita por 30.000 ou mais eleitores brasileiros, em listas organizadas por, no mínimo, 3 entidades associativas, legalmente constituídas, que se responsabilizarão pela idoneidade das assinaturas (...)". (In: *Paulo Bonavides e Paes de Andrade*, op. cit., pp. 867/868). Foram apresentadas 122 emendas populares.

e não apenas, portanto, pelos 93 componentes da Sistematização, o “Centrão” conseguiu que cada dispositivo do Projeto daquela comissão fosse votado em plenário em nível de igualdade com o das emendas a ele apresentadas.

Diga-se, ainda, que, além da discordância adjetiva, os membros do “Centrão” opunham-se a orientações fundamentais do Projeto submetido ao Plenário, não somente quanto ao grau de estatização e de nacionalização da economia, mas também quanto à forma semiparlamentarista de governo — rejeitada, ao final, em seus articulados principais — e à redução da duração do mandato presidencial, igualmente ampliada para 5 anos, após acirrados debates e intensa pressão do Executivo.

Numa apreciação global das repercussões do processo de elaboração sobre o documento constitucional, nota-se que: a vulnerabilidade de muitos parlamentares novatos aos *lobbies* e às pressões governamentais conferiu-lhe inegáveis traços corporativistas; a resolução de impasses através de acordo, em que as divergências fundamentais foram contornadas através da freqüente remissão às leis complementares e ordinárias, vem entrando a sua aplicação, devido à morosidade do processo legislativo: a descentralização dos trabalhos, sua transparência, o caráter pactual que, sob muitos aspectos, o texto assumiu, conferiram-lhe extensão considerável (315 artigos computadas às disposições transitórias) ⁽⁴⁰⁾, além de favorecer a inserção de normas de cunho conjuntural, muitas vezes inexequíveis ⁽⁴¹⁾, que podem torná-lo precocemente obsoleto; a remoção de dispositivos parlamentaristas oriundos da Sistematização — dada a vitória da emenda presidencialista em plenário —, mas a subsistência de outros que robustecem o Legislativo, sem a previsão adequada de contrapesos para o Executivo, tem dificultado a sua implementação inicial.

Se tal processo enseja os comentários acima, a ele também devem ser atribuídos os méritos de autenticidade, de legitimidade e de contemporaneidade de que o texto se reveste.

Na emocionada comparação externada pelo Senador Afonso Arinos ao Ministro Warren Burger, ao referir-se ao ceticismo das elites em relação às imperfeições técnicas do documento e à utopia de muitos de seus dispositivos, bem como à esperança das massas que se sentiram participantes de sua confecção, “esta Constituição, de certa forma, perdendo o sacrilégio, é uma espécie de verônica do nosso povo. É a face sofrida (...) pela re-

(40) Distanciando-se da opinião emitida pelo Ministro Warren Burger, segundo a qual seria preferível escolher-se o caminho da síntese. Esta opinião foi dada em diálogo travado via satélite com o Senador Afonso Arinos em evento comemorativo do bicentenário do texto constitucional americano (V. *Revista de Ciência Política*, 31 (2), abr./jun. 1988, pp. 1-8).

(41) Como no caso do § 3º do art. 192, em que se fixou o tabelamento dos juros em 12% anuais.

pressão, pelos levantes ideológicos, pelas ditaduras militares. Mas é também a face gloriosa do nosso povo. (...) A penetração dos problemas sociais no seio das elucubrações jurídicas (...) é uma realidade do que está acontecendo no Brasil" (42).

No que se refere à contemporaneidade, inegavelmente a nova Constituição está em dia com as mais recentes formulações dos direitos e garantias fundamentais, com a constitucionalização de determinadas matérias, com o reconhecimento de mecanismos que permitam associar, de forma mais efetiva, o cidadão à gestão da *res publica* etc. Ela se insere, portanto, na orientação geral dos textos constitucionais produzidos nos anos 70, com inspiração mais acentuada nas Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978), sem prejuízo de outras influências oriundas de outros ordenamentos, conforme veremos no item que se segue.

2. Fontes de direito estrangeiro na Constituição de 1988

O processo de recepção de institutos, princípios e conceitos de um sistema jurídico, por outro, é fenômeno que vem atraindo, cada vez mais, os interessados no direito comparado (43). Ele é particularmente freqüente no campo do direito constitucional, em que, reunidas as condições internas propiciadoras de transplantes ou migrações jurídicas (44), tais sistemas evoluem, pelo menos formalmente e sob um aspecto global, de modo similar. Têm-se, então, os chamados ciclos constitucionais como resultado desse intercâmbio e dos quais os dois últimos correspondem, na classificação adotada por Paolo Biscaretti di Ruffia (45), aos períodos da democracia clássica e da democracia social.

(42) "Afonso Arinos e Warren Burger", op. cit., p. 7.

(43) V. Alan Watson, *Legal transplants*, Scottish Academic Press, 1973; A. B. Shwarz, "La réception et l'assimilation des droits étrangers", *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris, 1938; Imre Zajtay, "La réception des droits étrangers et le droit comparé", *Revue Internationale le Droit Comparé*, 1957, p. 686 e segs.; o trabalho pioneiro de Athanase Papachristos, em ótica sócio-jurídica, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, LGDJ, 1976; Max Rheinstein, "Types of Reception", in: *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, V., ano 6º, 1956; Lipstein, "The Reception of Western Law in Turkey", nos mesmos Anais, assim como René David, "Reflexions sur le Colloque", p. 240 e segs. Por nossa parte, examinamos o tema em "O estudo das recepções de direito", in: *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Haroldo Valladão*, Livraria Freitas Bastos, 1983, pp. 45-66, e "a utilização do direito comparado pelo legislador", *Revista de Ciência Política*, vol. 30 (3), 1987.

(44) As denominações variam: importações jurídicas, transplantes, recepções de direito, contágios ou empréstimos legislativos etc. São designações para manifestações distintas do mesmo fenômeno, mas podem decorrer, também, de mera preferência subjetiva.

(45) V. *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 578.

O estudo desse processo nos países em desenvolvimento é extremamente rico pelas várias perspectivas que ele comporta, entre as quais: a das causas que os levam a essas importações, a dos agentes que as promovem, a dos efeitos que delas resultam etc. (46).

No caso do Brasil, em relação às fontes iniciais de importação jurídica, assinala Gilberto Freyre que “a ascensão do bacharel ou doutor — mulato ou não — afrancesado trouxe para a vida brasileira muita fuga da realidade, através de *leis quase freudianas* nas suas raízes ou nos seus verdadeiros motivos. Leis copiadas das francesas e das inglesas e em oposição às portuguesas: revolta dos filhos contra os pais” (47).

No decorrer da história do direito brasileiro, essas fontes se diversificaram em função de interesses e objetivos predominantes nos momentos de elaboração legislativa e das afinidades dos grupos nela envolvidos com determinados ordenamentos jurídicos (48).

Recorde-se, ainda preliminarmente, a tendência tradicional do legislador brasileiro de efetuar transplantes ecléticos (49), com inspiração simultânea em mais de uma fonte, e de promover adaptações durante o próprio processo de recepção (50).

No presente item, ao focalizarmos as fontes de direito estrangeiro privilegiadas pelo constituinte de 87/88, com recurso a alguns exemplos mais

(46) V. Papachristos, op. cit.; V., também, John Henry Merryman, “Comparative Law and Social Change”, na *American Journal of Comparative Law*, volume 25 (3), Summer, 1977, pp. 457-481, em que, ao examinar as fases do movimento “Lei e desenvolvimento”, sustenta a necessidade de o perito da nação desenvolvida atuar mais como investigador das peculiaridades de cada contexto do Terceiro Mundo, do que como conselheiro.

(47) Cf. Gilberto Freyre, *Sobrados e Mucambos*, op. cit., p. 518. A referência ao “bacharel mulato ou não” é feita no quadro mais amplo de análise das transformações da sociedade rural e patriarcal brasileira.

