

A ELABORAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E A INFLUÊNCIA RECEBIDA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976

Maria Auxiliadora Castro e Camargo¹

Sumário: 1. O Constitucionalismo luso-brasileiro. 2. A Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP) e sua influência sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1988 (ANC) 3. Dos princípios fundamentais: 3.1. O Estado Democrático de Direito. 3.2. Relações internacionais. 4. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. 4.1 Dos Direitos Sociais e da Ordem Social. 4.2. Do idioma português e equiparação entre brasileiros e portugueses. 5. Sobre a organização dos Estados e dos Poderes. 6. O Controle de Constitucionalidade por omissão. 6.1. O Controle de Constitucionalidade por Omissão: desde a influência portuguesa até o atual ativismo do STF. 6.2. Os legitimados na ação direta. 6.3. O Mandado de Injunção. 7. Sobre a Revisão da Constituição. 8. Sobre a organização econômica. 9. Conclusão. 10. Referências Bibliográficas. 11. Acervos Eletrônicos.



¹ Maria Auxiliadora Castro e Camargo é Procuradora Federal e Professora universitária, mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás e pela Universidade de Salamanca por onde também é doutora em Direito com menção de “*Doctor Europeus*”, tendo sua tese recebido o prêmio extraordinário daquela Universidade.

1. O CONSTITUCIONALISMO LUSO-BRASILEIRO

Como a maioria dos países, o Brasil não ficou indiferente aos mecanismos que tendem a universalizar os grandes processos políticos, econômicos e sociais que vêm provocando transformações no desenvolvimento do Direito Constitucional interno e que dão novos contornos às Constituições modernas². Mais que antes, tornaram-se visíveis as influências exercidas por outros ordenamentos constitucionais, as importações de modelos, conceitos e as inter-relações necessárias ao desenvolvimento do Estado.

Ainda que não seja possível ignorar as inovações advindas dessas “importações” de modelos –vistas em sentido amplo-, para entender a realidade constitucional brasileira faz-se necessário verificar a influência exercida por Portugal e sua particular importância na formação e desenvolvimento histórico do constitucionalismo brasileiro.

Comparando a História constitucional do Brasil com a de Portugal, é possível constatar a forte interação entre as normas constitucionais das quais se originaram as instituições políticas dentro do contexto político-social de cada um dos países comparados.

Para melhor compreensão das influências mútuas exercidas na formação do sistema jurídico do Brasil e de Portugal basta uma pequena incursão na História do Direito Constitucional e se verificará que o nascimento da Constituição –enquanto instrumento de estruturação do Estado e limitação do Poder- é praticamente simultâneo em Portugal e Brasil e é originado do mesmo fato histórico: a Revolução do Porto de 1.820, que infundiu os ideais constitucionalistas recém-nascidos no mundo, relacionados com as lutas pela democracia,

² Cf. LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco e PEGORARO, Lucio. (directores). *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000. Presentación.

liberdade e igualdade, espalhando-os pelo Reino Unido de Portugal e Brasil³. O constitucionalismo brasileiro e o português são, portanto, descendentes do mesmo ancestral.

Mais do que uma coincidência entre as normas, sob a ótica de sua elaboração, a Constituição portuguesa de 1826 significou uma espécie de clonagem da primeira Constituição brasileira datada de 1824⁴. Outorgadas pelo mesmo -e importante- personagem histórico: Dom Pedro I do Brasil e IV de Portugal, estabeleceriam um estreito vínculo entre Portugal e Brasil no que diz respeito à interpretação e aplicação de seus institutos. É exatamente o estreitamento desses vínculos o que nos permite afirmar que o direito constitucional em ambos os países foi praticamente o mesmo por aproximadamente sete décadas nas quais vigoraram quase que simultaneamente.

Sem embargo, embora possuindo a mesma origem genética, era compreensível que o Direito Constitucional crescesse e se desenvolvesse em terras lusitanas e brasileiras acentuando as diferenças naturais entre os dois países, diferenças essas que refletiriam, conseqüentemente, na sua formação. Assim sendo, era de se esperar que mesmo diante de uma contínua interação, o Direito Constitucional tomasse rumos diversos no Brasil e em Portugal sem, contudo, perder

³ É importante lembrar que, mesmo não sendo Portugal uma referência clássica no que tange aos movimentos constitucionais modernos, a relação colonial fazia com que a influência portuguesa, ainda que consubstanciada em outros modelos políticos, chegasse ao Brasil com um vigor bastante acentuado e com matizações próprias. AGASSIZ ALMEIDA FILHO (Glória política de um império tropical: a formação do constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 38, n. 149, janeiro-março 2001, p. 94):

⁴ Sobre o assunto confira na obra *O constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*. Afonso Arinos, introdução; (prefácio de Carlos Fernández Mathias de Souza. Ed. Fac-similar -Coleção História Constitucional brasileira-. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003) as anotações feitas no texto constitucional brasileiro pelo Conselheiro Francisco Gomes da Silva –o Chalaça-, bem como pelo Próprio Imperador Dom Pedro I, sobre as adaptações e alterações dos dispositivos da Constituição brasileira de 1824 que deveriam ser transmudados para a Constituição da Monarquia portuguesa.

completamente as características congênitas da ascendência comum.

São exatamente essas características comuns que, aliadas às diferenças apontadas, constituem, na atualidade, verdadeiro manancial para a ciência do direito comparado e que nos permite entender as influências recíprocas na construção do Direito Constitucional no âmbito de cada país.

Mas, além do Direito Constitucional como ciência, é de fácil constatação a influência exercida por um poder constituinte sobre o outro, principalmente quando a história política era convergida de forma semelhante. Verifica-se, então, que mesmo com a proclamação da República no Brasil em 1889 (fato que levou o Constituinte brasileiro de 1890-1891 a abeberar-se no modelo americano de constitucionalismo optando pela forma federalista de governo), ainda assim, a Constituição brasileira de 1891 serviu de inspiração na elaboração de alguns dispositivos da Constituição Política da República portuguesa de 21 de agosto de 1911 que optou pelo modelo unitarista.

Claro que o rompimento com o regime da monarquia deveria operar-se diferentemente nos dois países considerando que, se por um lado, a tradição monárquica era muito difundida no continente europeu, por outro lado, não estava tão arraigada em solo brasileiro. Por consequência, a implantação da República também deveria dar-se de modo diverso. Mesmo assim, a Constituição brasileira serviu de fonte na elaboração dos dispositivos da Carta portuguesa que, dentre outros, tratavam da presidência das duas Câmaras, competência privativa do Congresso da República, aprovação de projeto de lei e promulgação pelo Presidente da República, prazo para promulgação, além do direito de propriedade e expropriação por utilidade pública, inviolabilidade do domicílio, anterioridade da lei penal, hábeas corpus, crimes de

responsabilidade, etc.⁵

Mas, o exemplo clássico da influência da primeira constituição republicana brasileira na formação do Direito Constitucional português pós-monarquia é, sem sombra de dúvida, a introdução do controle difuso da constitucionalidade, pioneiro em toda Europa.

Sendo as constituições brasileiras e portuguesas frutos de condições políticas semelhantes que determinariam a forma de governo (monarquia, república, ditadura) exercida em épocas bem próximas, evidentemente, haveria muito que se influírem reciprocamente, principalmente, quando possuem um parentesco tão próximo. Assim, justificada também está a influência exercida pela Constituição portuguesa de 1933 sobre a Constituição brasileira de 1937 já que o momento histórico era de autoritarismo em ambos continentes.

Contudo, em que pese as mútuas influências exercidas, o que nos interessa aqui evidenciar são, especificamente, aquelas exercidas pela Constituição da República Portuguesa de 1976 sobre a Constituição brasileira de 1988 num delicado momento da história brasileira de *transição constitucional*⁶.

2. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA DE 1976 (CRP) E SUA INFLUÊNCIA SOBRE A ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1988 (ANC)

⁵ Comentários de Mamoco e Souza in: *Constituição da República Portuguesa*. Coimbra, 1913, p. 6. *Apud*: BONAVIDES, Paulo. *Constitucionalismo Luso-Brasileiro: influxos recíprocos. Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*. MIRANDA, Jorge. (Org) Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp 19-53.

⁶ A expressão é aqui empregada no sentido que lhe dá JORGE MIRANDA de ‘fenômeno’ que “*produz-se* porque a velha legitimidade se encontra em crise e *justifica-se* porque emerge nova legitimidade. E é a nova legitimidade ou idéia de Direito que obsta à arguição de qualquer vício no processo e que, doravante, vai não só impor-se como fundamento de legalidade mas ainda obter efectividade”. (*Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 531.

Não é possível compreender a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) ignorando o contexto histórico de sua formação e as influências que sobre ela foram exercidas.

Como exemplo de grande influência exercida sobre a CRFB/88 encontra-se a Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP/76) que -fruto da Revolução dos Cravos de 25 de abril de 1974- pôs fim a 48 anos de ditadura em Portugal abrindo os caminhos para a implementação de um governo democrático. Assim, parecia natural que a CRP de 1976 servisse de inspiração para o Constituinte brasileiro de 1987/1988, seja por razões culturais, pela facilidade trazida pelo idioma comum ou porque o momento político vivido então no Brasil também era o da transição entre a ditadura e a instauração de um governo democrático.

Ainda que a formação da Constituição de 1988 não tenha sido fruto de um movimento revolucionário (e talvez por isso mesmo) era grande a preocupação dos Constituintes brasileiros, naquele momento de transição, em afirmar a decisão de seu povo *de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático* a exemplo do que fizera o constituinte português, já no preâmbulo da Carta de 1976.

Evidentemente, a CRFB/88 sofreu influência de várias outras constituições estrangeiras, bem como das próprias constituições brasileiras que a precederam. Entretanto, a proximidade histórica e cultural com o povo português, por si só, já justificava a influência da Constituição de Portugal sobre a Constituição brasileira que se iria elaborar. Acrescendo a esses fatores naturais, por ocasião dos trabalhos constituintes, a Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal publicou e distribuiu aos Constituintes três volumes com textos integrais e um índice temático comparativo da Constituição então

vigente no Brasil com o texto constitucional de vinte e um outros países. No volume II estava a Constituição da República Portuguesa de 1976, a qual, sem sombra de dúvidas, foi uma das mais consultadas pelos Constituintes. Assim, quem se debruçar sobre os Anais da Assembléia Nacional Constituinte poderá constatar a grande influência que teve a CRP nos debates dos Constituintes que precediam às votações dos dispositivos da Constituição brasileira.

Mas, ao contrário do que ocorreu em Portugal em 1975, uma das características metodológicas que marcou a Constituinte de 1987⁷ foi o início do processo sem nenhum texto básico preliminar, já que o forte sentimento democrático que dominou o país na época da elaboração da Constituição não recomendava que os Constituintes se valessem, ao menos formalmente, dos estudos realizados pela Comissão de Estudos Constitucionais (instituída por força de Decreto do Presidente Sarney) publicados no DOU de 26 de setembro de 1986, que ficou conhecido como Anteprojeto Afonso Arinos⁸.

