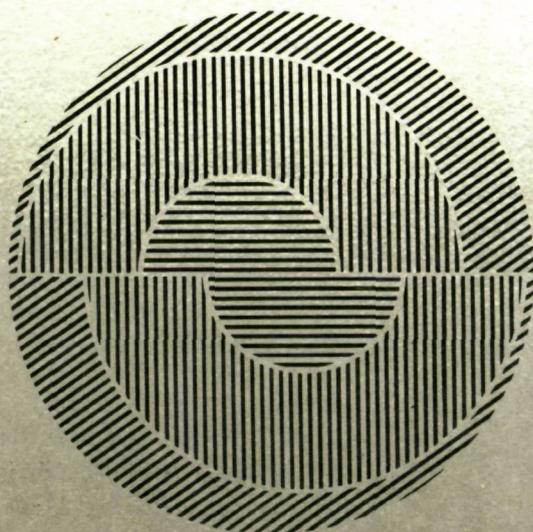


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JANEIRO A MARÇO 1991

ANO 28 • NÚMERO 109

Inovações constitucionais

SILVEIRA NETO

Professor da Faculdade de Direito da UFMG.
Jornalista político. Doutor em Direito.

S U M Á R I O

1. Algumas inovações. 2. A nova democracia. 3. Federalismo mais descentralizado. 4. Declaração de inconstitucionalidade. 5. Os nossos direitos. 6. Nacionalidade. 7. Processo legislativo. 8. Defesa do Estado 9. Considerações finais.

1. *Algumas inovações*

A nova Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, é a sétima Carta constitucional do País, não se contando emendas ou leis constitucionais.

Pela ordem cronológica, as nossas Constituições:

- 1) Constituição de 25 de março de 1824.
- 2) Constituição de 24 de fevereiro de 1891.
- 3) Constituição de 16 de julho de 1934.
- 4) Constituição de 10 de novembro de 1937.
- 5) Constituição de 18 de setembro de 1946.
- 6) Constituição de 24 de janeiro de 1967.

Nossas Constituições refletem, evidente, o seu momento histórico, as ideologias que as informaram, as preocupações políticas dos líderes e das elites.

Estamos muito longe da Constituição Imperial de 1824, que refletiu o liberalismo da Revolução Francesa e o sistema parlamentar das instituições inglesas.

A Constituição Republicana de 1891 trouxe o federalismo e o presidencialismo norte-americano.

A Constituição de 1934 refletiu a social-democracia, a representação classista, a evolução econômica do mundo ocidental.

A Constituição de 1937 refletiu as doutrinas autoritárias da época.

A Constituição de 1946 procurou restabelecer o federalismo, os direitos individuais, os direitos sociais e a reformulação da democracia social.

A Constituição de 1967 serviu de instrumento à Revolução de 1964, tendo reforçado os poderes do Executivo.

A nova Constituição tem alguns aspectos que merecem análise:

- a) defesa da liberdade do cidadão em face da prepotência do Estado;
- b) retorno ao federalismo, sobretudo com nova distribuição tributária, favorecendo os Estados-Membros e os Municípios;
- c) maior participação na vida política, com os institutos da democracia semidireta;
- d) alterações na ordem econômica e social, sobretudo com melhores condições para os assalariados;
- e) conquistas na área da Previdência e Assistência Social;
- f) preocupação com o Estado Social de Direito, com repúdio às formas autoritárias de governo;
- g) maior controle do Poder Executivo pelo Legislativo, o qual recuperou algumas prerrogativas que havia perdido nos últimos anos;
- h) preocupação com pormenores, próprios de legislação ordinária, transpondo para o texto constitucional até dispositivos de ordem regimental, como, por exemplo, na seção do Processo Legislativo.

Em suma, a nova Constituição trouxe muitas inovações, alguns avanços políticos, reformulação do federalismo através da redistribuição de impostos, algumas alterações na ordem econômica, progressos na área social e trabalhista, e, no seu todo, manteve dispositivos tradicionais e conservadores.

Com objetivo apenas didático, para alunos das Faculdades de Direito e leigos interessados no assunto, vamos, neste pequeno trabalho, comentar algumas inovações constitucionais dignas de registro, sobretudo as que caem no âmbito da Teoria do Estado. Não se trata de um comentário acadêmico e técnico da nova Constituição, mas simplesmente de considerações ligeiras sobre o que a Constituição inovou nos direitos, na estrutura do Estado, no sistema dos poderes e em alguns setores do direito político.

2. A nova democracia

Entre as principais inovações da Constituição de 88, no plano político, está a adoção de alguns institutos da democracia semidireta: referendo, plebiscito, iniciativa popular.

Para se entender a importância dessa novidade, temos de caracterizar o que é democracia semidireta.

Não é novidade em muitos países europeus, sobretudo a Suíça, França, Espanha, Itália.

Nossa democracia sempre foi essencialmente representativa. Nesse ponto, o direito político brasileiro sempre esteve mais perto do liberalismo do século XVIII, da Revolução Francesa. Até esta, o mandato era imperativo e calcado no direito civil: isso significava que o eleito recebia determinadas instruções para votar segundo o interesse dos eleitores e estabelecidas nos "cahiers" (cadernos). Havia um vínculo entre eleito e eleitor. A Revolução Francesa, com a doutrina da Soberania Nacional, não aceitou o mandato imperativo e o substituiu pelo mandato representativo. Os deputados passaram a representar não apenas certas circunscrições eleitorais, certas regiões, mas o todo, a Nação, a soberania nacional. Isso mudou substancialmente a natureza do mandato, que perdeu aquele sentido *jurídico* anterior para ser um mandato *político*.