(48) As diversas fontes de importação jurídica que prevaleceram nos diferentes ramos do direito brasileiro foram focalizadas em relatório que apresentamos ao XII Congresso Internacional de Direito Comparado (Sidney, 1986), na seção “O Direito Comparado na História”. (V. “O direito comparado na história do sistema jurídico brasileiro”, *Revista de Ciência Política*, FGV, vol. 33, nº 1, nov. 1989/jan. 1990, pp. 55-90 *Errata* nº 2/1990.)

(49) Baseamo-nos, aqui, na distinção de Léontin-Jean Constantinesco (*Traité de Droit Comparé*, vol. II, Paris, LGDJ, 1974, pp. 362-368) entre recepções puras — provindas de uma fonte apenas de importação jurídica — e recepções ecléticas — em que se recorre a diversas ordens de direito.

(50) Esta capacidade de adaptação contribuiu para que René David revisse o seu severo julgamento de que o direito brasileiro seria um mero vulgarizador dos direitos europeus (“Structures et idéologie du droit brésilien”, in: *Cahiers de législation et de bibliographie juridique d'Amérique Latine*, Paris, 1954), destacando, ao final, a originalidade que decorre dessa reunião de fontes distintas (“L'originalité des droits de l'Amérique Latine”, in: *Le Droit Comparé: Droits d'hiers, droits de demain*, Economica, 1962, p. 165.

relevantes de importação jurídica — sem qualquer pretensão de exaurir o tema —, daremos destaque às imediatas, que se impuseram naturalmente pela maior facilidade de acesso e de contacto com o país de origem.

Elas estão aqui indicadas em ordem decrescente de influência, assinalando-se, de antemão, que, de regra, há predominância de uma fonte sobre outra, mas raramente exclusividade, em vista da propensão, já mencionada, ao ecletismo.

2.1. *Fontes portuguesas*

2.1.1. *Observações gerais*

A abertura dos constituintes para as conquistas do Diploma constitucional português de 1976, revisto em 1982 e 1989, é reconhecida por todos os analistas⁽⁵¹⁾, na mesma linha do que ocorrera com o Texto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais⁽⁵²⁾ e com grande parte dos projetos pré-constituintes. Ela foi grandemente motivada pelas tradicionais afinidades histórico-culturais entre os dois países, mas também pela vivência contemporânea de processos de transição democrática, não obstante os seus traços diferenciadores. Deu-se, pois, continuidade a um intercâmbio jurídico que conheceu breves intervalos, como no caso do afastamento dos textos portugueses, logo após a independência, qualificado de “freudiano”, por Gilberto Freyre. Evoquem-se, por exemplo, a repercussão da Constituição portuguesa de 1820 na imperial brasileira de 1824, na portuguesa de 1826⁽⁵³⁾; a nossa republicana de 1891, na deles, de 1911; a deles de 1933, na Constituição do Estado Novo de Getúlio Vargas, de 1957⁽⁵⁴⁾.

Tal encadeamento parece fadado a prosseguir: ao examinar a repercussão do texto português no projeto da Comissão dos Notáveis, não hesitou Jorge Miranda em prever uma possível influência do segundo sobre o primeiro, então em processo da segunda revisão⁽⁵⁵⁾.

2.1.2. *Campos específicos de influência*

i) No processo de elaboração da Constituição de 88

Notamos acima que não apenas os “notáveis”, como também os constituintes federais e, agora, os estaduais, acolheram a idéia de criar-se uma

(51) V. José Afonso da Silva, op. cit., pp. 47 e 99; Celso Ribeiro Bastos, “Constituição Portuguesa”, *Revista de Informação Legislativa*, 25 (97), jan./mar. 1988.

(52) Jorge Miranda, no trabalho tantas vezes por nós referido, faz levantamento das disposições do Projeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais que se assemelham às do Texto Português de 76, chegando a um total de trinta importações.

(53) V. A introdução de Afonso Arinos de Melo Franco à obra *O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*, Arquivo Nacional, Ministério da Justiça, 1973.

(54) V. Fernando Whitaker da Cunha, “A evolução constitucional portuguesa e suas relações com a brasileira”, *Revista de Informação Legislativa*, 24 (96), out./dez., 1987, pp. 113-120.

(55) Jorge Miranda, op. cit., p. 39.

Comissão de Sistematização que, na Constituinte portuguesa, era incumbida de ordenar textos e emendas provindos dos diversos partidos⁽⁵⁶⁾. Na fonte, portanto, a Sistematização consistiu em real ordenação lógica e compatibilização, de forma e fundo, dos projetos partidários. No Brasil, contudo, o órgão que equivalia àquela Comissão destinou-se a harmonizar os articulados das Comissões temáticas, com atuação inicial modesta, a ponto de gerar um primeiro projeto bastante contraditório, que suscitou críticas de seus próprios autores, limitados que estavam, pelas regras regimentais, a alterações apenas de forma⁽⁵⁷⁾.

As inúmeras emendas e as sucessivas versões de projeto de Constituição que naquele órgão emanaram foram fruto de árduo trabalho e resultaram no seu fortalecimento e prestígio. De atuação muito mais prolongada do que a portuguesa, a Comissão de Sistematização brasileira dela se distinguiu, sobretudo, por produzir um projeto a partir das propostas das Comissões Temáticas e das emendas parlamentares e populares. Não foi destinada a compatibilizar projetos integrais, como a sua homônima portuguesa. De qualquer modo, a influência não foi meramente semântica, dada a finalidade comum de harmonização. A diversidade decorreu do objeto da compatibilização e da forma de atuação.

ii) *No ordenamento da matéria*

Um cotejo dos Textos português e brasileiro revela a adoção da mesma seqüência inicial da matéria: preâmbulo, princípios fundamentais e direitos fundamentais. Se esta orientação não é nova nos sistemas alemão (1949), italiano (1947), sueco (1974), grego (1975), espanhol (1978) etc., no direito constitucional brasileiro, em que as Leis Magnas se iniciavam com os dispositivos relativos à organização do Estado, ela é inédita, indicando a relevância que o constituinte de 87/88 quis, expressamente, atribuir às normas garantidoras dos direitos do indivíduo e da sociedade.

iii) *Nos princípios fundamentais*

Neste Título I da Constituição de 88, em que se afirma constituir-se a República Federativa do Brasil em "Estado Democrático de Direito", têm-se como fontes imediatas os Textos português ("Estado de Direito Democrático" — art. 2.º da Constituição de 1976) e espanhol ("Estado Social e Democrático de Direito" — art. 1.º, da Constituição de 1978), e como modelo mediato a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha ("Estado federal democrático e social", art. 29 da Lei Fundamental de 1949), retomando-se, no plano interno, a designação usada pela Comissão dos Notáveis. Observa José Afonso da Silva a distinção entre as expressões dos

(56) Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, Coimbra Editora Limitada, 1985, p. 312.

(57) Bonavides e Paes de Andrade, *op. cit.*, p. 459.

Textos português e brasileiro, com a qualificação “democrático” vinculada, no primeiro, ao “Direito”, e no último, ao “Estado”, a seu ver solução mais apropriada e abrangente⁽⁵⁸⁾.

A adesão do legislador constituinte à moderna concepção do Estado de Direito, nas suas implicações sociais e democráticas⁽⁵⁹⁾, é ponto fundamental para a compreensão da transformação básica que a nova Constituição — reconhecida a sua natureza instrumental — visa a introduzir no País.

A justaposição dos dois enunciados introdutórios — português e brasileiro — faz emergir outras semelhanças neste mesmo tópico:

Portugal (art. 2.º)	Brasil (art. 1.º)
“A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão (...), no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (...).”	“A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania (...), o pluralismo político (...).”

iv) *Nos Direitos e Garantias Fundamentais*

Neste Título II do Diploma de 88, parece-nos oportuno evocar Herero Miñon⁽⁶⁰⁾ que, em sua análise sobre as fontes estrangeiras da Constituição espanhola, distingue *influência de paralelismo*. Trata-se, aqui, na verdade, mais de paralelismo, pois que a real influência advém de textos internacionais, como a Declaração dos Direitos do Homem, de 1948, dos Pactos Políticos e Sociais da ONU, de 1966, consagradores, por seu turno, de princípios e direitos provindos de leis ordinárias de vários países, inspirados em obras doutrinárias em voga e ditados pelas novas condições de vida nascidas do progresso tecnológico.