Sem nenhum ponto de partida, dividiram-se, então, os trabalhos dos Constituintes em 24 Subcomissões agrupadas em 8 Comissões temáticas⁹ que ficaram responsáveis pela

⁷ Cf. OLIVEIRA, Mauro Maurício. *Fontes e Informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987. Quais são, onde busca-las e como usa-las*. Brasília: Senado Federal. Secretaria de Documentação e Informação. Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993, p. 12.

⁸ Muitos outros estudos ou projetos doutrinários também foram divulgados naquela época merecendo destaque, dentre outros de igual valor, os de Fábio Konder Comparato: *Muda Brasil- Uma Constituição para o Desenvolvimento Democrático*, 1987; Paulo Bonavides: *Política e Constituição*, 1985; Miguel Reale: *Como deverá ser a nova Constituição*, 1985; Dalmo de Abreu Dallari: *Constituição e Constituinte*, 1984; Oscar Dias Corrêa: *A Crise da Constituição, a Constituinte e o Supremo Tribunal Federal*, 1986, etc

⁹ Sendo elas: I - Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher; II - Comissão da Organização do Estado; III - Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo; IV - Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantias das Instituições; V - Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e finanças; VI - Comissão da Ordem Econômica; VII - Comissão da Ordem Social, VIII - Comissão da Família, Da Educação, Cultura e Esportes, Da

elaboração dos Anteprojetos. Foram milhares de Sugestões e Emendas¹⁰ apresentadas nesta fase¹¹, verificando-se que, nos Anteprojetos, prevaleceriam os ideais socializantes que inspiraram o Constituinte português.

Na fase seguinte, os Anteprojetos foram encaminhados à Comissão de Sistematização para elaboração de um anteprojeto e/ou projetos de constituição. Também foi aberto prazo para recebimento de Emendas de Plenário e Emendas populares¹². Ao todo foram recebidas 20.791 Emendas.

ciência e da Tecnologia e da Comunicação. Além da Comissão de Sistematização.

¹⁰ Esclarecemos que o vocábulo EMENDA aqui é empregado no sentido que lhe deu o Regimento da Assembléia Nacional Constituinte no artigo 59: *proposição apresentada como acessória de outra, podendo ser supressiva, aditiva ou modificativa*. Em outras palavras, nada mais é do que a formalização das propostas dos Constituintes. O esclarecimento é necessário considerando que no item “5” nos referimos à *Emenda* como espécie do gênero *Reforma da Constituição*.

¹¹ 12.000 Sugestões numeradas; 7.728 Emendas aos anteprojetos das Subcomissões; 7.192 Emendas aos substitutivos dos Relatores das Comissões Temáticas. Fonte: BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). *O processo histórico da elaboração do texto constitucional: mapas demonstrativos*. Trabalho elaborado por Dílson Emilio Brusco e Ernani Valter Ribeiro. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993, 3. v.

¹² A CRP/76 sempre era invocada: Ao receber e dar ordenamento às 122 Emendas Populares, o Constituinte AFONSO ARINOS, presidente da Comissão de Sistematização da ANC, justificou a participação popular na Assembléia Constituinte afirmando que essa prática não era privativa dos Estados Liberais ilustrando, *guardadas as diferenças de fundo e de estrutura*, com o processo constituinte soviético de 1977, durante o qual foram colhidas mais de 400.000 propostas populares. No Brasil, dizia o Constituinte, *em poucos meses, nada menos do que cerca de 12 milhões de assinaturas foram colhidas por entidades de natureza diversa, num processo difícil de mobilização popular, superando-se distâncias físicas e culturais, com resultados inegavelmente positivos para a educação política de nosso povo* (Cf. Anais da ANC, vol. 230, p. 8.). Contudo, ressaltou, que precedentes da participação popular podem ser encontrados desde o efêmero processo constituinte de 1823, mas lembrou, ainda, *que foi precisamente o episódio da entrada de populares no recinto privado de nossa primeira constituinte que serviu de pretexto, ao Imperador, para declará-la tumultuada e dissolvê-la* (*idem*, p. 7). De qualquer forma, oportuno destacar que na apresentação das Emendas Populares, o constituinte cita expressamente a Constituição Portuguesa de 1976 (com a revisão de 1982) como exemplo de prática da democracia direta, além dos textos de Weimar, da Constituição italiana de 1947 e da espanhola de 1978. (*idem*, p. 7)

Necessário esclarecer que, além da evidente influência exercida pela CRP, cuja intenção do Constituinte foi revelada de maneira inequívoca logo no preâmbulo: *abrir caminho para uma sociedade socialista*; verifica-se dos Anais da ANC que, até aquela fase, todos os projetos aprovados haviam sido criados com o pensamento voltado para o sistema parlamentarista como, por exemplo, a criação do Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional (ambos inspirados no ordenamento constitucional português), moções de censura aos ministros e edição de medidas provisórias nos casos de relevância e urgência¹³.

À fase de elaboração do Projeto de Constituição, dentro da Comissão de Sistematização, seguiu-se uma fase muito conturbada do processo constituinte de tal modo que, em novembro de 1987, existiam: um Anteprojeto de Constituição (com 501 artigos), um Projeto (com 496 artigos), dois Substitutivos do Relator (um com 374 artigos, outro com 336) e milhares de Emendas¹⁴. Existia, ainda, uma divergência político-ideológica muito grande entre os constituintes e um descontentamento com o poder de deliberação da Comissão de Sistematização previsto no Regimento Interno da ANC que dificultava sobremaneira a alteração do texto uma vez aprovado pela referida Comissão.

Assim, o crescente sentimento de que o princípio majoritário estaria sendo desprezado na relação Comissão de Sistematização *versus* Plenário Geral faz nascer um grupo pluripartidário auto denominado *Centrão* que, contando com o apoio de 309 parlamentares, mobilizou esforços no sentido de

¹³ O Relator da ANC afirmou em Plenário que as medidas provisórias, inspiradas no ordenamento italiano, só caberiam no sistema parlamentarista (vide DANC de março de 1988, p. 8745). Entretanto, tais medidas permaneceram do sistema presidencialista atribuindo ao Presidente da República o poder de legislar em razão do elevado número dessas medidas editadas, na sua grande maioria, sem a menor relevância ou urgência.

¹⁴ Cf. *Fontes...op. cit.* p. 12/13.

alterar as regras regimentais a fim de modificar a distribuição do poder decisório. Como consequência, conseguiu frear as intenções socializantes que prevaleciam nas Comissões Temáticas dando, a partir de então, novos rumos à Constituinte.

Ressalte-se que poderia o PMDB, se quisesse, ter determinado todos os rumos da Constituição que se elaborava já que seus filiados representavam a maioria dos Constituintes. Entretanto, como bem ressaltou MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO:

esse partido não apresentava unidade ideológica, nem coesão de propósitos: era uma coalizão caracterizada essencialmente por sua oposição ao regime militar. Quanto a idéias e, portanto, quanto a institucionalização ser feita, ele se dividia em correntes que iam da direita à esquerda. Na verdade, esse não era apenas o seu caso, mas também de outros, como o PFL – o partido “moderado” que abrigava os “sobreviventes” do regime anterior¹⁵.

Como não apresentassem uma coerência ideológica, natural que surgissem dificuldades de consenso a ser protagonizado dentro dos próprios Partidos Políticos. E, considerando o fato de que no Brasil a figura da *fidelidade partidária* é assunto tratado pelos Estatutos Partidários¹⁶, explica-se a formação do *Centrão* através de articulações *supra-partidárias*, formando um grupo de centro-direita que, como foi dito, a partir de então iria determinar os novos rumos

¹⁵ Constitucionalismo português e Constitucionalismo brasileiro. *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*. MIRANDA, Jorge. (Org) Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 60.

¹⁶ Mesmo que não se trate de uma *fidelidade à ideologia partidária*, interessante registrar a Emenda do Constituinte ADYSON MOTTA do PDS, no sentido de instituir a fidelidade partidária nos termos preconizados pela Constituição Portuguesa no artigo 163 (numeração originária; o assunto atualmente é tratado no artigo 160, “c”) invocado pelo Constituinte para justificar a proposta (Vide Emenda 2P00681-7, Anais da ANC, vol. 254, p. 258).

da Constituinte, sendo sua primeira atuação a proposição, através de Emenda, da alteração do Regimento Interno da Constituinte que foi aprovado em 03 de dezembro de 1997.

A atuação do *Centrão*, em oposição à intenção dos constituintes brasileiros de adotar a opção portuguesa *de assegurar uma transição para o socialismo*, foi assim observada pelo então ministro OSCAR DIAS CORRÊA¹⁷:

A verdade é que a Constituinte de 1987 instalou-se sob evidentes impulsos socializantes (...). Assim, a opção portuguesa pelo Estado de Direito Democrático, influiu seguramente nos constituintes brasileiros de 87/88, de tendências socializantes ou comunizantes (e os havia, em bom número), que julgaram azado o momento para a conquista do “estado socialista” (...). Tanto que os primeiros anteprojetos surgidos representavam, em geral, aprofundamento da concretização do socialismo, entre nós, o que só se impediu quando o movimento chamado “Centrão” derrubou em reforma regimental, o procedimento anteriormente fixado que transformava o Plenário da Constituinte em mero referendador das decisões das Comissões Temáticas. Sem isso, perdurariam os textos esquerdizantes dos relatores, inviabilizada, praticamente, pela exigência de quorum qualificado, qualquer modificação às propostas que nas comissões se aprovasse.

E, também, por MANOEL ANTONIO FERREIRA FILHO¹⁸:

Nesse quadro, a liderança no processo constituinte pertenceu a um grupo de esquerda,

¹⁷ Cf. Breves observações sobre a influência da Constituição Portuguesa. *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976* MIRANDA, Jorge (Organizador) Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp 71-88.

¹⁸ *Op. cit.* p. 62.

embora este não compreendesse mais do que um quinto –talvez um sexto- dos constituintes, sobretudo em face de uma relatoria apática. O resultado disto é um anteprojeto radical, cujo teor é amenizado no projeto, mas assim mesmo pareceu, no limiar do segundo turno de votação demasiado à esquerda para agradar à maioria. Surgiu então um grupo pluripartidário – designado como o “centrão” - o qual conseguiu infletir em muitos pontos a orientação do texto.

Como consequência da modificação das regras regimentais –fato que permitiu a participação da maioria no processo decisório de elaboração do texto constitucional- o Plenário foi transformado em instância decisória maior, o que acentuou as diferenças ideológicas existentes entre os Constituintes evidenciando, dessa forma, o confronto existente.

Desse confronto resultou, em muitos casos, a utilização de uma técnica denominada “ *fusão*” das propostas de “esquerda” e de “direita”, numa tentativa de sintetizar as ideologias em dispositivos que, mesmo sem estarem dotados de aplicabilidade imediata, pudessem traduzir os objetivos do constituinte ao estabelecer “programas” a serem regulamentados pelo legislador ordinário.