Não representando certo número de eleitores, mas o todo nacional, diluiu-se, de certo modo, a responsabilidade dos representantes. Com o tempo, viu-se que a pura e simples representação política tornou-se ilusória e insuficiente, porque os eleitores não tinham como cobrar dos eleitos as promessas de campanha eleitoral ou reivindicar o seu trabalho em prol da coletividade. Os deputados formavam grupos dentro dos partidos ou dos parlamentos e agiam mais em função dos próprios interesses que dos eleitores.

Então veio à baila a democracia semidireta, combinando a representação política com a intervenção direta do povo, em certas circunstâncias, através de certos instrumentos como o referendo, a iniciativa popular, o veto popular, o "recall".

O *referendum* é uma consulta que se faz ao povo sobre matéria política, antes ou depois de uma lei ser aprovada pelo Parlamento. Assim, o Parlamento italiano fez uma lei sobre o divórcio e a apresentou ao povo, depois, para ser referendada ou ratificada. O eleitorado ratificou a decisão do Parlamento e a lei do divórcio foi implantada no direito italiano.

Há certa confusão entre referendo e plebiscito, pois tudo é consulta popular. Entendemos, de acordo com o direito francês, que quando se trata de ratificar ou não matéria política — uma emenda constitucional, por exemplo —, tem-se propriamente o *referendum*; quando se trata de confirmar alguém ou não no poder, tem-se o plebiscito. Foram famosas as consul-

tas plebiscitárias de Napoleão III, na França, no século passado. Essa distinção é feita pelo publicista GEORGES VEDEL, que, apesar disso, afirma serem os nomes utilizados com o mesmo sentido em vários países, sobretudo na Suíça (1).

Segundo o jurista PAULO BONAVIDES, "Com o *referendum*, o povo adquire o poder de sancionar as leis". Também procura distinguir o referendo, citando autores europeus, entre os quais DUVERGER, que assim resume: "No *referendum*, "vota-se por um texto"; no plebiscito, "por um nome" (2).

Não parece ser esta a distinção adotada pelos constituintes no texto da nova Constituição, mas aquela que considera o *referendum* como uma consulta relativa à validade das leis, enquanto o plebiscito seria uma consulta excepcional, um "ato extraordinário" modificador ou conservador de formas políticas, mudanças territoriais ou forma de governo, segundo BISCARETTI DI RUFFIA.

O eminente constitucionalista Prof. RAUL MACHADO HORTA esclarece o assunto:

"Plebiscito e *referendum* são técnicas dotadas de autonomia. O plebiscito envolve manifestação popular sobre determinados fatos ou eventos, assim a decisão política do Chefe de Estado ou de Governo, a anexação ou desmembramento de território, a consagração do regime político. O *referendum* visa à captação do pronunciamento popular sobre atos normativos, especialmente o ato legislativo e o ato constituinte" (3).

Nota-se ser esse o sentido de plebiscito na nova Constituição, pois se fala na exigência dele para a criação ou transformação de Estados ou Territórios, assim como a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios. Nesses casos, conforme o texto constitucional, as populações interessadas deverão ser consultadas.

A *iniciativa popular* é uma forma de participação política mais arrojada e expressiva do povo no processo legislativo. Novidade em nosso Direito, também é instituto antigo em vários países europeus. Consiste em que certo número de eleitores podem fazer um projeto de lei. Teoricamente, podemos distinguir dois tipos de iniciativa popular: a formulada ou articulada e não formulada ou não articulada. Com o primeiro tipo, os eleitores já apresentam ao Legislativo um projeto de lei tecnicamente elaborado; com o segundo tipo, os eleitores apresentam a matéria sobre a qual pretendem uma lei e os parlamentares elaboram o projeto. Como se vê, é uma questão secundária e que traduz apenas o modo como se realiza a iniciativa popular.

(1) *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, 1959/60, p. 666.

(2) *Ciência Política*, Forense, 1986, 6ª edição, pp. 347 e seg.

(3) "O Povo no Processo Legislativo", artigo no "Estado de Minas", Belo Horizonte, 28-6-1988.

Na fase da elaboração da nova Constituição, já funcionou o novo instituto, com a designação de *emendas populares*; dezenas delas foram enviadas à Constituinte, com milhares de assinaturas.

No texto constitucional, vê-se, em vários dispositivos, a participação do povo, através da iniciativa popular. Certamente, uma das mais expressivas é a possibilidade de cinco por cento dos eleitores de um município poderem apresentar um projeto de lei à Câmara de Vereadores.

No processo legislativo estadual também deverá haver a iniciativa popular, conforme disposição de lei especial.