Os novos direitos fundamentais inscritos na Constituição de 88 têm, pois, como fonte imediata as Constituições portuguesa e espanhola, mas seguem, de modo geral, uma orientação comum, reconhecida no plano internacional. Traduzem verdadeiros contágios legislativos, para retomarmos a classificação de Marc Ancel⁽⁶¹⁾. Confirma-se, então, a inclinação brasileira de acompanhar a última palavra neste campo. Como exemplos desse paralelismo, mencionem-se:

(58) José Afonso da Silva, op. cit., p. 105.

(59) V., também, a análise da evolução doutrinária desenvolvida por José Afonso da Silva (op. cit., p. 99 e segs.).

(60) V. Miguel Herrero de Miñon, “Les Sources étrangères de la Constitution”, *Pouvoirs* n° 8, pp. 97-107.

(61) Marc Ancel, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*, Neuchâtel, Ed. Ides et Calendes, 1971, pp. 57-69.

Direito de informação, ao cidadão, de processos administrativos de seu interesse e direito de certidão — Portugal: art. 268; Brasil: art. 5.º, XXIII e XXIV.

Direito do consumidor — Portugal: art. 40; Brasil: art. 17, § 3.º (62).

Direito à privacidade — Portugal: art. 26, 1; Brasil: art. 5.º, X. A notar que este direito já fora consignado no Código Penal de 1969, que não chegou a vigorar, bem como a conotação mais abrangente do termo no direito latino-americano, relativamente àquela que possui a expressão *right of privacy*, do sistema jurídico anglo-americano, correspondendo, antes, ao direito à intimidade dos ordenamentos latinos. Integram o direito à privacidade, no quadro constitucional examinado, os direitos à intimidade, à honra e à imagem, assegurando-se “indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5.º, X) (63).

Direito à integridade moral e física — Portugal: art. 25, 1 e 2; Brasil: art. 5.º, III.

Direito à imagem, que, na definição doutrinária, “consiste no direito de impedir que outrem se utilize — sem prévia e expressa anuência do titular, em escrito revestido das formalidades legais — de sua expressão externa, ou de qualquer dos componentes individualizadores (...)” (64).

Direito de conhecimento de registros informáticos. Este direito já constara de projetos de lei (65), que se basearam na lei francesa de 1973 e em diplomas escandinavos. A idéia entrou na Comissão dos Notáveis por proposta de José Afonso da Silva, que deu um nome à garantia processual correspondente, o *habeas data* (art. 5.º, LXXII), inspirado no jurista espanhol Firmin Morales Prats (66), embora para Morales o *habeas data* seja o próprio direito à intimidade contra o abuso da informática. Entretanto, na proposta de José Afonso da Silva, aprovada na Comissão dos Notáveis e na Assembléia Constituinte, o *habeas data* constitui o remédio constitucional para o exercício daquele direito, visando ao acesso à informação constante dos bancos de dados de entidades públicas, com fins de atualização, retificação ou supressão. Como bem salienta o autor da inovação, o direito em pauta é reconhecido através da previsão de sua garantia, tal

(62) José Afonso da Silva, op. cit., p. 232.

(63) Ibid., p. 183.

(64) V. Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, Forense Universitária, 1989, p. 88, V. também, Alvaro Notaroberto Barbosa, *Direito à própria imagem (aspectos fundamentais)*, Saraiva, 1989.

(65) Projetos da Deputada Cristina Tavares (nº 649, de 18-4-1983), do Deputado José Frejat e outros, os quais, porém não lograram vê-los aprovados.

(66) José Afonso da Silva, op. cit., pp. 390-393.

como ocorrera, nos textos anteriores, com a liberdade de locomoção, assegurada através do remédio do *habeas corpus* (67). A fonte portuguesa, neste caso, não é, obviamente, exclusiva, tratando-se de uma recepção eclética, com introdução de elemento original decorrente da utilização distinta da designação importada.

Direito de antena, que corresponde ao direito de acesso dos partidos políticos aos meios de comunicação — Portugal: art. 40; Brasil: art. 17, § 3.º

Remissão a outros direitos. Trata-se de dispositivo (art. 5.º, LXXVII, § 2.º) que, modelado no texto português (art. 16, 1), indica que os direitos fundamentais expressos na Constituição não excluem aqueles já reconhecidos pelo País em instrumentos internacionais de que seja parte, na linha de sua fonte indireta, o texto constitucional francês de 58.

Aplicabilidade imediata. Tanto a Constituição portuguesa (art. 18, 1), como a brasileira (art. 5.º, LXXVII, § 1.º) prescrevem a aplicabilidade imediata das normas relativas aos direitos e garantias fundamentais. No caso brasileiro, a previsão de vários instrumentos novos, garantidores dessa aplicação (mandado de injunção, mandado de segurança coletivo, *habeas data*, ação de inconstitucionalidade por omissão, p. ex.), atestam a preocupação do legislador constituinte em propiciar o efetivo exercício dos direitos fundamentais, num visível esforço para romper o tradicional distanciamento entre o texto e a prática constitucional.

v) *Poder Executivo*

Quanto aos órgãos de assessoramento do Presidente da República brasileira, a sua procedência é portuguesa: o Conselho da República (arts. 89 e 90 da Constituição de 1988) inspira-se no Conselho de Estado da Constituição portuguesa (art. 144). Em relação à aprovação da realização, em dois turnos, das eleições presidenciais (art. 77, §§ 2.º e 3.º), a fonte imediata é a portuguesa (art. 129), mas a mediata é, inegavelmente, o texto francês de 1958, de cujos caracteres semipresidenciais sofreu influência a Constituição de 88.

vi) *Poder Legislativo*

Neste âmbito, previu-se, como no texto português (art. 182), uma comissão permanente do Congresso para funcionar durante o período de recesso (art. 58, § 4.º).

vii) *Poder Judiciário*

Uma das mais relevantes importações do direito português foi a *ação de controle da inconstitucionalidade por omissão*, exemplo não de paralelismo, mas de verdadeira influência (Constituição portuguesa: art. 283; Constituição brasileira: 103), registrando-se, por igual, que a sua fonte

(67) *Ibid.*, p. 391.

indireta é a Constituição iugoslava de 1974 (arts. 376 e 377). Trata-se de remédio processual constitucional que permite a diversas pessoas jurídicas de direito público e entidades políticas, profissionais e sindicais propor ação, perante o Supremo Tribunal Federal, a mais alta Corte do País, no caso de omissão de medida necessária à efetivação da norma constitucional. O resultado dessa ação é a ciência dada ao poder competente para a adoção da providência cabível e, em se tratando de órgão administrativo, com a imposição de um prazo de 30 dias para fazê-lo. A fonte mediata desse dispositivo é a Lei Fundamental alemã (art. 93, § 4.º), que permite ao cidadão recorrer ao Tribunal Constitucional no caso de ter sido prejudicado pelo poder público no exercício de seus direitos fundamentais.

viii) *Ordem econômica*

A título ilustrativo, pode-se mencionar a similitude dos dispositivos portugueses e brasileiros relativos ao planejamento estatal (Constituição brasileira — art. 174; Constituição portuguesa: art. 91) e ao cooperativismo (Brasil: art. 174, § 2.º; Portugal — arts. 61, 84).

ix) *Ordem social*

Ambos os textos, português e brasileiro, dispõem sobre planos nacionais de saúde (Brasil: arts. 197 e segs.; Portugal: art. 64), bem como sobre assistência à maternidade, à infância, aos adolescentes e aos idosos (Brasil, art. 203 e incisos; Portugal, art. 68), seguindo as diretrizes gerais do constitucionalismo social.