Era a completa recepção do modelo português na forma de elaboração de normas constitucionais que, apesar de desprovidas de eficácia imediata pretendiam orientar o rumo de atuação do legislador a fim de atingir os objetivos postergados pelo Constituinte. Anote-se o que dizia o Constituinte SARNEY FILHO em discurso em Plenário¹⁹:

O que desejo abordar inicialmente é o conteúdo da Carta que elaboraremos para reger os destinos da República. E o mais importante conteúdo, são, ao meu ver, as normas

¹⁹ DANC de 11.04.1987, p. 1309.

programáticas, que sintetizam o ideário da Lei Fundamental. São as normas que fixam os objetivos políticos, que devem ter desdobramento no trabalho do legislador e na ação do Governo.

Discute-se muito o alcance das normas programáticas, principalmente porque há quem afirme que os cidadãos não têm o direito de se exigir que se faça uma lei que concretize o conteúdo delas. Seriam tais normas promessas facilmente esquecidas, perdidas no turbilhão da vida política ou pendentes de concretização num moroso processo legislativo.

Mas as normas programáticas têm um alto valor positivo, não só na medida em que servem para fixar o sentido do texto constitucional, principalmente no aspecto político-social, captado por ponderáveis correntes de opinião, que influirão os titulares dos poderes públicos. Há ainda um valor técnico preliminar nessas normas: embora demorem a ser elaboradas as leis que concretizam seu comando, elas impedem que se façam leis que a contraditem, pois seriam inconstitucionais. Neste sentido as normas programáticas atuam não só como indicadores de uma ação política, mas também como freios garantidores de que a legislação não adote diretrizes contrárias.

(...)

Considero, assim, Sr. Presidente, que as normas programáticas devem ser o campo aberto a um acordo dos grupos políticos, para que fixem os objetivos que dinamizem a Constituição e regulem o comportamento do Governo em torno das matérias nelas contidas.

Evidencia-se, assim, o caráter prospectivo da CRFB/88

que, sem nenhuma dúvida, foi inspirado na CRP/76. O método adotado pelo Constituinte ao pretender definir os fins e objetivos para o Estado e a sociedade, encontrou fundamentos no pensamento do professor português, J.J. GOMES CANOTILHO²⁰ cuja tese além de nortear os trabalhos do Constituinte brasileiro, foi, ainda, muito bem aceita pela doutrina jurídica brasileira²¹.

Além do plano teórico, concretamente, outras coincidências podem, também, ser constatadas nas Cartas de Portugal de 1976 e do Brasil de 1988, conforme passamos a demonstrar, não sem antes esclarecer que o presente trabalho não tem a pretensão de ser exaustivo. Comparar dispositivos de constituições analíticas, como Portugal e Brasil, analisando a interinfluência exercida no momento de sua elaboração, não é tarefa a ser enfrentada em trabalhos de pequena complexidade. Desta forma, sem adotar nenhuma das sistemáticas utilizadas nas constituições comparadas, pretendemos apenas evidenciar algumas nuances da influência exercida pela CRP/76, revelando algumas coincidências existentes.

3. DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS:

3.1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Ressalta-se que nenhuma das Cartas brasileiras anteriores à de 1988 definiu o regime político como Estado Democrático de Direito; eram completamente silentes a respeito do assunto. A inovação no texto de 1988, sem sombra de dúvida, encontrou

²⁰ Cf. primeira edição da obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

²¹ Observa-se que mesmo depois do prefácio que o professor CANOTILHO fez na segunda edição de sua obra revendo alguns conceitos, na doutrina brasileira existem vários juristas que ainda defendem a *Constituição Dirigente*. Vejam, por exemplo, o que diz o Ministro EROS ROBERTO GRAU (*A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10ª ed. rev. e atualizada. Malheiros: São Paulo, 2005, p. 362): *Nem o filho foi enfeitado pelo seu progenitor, nem faleceu, senão apenas amadureceu.*

inspiração na Carta portuguesa de 1976 que no seu artigo 2º diz:

A República Portuguesa é um *Estado de direito democrático*, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa²².

A inclusão do regime político no texto constitucional, justificava-se, também a exemplo de Portugal, pela queda de um governo ditatorial, como já foi dito. Daí a preocupação em afirmar a livre escolha do regime político como se vê da proposta do Deputado Constituinte ROBERTO FREIRE²³ -na época do Partido Comunista Brasileiro- PCB/PE, que assim justificava sua proposta: *Desta forma, entendemos que deverá estar escrito, na Constituição, que a República Federativa do Brasil se funda no Estado Democrático de Direito, objetivo maior pelo qual lutamos na resistência ao regime arbitrário sob o qual vivemos.*

Mas, verificando os Anais da ANC, é possível constatar que o assunto foi objeto de várias propostas de emendas ao anteprojeto de constituição. Entre os constituintes não faltaram, inclusive, aqueles que entendiam ser *dispensável a referência ao fato de que o Brasil é uma República Democrática representativa da vontade popular*²⁴. Outros propuseram

²² Texto constante da CRP após a VII Revisão Constitucional (20044) revisto, porém, sucessivamente pela RC 2004, RC/82, RC/89 e RC/97.

²³ Através da Emenda 1A0052 apresentada em 17/0587 ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais (Subcomissão “A”) da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (Comissão I) in Anais da Assembléia Nacional Constituinte de 1987, Fase “B”, vol. 71, p. 61.

²⁴ Vide justificação do Deputado Constituinte FRANCISCO ROLLEMBERG –

redação literalmente igual à que consta na Constituição de Portugal onde está expresso que: *A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático*²⁵. Nesse sentido a proposta de emenda elaborada pelo Constituinte JAMIL HADDAD do PSB/RJ, justificava a existência no texto constitucional brasileiro da expressão *Estado de Direito Democrático*, para reforçar a opção por determinada forma de Estado de Direito: *o direito democrático, em oposição ao regime autoritário*²⁶.

Após vários debates e diversas propostas de redação, onde não faltaram, inclusive, constituintes que defendessem a inclusão do vocábulo “social” como as sugestões de redação: *Estado Social e Democrático de Direito*²⁷ ou *Estado de Direito Democrático e Social*²⁸, prevaleceu, entretanto, no art. 1º da Constituição brasileira a redação de que a República Federativa do Brasil constitui-se em *Estado Democrático de Direito*.

A introdução do dispositivo com esta forma de redação resultou da iniciativa do Constituinte ANTONIO MARIZ do PMDB/PB que entendia fundamental -após um longo período de regime autoritário- que os constituintes enfatizassem que estavam implantando uma República Federativa constituída em Estado Democrático de Direito. Segundo o constituinte *a emenda visa, como é normal nas constituições modernas e também em nossa tradição, iniciar a Constituição por um dispositivo que expressamente declare a forma política do Estado*²⁹. Por “constituições modernas”, o próprio constituinte, ao sugerir fosse, ainda, esclarecido que *todo poder pertence ao*

PMDB/SE na proposta, de sua autoria, de Emenda nº 0038 de 29.05.87 in: Anais da Assembléia Nacional Constituinte de 1987, Fase “E”, volume 65, página 11.

²⁵ Cf. Preâmbulo e artigos 2º e 9º da CRP.

²⁶ Cf. Emenda 00146 apresentada em 30.06.1997 in Anais da ANC, Fase “M”, vol. 227, p. 19.

²⁷ Proposta do Constituinte VICTOR FACCIONI – PDS/RJ na Emenda 34.507 de 05.09.87

²⁸ Proposta do Constituinte NELTON FRIEDRICH – PMDB/PR através da Emenda 0012 de 19.05.1987, Fase “B”, COM I, SUB A.

²⁹ Vide Emenda 1P20013-0 de 13.08.1987 in Anais da ANC, vol. 229 p. 2131.

povo, exemplifica que a forma sugerida é adotada por várias constituições democráticas estrangeiras, especialmente as mais modernas, tais como: Espanha (art. 19), França (art. 3º), Guiné-Bissau (art. 2º), Itália (art. 1º), Portugal (art. 3º)³⁰.

De qualquer forma, devemos ter presente que o conceito de *Estado Democrático de Direito* apresentado pelo Constituinte ANTONIO MARIZ foi sugerido à liderança do PMDB pelo constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA, conforme esclareceu o constituinte PAULO MACARINI do PMDB/SC, no discurso proferido em plenário cujo inteiro teor está registrado do Diário da Assembléia Nacional Constituinte (DANC) de 25 de agosto de 1988³¹. Em seu pronunciamento, o Deputado Constituinte registra a participação do eminente jurista na Constituinte de 1987/1988 assessorando os trabalhos, orientando e ajudando a liderança do PMDB. Registrou, ainda, a importância do jurista na elaboração do conceito de *Estado Democrático de Direito*, transcrevendo o inteiro teor da palestra proferida no dia 06 de agosto de 1988 no 1º Encontro Nacional de Advogados realizado em Belo Horizonte onde o professor JOSE AFONSO expressamente reconheceu a influência da CRP na elaboração do conceito, assim expressando-se desde aquela oportunidade:

Chega-se agora ao *Estado Democrático de Direito* que a Constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave de regime adotado, tanto quanto o são o conceito de *Estado de Direito Democrático* da Constituição da República Portuguesa (art. 2º) e o de *Estado Social e Democrático de Direito* da Constituição Espanhola (art. 1º)³².

A Constituição portuguesa instaura o *Estado de Direito Democrático*, com o “democrático”

³⁰ Cf. Emenda 1P20004-1 de 13.08.1987 in Anais da ANC, vol. 229, p. 2130.

³¹ Cf. páginas 12991-12995.

³² Cf. DANC, p. 12991.

qualificando o Direito e não o Estado. Essa é uma diferença formal entre ambas as Constituições. A nossa emprega expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o “democrático” qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos *constitutivos* e, pois, também, sobre a *ordem jurídica*. O Direito, assim, imantado por esses valores, se enriquece do sentir popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo. Contudo, o texto da Constituição portuguesa dá ao Estado de Direito Democrático o conteúdo básico que a doutrina reconhece ao Estado Democrático de Direito, quando afirma que ele é “baseado na soberania popular, no respeito, na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que tem por objetivo assegurar a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”(art. 2º)³³.

Observa-se que o *conteúdo básico* a que se refere o eminente jurista também foi transposto para o texto brasileiro distribuídos nos cinco incisos que integram o artigo 1º da Constituição de 1988, capitulado dentro do Título I que trata dos *Princípios Fundamentais*, exatamente como consta do modelo português.

3.2. RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Ainda dentro do Título dos *Princípios Fundamentais* podemos destacar, também, que os princípios concernentes às *relações internacionais* previstos nos incisos do artigo 4º do texto brasileiro, guardam perfeita similitude com o que

³³ Idem p. 12993.

expressa o artigo 7.1 do texto português.

Comparemos o texto da Carta Portuguesa:

Artigo 7.

(Relações internacionais)

1. Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade.

Com o texto da Carta brasileira:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Aliás, todo Título I recebeu grande influência das Cartas Europeias, como reconheceu o constituinte JOSÉ GENUÍNO

do PT/SP, um dia antes de iniciar o 1º Turno de votação e discussão do texto constitucional. Naquela oportunidade, em discurso no Plenário, chamava atenção para a importância do Título I – *Dos Princípios Fundamentais*, considerando que a discussão envolveria diretamente a origem do poder e aquilo que é fundamental para a preservação do Estado Democrático. Denunciava, então, a existência de duas concepções diferentes, a saber:

De um lado, emendas que encaminham no sentido de uma concepção autoritária na relação Estado-cidade; de outro, algumas inovações que foram incluídas no texto da Comissão de Sistematização e que vieram das Comissões Temáticas e Subcomissões.