Esses institutos da democracia semidireta permitem, naturalmente, maior participação do povo no processo legislativo, na feitura das leis; também constituem uma forma de controle dos eleitores sobre os eleitos, que ficarão mais atentos ao adequado exercício do mandato. Regulados por leis ordinárias ou pelos órgãos da Justiça Eleitoral, só mesmo a prática poderá dizer, no futuro, se corresponderão ao propósito do Constituinte, no sentido de tornar a nossa democracia mais participante e perfeita.

3. *Federalismo mais descentralizado*

Há muitos anos se fala contra o nosso aparente federalismo, pois em vez de autonomia dos Estados-Membros e Municípios, o que se tem visto é o fortalecimento progressivo da União, mormente com a emenda constitucional de 1926 e a Revolução de 1930.

O Constituinte de 1988, consoante as últimas campanhas políticas, tratou de mitigar esse centralismo do poder na União. É o que se nota na parte relativa à Organização do Estado, pois define como autônomos a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Autonomia significa a capacidade de ter as próprias leis, ter governo próprio, ter a própria administração. Quanto aos Estados-Membros e Municípios, isso já constava das Cartas anteriores; a grande inovação é a autonomia do Distrito Federal, que terá a seu órgão legislativo, com a denominação de Câmara Legislativa e seus deputados distritais. Desse modo, o Distrito Federal (sede da Capital da República) terá uma organização semelhante aos demais Estados, com uma diferença: não será subdividido em Municípios.

Como os Municípios, o Distrito Federal terá a sua Lei Orgânica, que, no fundo, será quase uma Constituição.

Como se depreende do texto constitucional, estão definidos os três tipos de competência que caracterizam as atribuições do Estado Federal: exclusiva, concorrente e supletiva.

A Constituição enumera os poderes da União, conforme as cartas anteriores; são exclusivos dela, só a União pode exercê-los.

Já no que concerne aos poderes dos Estados, a Constituição inovou. Enumera a competência concorrente da União e dos Estados, porém a União só pode estabelecer as normas gerais.

Parece-nos que uma inovação importante é a competência supletiva dos Estados, na ausência de lei federal sobre matéria de competência concorrente.

A autonomia do Município contém inovação importante: poderá fazer a sua Lei Orgânica, desde que observe a legislação federal e estadual pertinente. Também a iniciativa popular dos eleitores, como já se falou neste trabalho.

Uma inovação constitucional é a institucionalização das regiões. Na prática, essa regionalização já existe no País, com os organismos próprios, com seus conselhos e suas verbas específicas. Agora, essa regionalização tornou-se matéria constitucional, com ordenamentos próprios.

Não haveria maior diferença no federalismo brasileiro se não fossem as grandes inovações inscritas no Sistema Tributário Nacional. Neste Capítulo é que reside o aspecto fundamental das mudanças federativas, da descentralização do poder, com repercussões na própria atividade política.

Nota-se que o sistema tributário tirou muitos recursos da União, em favor dos Estados e Municípios. Estes é quem vão ficar com grande fatia do bolo tributário. É claro que muita coisa vai depender de legislação complementar, mas se pode prever que os centros políticos de interesse vão deslocar-se da União para os Estados e Municípios, valorizando sobretudo a atividade das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores. Os dirigentes locais não precisarão mais correr atrás de órgãos federais ou freqüentar as antecâmaras da Presidência, solicitando verbas, pois estarão à sua disposição no próprio texto da Constituição.

Mas, se houve aumento de dinheiro para Estados e Municípios, haverá também mais encargos. Só a experiência, no futuro, poderá dizer das vantagens e prejuízos do remanejamento de verbas e encargos nesse novo federalismo tributário nacional.

Não nos parece ser sensível o esvaziamento da União. Despojada de muitos encargos, que passarão para a órbita de Estados e Municípios, a União ainda deterá boa parcela tributária. E, ainda mais, a nova Constituição continua mantendo os princípios da intervenção federal nos casos tradicionais.

Parece-nos que o grande beneficiário de toda essa reforma foi, efetivamente, o Município. Isso nos lembra a Constituição Mineira de 1891, que levou a autonomia política e administrativa até os distritos, criando os Conselhos Distritais. Uma experiência que não deu certo, em vista do "coronelismo" da época. Agora, a coisa poderá ser diferente, pois o próprio contribuinte poderá questionar a legitimidade das contas municipais e até mesmo acionar os poderes públicos locais através de ação popular. Isso,

para não se falar do controle da Câmara Municipal pelos Tribunais de Contas dos Estados.

De qualquer forma, o que se pode dizer, sem a experiência do futuro e sem a legislação complementar, é que a redistribuição tributária foi uma das mudanças mais importantes do nosso sistema constitucional.

4. *Declaração de inconstitucionalidade*

Pode não ser um assunto de leigos, mas de importância fundamental sob o aspecto jurídico e político, a declaração de inconstitucionalidade das leis. A nova Constituição inovou também nesse aspecto.

Como se sabe, o legislador constituinte, ao votar a Constituição, não está preso a normas anteriores, pois se investe de um poder supremo e originário. Promulgada a Constituição, continuam funcionando os poderes constituídos: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Os poderes constituídos agem nos termos da Constituição, não podem exorbitá-los. Mas os legisladores ordinários continuam criando novas normas jurídicas e algumas dessas podem ir contra os preceitos constitucionais.

Em face de uma lei inconstitucional, o que se pode fazer?