Exemplificam a influência mais direta do direito luso, sob o aspecto educacional, as normas garantidoras da liberdade de ensino e de aprendizagem (Brasil, art. 206, II; Portugal, 43). Menciona-se, igualmente, a inovadora inserção, em nível constitucional, de normas relativas à proteção do meio ambiente (Brasil, 225 e Portugal, art. 66), refletindo o grau de preocupação, sobretudo do legislador brasileiro, de garantir a efetiva salvaguarda do ecossistema nacional, até agora bastante vulnerável em termos de preservação ambiental, não obstante a copiosa legislação ordinária⁽⁶⁸⁾ e a adesão do País a inúmeros instrumentos internacionais⁽⁶⁹⁾.

x) *Processo de revisão quinquenal*

Previu a Constituição portuguesa (art. 286, I) a revisão global, por quinquênios, de seu texto, pela Assembléia da República, o que, por duas

(68) V. Paulo Afonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982; José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

(69) Em 1977, o Brasil assinou a *Convenção da Unesco sobre Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*, de 1972.

vezes, já se verificou. O constituinte brasileiro aderiu à idéia, limitando, contudo, esta revisão a uma única vez (art. 3.º das Disposições Transitórias).

Numa constatação mais geral, verifica-se que, sem dúvida, houve inspiração em larga escala na Constituição portuguesa de 1976, cujas causas básicas, como vimos, prendem-se às afinidades histórico-culturais entre os dois países e as similitudes dos momentos de transição política, não obstante as notórias distinções das vias adotadas para a mudança dos respectivos regimes.

A essa predisposição natural para a importação jurídica neste manancial, agregou-se o trabalho de agentes culturais, em grande parte, representantes das elites intelectuais brasileiras, que promoveram a difusão e o ensino das conquistas constitucionais lusas, em níveis pessoal e institucional⁽⁷⁰⁾.

Um olhar global revela a existência de diversos tipos de recepção: verdadeiros contágios legislativos, no caso dos direitos fundamentais; recepções institucionais, em relação aos órgãos auxiliares do Presidente da República; recepções utilitárias, como a da ação de inconstitucionalidade por omissão, etc.⁽⁷¹⁾.

2.2. Fontes espanholas

2.2.1. Observações gerais

Saliente-se, desde logo, que o grande mérito, a nosso ver, do texto espanhol foi a sábia integração de elementos caracterizadores do Estado Democrático de Direito, provindos não apenas da Constituição portuguesa, mas dos textos alemão, francês, italiano e, em menor escala, austríaco, belga, escandinavos, além da inspiração nos instrumentos internacionais⁽⁷²⁾.

Sua importância maior, portanto, decorre de seu papel de retransmissor sóbrio e objetivo das mais modernas tendências do constitucionalismo da democracia social, sendo modesta a sua influência exclusiva e imediata.

Para o modelo espanhol, contudo, voltaram-se os olhos dos pré-constituintes e dos constituintes brasileiros, em busca de fórmulas jurídicas que haviam resultado de uma transição democrática sem ruptura revolucionária⁽⁷³⁾.

(70) Especificamente, o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), o Instituto Luso-Brasileiro de Direito Comparado, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o próprio Congresso Nacional e diversas instituições de ensino e pesquisa, pública e privadas.

(71) Para as distinções entre os tipos mencionados, V. Marc Ancel, op. cit.

(72) V. Niñon, op cit., p. 98.

(73) Sobre a comparação dos processos de transição em Portugal e na Espanha, V. Nancy Bermeo, "Redemocratization and Transition Elections: A Comparison of Spain and Portugal", *Comparative Politics*, 19 (2), jan. 1987, pp. 213-231.

Lamenta-se, apenas, a intransponibilidade das condições que permitiram o êxito dos Pactos de Moncloa, os quais lançaram as bases econômicas e sociais da transição política, fase que, no processo brasileiro, não foi bem sucedida, como vimos, comprometendo os seus resultados.

2.2.2. *Campos específicos de influência*

i) *Mecanismos de democracia semidireta*

Iniciativa legislativa popular. O art. 87, 3, do texto espanhol reconhece a iniciativa legislativa popular, efetivada em petição com um mínimo de 500.000 assinaturas, admitindo-a em todos os campos jurídicos, exceto em matéria de lei orgânica, tributária, internacional ou na concessão de graça. No Brasil, admite a Constituição de 88 (art. 61, § 2.º) projetos de lei subscritos por um mínimo de 1% dos eleitores, distribuídos em 5 Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Inferre-se que esse procedimento não se aplica às matérias de competência privativa de cada um dos três poderes.

A fonte mediata desses dispositivos é o art. 71 da Constituição italiana, que requer 50.000 assinaturas para a viabilização das propostas populares. Recorde-se que no próprio processo constituinte brasileiro houve o pré-teste desse instituto, com a admissão de emendas populares.

Referendo. Incluído pelo constituinte brasileiro entre os meios de exercício da soberania popular (art. 14), cabendo ao Congresso a competência exclusiva de autorizá-lo (art. 49, XV), o referendo, no texto espanhol, é aplicado para a resolução de questões político-jurídicas de especial transcendência, lembrando-se que a Constituição de 1978 foi a ele submetida. A fonte moderna dos dois textos é a Constituição italiana, embora as suas raízes encontrem-se na Constituição suíça.

ii) *Garantias*

Habeas data. Expressão processual do direito de acesso aos registros informáticos e associado, por natureza, ao direito à privacidade, esta garantia, já por nós abordada, ilustra um caso de inspiração doutrinária da denominação, com transformação de sua natureza no próprio processo de recepção⁽⁷⁴⁾.

2.3. *Fontes italianas*

Por diversas vezes mencionamos a Constituição italiana como fonte mediata de vários institutos recém-introduzidos no direito constitucional brasileiro pela nova Constituição. Como influência imediata, mencionem-se:

i) O poder conferido às *Comissões Parlamentares* de, em determinadas situações, aprovar projetos de lei, salvo se houver recurso de 1/10 dos

(74) V. José Afonso da Silva, op. cit., p. 390 e segs.

membros da Casa onde se verifica a votação (art. 58, I), é exemplo de recepção parcial pura do art. 72 da Constituição italiana.

ii) *Medidas provisórias*. A supressão do decreto-lei do processo legislativo brasileiro era uma das reivindicações mais constantes no período pré-constituente. Ele representava o instrumento de força do Chefe do Executivo que, nos governos autoritários — nestes incluído o Estado Novo de Getúlio Vargas, época em que o instituto foi introduzido no País, por influência da Constituição de Mussolini — *via-se revestido de competência para legislar, em determinados casos de relevância e urgência, com conseqüente enfraquecimento do Congresso*. Alcançada a sua eliminação no texto em vigor, permaneceu, porém, a necessidade de prever-se um substituto menos potente, para situações igualmente urgentes e relevantes. Recorreu-se, mais uma vez, ao texto italiano (art. 177, Constituição de 1947), do qual se importou a medida provisória (art. 62), também com força de lei. Entretanto, diferentemente dos decretos-leis, convalidados na ausência de manifestação expressa do Congresso em determinado prazo, tais medidas perdem a eficácia se não forem convertidas em lei no decorrer de 30 dias.

Tem-se notado, nesta fase pós-constituente e de campanha para as eleições presidenciais, que a lentidão dos trabalhos parlamentares vem suscitando a reiterada edição de medidas provisórias, particularmente em matérias econômicas e sociais. O silêncio dos congressistas, em inúmeros casos, e a caducidade das medidas que dele sobrevêm, tem levado o Presidente da República a reeditar a medida, garantindo a sua vigência por tempo maior ao constitucionalmente previsto, expediente contestado por muitos analistas (75).

2.4. Fontes francesas

Destas fontes reteremos o exemplo da *recepção dos dois turnos* para a eleição presidencial, o *ballotage*, concretizada no § 3.º do art. 77 da Constituição de 88, nos seguintes termos:

“Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até 20 dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos”.