Por isso, alertava para a necessidade do debate que seria muito importante:

porque não podemos nos cindir a uma discussão, muitas vezes, corporativa em relação a temas importantes. Temos que relacionar aquelas polêmicas, no que diz respeito à ordem econômica e à ordem social, com essa questão das liberdades individuais, com a questão dos princípios fundamentais, porque é exatamente aí que estará o retrato, a fisionomia, a cara e a cor da futura Constituição brasileira. O processo que veio das Subcomissões até a Comissão de Sistematização – aparentemente sem grandes polêmicas- avançou e podemos compará-lo em situação de igualdade aos textos constitucionais de Portugal, da Espanha, da França...³⁴

4. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

³⁴ Cf. DANC de 27.01.1988 p. 6593.

De igual forma, *o realce* dado aos Direitos e Garantias Fundamentais previstos no Título II da Carta Brasileira, tem a mesma conotação dada à Parte I da Carta Portuguesa, ainda que sistematizados de forma bem distinta.

Sob a ótica do jurista português JORGE MIRANDA³⁵, a Constituição brasileira de 1988, no tocante aos Direitos Fundamentais, faz uma conjugação de direitos com a estrutura de direitos, liberdades e garantias; com direitos com a estrutura de direitos econômicos, sociais e culturais; sem estabelecer distinções entre uma categoria e outra, nem enunciar, à parte, regras gerais aplicáveis a uns e outros.

É verdade que a classificação que a CRFB/88 faz dos Direitos Fundamentais nos cinco capítulos do Título II (Dos Direitos e Deveres Individuais e coletivos; Dos Direitos Sociais; Da Nacionalidade³⁶; Dos Direitos Políticos e Dos Partidos Políticos), é bem diferente da classificação feita pela CRP/76 na Parte I que cuida dos *Direitos e deveres fundamentais*, classificando-os em três Títulos, onde estão relacionados os Princípios Gerais aplicáveis à espécie; Os Direitos, liberdades e garantias (subdivididos em três capítulos: Direitos, liberdades e garantias pessoais; Direitos, liberdades e garantias de participação política; Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores) e os Direitos e deveres econômicos, sociais e culturais (também subdivididos em três capítulos). Entretanto, na essência, verifica-se que o tratamento constitucional é bem parecido.

Ainda que realmente possa apresentar algumas falhas na sistematização dos Direitos fundamentais, mesmo assim, podemos perceber na Constituição de 1988 um grande avanço se a compararmos com as outras Constituições brasileiras que a antecederam, onde esses Direitos apareciam apenas com a

³⁵ Cf. A nova Constituição brasileira. *Revista Brasileira de Direito Comparado* n. 8, Jan-jun 1990, pp 19-38.

³⁶ Esta incluída indevidamente no título dos direitos fundamentais segundo JORGE MIRANDA (A nova Constituição ... *op. cit.* p. 27).

função de limitação do poder, pospostos às normas de organização política. Sobre o assunto, ressalta MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO que foi a Constituição portuguesa o modelo seguido pelo Constituinte de 1988 para antepor os Direitos Fundamentais à organização política, conferindo-lhes ênfase especial o que *significa vê-los como a própria base da Constituição* diretamente ligada à origem do constitucionalismo³⁷.

Mas, além dessa matização dada aos Direitos Fundamentais, em concreto podemos verificar que certos direitos relacionados no artigo 5º da Carta brasileira aparecem pela primeira vez em sede constitucional a exemplo do que fez a Carta portuguesa de 1976. É o caso do *direito à imagem* (art. 5º, V e X) que a CRFB/88 recepciona com maior veemência, assegurando expressamente, ainda, indenização por dano material ou moral, no caso de sua violação³⁸. O *direito de resposta*³⁹, que já constava do artigo 153 da Constituição de 1967/69, também ganha novo contorno *proporcional ao agravo*, além da previsão de indenização pelos danos sofridos. A declaração de proteção ao *direito do consumidor*⁴⁰ prevista

³⁷ Constitucionalismos ... *op. cit.* p.64.

³⁸ Na CRP/76 artigos 26.1 e 37.

³⁹ Cf artigo 5º, V da CRFB/88 e artigo 37 da CRP/77 com texto revisto pela RC/82 e RC/97. Especificamente quanto a réplica política confira artigo 40 da CRP.

⁴⁰ Observamos que no Brasil, além de estar capitulada dentre os direitos fundamentais, a defesa do consumidor foi erigida pelo Constituinte brasileiro de 1988 como um dos princípios da Ordem Econômica (artigo 170, V) tal como fez o Constituinte português de 1976 na *Parte II Organização Econômica*, artigo 81, “j” (que, todavia foi revisto pela RC/82 e seguintes). Ainda no Brasil o ADCT no artigo 48 estabeleceu prazo para que fosse elaborado o Código de Defesa do Consumidor, que por sua vez ganhou vida através da Lei 8.078/90. O que também nos cumpre aqui ressaltar é que inclusive o Código de Defesa do Consumidor também sofreu grande influência do direito alienígena, notadamente de países como Canadá, México, Espanha e, em especial do Decreto-Lei 445, de 25 de outubro de 1985 de Portugal como afirma NAILÊ RUSSOMANO no artigo *Influências da Constituição da República Portuguesa de 1976 na Constituição Brasileira de 1988 – Da Defesa do Consumidor in Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*. MIRANDA, Jorge (Org). Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 433.

no artigo 5º, V da CRFB/88 inspirou-se no artigo 60 da CRP/76⁴¹.

O Direito de ação popular para proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e cultural também é novidade inspirada no artigo 52.3 “a” da CRP⁴². A Constituição brasileira de 69 assegurava no § 31 do artigo 153, tão somente o direito de ação popular que visasse anular ato lesivo ao patrimônio de entidades públicas.

De igual sorte, a Constituição portuguesa de 1976 influiu diretamente na elaboração do *parágrafo 1º* do artigo 5º da Constituição brasileira segundo o qual *as normas definidoras dos direitos e garantias têm aplicação imediata*: É quase o mesmo que diz o artigo 18.1 da CRP. Já o *parágrafo 2º* do artigo 5º da CRFB/88 -com amplitude muito maior do que a que lhe dava a Constituição brasileira de 69- espelhou-se no artigo 16.1 da CRP/76 ao dizer que *os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional*. Por sua vez, o *parágrafo 3º*, do mesmo artigo 5º, só foi introduzido na Constituição de 88 por intermédio do Poder Constituinte Reformador que em 2004 promulgou a Emenda Constitucional 45, conferindo aos tratados de direitos humanos, desde que atendidos certos requisitos, o *status* de normas constitucionais. O texto português, por seu lado, expressa no artigo 16.2. que *os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração*

⁴¹ Numeração e acréscimos introduzidos pelas revisões de 1982 e 1989.

⁴² Numeração (primitivamente era o artigo 49) e texto dados pela RC/82 que estabelecia: *É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, nomeadamente o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, a degradação do ambiente e da qualidade de vida ou a degradação do património cultural, bem como promover para o lesado ou lesados a correspondente indemnização* (destacamos). Ressalte-se, entretanto, que hoje prevalece na Carta portuguesa, a redação dada pela RC/97.

Universal dos Direitos Humanos. Encerrando o artigo 5º, o parágrafo 4º, também introduzido pela EC 45/2004, apenas agora vem declarar a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a exemplo da portuguesa no artigo 7.7 do texto revisado.

4.1. DOS DIREITOS SOCIAIS E DA ORDEM SOCIAL

A experiência portuguesa serviu de modelo no momento da elaboração de diversos capítulos dos quais são exemplos os *da Ordem Social* (Capítulo I a VII do Título (VIII) e o capítulo Dos Direitos Sociais (Capítulo II do Título II), ainda que sua sistematização também se apresente de forma completamente desvinculada do modelo português.

No Brasil, os *Direitos Sociais*, nos termos do artigo 6º/CF, compreendem o direito à *educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, a proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados*. Entretanto, os artigos seguintes (7º ao 11º) tratam apenas dos direitos relacionados ao trabalho, reservando um Título próprio à *Ordem Social* onde estão capitulados os demais direitos mencionados. No tocante à Ordem Social verificamos que as Cartas constitucionais dão tratamento semelhante a temas relacionados com o sistema de saúde⁴³, gestão democrática das escolas públicas⁴⁴, fomento do desporto⁴⁵, apoio à ciência⁴⁶, instituição do Conselho de Comunicação Social (artigo 224) inspirado no então artigo 39 da CRP; direito à integridade do meio ambiente⁴⁷, incentivo à adoção⁴⁸, proteção dos idosos⁴⁹.

⁴³ Artigo 196 e ss da Carta brasileira e 64 da portuguesa.

⁴⁴ Artigo 206, VI *versus* artigo 77 da CRP

⁴⁵ Artigo 217 da Constituição brasileira e 79 da portuguesa.

⁴⁶ Artigo 218 da CRFB/88 e 73.4 da CRP (aditado pela RC/82)

⁴⁷ Artigo 225/CF e 66/CRP. A questão do meio ambiente, dentro da Comissão da Ordem Social, recebeu várias Emendas que expressamente referiam-se à CRP como, por exemplo, a Emenda 00848 do Constituinte LUIS ROBERTO PONTE do PMDB-RS justificada nos seguintes termos: *A proposta, nesta linha de atuação*

Também podem ser consultadas nos Anais da ANC diversas citações ao texto constitucional português como modelo justificável para inclusão (ou limitação) de direitos sociais, especificamente, referentes aos trabalhadores, previstos no Capítulo II do Título II. Em uma dessas passagens, o Constituinte ERVIN BONKOSKI do PMDB/PR, que, apesar de entender a greve como direito⁵⁰ – e não simples fato social-defendia sua limitação afirmando: *Em Portugal, apesar dos dispositivos da Constituição assegurando aos trabalhadores a definição do âmbito de interesses a defender através de greve, a legislação é restritiva quanto à greve nas atividades essenciais*⁵¹. A garantia prevista no artigo 10/CRFB de participação dos trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos -em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação-encontrou inspiração nos artigos 54 e 56 da CRP. A liberdade sindical⁵² é tratada de forma parecida com a CRP que prescreve o princípio de modo abrangente.

4.2. DO IDIOMA PORTUGUÊS E EQUIPARAÇÃO ENTRE BRASILEIROS E PORTUGUESES.

No Capítulo III – Da nacionalidade, artigo 12, § 1º, a Constituição brasileira atribui aos portugueses residentes no País os mesmos direitos inerentes aos brasileiros, se houver reciprocidade em favor destes. Registra, ainda, a introdução (no Brasil desde 1969 e em Portugal desde 1971) de cláusulas

segue os passos das recentes Constituições de Portugal (art. 66) e da Espanha (ar. 45), tomando aquela como fonte mais próxima de inspiração. (Cf. Anais da ANC, Fase “G”, vol. 184, p. 191). Ainda dentro da Comissão VII admitira o Relator, que a Constituição Portuguesa era *fonte de inspiração de notória relevância.*

⁴⁸ Art. 227, § 5º da CF e 36.7 da CRP, acrescido pela RC/82.