É lógico que uma lei inconstitucional, enquanto não for tida como tal, pelo órgão competente, o Supremo Tribunal Federal, terá validade.

Mas uma lei inconstitucional não pode ferir o direito dos cidadãos ou de algum cidadão?

Se isso acontecer, o cidadão poderá questionar o problema na justiça, pois, de acordo com a própria Constituição, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Suponhamos que o cidadão X, funcionário público, foi prejudicado por uma lei que ele julga inconstitucional. Então, constitui um advogado e vai ao Poder Judiciário. Se o Supremo Tribunal Federal realmente declarar a inconstitucionalidade da lei que prejudicou esse cidadão, ela não se aplicará a seu caso. Não aproveita a todos, mas apenas a esse cidadão que entrou na justiça. Por isso, chama-se processo por *via de exceção*. Declarada a inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal oficia ao Senado Federal, que, através de uma resolução, suspende a execução da lei. Aí ela perde a eficácia⁽⁴⁾.

Esse processo por via de exceção, tradicional em nosso direito, pode não ser o mais rápido e eficiente. É preciso que alguém, em tese, sem ater-se ao *caso concreto* do cidadão prejudicado, seja parte legítima para pleitear a declaração de inconstitucionalidade. Este é o processo por *via de ação*, por não haver um caso concreto em pauta. Assim, se uma lei tida

(4) Vide *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, de Lúcio Bittencourt, Forense, 1949.

como inconstitucional for promulgada, pessoas, entidades ou órgãos podem arguir a sua inconstitucionalidade.

A Constituição de 1967 atribuiu essa faculdade ao Procurador-Geral da República. A Constituição de 1988 inovou também nesse ponto e alargou a possibilidade de proposição de declaração de inconstitucionalidade.

Como se sabe, o controle de inconstitucionalidade pode ser feito, em caráter preventivo, na proposição e na tramitação de projeto de lei. Tão logo um projeto entra na Casa legislativa, vai para a Comissão de Constituição e Justiça, cuja função principal é apreciar o aspecto constitucional e legal da proposição. Aprovado o projeto, vai este ao Poder Executivo, que, além de apreciar a conveniência, a oportunidade, a justiça, enfim, o conteúdo, a materialidade do projeto, deve verificar o seu aspecto de constitucionalidade. Se considerar o projeto inconstitucional, veta-o.

Apesar de toda essa filtragem, o vírus da inconstitucionalidade pode acompanhar um projeto até a sua transformação em lei e a sua publicação. Aí é que entram, então, os processos de declaração de inconstitucionalidade, por via de exceção e por via de ação.

É positiva na nova Constituição a ampliação do poder de propor a inconstitucionalidade, que ficava adstrito ao arbítrio e entendimento do Procurador-Geral da República, cuja atuação ficou resguardada na Carta.

Agora, podem propor a ação de inconstitucionalidade:

- I) o Presidente da República;
- II) a Mesa do Senado Federal;
- III) a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV) a Mesa da Assembléia Legislativa;
- V) o Governador de Estado;
- VI) o Procurador-Geral da República;
- VII) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII) partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Por disposição expressa do texto constitucional, o Procurador-Geral da República continuará sendo elemento importante nos processos de declaração de inconstitucionalidade, devendo ser previamente ouvido em todos eles.

Pode-se prever numerosas postulações de inconstitucionalidade, em vista de tantos órgãos ou entidades com legitimidade para desencadear o

processo. Entretanto, é preciso notar que o Supremo Tribunal Federal ficou agora com funções eminentemente políticas e como guardião principal da Constituição, à maneira da Suprema Corte norte-americana.

Parece-nos que o Constituinte de 88 adotou uma postura mais consentânea com a nossa tradição jurídica, mantendo o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, em vez de criar órgãos ligados ao Poder Legislativo. O controle jurisdicional é não só mais eficiente e efetivo, como também mais imparcial, desde que o recrutamento dos membros do Judiciário se faça por critérios isentos de parcialidade político-partidária e por interesses do Executivo.

5. *Os nossos direitos*

Historicamente, as Declarações de Direitos precederam as Constituições e prepararam o caminho para a sua implantação. Na Inglaterra, houve o *Bill of Rights*, em 1688, que continha muita coisa importante em matéria de direitos humanos.

Cem anos depois, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, reflete as doutrinas liberais e desencadeia a Revolução. Em 1791, a Assembléia Nacional Francesa promulga a primeira Constituição. Antes disso, em 1787, os Estados Unidos já tinham a sua Constituição.

Daí a importância das Declarações de Direitos.

As nossas Cartas, desde a de 1824, sempre repetiram os direitos humanos.

Apesar de seu caráter autoritário, também a de 1967.

A nova Constituição mudou de técnica, seguindo modelos estrangeiros. Começa a Constituição pela Declaração de Direitos, como para significar que, sem esta, a Carta não teria nenhum sentido. Por isso, em primeiro lugar, os direitos individuais e coletivos e sociais.

Direito supõe garantia.

Não basta ter um direito abstrato sem instrumento próprio para a sua realização.