De modo geral, o modelo semipresidencial de governo francês foi atentamente examinado pelos elaboradores de anteprojetos e pelos próprios constituintes que, até à etapa final de votação, quando ocorreu a rejeição do parlamentarismo, dele extraíram diversos elementos (76). Sua importância

(75) V. Tércio Sampaio Ferraz Jr., “Medidas provisórias permanentes”, no jornal *Folha de S. Paulo*, 23 de julho de 1989, p. A3; Ivo Dantas, *Medidas Provisórias*, Trabalho Inédito, 1990.

(76) V. Anteprojeto da Comissão dos Notáveis e o Projeto da Comissão de Sistematização da Constituinte.

subsiste com a previsão de um plebiscito, em 1993, para decisão sobre a forma de governo (art. 2.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 88) (77).

Mencione-se, também, o *imposto sobre as grandes fortunas*, introduzido na França no Governo Mitterand e transposto para o Texto brasileiro (art. 153, VII), sujeito, ainda, a regulamentação.

Não obstante a prevalência evidente de fontes portuguesas e espanholas, os liames do Brasil com a França levam os nossos juristas a incluí-la, permanentemente, como um dos pontos de referência obrigatória para as suas reformulações legais em qualquer nível.

2.5. Fontes latino-americanas

São raros os casos de fontes providas de países em desenvolvimento, pois a tendência é o recurso ao direito dos Estados desenvolvidos. Na feitura do Texto de 88, entretanto, foram invocadas, de modo genérico, a Constituição peruana de 1979, tradutora, no plano formal, das mais recentes aquisições do constitucionalismo contemporâneo, e de modo específico, os Textos de Cuba e da Nicarágua, em particular no que se refere ao reconhecimento da maioria eleitoral aos 16 anos (78).

2.6. Fontes de direito anglo-americano

2.6.1. Observação geral

Caracteriza-se o direito latino-americano por conciliar a sua vinculação ao sistema romanista, com a adoção de institutos, conceitos e princípios originários de *Common Law*, notadamente na área do direito público (79).

As razões desse ecletismo prendem-se não apenas às circunstâncias históricas que fizeram, numa primeira fase, as ex-colônias ibéricas do Continente Sul-Americano se aproximarem, por injunções econômicas e políticas, de países como a Inglaterra e a França, e num segundo tempo, deslocarem seu interesse para as soluções norte-americanas de república, federalismo e regime presidencial, tidas como mais adequadas para remediar os inconvenientes da monarquia e do unitarismo.

(77) A relevância do tema para o momento brasileiro, certamente, inspirou os organizadores das XI Jornadas de Direito franco-latino-americano, promovidas pela *Société de Législation Comparée* (Porto Alegre, 15 a 21 de outubro de 1989), que conferiram destaque ao exame dos poderes do Chefe de Estado nos sistemas presidencial e parlamentar.

(78) V. Afonso Arinos na *Constituinte*, op. cit., p. 311, em que se reproduz o discurso proferido por este parlamentar na defesa do voto aos 16 anos.

(79) René David, referindo-se ao Brasil, nota: "a relação entre o direito privado e o direito público, a estrutura e a fisionomia do direito se acham profundamente alteradas pelo fato de ter-se admitido, no direito público brasileiro, dominando o direito privado, concepções americanas diversas das da Europa Continental" (*Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain*, op. cit., p. 169).

Prendem-se, igualmente, à manutenção de uma receptividade intelectual dos países latino-americanos às fórmulas jurídico-políticas geradas nos Estados Unidos, malgrado as diferenças econômicas, sociais, culturais e políticas existentes entre o modelo e seus seguidores. Aditem-se, ainda, a disponibilidade para as renovações jurídicas que a ausência de um enraizamento das estruturas legais favorece, e a reconhecida atração pelo exótico⁽⁸⁰⁾ que os leva a não discriminar as fontes de importação.

Evidentemente, tal ecletismo, aliado às peculiaridades do contexto receptor, impõe todo um processo de adaptação, de inegável interesse para os comparatistas⁽⁸¹⁾. Nesse processo — e tendo-se em vista o caso específico do Brasil — verifica-se que a transposição isolada de remédios processuais de *Common Law* enseja, de regra, a criação de mecanismos complementares, a combinação com elementos oriundos de outras fontes⁽⁸²⁾ ou a atribuição de funções diversas às que lhes são próprias na origem⁽⁸³⁾. Isto porque esses remédios processuais constituem peças de uma mesma engrenagem, criada no quadro de um sistema jurídico em que o Judiciário, em sua função criadora — distinta, portanto, da que lhe é reservada nos países de

(80) Jean Carbonnier, *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Défrénois, 1979, pp. 194 e segs.

(81) A adaptação de determinados "writs" e certos princípios, decorrente de sua transplantação em contexto tão diverso do sistema judiciário de *Common Law* tem suscitado muitos estudos americanos, entre outros: Phanor R. Eder, *Judicial Review in Latin America*, *Ohio State Law Journal*, vol. 21, 1960, pp. 370-815; Anyd Marchant, "The Brazilian writ of security (mandado de segurança) and its relationship of the extraordinary remedies of the anglo-american common law: an object lesson in latin american law making", *Tulane Law Review*, vol. XIX, 1944-1945, New Orleans, 1945; Norman Nadorff, "Habeas Corpus and the Protection of Political and Civil Rights in Brazil: 1964-1978", *Lawyer of the Americas*, The University of Miami, vol. 14, fall 1982, n° 2; Beanor J. Eder, "Habeas Corpus Disembodied The Latin American Experience", *XXth Century Comparative Conflicts of Law*, Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema, A. W. Sythoff-Leyden, 1961, pp. 463-478; Keith S. Rosenn, "Judicial Review in Latin America", *Ohio State Law Journal*, vol. 35, 1974, pp. 784-819. No plano brasileiro, ver também: Celestino de Sá Freire Basílio, "Judicial Power as a Guarantee of Individual Rights. Parralel Competence of The Legislative Power and The Judicial Power", Inter-American Bar Association, *Proceedings of the Tenth Conference*, Buenos Aires, 1958; o nosso trabalho "Aspects de l'acclimatation du *Judicial Review* ou droit brésilien", *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 4, 1986, pp. 1135-1159.

(82) V., p. exemplo, o caso do "judicial review", ao qual se agregaram elementos oriundos dos sistemas europeus de controle concentrado da constitucionalidade (Ana Lucia de Lyra Tavares, op. cit., pp. 1156 e segs.).

(83) Ilustra esta referência a recepção do *habeas corpus*, cuja aplicação extensiva, fundada na doutrina, acabou resultando na criação de outro remédio processual, o mandado de segurança ("writ of security", inspirado no recurso de amparo mexicano e indiretamente, no *mandamus* anglo-americano (V. o clássico brasileiro, *História e Prática do Habeas Corpus*, de Pontes de Miranda, 2 vols., Ed. Saraiva, 8ª ed., 1979.).

direito romano-germânico⁽⁸⁴⁾ — fornece os meios para o seu adequado funcionamento.

Não obstante a consciência das dificuldades que implicam esses transplantes, o legislador não abandona as fontes anglo-americanas de direito, em particular quando busca mecanismos de garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais e, em geral, de viabilizar a aplicação dos Textos constitucionais. O constituinte de 87/88 não fugiu à regra, embora os dois casos que focalizamos abaixo ilustrem graus distintos de influência dessas fontes.

2.6.2. *Campo específico de influência*

— *Nas garantias constitucionais*

O mandado de injunção

Dos institutos introduzidos pelo Texto de 88, este, sem dúvida, é o que tem despertado maior atenção, não somente dos juristas⁽⁸⁵⁾, mas dos cidadãos em geral, que o encaram como um instrumento eficaz para assegurar, de modo imediato, a enorme gama de direitos, notadamente os econômicos e sociais, que a Lei Maior consagrou.

Parcela expressiva dos comentaristas se detém nas suas origens anglo-saxônicas, embora alguns vejam, apenas, uma simples importação semântica, dadas as especificidades do instituto brasileiro⁽⁸⁶⁾.