⁴⁹ Art. 230/CF e 72/CRP

⁵⁰ Artigo 9º, CRFB/88 e 57 da CRP.

⁵¹ Cf. Emenda 1P03399-3 de 02.07.87 in Anais da ANC, vol. 227, p. 349.

⁵² Artigo 8º/CRFB e 55/CRP.

constitucionais de equiparação de direitos portugueses e brasileiros, concretizados através da Convenção de 7 de setembro de 1971, celebrada em Brasília⁵³.

Já no que se refere ao idioma oficial falado no Brasil, é a primeira vez que uma Constituição brasileira trata da matéria. Nas Cartas de 1946 e 1967 (Emendada em 1969) havia uma exigência de o ensino primário ser ministrado apenas na língua nacional⁵⁴, mas não esclarecia que idioma seria este. A Constituição de 1988 supre a lacuna estabelecendo que *a língua portuguesa é o idioma oficial* da República Federativa do Brasil⁵⁵ e diz que o ensino fundamental será nela ministrado, mas assegura às comunidades indígenas a utilização de sua língua materna e processos próprios de aprendizagem. Sobre a novidade, anotou JORGE MIRANDA⁵⁶:

É a primeira qualificação constitucional expressa da língua portuguesa como língua oficial de um Estado e, curiosamente, precede dez meses o aditamento ao art. 9º da Constituição portuguesa de uma alínea sobre protecção e promoção do idioma comum.

5. SOBRE A ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS E DOS PODERES

A Constituição brasileira no Título III *organiza o Estado* em sete capítulos nos quais trata do sistema federativo, da repartição da competência e dos bens entre União, Estados e Municípios. Portugal, por seu turno, é um Estado Unitário que consagra no artigo 6º uma descentralização democrática da

⁵³ Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p.216.

⁵⁴ Cf. inciso I, § 3º do artigo 176 da Carta de 1967/69.

⁵⁵ Vide artigo 13.

⁵⁶ Cf. *A nova Constituição brasileira, op. cit.* p. 28.

Administração Pública com respeito ao princípio da autonomia das autarquias locais. Fácil, assim, entender o motivo pelo qual referido Título da CRFB/88 é um daqueles em que não se faz sentir em demasia a influência da CRP.

Poder-se-ia pensar o mesmo do Título IV, que organiza os Poderes na República Federativa do Brasil, já que Portugal optou por um *sistema semipresidencial, parlamentar mitigado ou misto presidencial-parlamentar, conforme os prismas, com três órgãos políticos activos, em interdependência: Presidente da República, Assembléia da República e Governo*⁵⁷; ao passo que a CRFB/88 optou pelo sistema presidencialista e fórmula clássica de tripartição do poder, com um Executivo forte que atribui ao Presidente da República a Chefia de Estado, Chefia de Governo, Chefia da Administração Federal, exercendo o comando supremo das Forças Armadas, com competência para nomear os Ministros do STF, Tribunais Superiores, Tribunal de Contas etc.

Entretanto, foi grande a influência do modelo português no momento de elaborar e votar o Título da Organização dos Poderes, ainda que nem todas as propostas baseadas no texto português tenham sido aprovadas em Plenário. Já foi dito que, a princípio, elaborava-se uma Constituição para um sistema Parlamentarista. Esse foi o sistema que prevaleceu nos Anteprojetos das Comissões Temáticas e Comissão de Sistematização, restando vencido apenas no primeiro turno de discussão e votação (que na Sessão de 22.03.1988 votou a Emenda Coletiva 2P001830-1 que levava o nome do Constituinte HUMBERTO LUCENA - PMDB/PB, aprovando o sistema presidencialista)⁵⁸.

Até então, não parecia encontrar muita oposição a opção pelo sistema de governo parlamentarista que, por sua vez,

⁵⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 142.

⁵⁸ Cf. Votação 315, DANC de 23.03.1988, pp 8733 a 8749.

também era associado à experiência portuguesa:

Para nós, brasileiros, servem como exemplos a História recente de Portugal e Espanha. Ambos também sofreram longos períodos ditatoriais, sob o julgo dos governos de Salazar e Franco, respectivamente, mas conquistaram estabilidade com o advento do parlamentarismo, o que nós deveríamos ter feito, repito, através da Constituinte de 46 logo após a queda da ditadura Vargas⁵⁹.

Querer criticar e refutar o parlamentarismo, sob a alegação de que o país não tem partidos fortes, a história demonstra que isso é absolutamente falso. Na Espanha e em Portugal, após muitos anos de ditadura, implantou-se o parlamentarismo⁶⁰.

Contudo, sagrou-se vencedor, na Constituinte, o sistema presidencialista⁶¹ e podemos observar que a forma de eleição do Presidente da República, em dois turnos de votação, se nenhum dos candidatos alcançar a maioria absoluta na primeira votação (artigo 77), também encontrou precedente no artigo 126.2 da Constituição portuguesa.

De igual forma, a criação de Conselhos, como órgãos de assessoramento do Presidente da República, foi inspirada no ordenamento português. A princípio, cogitou-se numa composição semelhante à do Conselho de Estado Português. É o que ocorreu na Comissão da Organização dos Poderes e

⁵⁹ Discurso do Deputado Constituinte AGASSIZ ALMEIDA do PMDB/PB em Plenário – *in* DANC de 20.08.1987, p. 4695.

⁶⁰ Manifestação do Deputado Constituinte ALDO ARANTES do PC do B/Go nos momentos que antecederam a votação do sistema presidencialista em 22.03.1888 – *in* DANC 23.03.1988, p. 8721.

⁶¹ Merece registro que mesmo optando pelo sistema presidencialista o Constituinte também aprovou (no artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) a realização de um plebiscito através do qual o eleitorado pudesse decidir sobre a forma e o sistema de governo. Realizado o plebiscito em 1993 venceu a forma republicana e o sistema presidencialista.

Sistema de Governo (Comissão III). Por proposta do Deputado Constituinte NOEL DE CARVALHO do PTB/RJ⁶² foi sugerido que participassem do Conselho da República *os ex-Presidentes da República*. Justificou a proposta no fato de que, por ser órgão superior de consulta do Presidente da República:

... deve contar com a experiência dos poucos que suportaram as altas responsabilidades do cargo, representando a República, garantindo o cumprimento da Constituição, a unidade e a independência nacionais, a integridade do território e o livre exercício das instituições. São eles os únicos portadores das vivências do cargo, suas perspectivas e vicissitudes, que hão de ser levadas a esse plenário no aconselhamento do Presidente.

Ainda que não conste da justificativa do Constituinte, a proposta encontra similitude na CRP no capítulo aditado pela RC/82 que suprimiu o primitivo Título III – Conselho da Revolução.

No texto revisto da CRP, o Conselho de Estado é o órgão político de consulta do Presidente da República e é integrado, dentre outros, pelos *antigos presidentes da República eleitos na vigência da Constituição que não hajam sido destituídos do cargo*. Dentro da Comissão III a proposta recebeu parecer favorável do relator que manifestou sua concordância por ser *Justamente o que prevê o Conselho de Portugal. Motivo de várias sugestões na fase inicial das Subcomissões*.

Entretanto, a proposta não era exatamente a do modelo português já que não estabelecia, como em Portugal, as limitações temporais (presidentes eleitos na vigência da Constituição) ou condições de participação (presidentes que não hajam sido destituídos do cargo). Ora, o Brasil saía de uma ditadura militar e não interessava a ninguém que ex-Presidentes

⁶² Cf. Emenda 3S1130-8 apresentada em 09.06.87, Fase G, Anais da ANC vol 102 p. 290/291.

militares pudessem aconselhar o futuro Presidente a ser eleito democraticamente. Assim, natural que a proposta fosse rechaçada pela ANC.

No momento de organizar o *Poder Legislativo* também sentiu-se a influência do texto português: O § 4º do artigo 58 da Constituição brasileira nos mesmos moldes do artigo 179.1⁶³ prevê o funcionamento de uma Comissão representativa do Congresso Nacional nos períodos de recesso.

No que diz respeito à forma da organização dos Tribunais prevista na CRP, novamente foi invocada a experiência portuguesa, tanto para fundamentar a criação de um Tribunal Constitucional, como para não fazê-lo. O Constituinte NELTON FRIEDRICH do PMDB/PR ao sugerir a criação de um Tribunal Constitucional afirmou:

Uma Constituição estável depende muito da prática leal das instituições e o respeito que a ela possamos ter. É por esta razão que entendemos que é preciso que possamos fazer uma espécie de avaliação, uma verdadeira observação nesse campo de experiências constitucionais de outros países e se as modernas Constituições contemplam o Tribunal Constitucional como um dos melhores avanços, a exemplo do que acontece hoje em Portugal(...). Por tudo isso, esta proposta que, conforme foi festejada na revisão da Constituição portuguesa como a melhor conquista, nós, também, possamos aqui ter o Tribunal Constitucional em nosso país⁶⁴.

Ainda:

A Constituição portuguesa, depois da Revolução dos Cravos, não previu o Tribunal Constitucional. Os estudiosos comprovam hoje que

⁶³ Artigo 182 da numeração primitiva

⁶⁴ Cf. DANC de 25.04.1987, p. 1510. Cf., ainda, DANC 22.05.87 p. 2130-2140.

uma das maiores revoluções que se fizeram em Portugal, em termo constitucional, foi a revisão constitucional, com a introdução do Tribunal Constitucional⁶⁵.

Mas, os que se insurgiam contra a criação de um Tribunal Constitucional também invocaram a Constituição portuguesa, nos seguintes termos:

Fala-se muito, também, Sr. Presidente, da Constituição portuguesa, cujo preâmbulo diz: “Entre os objetivos, um é abrir caminho para a sociedade socialista”. Mas lá estão previstos também os decretos-leis, como: “Salvo se aprovados no exercício da competência legislativa do Governo”. O que quer dizer que, salvo esses que são da competência legislativa do Governo, nem sequer a Assembléia tem condição de examiná-los. E quem for de antemão ler atentamente a Constituição portuguesa verá que o Tribunal Constitucional português tem muitas das nossas tarefas do Superior Tribunal Eleitoral e entre as demais tarefas a mais importante é exatamente, conferir se os demais órgãos da República portuguesa, no caso, o Presidente da República e o Primeiro-Ministro, na elaboração dos seus decretos-leis ou dos seus procedimentos legislativos, realmente não desrespeitaram a Constituição portuguesa⁶⁶.

Também:

Srs. Constituintes, não estamos na Europa, não estamos a tratar do Poder Judiciário europeu; estamos a tratar do Poder Judiciário brasileiro.

⁶⁵ Citação feita pelo Constituinte NELTON FRIEDRICH em discurso em Plenário. Vide DANC de 07.04.1988, p. 9057.

⁶⁶ Cf. DANC de 23.05.87, p. 2171.

Precisamos honrar a palavra do Constituinte de 1891, que souberam outorgar, 30 anos antes da Europa, o poder da constitucionalidade ao Poder Judiciário ao Supremo Tribunal Federal, pela via do *judicial review* do sistema americano. E temos hoje, desde 1891 o controle da constitucionalidade *in concreto* no sistema brasileiro, ou seja, a suscitação do problema da inconstitucionalidade, em defesa ou incidentalmente⁶⁷.