Assim, ao direito de ir e vir, isto é, a liberdade física, deve corresponder um instrumento para garanti-lo. Se um cidadão for preso injustamente, tem esse instrumento próprio, que é o *habeas corpus*. Criado pelos ingleses, no século XVII, o *habeas corpus* foi introduzido nas Constituições ocidentais. A nossa Constituição de 88 ampliou a ação do *habeas corpus*, de modo a melhor garantir a liberdade do cidadão.

Se o cidadão for impedido de exercer um direito líquido e certo, na forma da lei, tem um instrumento próprio, que é o mandado de segurança. Embora existente nas Constituições anteriores, agora traz importante inovação: o mandado de segurança coletivo. Pode ser este impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional ou por organização "sindical ou entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

Sabemos que todo cidadão tem direito a invocar o Poder Judiciário em defesa de seus interesses, mas é comum faltar-lhe recursos financeiros para custear advogados e custas judiciais. É dever do Estado prestar-lhe essa assistência, daí a criação da Defensoria Pública. A nova Constituição diz:

"O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."

Temos vivido, nas últimas décadas, em regimes autoritários, em que, mesmo sem ter sido condenado judicialmente por nenhum crime, o cidadão, por motivos políticos ou por vingança de desafetos, tem o seu nome lançado em informações sigilosas sobre a sua pessoa, as quais podem impedi-la de conseguir um documento qualquer, assim como um passaporte ou folha corrida. Esse tipo de coação por parte do Estado agora encontra na nova Constituição um instrumento: o *habeas data*. Poderá ser impetrado para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, nesses registros governamentais.

A maior novidade constitucional de 88 reside num instrumento de grande alcance: o mandado de injunção. Todos sabemos que as nossas antigas Constituições continham muitos dispositivos meramente teóricos, por falta de leis complementares ou ordinárias que as regulamentassem. A Constituição de 1946, com a sua perfeição técnica e seu conteúdo progressista, deixou de ser cumprida, em boa parte, pela ausência de legislação ordinária, que o Congresso nunca votou. Para sanar essa falha é que a atual Constituição criou o mandado de injunção. Convém transcrever o texto:

"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".

O longo capítulo dos direitos na atual Constituição traz outras inovações em relação às Cartas anteriores. É claro que esses dispositivos poderiam figurar no Código Penal, na Lei das Contravenções Penais, nos outros Códigos, mas o constituinte preferiu colocá-los na Constituição, certamente como meio de melhor assegurar a sua execução.

Agora, pelo fato de simplesmente ser indiciado numa infração penal, o cidadão não poderá ser identificado criminalmente, o que trazia uma

série de problemas para ele nos seus relacionamentos sociais. A indiscriminada identificação criminal, que se tornou um abuso, inibia o identificado de viver em paz, realizar seus negócios, pois, mesmo provando nada ter com a infração, mesmo depois de sua absolvição pela Justiça, essa mancha ainda vinha prejudicá-lo. A nova Constituição veio corrigir esse grave procedimento dos inquéritos policiais.

Tem sido um verdadeiro abuso, que, certamente, terá paradeiro com a nova Constituição, a violação da intimidade das pessoas, cuja vida privada tem sido exposta ao público, sobretudo por parte de certa imprensa sensacionalista e mórbida. Assim como é inviolável a casa do cidadão, também o é a sua vida particular, a sua imagem, a sua intimidade.

Essa violação da intimidade de uma pessoa pode acarretar-lhe danos irreparáveis, para si e seus familiares. A nova Constituição não só coíbe esse procedimento, como assegura o ressarcimento dos danos provocados pela violação. Numa época de tanta comunicação de massa, a defesa da privacidade das pessoas é, realmente, uma medida fundamental da nova Constituição.

De igual modo, a Constituição, certamente para corrigir as distorções dos governos militares, proíbe a violação das comunicações telefônicas e da correspondência, acabando com o conhecido meio de "grampear" telefones de certas pessoas, por motivos políticos ou para prejudicar-lhes a vida particular.

Embora não sendo inovação da nova Constituição, a ação popular teve ampliado o seu campo de atuação. É uma ação judicial pela qual o cidadão pode impedir ou anular um ato lesivo ao patrimônio público; assim, se um imóvel for vendido por cem mil cruzeiros, por motivos escusos, quando o seu valor real for de um milhão de cruzeiros, pode caber, no caso, uma ação popular. Mas esta pode aplicar-se, também, a atos de corrupção ou imoralidade administrativa, atos que prejudicam o meio ambiente ou o patrimônio histórico-cultural. Como se vê, a ação popular é agora eficiente meio de fiscalizar os atos dos governantes, em defesa das coisas comuns.

Transitando dos direitos individuais para os direitos sociais, vemos que estes foram bastante ampliados na nova Constituição. Os direitos sociais foram introduzidos, pela primeira vez, em nossa Constituição de 1934, como decorrência das reivindicações da democracia social que sucedeu ao liberalismo. Depois de 1930, criaram-se os institutos de pensões e aposentadorias para as diversas categorias profissionais, os industriários, os comerciários, os bancários e outros. As leis trabalhistas foram reunidas, em 1943, na Consolidação das Leis do Trabalho. Com o tempo, novas conquistas lhe foram acrescentadas. Agora, como decorrência de reivindicações e pressões dos sindicatos e das organizações obreiras, o constituinte introduziu na legislação trabalhista mais alguns direitos e benefícios. Doravante, ninguém

receberá menos que o salário mínimo, ainda que tenha remuneração variável.