Recordemos que, na fonte, a *injunction* provém dos Tribunais ingleses de *Equity*, criados para complementar e, indiretamente, retificar as decisões dos Tribunais de *Common Law*. Trata-se, tanto no direito inglês, como no

(84) A tendência, identificada em alguns sistemas romanistas, de fortalecimento do Judiciário como fonte criadora de direito, por via de interpretações extensivas e análogas dos textos legais, não é suficientemente expressiva para descaracterizar o seu papel tradicional de simples intérprete e de executor das leis naqueles sistemas (Cf. René David, *Les grands systèmes de droit contemporain*, op. cit., p. 135).

(85) Demonstra este interesse o número de estudos que, em reduzido espaço de tempo, veio a público, entre eles. Ivo Dantas, *Mandado de Injunção*, Ed. AIDE, 1989; José Cretella Júnior, *Os "writs na Constituição de 1988*, Forense-Universitária, 1989; Irineu Strenger, *Mandado de Injunção*, Forense-Universitária, 1988; Diomar Ackel Filho, *"Writs Constitucionais"*, Saraiva, 1989; Vicente Greco Filho, *Tutela Constitucional das Liberdades*, Saraiva, 1989; Rogério Laura Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e Processo (regramentos e garantias constitucionais do processo)*, Saraiva, 1989; Herzeleide Maria Fernandes de Oliveira, "O mandado de Injunção", *Revista de Informação Legislativa*, 25 (100), out./dez. 1988, pp. 47-62; Ruy Bacelar, *O Mandado de Injunção*, Senado Federal, Brasília, 1988; José Afonso da Silva "Mandado de Injunção, direito do cidadão", no *Jornal do Brasil*, 26 de setembro de 1988; Celso Agrícola Barbi, "Ainda o mandado de injunção", no mesmo jornal, em 2-12-1988.

(86) V. Adhemar Ferreira Maciel, "Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão", *Revista de Informação Legislativa*, 26 (101) jan./março 1989, p. 132.

americano que o herdou, de remédio judicial para sustar ato ou atividade (mandado proibitório, a *restrictive injunction*) ou para determinar a realização de alguma coisa (mandado mandatório — *mandatory injunction*) a fim de proteger os direitos constitucionais. Pode, ainda, ser temporário (*interlocutory injunction*) sob a forma de medida cautelar, ou permanente, em caso de decisões definitivas. Sua aplicação é vasta no direito anglo-saxão, incidindo sobre matérias contratual, eleitoral, trabalhista, constitucional, de direito industrial, etc. (87).

O homônimo brasileiro tem traços bastante distintos, como deflui do enunciado constitucional: “conceder-se-á 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” (art. 5.º, LXXI). Desta leitura conclui-se que: i) não se trata de medida para proibir, restringir ou sustar ato contrário às normas constitucionais; trata-se de remédio para suprir a inexistência de lei — complementar ou ordinária (88) — que viabiliza o exercício do direito constitucionalmente previsto; ii) não se aplica a qualquer matéria, recaindo, expressamente, no campo dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania — que José Afonso da Silva esclarece tratar-se da popular e não da estatal (89) e à cidadania, o que, entretanto, representa um alcance considerável, se se tiver em conta os numerosos dispositivos de natureza programática por ele abrangidos, cujo cumprimento, na forma dos Textos constitucionais anteriores, ficava a critério do Governo.

Outras peculiaridades têm sido identificadas, ao longo das numerosas análises do instituto, entre elas a falta de previsão de sua aplicação em níveis estadual e municipal, a menos que ela seja suprimida nas Constituições estaduais (90).

Ante tais diferenças, pergunta-se: quais os vínculos com a *injunction* anglo-saxã, além da designação? Encontra José Afonso da Silva ponto de ligação mais evidente na aplicação do congêneres americano para proteger os direitos humanos, bem como as prerrogativas relativas à soberania popular, nacionalidade e cidadania, reconhecidos na Emenda 14 da Constituição dos EUA (91).

(87) “Injunction”, in *Halsbury's Laws of England*, vol. 24, Butterworths, London, 1979, pp. 509-613; na definição da *Cyclopedia of Law and Procedure*, William Machk, vol. XXII, The American Law Book Co., 1906.

(88) A distinção, no direito brasileiro, entre essas duas espécies de lei está em que na primeira requer-se um *quorum* especial para sua aprovação (maioria absoluta, conforme o art. 69 da Constituição de 88).

(89) V. José Afonso da Silva, op. cit., p. 387, com a sua autoridade de um dos principais assessores da Assembléia Constituinte e de membro da Comissão de Redação do mesmo órgão.

(90) Herzeleide de Oliveira, op. cit., p. 62.

(91) José Afonso da Silva, op. cit., p. 386, nota 62.

Durante os trabalhos constituintes, o instituto foi proposto em diversas Comissões temáticas, associando-se, inicialmente, à necessidade de efetivar-se o direito à educação ⁽⁹¹⁾. Ganhou sua configuração atual na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher ⁽⁹²⁾. Sua propositura decorreu da preocupação do legislador-constituente, de prever novo mecanismo capaz de garantir o efetivo exercício dos direitos constitucionais, sem que houvesse prévia escolha de uma determinada fonte, como demonstra a diversidade de designações que o novo instituto, inicialmente, recebeu: mandado cominatório, mandado de concretização, ação cominatória, etc. Gradualmente, uma certa correspondência com a *injunction* foi sendo constatada.

Na verdade, mais do que com a injunction, assemelha-se o instituto aqui focalizado com a ação de inconstitucionalidade por omissão já tratada, no quadro das influências portuguesas. Distinguem-se, porém, os dois institutos: o mandado de injunção está ao alcance de qualquer cidadão, que poderá obter do Judiciário medida que garanta o seu direito, ao passo que a ação de inconstitucionalidade por omissão é reservada a determinadas entidades, sendo que, em seu contexto, não cabe ao Judiciário substituir-se ao órgão omissor. Limita-se ele a atuar junto àquele para que seja suprida a omissão de expedir norma sobre o assunto.

O devido processo legal (due process)

Há muito presente nas decisões judiciais e na doutrina brasileira e, implicitamente, nas próprias normas constitucionais relativas às garantias de legalidade de prisão, contraditório judicial e ampla defesa, este princípio foi, finalmente, explicitado no Texto de 1988, da seguinte forma: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5.º, LIV).

O histórico do processo gradual de sua inserção no direito brasileiro, para culminar na presente redação constitucional, inspirada nas 5.ª e 14.ª Emendas da Constituição norte-americana, vem amplamente descrito por Carlos Roberto de Siqueira Castro, com a autoridade de ter sido o autor da sugestão para que tal ocorresse, na condição de assessor do constituinte Vivaldo Barbosa, que acolheu a proposta, formalizou-a e logrou vê-la aprovada ⁽⁹³⁾.

2.7 Reflexão global sobre essas recepções de direito

Preliminarmente, deve-se reiterar, como René David, que a profusão de importações legais não impediu a originalidade do Texto Constitucio-

(92) Por ordem de precedência, os seguintes Constituintes tiveram os seus nomes ligados à elaboração do novo instituto: Virgílio Távora, Ruy Bacelar, Darcy Pozza, José Paulo Bisol (Cf. Herzeleide Oliveira, op. cit., pp. 50-51).

(93) Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, Ed. Forense, 1989, pp. 369-381.

nal. Ela, ao contrário, concorreu para que, através do ecletismo e da acomodação que ele ensinou, se delinhassem certas particularidades.

Há, por outro lado, algumas curiosidades a serem realçadas, que demonstram a flexibilidade dos agentes das importações: no caso do mandado de injunção, transferiu-se o nome, mas inovou-se no conteúdo; já com o *habeas data*, deu-se o inverso: inovou-se na designação e integrou-se o seu conteúdo substantivo ao adjetivo.

Consignem-se, também, algumas rejeições de transplantes, tentados nas fases preliminares do processo constituinte: o defensor do povo, de modelo espanhol, mas inspirado, em geral, nos *ombudsmen* de origem escandinava, o veto legislativo popular, o *recall*, que vingou na Comissão de Estudos Constitucionais, etc.