A final, a proposta foi rejeitada por 263 votos contra 130 favoráveis à Criação do Tribunal Constitucional, tendo a Constituição de 1988 mantido a competência do STF como guardião da Constituição⁶⁸, regulando seu funcionamento na Seção II do Capítulo III – Do Poder Judiciário do Título IV – Da organização dos Poderes.

6. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Mesmo sem ter aprovado a criação de um Tribunal Constitucional, a supremacia da Constituição foi assegurada pelo Constituinte brasileiro através de um sistema de controle de constitucionalidade bem parecido com o sistema português que, a despeito de ter optado pela criação do Tribunal Constitucional, continua admitindo a fiscalização *in concreto* da constitucionalidade.

Como foi dito, a Constituição portuguesa de 1911, por influência da brasileira de 1891, foi pioneira em toda Europa a introduzir em seu corpo a previsão de um controle (difuso) de constitucionalidade. Mas a CRP/76, além da previsão do

⁶⁷ Cf. Discurso do então Constituinte NELSON JOBIM do PMDB-RS (que posteriormente foi nomeado Ministro do STF em 07.04.1997 pelo então Presidente Collor de Mello, exercendo a Presidência da Corte Constitucional no biênio 2004-2005) encaminhando a votação, manifestando-se contrariamente à criação do Tribunal Constitucional. Vide DANC de 07.04.1988, p. 9058.

⁶⁸ Vide artigo 102, *caput*.

controle de constitucionalidade por ação ou atuação, foi também a pioneira em prever expressamente a figura do *controle de constitucionalidade por omissão*, ainda que para alguns esta previsão tenha sofrido a influência da Jurisprudência Constitucional alemã e italiana⁶⁹.

A Constituição portuguesa de 1976, na versão original, previu no artigo 279 para os casos de constatação de omissão legislativa, uma *recomendação* dirigida pelo Conselho da Revolução aos órgãos legislativos competentes, para que, em prazo razoável, suprissem a omissão elaborando as medidas

⁶⁹ No caso italiano são bastante conhecidas as “sentenças aditivas” que vieram solucionar o problema que se apresenta quando a inconstitucionalidade deriva da ausência da norma (omissão do legislador) ou mesmo decorrente da remoção de uma norma ilegítima, que nesse caso requer uma atividade dupla de anulação e de integração já que o vazio a ser instaurado seria tão inconstitucional como a norma que se pretende anular. Nesse sentido cf. o bem elaborado artigo de TANIA GROPPI que esclarece que “*Cuando a la corte se le requieren decisiones de este tipo, aditivas o sustitutivas, son frecuentes los pronunciamientos de inadmisibilidad por discrecionalidad del legislador (que se configuran como verdaderas declaraciones de inconstitucionalidad afirmada pero no declarada), en el sentido del artículo 28 de la ley número 87 de 1953, según el cual "el control de legitimidad de la Corte Constitucional sobre una ley o acto con valor de ley excluye toda valoración de naturaleza política o control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento". Con frecuencia tales decisiones son acompañadas de una admonición, es decir, de una invitación del legislador a proveer, privada desde luego de cualquier carácter vinculante. Con el fin de evitar la invasión de la esfera del legislador, la corte, desde los primeros años de su actividad, ha elegido la solución de adoptar pronunciamientos aditivos sólo cuando son "un remedio obligado" (Para esta expresión véase Crisafulli, V., Lineamenti di diritto costituzionale, Padua, vol. II, parte 2, 1984, p. 408.): es decir, solamente cuando alcanza a demostrar la presencia de una única solución constitucionalmente admisible, por lo cual la discrecionalidad del legislador no sería invadida por la sentencia sencillamente porque... no existiría. En caso contrario, frente por tanto a la presencia de una pluralidad de soluciones para colmar la laguna, la decisión es de inadmisibilidad". GROPPI, Tania. “¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”. Tradução de Miguel Carbonell. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie Año XXXVI. Número 107 Mayo-Agosto. Año 2003, pp. 481-504. También disponible em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/107/pr/pr0.pdf>, último acesso em 20.08.2009.*

legislativas pertinentes⁷⁰. Com a criação do Tribunal Constitucional, na primeira revisão da Carta portuguesa, referida competência a este foi transferida, nos termos do artigo 283 do texto revisto, que prevê:

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Verifica-se do texto português que em nenhuma das duas hipóteses ali abrangidas existe um comando imperativo dirigido ao legislador do qual possa surgir a obrigação de elaborar a norma de sua competência. Isso porque “dar o conhecimento” ao órgão legislativo competente não significa sequer uma advertência para que o Legislativo supra a omissão, pois não vincula ao legislador português.

6.1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO: DESDE A INFLUÊNCIA PORTUGUESA ATÉ O ATUAL ATIVISMO DO STF

⁷⁰ “Durante a vigência da versão primitiva da Constituição, o Conselho da Revolução fez apenas duas recomendações, em matéria de fiscalização de inconstitucionalidade por omissão: Tratou-se da Resolução nº 105/77 (publicada no *Diário da República*, I Série, de 16 de Maio de 1977) em que o Conselho da Revolução recomendou à Assembleia da República a emissão de medidas legislativas necessárias para tornar exequível a norma constitucional que proíbe as organizações que perfilhem a ideologia fascista, e da Resolução nº 56/78 (publicada no *Diário da República*, I Série, de 18 de Abril de 1978) em que se recomendou ao Governo a adopção de medidas legislativas relativamente ao contrato de serviço doméstico. Houve quatro outras iniciativas que não chegaram a traduzir-se em recomendação”. (Cf. I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América. “Os órgãos de fiscalização da Constitucionalidade: funções, competências, organização e papel no Sistema Constitucional perante os demais poderes do Estado”. *Relatório do Tribunal Constitucional Português*. Elaborado pelo Juiz Conselheiro Armindo Ribeiro Mendes (com a colaboração da Dra. Ana Paula Ucha, assessora do tribunal, disponível em:

<http://www.cijc.org/conferencias/Lisboa1995/Documents/RELATORIOCONFERNALISBOA.pdf>, último acesso em 03.04.2011)

[Lisboa, Sala do Senado da Assembleia da República, 10-14 de Outubro de 1995])

No Brasil, a influência portuguesa foi muito sentida, constando da Constituição de 1988 texto bem parecido ao da CRP⁷¹, embora o Constituinte de 87/88 tenha tido a intenção de ampliar o alcance do controle de inconstitucionalidade por omissão, como podemos verificar de sua trajetória registrada nos Anais da ANC.

Observa-se que mesmo antes da instalação da ANC, o Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos já previa a competência do STF para “recomendar”⁷² ao Poder competente a edição de norma para suprir a falta. Já o projeto de Fábio Konder Comparato⁷³ tinha maior alcance: previa no artigo 165 que se, no prazo de *três anos* contados da promulgação da Constituição, não fossem editadas as normas necessárias à aplicação de seus dispositivos, qualquer interessado -além do Ministério Público- estaria legitimado a solicitar do Poder Judiciário a aplicação direta dos dispositivos aos casos concretos.

Nos trabalhos da ANC, verificamos a existência de várias propostas que, no mesmo sentido, também fixavam prazo (reduzido a *um ano*) para que fossem editadas as medidas necessárias a tornar efetiva a norma constitucional, sob pena de caracterizar-se a inconstitucionalidade por omissão⁷⁴. Diversas

⁷¹ Observem a semelhança no texto: *Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das medidas necessárias...* (cf. § 2º do artigo 102/CRFB)

⁷² O verbo *recomendar* foi igualmente utilizado nas propostas oferecidas dentro das Comissões Temáticas da ANC que adotaram essa mesma redação: Vide Emendas apresentadas em 09.06.1987, pelos Constituintes JOSÉ CARLOS GRECCO do PMDB/SP (Emenda 00118) e VIVALDO BARBOSA (Emenda 00961) ao Substitutivo do relator da Comissão, *in* Anais da ANC, Fase “G”.

⁷³ Cf. *Muda Brasil...* op.cit, apud: BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 5ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 167.

⁷⁴ Cf. Emenda:00010 apresentada em 09.06.1987 pelo Constituinte ALFREDO CAMPOS DO PMDB/MG ao Substitutivo do relator da Comissão *in* Anais da ANC,

outras propostas pospunham a fixação de prazo para depois da declaração da inconstitucionalidade por parte do Supremo Federal⁷⁵ que também deveria fixar o prazo para que o Poder Competente suprisse a omissão. Entretanto, no caso em que transcorresse o prazo sem que houvesse o suprimento da omissão, várias foram as sugestões dos Constituintes para solucionar o problema. Vejamos algumas:

1) Propostas de trancamento da pauta do Legislativo, impedindo a votação de qualquer outra matéria⁷⁶:

§ 2o. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de ato legislativo necessário à eficácia de norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal assinará prazo aos órgãos competentes para o seu suprimento.

§ 3o. Decorrido o prazo, sem que seja suprida a omissão, o Presidente do Supremo Tribunal Federal determinará ao Legislativo que aprove proposição a respeito, em noventa dias. Ultrapassado este prazo, nenhuma outra matéria poderá ser votada, antes que se ultime a aprovação do ato legislativo omitido.

2) Propostas estabelecendo a iniciativa do STF para elaborar *Projeto de Lei*, encaminhando-o ao Poder Legislativo⁷⁷. Tais propostas, entretanto, não previam a

Fase “G” acervo eletrônico do Senado Federal: base histórica APEM, disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/> acesso em 03.11.2005.

⁷⁵ Ou do Tribunal Constitucional nos termos da proposta do Constituinte NELTON FRIEDRICH, Emenda 00547, in Anais da ANC, Fase “G”, acervo eletrônico do Senado Federal: base histórica APEM, disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/> acesso em 03.11.2005.

⁷⁶ Emenda ES33098, apresentada pelo Constituinte EGÍDIO FERREIRA LIMA do PMDB-PE. em:05.09.1987 ao primeiro substitutivo do relator. In Anais da ANC, vol. 239, p. 3009. Nos mesmos termos Emenda 2P01847, apresentada em 13.01.1988 pelo Constituinte ROBERTO BRANDI do PMDB-MG em Plenário.

⁷⁷ Redação do Artigo 16, do Anteprojeto da Comissão III: COMISSÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES E SISTEMA DE GOVERNO, SUBCOMISSÃO DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO, Fase “H”. acervo

hipótese de que se referido *projeto de lei* não fosse votado, ou uma vez votado, fosse rechaçado pelo Legislativo. Seus termos:

§ 3o.- Sendo declarada a inconstitucionalidade por omissão fixar-se-à prazo para o legislativo supri-la; se este não o fizer, o Supremo Tribunal Federal encaminhará projeto de lei ao Congresso nacional disciplinando a matéria.