Dependendo de lei ordinária, os trabalhadores terão participação nos lucros das empresas e décimo terceiro salário com base na remuneração integral. Também, após muita polêmica, foi aprovada a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento e a duração semanal do trabalho passou para quarenta e quatro horas. A mulher conseguiu a licença-maternidade de cento e vinte dias e o homem terá licença-paternidade de alguns dias, conforme a lei fixar.

Um dispositivo inovador é a proibição de dispensa do empregado sindicalizado, em certas circunstâncias, para evitar a possível represália do empregador pela sua participação em movimentos ou reivindicações trabalhistas.

O direito de greve foi sensivelmente ampliado e a lei ordinária define as atividades essenciais merecedoras de atenção especial.

Um grande avanço da nova legislação foi deixar ao arbítrio da livre negociação os casos e conflitos resultantes dos interesses de empregadores e empregados. Também mereceu um espaço maior a convenção coletiva de trabalho, de modo a diminuir a influência do Poder Público nas atividades sindicais, tradicionalmente atreladas ao paternalismo do Estado. Deste modo, pode-se prever que os problemas trabalhistas possam resolver-se de modo mais pacífico e flexível, consoante os parâmetros da democracia social mais avançada e do moderno capitalismo.

Estas considerações sobre os direitos na nova Constituição provam que o constituinte, efetivamente, teve o propósito de melhorar as condições dos assalariados, embora mantendo o sistema capitalista e a livre iniciativa, sem prejuízo para as empresas. Como, entretanto, muita coisa ficou para a legislação posterior, como em todo o texto constitucional, só o futuro poderá realmente dizer se os direitos constitucionais se efetivarão na prática, na realidade do dia-a-dia do povo brasileiro.

6. *Nacionalidade*

Assim como uma pessoa não existe, perante a lei, se não estiver registrada no Cartório de Registro das Pessoas Naturais e tiver a sua certidão de nascimento, também é importante ter nacionalidade.

Não confundir naturalidade com nacionalidade.

Naturalidade é o lugar de nascimento: o município. Fulano é natural de Ouro Preto.

Nacionalidade diz respeito a determinado Estado. Fulano é argentino.

Toda pessoa precisa ter vínculo jurídico com algum Estado, a fim de exercer direitos e deveres, e isso só se faz através da nacionalidade.

As pessoas têm nacionalidade por naturalização voluntária ou de acordo com as leis de cada país, as quais geralmente adotam dois critérios diferentes, designados pelas expressões latinas *jus soli* e *jus sanguinis*.

Pelo *jus soli*, a nacionalidade é determinada pelo local de nascimento.

Pelo *jus sanguinis*, a nacionalidade depende da filiação ou da nacionalidade dos pais. Assim, pode acontecer uma pessoa ter dupla nacionalidade: um filho de suíço, nascido no Brasil, é brasileiro e suíço.

Mas há o problema dos naturalizados. A naturalização consiste em que uma pessoa adquira, voluntariamente, outra nacionalidade.

A nova Constituição não inovou substancialmente nessa parte.

Como se sabe, de acordo com o Código Civil, a lei não faz distinção entre nacionais e estrangeiros no uso e gozo dos direitos civis (casar, comprar, vender etc.). Mas os estrangeiros não gozam de direitos políticos (votar, eleger-se, exercer atividade partidária etc.) e os naturalizados gozam de direitos políticos com algumas restrições. Nesse ponto é que a Constituição de 88 foi mais liberal.

O Brasil continua adotando o princípio do *jus soli*, como norma geral, e o *jus sanguinis*, como norma secundária.

Agora, os naturalizados poderão exercer todos os cargos políticos, exceto os de:

- I — Presidente e Vice-Presidente da República;
- II — Presidente da Câmara dos Deputados;
- III — Presidente do Senado Federal;
- IV — Ministro do Supremo Tribunal Federal;
- V — membro da carreira diplomática;
- VI — oficial das Forças Armadas.

Como se vê, o nosso direito, tradicionalmente liberal nessa parte da nacionalidade, agora tornou a participação dos naturalizados muito maior.

A Constituição de 1967 era mais restritiva.

Outro ponto em que a nova Constituição também inovou foi suprimir a perda de nacionalidade do brasileiro que, pela Carta de 67, aceitasse emprego ou comissão de governo estrangeiro. Não mais existe essa restrição.

Não há pena de banimento e a perda de nacionalidade só se efetivará, quanto ao naturalizado, por sentença judicial, e, quanto ao brasileiro, se este se naturalizar voluntariamente em outro país.

Não queremos, no momento, emitir juízo de valor, sobre esse pretensão avanço da Constituição, dando maior espaço aos estrangeiros na participação dos negócios políticos. Na verdade, ficou muito pequena a diferença entre nacionais e naturalizados em nosso direito político. Só o futuro poderá dizer o que significa essa mudança em termos do interesse do Brasil.