Outras migrações jurídicas, embora não tivessem prosperado na parte final dos trabalhos constituintes, deixaram resquícios: o sistema semiparlamentarista de governo e o tribunal constitucional, este presente, de certo modo, na valorização do papel do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição, e na reestruturação do Judiciário, na medida em que concorreu para esta valorização.

Quanto às importações de *Common Law*, os exemplos atuais confirmam a necessidade de um esforço de aclimação, dada a profunda diversidade de concepção e de estruturação dos sistemas jurídicos exportador e receptor.

O fortalecimento do Judiciário que advém dos novos institutos, recorda-nos a advertência de Loewenstein: "se se outorga o direito aos tribunais de frustrar uma decisão política do governo ou do Parlamento, começa o perigo de que — quer a decisão do tribunal não seja respeitada — com prejuízo para o Estado de Direito — quer a decisão política do governo seja substituída por um ato judicial que, embora revestido jurídico-constitucionalmente, não é, no fundo, senão um ato jurídico de pessoa que não teve nenhum mandato democrático para levar a cabo esta função" (94).

Note-se, por fim, que a receptividade às influências, aos contágios e às recepções de direito estrangeiro não se verificou num processo fechado, estritamente técnico, de elaboração do Texto. Não obstante pudesse ter sido provocada pelos especialistas, ela se manteve nas diferentes fases de uma Constituinte que primou pela transparência.

Como nas Constituições anteriores, essa receptividade não conduziu a uma reprodução servil das mais recentes conquistas do constitucionalismo

(94) Karl Loewenstein, *Teoria de la Constitución*, Editorial Ariel, Madrid, 1979, p. 324.

moderno. O ecletismo das recepções, a integração dos novos institutos em contexto tão diverso e, sobretudo, a adaptação legislativa e jurisprudencial que se seguirá, permitirão que atualização e especificidade continuem a caminhar juntas no direito constitucional brasileiro.

3. *Outras inovações do Texto de 1988*

Além das inovações assinaladas no item anterior, selecionadas em função de sua inspiração em direito alienígena, consideramos necessário indicar aos comparatistas, ainda que esquematicamente, outras modificações relevantes.

A Constituição brasileira vigente, estimada como moderna e progressista, elege entre seus princípios fundamentais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1.º).

O objetivo de realização da cidadania implicou a previsão de inúmeros instrumentos e recursos de participação popular: o referendo, o plebiscito, a iniciativa legislativa — já mencionados — e ainda: o mandado de segurança coletivo (legitimação de entidades políticas, profissionais, de classe e de interesses afins para propor mandado de segurança, até então restrito às pessoas físicas — art. 5.º, LXX), a ação civil pública — já existente em nível de lei ordinária —, a extensão da titularidade para impetrar ação de inconstitucionalidade às associações sindicais e de classe para impetrar ação de inconstitucionalidade, etc.

Os direitos e garantias fundamentais, inovadoramente colocados no início do Texto Constitucional (Título II), são tratados em cinco categorias: direitos individuais (art. 5.º), direitos coletivos (art. 5.º), direitos sociais (arts. 6.º e 193 e segs.), direitos à nacionalidade (art. 12) e direitos políticos (arts. 14 a 17) (95).

No quadro dos direitos individuais, saliente-se a consideração da tortura e do terrorismo como crimes inafiançáveis e não anistiáveis (art. 5.º XLII), e como crimes inafiançáveis e imprescritíveis o tráfico de entorpecentes e o racismo, da mesma forma que a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5.º, XLIV).

Os direitos coletivos vão de par com o fortalecimento da liberdade de associação (art. 5.º, XVII) e com o reconhecimento de instrumentos específicos para a atuação das entidades coletivas.

(95) Pautamo-nos pela classificação identificada por José Afonso da Silva, op. cit., p. 164.

Os direitos sociais consignam ampla proteção à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, maternidade, infância e desamparados. Merecem desenvolvimento à parte os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (34 incisos do art. 7.º). Previu-se o seguro-desemprego, a semana de 44 horas, a jornada de 6 horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, 120 dias de licença à gestante e licença paternidade (dependente de regulamentação), ampliação do prazo prescricional para ações trabalhistas, etc.

Reconheceu-se, plenamente, a liberdade sindical, mas aprovou-se, também, a unidade sindical, vedando-se, pois, a criação de mais de uma entidade sindical representativa da mesma categoria profissional ou econômica em idêntica base territorial (art. 8.º, II).

O direito de greve não conhece restrições (art. 9.º), diversamente dos textos anteriores em que ele era vedado aos funcionários públicos e a determinadas atividades essenciais, embora sob este aspecto tenha-se recorrido à remissão à lei ordinária (art. 9.º, § 1.º).

Em matéria de direitos políticos, assinala-se o reconhecimento do direito de voto (facultativo) aos analfabetos (art. 14) e a redução da maioridade eleitoral para 16 anos (art. 14, § 1.º, c), já abordada.

No título III, relativo à Organização do Estado Federal, em que são definidas as competências da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios (os Territórios integram a União), procurou-se retornar ao princípio de uma verdadeira federação, retirando-se da União, em favor das entidades federais, particularmente dos Estados, considerável soma de recursos⁽⁹⁶⁾, além de optar-se por um sistema complexo de partilha de competências (exclusivas, concorrentes, privativas, suplementares) visando-se ao estabelecimento do equilíbrio federativo^(96a).

No âmbito da Organização dos Poderes (Título IV), mencione-se o revigoramento do Legislativo, ao qual compete, nomeadamente: “resolver sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I), tendo-se em mente, sobretudo, o controle do endividamento externo; julgar as contas do Presidente da República; fiscalizar os atos do Poder Executivo; dispor sobre orçamento anual; aprovar a escolha de magistrados de Tribunais Superiores, do Procurador-Geral da República, dos ministros do Tribunal de Contas da União, do presidente e dos diretores do Banco Central, etc.

Em consequência, o Executivo, embora tenha remanescido o sistema presidencial, viu-se consideravelmente despojado de seus poderes, recorrendo o Presidente da República, neste final de mandato, à edição fre-

(96) *Ibid.*, p. 413, e segs.

(96a) Bonavides e Paes de Andrade, *op. cit.*, p. 495.

qüente das mencionadas medidas provisórias. A notar, ainda, que a Administração Pública, pela primeira vez, ganha amplo tratamento na Constituição vigente (Capítulo VII).

No campo do Judiciário, em que avulta como principal novidade o seu fortalecimento através do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão, que lhe conferem papel decisivo para compelir os dois outros Poderes à implementação constitucional, destaca-se, também, a função prioritária do Supremo Tribunal Federal de guarda da Constituição — que, embora já lhe fosse tradicional, foi acentuada no Texto de 88 — além da criação de um Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais Regionais Federais para a desconcentração, no plano nacional, do trabalho judicante. Mencione-se, também, a autonomia administrativa e financeira que lhe foi reconhecida (art. 99). A previsão de juizados especiais para causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de reduzido potencial ofensivo (art. 98, I) é outro traço inovador.

Encerram o Texto Constitucional os títulos consagrados à Ordem Econômica (VI) e à Ordem Social (VIII), tratados em separado e com extensão considerável. A primeira é fundada nos princípios da: soberania nacional; propriedade privada e da função da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

A associação dos princípios que caracterizam a economia de mercado com a valorização do trabalho humano mereceu destaque no Texto Constitucional (art. 1.º e art. 170), precisamente por expressar a sua orientação de um capitalismo moderado, submetido às exigências da justiça social. Tal ecletismo suscitou reações contrárias dos grupos que desejavam orientação socializante do Texto.

O espírito nacionalista predominou na distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, reservando-se a esta uma série de benefícios (art. 171), bem como na previsão de disciplinamento dos investimentos de capital estrangeiro.

Na Ordem Social, salientam-se a proteção inovadora a algumas minorias, entre elas, os deficientes físicos, os idosos, os índios — que, pela primeira vez, ganham tratamento à parte — e o papel decisivo reservado ao Estado na implementação das políticas previdenciária, de saúde, educacional, cultural, desportiva, científica e tecnológica. Na comunicação social (Capítulo V), ressalte-se a abolição de qualquer tipo de censura (art. 220, § 2.º).