3) Propostas que previam a elaboração, pelo Judiciário, de *Resolução, com força de lei*⁷⁸:

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade, por omissão, de medida para tornar efetiva norma constitucional, será assinado prazo ao órgão do poder competente, para a adoção das providências necessárias, sob pena de responsabilidade e suprimimento pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º - Decorrido o prazo aludido no parágrafo anterior sem que seja sanada a omissão, poderá o Supremo Tribunal Federal editar resolução, a qual, com força de lei, vigerá supletivamente.

Esta foi a redação que prevaleceu na Comissão de Sistematização no Anteprojeto e no primeiro Substitutivo do Relator (fase “F”) que previa, ainda, no art. 149:

§ 4º - Nos casos de inconstitucionalidade por inexistência ou omissão de atos de administração,

eletrônico do Senado Federal: base histórica APEM, disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/> acesso em 03.11.2005. Cf. também, Emenda ES30322 apresentada em 04.09.87 pelo Constituinte PLÍNIO ARRUDA SAMPAIO do PT/SP *in* Anais da ANC v. 238, p. 2316.

⁷⁸ Cf. Emenda 00729 apresentada em 09.06.1987 pelo Constituinte CARLOS SANT'ANNA do PMDB-BA ao Substitutivo do Relator da Comissão, Fase “G”, aprovada parcialmente como consta do texto do Anteprojeto da comissão III COMISSÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES E SISTEMA DE GOVERNO, Fase “H” acervo eletrônico do Senado Federal: base histórica APEM, disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/> acesso em 03.11.2005. A Emenda sugeria, ainda, a competência do STF para fixar os limites e a extensão dos efeitos decorrentes da declaração.

se o Poder Público demonstrar, comprovadamente, a atual impossibilidade da prestação, o Tribunal consignará prazo máximo para que se estabeleçam os programas indispensáveis à eliminação dos obstáculos ao cumprimento do preceito constitucional.

Registra-se, ainda, a existência de outras propostas segundo as quais a fixação do prazo para suprir a omissão ficava a cargo do próprio Poder Competente⁷⁹, cabendo ao STF apenas *cientificá-lo* da omissão.

Sem embargo, o texto aprovado não acolheu nenhuma dessas propostas.

No 1º Turno de votação⁸⁰ o Plenário aprovou a Emenda de autoria do Constituinte BONIFÁCIO DE ANDRADA do PMDB/MG que modificou o Projeto acatando os argumentos de que ao STF caberia apenas *comunicar* ao Poder Legislativo *o problema para que este, com sua responsabilidade pudesse resolvê-lo*⁸¹. Já no que se refere ao Poder Executivo, argumentava, ainda o Constituinte: *Agora, no que diz respeito aos órgãos administrativos, o Supremo de fato, pode exigir, dentro de 30 dias, que seja cumprida a exigência e superada a omissão constitucional. Justificava, ainda: Quer dizer, nossa Emenda visa a dar ao texto constitucional um relacionamento*

⁷⁹ É o que consta da Emenda 30.655 de autoria do Constituinte RENATO VIANNA do PMDB/SC apresentada em 04.09.1987: § 2o. - Declarada a inconstitucionalidade por omissão, de medida para tornar efetiva norma constitucional será cientificado o órgão competente, que fixará prazo para este adotar as providências que se façam necessárias. Justificava a proposta de modificação do Substitutivo do relator que entendia ser “embaraçosa” (Vide Anais da ANC, vol. 238, p. 2393). Este, por sua vez, rejeitou a proposta, embora afirmasse haver repensado o texto impugnado escoimando-o das imperfeições apontadas.

⁸⁰ Vide 336ª votação *in* DANC de 27.01.1988, p. 1806 e seguintes cuja votação do Destaque 6331-87 à Emenda 2P 32434 modificou o § 2º do art. 122 do Substitutivo nº 2 do Relator. Em Plenário o Constituinte defendeu o argumento de que era “chocante” e “conflitante” que o STF pudesse impor ao Poder Legislativo uma “obrigação de fazer”.

⁸¹ Em sentido exatamente igual ao que se extrai do art. 283.2 da CRP.

melhor entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo.

Venceram tais argumentos como se verifica da redação do § 2º do artigo 103 da Carta brasileira:

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva a norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Verdade que há no dispositivo um avanço comparado ao artigo 283 da Carta portuguesa que só admite a cientificação de *órgão legislativo* ao passo que a Carta brasileira prevê, também, a hipótese de ciência a *órgão administrativo*⁸², permitindo uma futura responsabilização caso a omissão permaneça. Entretanto, dentro da realidade brasileira, a mera ciência da omissão aos órgãos competentes, não era suficiente para criar as condições de efetividade do controle por omissão no ordenamento constitucional brasileiro, motivo pelo qual a doutrina sempre se manifestou no sentido de uma ação mais efetiva do STF.

Nesse sentido, ilustrou com precisão JOSÉ AFONSO DA SILVA⁸³ que:

a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto, e

⁸² Não se trata, entretanto, de omissão na prática de ato administrativo conforme decidiu o Supremo: “A ação direta de inconstitucionalidade por omissão e que trata o parágrafo 2º do art. 103 da nova CF, não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em concreto, mas sim, visa que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado.” (ADIn 19/Al, rel. Min. ALDIR PASSARINHO, publicado no DJU de 14.08.1989, p. 5456).

⁸³ *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. rev. e atualizada. Malheiros: São Paulo, 2000, p.50.

está bem que assim seja. Mas isso não impediria que a sentença que reconhecesse a omissão inconstitucional já pudesse dispor normativamente sobre a matéria até que a omissão legislativa fosse suprida. Com isso, conciliar-se-iam o princípio político da autonomia do legislador e a exigência do efetivo cumprimento das normas constitucionais.

Mesmo assim, a atuação inicial da Suprema Corte depois da promulgação da nova Carta foi no sentido de muita cautela com o novo instituto. Assim, as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, a exemplo de Portugal⁸⁴, se resumiam apenas na comunicação da mora ao Poder Legislativo⁸⁵.

Contudo, a grande diferença entre a efetividade da fiscalização por omissão no Brasil e em Portugal não reside no alcance ou nos efeitos produzidos pelas sentenças proferidas pelas Cortes Constitucionais em sede de fiscalização por omissão, que são praticamente os mesmos. Reside sim, *na postura do Legislativo de ambos os países frente às decisões*

⁸⁴ Em Portugal a doutrina se manifestava no sentido de que a decisão de inconstitucionalidade por omissão, não possui nenhuma eficácia jurídica direta e, conseqüentemente, não obriga o legislador a adotar as medidas legislativas cabíveis. Nesse sentido, dentre outros, cf. GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed. Coimbra, 1993, p. 1049, NUNES DE ALMEIDA, Luís. “El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones”, in *Revista de Estudios Políticos*, nº 60-61, Abril-Setembro, 1988 cit, p. 882.

⁸⁵ Essa era a interpretação inicialmente dada pelo STF: “A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. - Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente.” (STF- ADIn 1.439/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 30/05/2003).

dos Tribunais. Isso porque, ao contrário da atuação da Assembleia da República portuguesa⁸⁶, no Brasil, parece não ser prioridade do Congresso Nacional cumprir sua função constitucional precípua que é a de legislar⁸⁷.

Enquanto em Portugal a Assembleia da República, cumpre seu dever constitucional logo ao “receber conhecimento” da omissão legislativa⁸⁸ (e em alguns casos chega até mesmo a legislar sobre matéria, objeto do pedido de fiscalização, antes mesmo da prolação da sentença⁸⁹), o

⁸⁶ Para exemplificar a presteza com a qual a Assembléa da República acata as decisões do Tribunal Constitucional, utilizamos de dados divulgados pelo próprio Tribunal Constitucional Português (*in*: “ *A Omissão Legislativa na Jurisprudência Constitucional*”. Relatório Português para o XIVº Congresso da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus. *Vilnius, Junho 2008*), onde está consignado que o primeiro Acórdão através do qual o Tribunal Constitucional deu por verificado o não cumprimento da Constituição por omissão de medida legislativa (Acórdão n.º 189/92, de 01 de Fevereiro) “foi publicado no *Diário da República* de 03 de Março de 1989, tendose-lhe seguido no Parlamento diversas iniciativas tendentes a propiciar uma intervenção legislativa no âmbito da defesa dos cidadãos contra o tratamento informático de dados pessoais. Exemplificativo da pronta reacção do legislador registada neste caso foi a apresentação e admissão, logo na sessão parlamentar de 05 de Abril de 1989, de um projecto de resolução (projecto de resolução n.º 24/V) com vista à realização de um debate sobre a protecção dos direitos dos cidadãos face à utilização da informática e ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal. Dada sequência ao processo legislativo na Assembleia da República, a lei da protecção de dados pessoais face à informática (Lei n.º 10/91) viria a ser finalmente aprovada em 19 de Fevereiro de 1991, tendo sido promulgada pelo Presidente da República em 09 de Abril de 1991 e publicada no *Diário da República* de 29 de Abril de 1991”.

⁸⁷ Infelizmente, na realidade atual brasileira, a atuação do Congresso Nacional que se destaca na mídia é a formação de Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), suas atuações e desdobramentos políticos.

⁸⁸ A reação imediata reação do Legislador português frente às decisões do Tribunal Constitucional pode ser verificada mesmo nos casos de mora legislativa, como ilustra o caso do Acórdão 474/02, onde apesar das várias iniciativas legislativas foram tomadas (cf. Projetos) objetivando suprir a lacuna legislativa denunciada na Decisão do TC. Contudo, em nenhum dos projetos houve consenso do membros da Assembléa necessário para a aprovação da matéria. Verifica-se, pois, que o órgão legislativo português nunca dissentiu do pronunciamento do TC, ao contrário, tentou repetidamente dar-lhe cumprimento.

⁸⁹ Mesmo nesses casos, deve ser ressaltada a atuação do Tribunal Constitucional que, em determinadas situações, preocupou-se, também, em verificar se as medidas

Legislativo brasileiro, mesmo “ciente” de sua mora, não se preocupa em cumprir sua obrigação de legislar de forma a suprir a omissão declarada pela Suprema Corte. Na página web do STF⁹⁰ podemos verificar que o Legislativo ainda não legislou sobre matérias que desde o ano de 1992 foram declaradas em mora legislativa pelo STF.

Essa persistente mora legislativa fez, então, com que o STF mudasse sua postura para com o Legislativo recalcitrante, passando, então a fixar prazos para a elaboração da norma⁹¹. Assim, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, proposta pela Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CRFB (com a redação dada pela EC 15/1996) que estabelece que a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, se dará por lei estadual, mas, dentro do período determinado na Lei Complementar Federal.

Alegou a autora da ação direta –a Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso- que inexistindo Lei Complementar Federal, por consequência, também não existia período determinado dentro do qual lhe fosse permitido elaborar a *lei*

legislativas adotadas no curso do processo satisfaziam, ou não, o objetivo constitucional (cf. Acórdãos n.ºs 276/89, 638/95 e 424/01).

⁹⁰

Cf.:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>, último acesso 06.07.12.