Há um aspecto merecedor de atenção na nova Constituição, que, à primeira vista, parece mais liberal em relação ao estrangeiro, porém, na verdade, não o é. O Brasil não é mais um País de imigração, pois tem uma das maiores populações do mundo e expressivo crescimento vegetativo. A naturalização ficou mais difícil, como se pode depreender do art. 12, item II, alínea *b*: é preciso que os estrangeiros tenham residência de trinta anos ininterruptos e sem condenação penal. Na realidade, a participação do estrangeiro na vida política do País fica muito difícil, pois, após trinta anos, o imigrante, em idade geralmente madura e até avançada às vezes, não tem mais condições de participar.

O naturalizado tem mais direitos políticos, porém ficou mais difícil a naturalização.

7. *Processo legislativo*

Considerado matéria regimental, próprio dos Regimentos Internos das Casas legislativas, o processo legislativo foi inserido, pela primeira vez, nos textos constitucionais, na Constituição de 1967.

Na nova Constituição, esta matéria foi ampliada e apresentou também algumas inovações.

A respeito do processo legislativo, deve-se lembrar que se trata de direito formal ou adjetivo, pois não tem conteúdo material, isto é, não cria, modifica ou extingue direitos, mas regula a produção dos atos legislativos. NELSON SAMPAIO assim define o processo legislativo:

“Quando se trata de normas que regulam a produção — criação, modificação ou revogação — de normas gerais, temos o *processo legislativo*. É este que diz *quem* participa e *como* deve participar na formação dos *atos legislativos*.”⁽⁵⁾

Há outros tipos de processo no direito — processo civil, penal etc. que regulam a aplicação das normas substantivas. Entretanto, o processo legislativo, que regula a própria formulação do direito, deve, por isso mesmo, vir em primeiro lugar. Vê-se, pois, a importância que hoje se lhe atribui, passando de matéria regimental propriamente dita para ser matéria constitucional.

(5) *Processo Legislativo*, Saraiva, 1968, p. 2.

O processo legislativo, na nova Constituição, compreende a elaboração de:

- I — emendas à Constituição;
- II — leis complementares;
- III — leis ordinárias;
- IV — leis delegadas;
- V — decretos legislativos;
- VI — resoluções.

Como se vê, eliminou o decreto-lei da Carta de 67. Mas, em seu lugar, trouxe uma inovação: as *medidas provisórias*.

A emenda à Constituição começa por uma exigência específica na proposição, isto é, um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado, se não for da iniciativa do Presidente. Também pode propor emendas mais da metade das Assembléias Legislativas estaduais. A votação é em dois turnos e se exige um *quorum* especial de três quintos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Há muitas limitações ao poder de emenda constitucional. Certas matérias não podem ser objeto de emenda: a forma federativa do Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais. Também a emenda não poderá ser votada durante o estado de sítio, estado de defesa ou intervenção federal. A emenda é promulgada pelas Mesas da Câmara e do Senado e não sofre veto ou sanção do Presidente.

O Poder Constituinte pode deixar que certas matérias sejam reguladas pelo legislador ordinário, desde que o texto constitucional assim o determine. São as leis complementares, noutra época chamadas leis orgânicas. A Constituição de 88 não exige procedimento especial, senão quanto à proposição e à maioria absoluta. A nova Constituição deixou muita coisa para as leis complementares; exemplos: criação de Territórios Federais e sua transformação em Estado, permissão de trânsito de forças estrangeiras em território nacional.

O decreto legislativo é norma da exclusiva competência do Poder Legislativo, não sujeito a veto ou sanção do Executivo. A sua função é regular dispositivos constitucionais da competência privativa do Congresso.

Lei delegada é a que resulta da transferência ao Executivo do poder de legislar. É um deslocamento de competência, do Congresso para o Executivo. Mas a delegação legislativa só se faz com restrições e cautelas. Assim, a Constituição não permite delegação de atos de competência exclusiva do

Congresso ou concernente a lei complementar, assim como nos seguintes casos:

I — organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;

II — nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III — planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

As resoluções são decisões emanadas de cada órgão legislativo, em sua competência privativa. Não estão sujeitas à sanção ou veto.

Resta-nos falar sobre as chamadas “medidas provisórias”, essa inovação introduzida no processo legislativo.

Serão adotadas pelo Executivo, em caso de relevância e urgência, com força de lei; deverão ser submetidas, imediatamente, ao Congresso, o qual, se estiver em recesso, será convocado extraordinariamente dentro de cinco dias. Se não forem convertidas em lei, no prazo de trinta dias, após a publicação, as “medidas provisórias” perderão eficácia. Caberá ao Congresso disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes. Como se vê, essas medidas constituem, de certo modo, um sucedâneo do decreto-lei, eliminado da Constituição. Sem a lei que disponha sobre o que é “relevância” e “urgência”, a medida provisória pode tornar-se um instrumento de prepotência do Executivo. Além disso, poderá transformar o excepcional num processo cotidiano do processo legislativo.

8. *Defesa do Estado*

A nova Constituição, feita por constituintes que desejavam apagar os vestígios do regime instaurado em 1964, naturalmente não podia deixar de alterar os dispositivos concernentes à defesa do Estado.

A Constituição de 1967 baseou-se na ideologia da segurança nacional, que se preocupava mais com a segurança do grupo dominante que propriamente com o cidadão. Daí o acentuado poder conferido ao estado de sítio, ao estado de emergência e às medidas de emergência. O novo texto constitucional não extinguiu propriamente o que se costuma chamar de “salvaguarda do Estado”, mas alterou o seu poder, a sua atuação.