Capítulo VII dessa Ordem, dispõe-se sobre a proteção do Estado em relação à família, reconhecendo-se, pela primeira vez, como entidade fa-

miliar a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3.º) e deixando-se o planejamento familiar a critério do casal (art. 226, § 7.º).

Inovadora, progressista, nacionalista e estatizante para uns, conservadora para outros, a Constituição em vigor, sem dúvida, representa um esforço considerável da Constituinte de 87/88 para fornecer ao Brasil um instrumento de progresso e de justiça social.

Entretanto, neste primeiro ano de sua vigência, a sua implementação tem encontrado sérias dificuldades.

4. *Vigência inicial*

Neste período inicial de vigência da nova Constituição, vem-se constatando que ela ainda não teve condições de mostrar toda a sua potencialidade. O constituinte de 87/88, ao recorrer, com freqüência, à técnica de remissão a leis complementares (em número de 56) e ordinárias (que se elevam a 314) ⁽⁹⁷⁾, como que cerceou a aplicação do Texto, em vista da morosidade tradicional dos trabalhos parlamentares, acentuada pelo período eleitoral por que atravessa o País.

Essa atuação faz com que no trato de determinadas matérias, constitucionalmente focalizadas, mas dependentes de regulamentação, tenha-se que recorrer às leis ordinárias anteriores à promulgação da Constituição, instaurando-se uma verdadeira "balbúrdia jurídica" ⁽⁹⁸⁾, intensificada pela proliferação de medidas provisórias, emanadas do Presidente da República, que visam a suprir aquela omissão legislativa em face das urgências nas áreas econômica e social.

Os sucessivos movimentos grevistas que, libertos dos entraves constitucionais e legais anteriores, arrimados nos novos direitos sociais reconhecidos no Texto, espocaram em todo o País, em decorrência, sobretudo, das deficiências dos inúmeros planos econômicos governamentais, levaram, igualmente, o Presidente da República à edição de uma série de medidas provisórias. A sua dependência, em relação ao Legislativo, para efetivá-las, e o desgaste crescente que vem sofrendo o chefe da Nação em decorrência dos insucessos de sua gestão econômico-financeira, implacavelmente apontados no decorrer da campanha para as próximas eleições presidenciais,

(97) V. Ministério da Justiça, *Leis a elaborar: Constituição de 1988*, Secretaria de Estudos e Acompanhamento Legislativo (SEAL), Brasília, 1989; "Congresso não consegue votar as leis complementares à Constituição", *Jornal: A Folha de S. Paulo*, 31 de maio de 1989.

(98) Miguel Reale, "Balbúrdia Jurídica", no *Jornal A Folha de S. Paulo*, 8 de junho de 1989, p. A3.

além do receio de vitória de determinados candidatos, levaram a um renascimento do movimento parlamentarista, a ponto de ter sido apresentada emenda ao Texto recém-promulgado e que se encontra em tramitação no Congresso (99).

Adite-se a esses óbices o esvaziamento dos recursos da União, sem a correspondente transferência, para os Estados, de parte substancial de seus encargos, o que dificulta a implementação, na forma constitucionalmente prevista, dos direitos econômicos e sociais que lhe compete assegurar.

O Judiciário, por seu turno, aparelha-se lentamente para o exercício das novas e básicas funções. Nas decisões sobre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão, ele se tem mostrado cauteloso, preferindo aguardar, por um prazo razoável, a edição da norma regulamentadora, na maioria das vezes, desclassificando os pedidos (100).

O resultado deste contexto é estampado nas manchetes jornalísticas: "A Constituição emperrada" (101) ou "A Constituição não pegou" (102).

A superação dos inúmeros obstáculos à efetividade do Texto de 88 passa, necessariamente, pelos resultados da eleição presidencial de 15 de novembro próximo, e nas relações que o futuro chefe da Nação conseguirá manter com os dois outros Poderes, em particular com o Legislativo.

Conclusão

Para o novo Texto constitucional brasileiro convergiram as expectativas, longamente acumuladas, de normalização da vida democrática e de

(99) V. Sérgio Moraes, "Afinal o Parlamentarismo", no *Jornal do Commercio*, 24-6-1989; Sandra Cavalcanti, "Democracia, crise e parlamentarismo", *Jornal do Brasil*, 25-6-1989.

(100) Os primeiros mandados de injunção foram considerados descabidos pelo Supremo Tribunal Federal, como nos casos do impetrado por Procuradorias da República para compelir o Presidente da República a prover o cargo de Procurador-Geral da República (Processo 0000014, *Diário da Justiça* de 18-11-88, p. 30022, e do que visava assegurar anistia de dívida de microempresa (Processo nº 0000074 — *Diário da Justiça* de 14-4-89, p. 05456) e no qual se invocava a inexistência de norma regulamentadora, embora o dispositivo constitucional dela não necessitasse para ser aplicado. Até 4-6-89, dos 115 mandados de injunção impetrados junto ao Supremo Tribunal Federal, 39 haviam sido denegados e os demais encontravam-se em tramitação. No campo das ações de inconstitucionalidade por omissão, o quadro não é diverso, observando-se, frequentemente, a utilização equivocada do remédio processual (proc. 0000019, *Diário da Justiça* de 14-4-89, p. 05456).

(101) V. Villas Bôas Corrêa, *A Folha de S. Paulo*, 4-6-89, A11.

(102) V. o mesmo analista político, no *Jornal do Brasil*, 5-4-89.

resolução dos graves problemas econômicos e sociais no País. No decorrer de um processo lento, transparente e democrático de elaboração, no qual se alternaram movimentos que partiam da periferia para o centro da Assembléia Constituinte, e deste para a periferia, o documento absorveu propostas consensuais, no plano geral de realização de um Estado Social e Democrático de Direito, mas resultantes de acordos e compromissos, no nível das fórmulas institucionais para atingi-lo e, sobretudo, no das diretrizes da política social e econômica.

A técnica de resolução das divergências através da remissão constante à legislação complementar e ordinária não vem produzindo os resultados esperados ante a lentidão do processo legislativo, mormente em período eleitoral. Por outro lado, o Judiciário, que se viu enriquecido de poderes para suprir a omissão legislativa (no caso do mandado de injunção, aplicado ao caso concreto) ou para compelir a produção normativa (nas ações de inconstitucionalidade por omissão), tradicionalmente desaparelhado, em recursos materiais e humanos, demonstra visíveis dificuldades de assumir o seu novo e decisivo papel.

Relembre-se, por igual, que a concepção instrumental da Constituição, num plano não apenas geral, mas freqüentemente específico, fez com que ela se tornasse repositória de soluções administrativas conjunturais, muitas das quais inviáveis.

Da mesma forma, as contradições — que a inexistência de uma sistematização rigorosa do Texto gerou — e o excesso de normatização em determinadas matérias são aspectos que não podem ser ignorados.

Em contrapartida, deve ser ressaltado o enorme desafio que representa a implementação de um Texto — dos mais avançados do constitucionalismo contemporâneo, graças a um processo engenhoso e criativo de importações legais — em país com tão graves problemas de toda a ordem.

É precisamente nos países em desenvolvimento que a Constituição é encarada como uma verdadeira alavanca para o progresso, embora este seja irrealisticamente concebido nas muitas disposições utópicas. Deve-se, contudo, compreender que tal idealismo funciona não como um elemento de frustração futura, mas como verdadeira força propulsora para se atingir o razoavelmente possível.

As modificações que a nova Constituição, formal ou informalmente (103), fatalmente receberá decorrerão, pois, da busca incessante de viabilizá-la, a fim de preservar-se a preciosa conquista que ela representa, malgrado as suas já apontadas deficiências.

(103) V. Anna Candida da Cunha Ferraz, *Processos Informais de Mudança da Constituição*, São Paulo, Ed. Max Limonad, 1986.