O problema de segurança nacional ou de defesa do Estado não foi uma criação da Revolução de 1964. Já na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ficou estabelecido, em seu art. II:

“O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

Pelo que se vê, mudou o conceito de segurança; aplicado ao cidadão, transferiu-se ao Estado.

Na época contemporânea, o problema de segurança certamente resultou da expansão do poderio bélico, depois da Primeira Guerra Mundial, de 1914 a 1918, em que se utilizaram novos e mortíferos engenhos, sobretudo a aviação. Também o conceito de segurança decorreu do conflito ideológico advindo da rivalidade entre o regime comunista e as democracias ocidentais. Em 1928, a Inglaterra criou uma academia com o objetivo de estudar o problema da segurança, seguindo-se depois a França, os Estados Unidos e outros países. No Brasil, a Constituição de 1934 dedicou todo um título à segurança nacional, que não definiu precisamente o que era, mas criou o Conselho Superior da Segurança Nacional e conceituou o papel das Forças Armadas como guardiãs da defesa da Pátria e da garantia dos poderes constitucionais.

A Constituição de 1967 tornou o conceito de segurança muito amplo:

“Toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.”

Não se podia, num Estado de Direito, aceitar essa abrangência do conceito de segurança nacional. Numa análise das emergências constitucionais, o jurista Oscar Dias Correia mostrava a necessidade de limitá-las quanto ao alcance, no tempo e no espaço, a fim de que o excepcional não se tornasse permanente e que o sacrifício imposto aos cidadãos fosse o mínimo possível.

Como toda Constituição representa um momento histórico, com as suas ideologias e interesses, também a de 88, nesse ponto de defesa do Estado, reagiu contra o excesso de poder da Carta de 1967. Eliminou o estado de emergência e as medidas de emergência, mas manteve o tradicional estado de sítio, inscrito nas constituições liberais do Ocidente. E criou o chamado estado de defesa, que pode ser aplicado em “locais restritos e determinados”, para manter a ordem pública ou a paz social, diante de calamidades de grande proporção na natureza ou ameaça de instabilidade institucional. É claro que o estado de defesa restringirá alguns direitos dos cidadãos.

O estado de sítio é medida de maior amplitude e será aplicado quando o estado de defesa não for suficiente para resolver o problema da perturbação da ordem. A inovação importante da nova Carta é que o Congresso Nacional deverá autorizar a aplicação do estado de sítio, por maioria absoluta.

Tanto no caso de estado de defesa como no de sítio, os executores não poderão exorbitar das medidas estipuladas na Constituição e responderão pelos excessos cometidos.

Nesse ponto, como no dos direitos individuais, o que se vê é a preocupação de infringir ao mínimo a liberdade do cidadão, consoante o princípio democrático que presidiu a elaboração da nova Constituição.

9. Considerações finais

A Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 parece, em nosso entender, ser uma Constituição *in fieri*, isto é, uma carta ainda inacabada e por fazer. E isso por causa do grande número de leis complementares e ordinárias para torná-la concreta. Por isso mesmo, só o tempo poderá dizer da eficácia de muitos de seus dispositivos.

Uma constituição excessivamente detalhada e casuística. O contrário da Constituição norte-americana de 1787, sintética, uma carta que apenas estruturou a organização do Estado Federal e dos poderes. Há correntes que atualmente adotam essa postura da constituição detalhada, pormenorizada, sob a alegação de que os seus dispositivos terão maior força de realização. Não compartilhamos essa opinião, pois preferimos a Constituição sintética. A Constituição de 1946, a mais bem elaborada de nossa história política, continha disposições que nunca foram objeto de regulamentação e ficaram na pura especulação programática. Não é pelo fato de estar numa Constituição que algo deverá ser cumprido ou não. Mais que a letra da lei fala a realidade cultural.

A própria elaboração da Constituição fugiu aos paradigmas tradicionais. Em vez de partir de um projeto, começou por ser um amontoado de dispositivos elaborados por Comissões, que desembocaram num estuário denominado Comissão de Sistematização. Daí as contradições entre os vários setores da Constituição: alguns são avançados, outros são conservadores. Não há unidade ideológica na Constituição. Cada parte da Constituição resultou de fatores decorrentes sobretudo dos grupos de pressão que influenciaram os constituintes no momento da votação. Essa pressão foi, tanto de ordem externa, como oriunda de setores do próprio governo: assim foi a votação dos problemas agrários, do sistema presidencialista e do mandato de cinco anos.

Explica-se essa conduta da Constituinte pela sua origem. Não foi uma Constituinte no sentido pleno do termo. Não houve uma ruptura da ordem jurídica, uma revolução, um golpe-de-Estado. Quem convocou a Constituinte foi o próprio Presidente, através de uma Emenda à Constituição de 1967.

Convenhamos: foi mais um Congresso com poderes constituintes que propriamente uma Constituinte, no sentido clássico. Pode parecer uma sutileza, mas, se analisarmos bem, a Constituinte não agiu com os plenos poderes com que deveria atuar.

Com as suas inovações, tanto no plano político como social, só o tempo poderá dizer de sua vida longa ou se será apenas mais uma experiência em nossa instável história constitucional.