⁹¹ Em certa medida, a fixação de prazo por parte do STF pode ser comparada às *sentenças aditivas de princípios* do Direito Constitucional italiano, onde na motivação dessas sentenças a Corte indica o prazo dentro do qual o legislador deve intervir. A diferença fundamental entre as decisões do STF e referidas sentenças reside no fato de que dentro do prazo fixado, o STF não estabeleceu nenhum “princípio” de orientação da conduta do legislador. Para mais detalhes consulte-se o conteúdo das *SSCC* de núms. 185/1998, 26/1999, 32/1999, 61/1999; 179/1999, 270/1999 y 526/2000; Consute-se, ainda: Amoroso G., Groppi T., Parodi G. *Annuario di giurisprudenza costituzionale*, Milán: Giuffrè, 1998, 1999, 1999 y 2000.

estadual de sua competência. Por essa razão, o Estado de Mato Grosso, em franco desenvolvimento, sofria graves prejuízos uma vez que se encontrava impedido de emancipar várias comunidades que atendiam a todos os requisitos para se tornarem municípios.

A decisão do Supremo Tribunal, além de reconhecer a mora legislativa superior a uma década, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 meses para que o Poder Competente adotasse todas as providencias legislativas para cumprimento de referida norma constitucional. Observemos o texto da ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 40 DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A Emenda Constitucional nº 15, que alterou a redação do § 4º do art. 18 da Constituição, foi publicada no dia 13 de setembro de 1996. Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4o, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18,

§ 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A inércia deliberandi das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. *Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão.* Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada

contemplando as realidades desses municípios⁹²

Por sua relevância, também merecem ser transcritos trechos do voto do Ministro Relator, Gilmar Mendes:

"... apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4.º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4.º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal".(...) "Assim sendo, voto no sentido de declarar o estado de mora do Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerada pela omissão"⁹³.

⁹² ADI 3682, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2007, DJe-096, public. 06/09/2007.

⁹³ Como se observa a decisão não foi unânime no aspecto em que estabelecia prazo para o Congresso Legislar. Em seu voto vencido o Ministro Marco Aurélio registrou

Nota-se, na atual composição do STF um caráter mais progressista⁹⁴ e menos tolerante com a eterna mora do Congresso Nacional. Essa nova postura da Suprema Corte foi muito bem recebida na comunidade jurídica em geral; contudo, como era de se esperar, vem causando certo “enfrentamento” entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo que, por sua vez, até o momento não legislou sobre o tema, porque entende que no está obrigado a fazê-lo. Referido enfrentamento não chega a ser preocupante, mas não deixa provocar certo “mal estar”⁹⁵.

Ao afastar-se da orientação antes firmada onde as decisões apenas produziam efeitos “declaratórios”, passando a proferir decisões dotadas de “eficácia mandamental”⁹⁶ o STF

sua opinião nos termos da antiga orientação da Corte: *"penso que a constituição contempla dualidade. Em se tratando de omissão de autoridade administrativa, é possível fixar-se o prazo de 30 dias para a prática do ato, não ocorrendo o mesmo em relação ao Poder Legislativo"*.

⁹⁴

⁹⁵ Entretanto já se nota um saldo positivo dessa situação instaurada. Atualmente, tramita na Câmara o Projeto de Resolução (PRC) 153/09, do deputado Flávio Dino (PCdoB-MA), que define quais são as medidas que devem ser tomadas pela Câmara depois que o STF reconhecer a inconstitucionalidade por omissão. A proposta que altera o Regimento Interno da Casa, está justificada por seu autor sob o argumento de que é necessário criar um diálogo institucional entre a Câmara e a Corte Suprema e agilizar a regulamentação da Constituição. Destaca que a demora da Câmara em regulamentar dispositivos constitucionais levou o STF a atuar como um "legislador positivo", depreciando o papel do Legislativo. (Notícia extraída do site da Câmara dos Deputados www.camara.gov.br em 23.06.09)

⁹⁶ Destaca-se que a doutrina, antes da nova postura assumida pelo STF, já admitia “efeitos mandamentais” na fiscalização de inconstitucionalidade, mas apenas com relação ao Executivo. Sobre o tema diz CARRAZZA que a procedência do pedido nas ações diretas de inconstitucionalidade por omissão surte efeitos “basicamente”, mas não “exclusivamente declaratórios”; já com relação ao Executivo existe uma “*eficácia mandamental média*”, pois o concita a praticar o ato, sob pena de responsabilidade. No que diz respeito ao Legislativo, produzirá *eficácia mandamental mínima*, uma vez que, como vimos, mesmo que não o obrigue a editar a lei, atesta publicamente sua omissão o que equivaleria a uma sanção de natureza política. Para CARRAZZA, entretanto, sempre que o Legislativo ou o Executivo permanecerem omissos, a questão, independentemente de outras sanções, poderá resolver-se em perdas e danos com fundamento na inércia do Poder Público. (Cf. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 438 e ss, nota de rodapé 28).

provocou críticas no sentido de que estaria se intrometendo inoportunamente no Legislativo, e praticando um “ativismo judicial” que ofende ao Estado Democrático de Direito. O então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, rebateu as críticas afirmando:

O Supremo não está participativo demais nem participativo de menos". "Está participativo na forma adequada",

*"Agora, eu diria, em caso de omissão constitucional sistêmica, recalcitrante, o tribunal tem que assumir uma posição ativa ou mais enfática."*⁹⁷

Está reconhecido, inclusive pelos ministros da própria Corte⁹⁸, que ultimamente o STF vem realmente assumindo uma posição ativista, e as razões segundo BARROSO⁹⁹ seriam pelo menos duas: (a) nova composição do STF (por Ministros bastantes preocupados com a concretização dos valores e princípios constitucionais) e (b) crise de funcionalidade do Poder Legislativo (que tanto estimula a edição de Medidas Provisórias por parte do o Executivo, quanto o ativismo do Judiciário).

Os Poderes Legislativo e Executivo, que estão à frente do

⁹⁷ “Para Mendes, STF está ‘participativo na forma adequada’” notícia extraída do jornal *O Estadão* (versão *on line*) de 23 de março de 2009, in: http://www.estadao.com.br/nacional/not_nac343412,0.htm

⁹⁸ Ao discursar na posse do Ministro Gilmar Mendes na presidência do STF (23.04.2008), o Ministro decano Celso Mello rebateu as censuras feitas contra o “ativismo” do STF de forma taxativa: “*Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.*” (Cf. http://www.direitodoestado.com/noticias/noticias_detail.asp?cod=5909, acesso 24.04.2008.

⁹⁹ Cf. BARROSO, Luis Carlos. En: publicación en el periódico *O Globo* de 22.03.09, p. 4

processo democrático e da representatividade popular, visivelmente estão sofrendo uma crise de legitimidade no Brasil, crise que se agrava diante das constantes denúncias de corrupção. Desta forma, o Poder Judiciário vem preenchendo o vazio deixado pelo Legislativo (e também pelo Executivo) no casos de omissão constitucional, confirmando amáximade que todo poder quando não exercido (ou quando mal exercido) deixa um vazio a ser preenchido. Assim, além da função propriamente jurisdicional o STF passou a ocupar uma posição no sistema governativo do país ao ser chamado para garantir ao cidadãos os direitos conferidos pela Constituição que ainda não foram regulamentados pelo Poder competente.

Registra-se, contudo, que o STF não atua de ofício, fato que por si só mostra que a atitude ativista se dá mais em virtude da inércia dos outros poderes do que propriamente de um forte exagerado intervencionismo do Poder Judiciário, como acusam alguns.

6.2. OS LEGITIMADOS NA AÇÃO DIRETA

No que diz respeito à legitimidade ativa para a propositura da ação, a Carta brasileira admite um rol bem maior que a Carta portuguesa que apenas acolhe requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou dos Presidentes das Assembléias Legislativas regionais.

Por seu turno, a Constituição brasileira além de conferir legitimidade ao Presidente da República e ao Procurador – Geral da República, admite também: a Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

O cidadão não foi autorizado, no Brasil ou em Portugal, a denunciar omissão através de ação direta no controle concentrado direcionado à defesa integral do texto constitucional¹⁰⁰.

Entretanto, a Carta brasileira não excluiu do cidadão o direito de denunciar eventuais omissões *sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*. Isso porque, o Constituinte preferiu legitimá-lo a reclamar da omissão -com o objetivo específico de defender direitos constitucionalmente definidos- através do controle difuso e por intermédio do remédio denominado *mandado de injunção* previsto no artigo 5º, LXXI da CRFB/88, localizado no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais.

6.3. O MANDADO DE INJUNÇÃO

Quem se debruçar sobre os arquivos históricos da Constituição brasileira de 1988, perceberá que a intenção do Constituinte brasileiro ao criar o mandado de injunção foi a de conferir ao cidadão, meios eficazes para aplicação imediata das normas constitucionais e não apenas criar uma espécie de ação subsidiária da ação direta objetivando cientificar o órgão competente da omissão. Contudo, a esse ponto ficou reduzido o novo instituto por força da interpretação inicial que lhe deu o STF.

Antes, porém, de discorrermos sobre a evolução da jurisprudência constitucional acerca do mandado de injunção, pertinente se faz trazer à baila as palavras do constituinte ALFREDO CAMPOS – PMDM/MG admitindo a influência

¹⁰⁰ Anote-se que no Brasil existiram algumas propostas que incluíam o cidadão, bem como as pessoas jurídicas de direito privado, mas sempre *quando diretamente sofrer violação de direito, por inércia do Poder Público* (Cf. Emenda 00160 do Constituinte SAULO QUEIROZ do PFL-MS apresentada em 01.05.1987).

portuguesa a inspirar a criação de um remédio constitucional (sem precedentes nas constituições lusitanas). Isso foi o que registrou nos Anais da Assembléia Nacional Constituinte¹⁰¹:

De onde surgiu e qual o fundamento do mandado de injunção?

Encontra-se, essa ação constitucional, em sua origem mais remota, nas ‘injunctioes’ do direito anglo-saxônico e, mais recentemente, no mandado de segurança brasileiro e no instituto da inconstitucionalidade por omissão do direito português (Constituição Portuguesa, art. 283).

Afirmava o Constituinte, então, que o objetivo do mandado de injunção era a observância da Constituição: dar-lhe cumprimento e, por conseqüência viabilizar a defesa dos direitos, não só individuais, *mas eminentemente sociais, contidos no texto constitucional, instando e obrigando o Governo a agir em cumprimento no cumprimento da Lei Maior*. Dizia, ainda:

Desta forma, será a ação processual utilizada contra todas omissões do Governo (e entenda-se como tal os três Poderes –Legislativo, Executivo e Judiciário- em todos os níveis nos quais se manifestam: União, Estados, Distrito Federal e Municípios), atentatórios aos direitos do cidadão, individual ou coletivamente considerado¹⁰².

Assim, além de admitir ampla legitimação ativa, o mandado de injunção ainda amplia o sujeito passivo da impetração, admitindo também o Poder Judiciário no pólo passivo. Essa era a interpretação autêntica.

Afirmava, ainda o Constituinte que o novo instituto *interrompia em definitivo o ciclo das Constituições “mera*

¹⁰¹ Vide pronunciamento em Plenário e transcrição de artigo no DANC de 24.08.88 p. 12888.

¹⁰² *Idem, ibidem.*

folha de papel”, no dizer de Lassalle, para inaugurar a era da Carta Magna. Entretanto, não foi com esse alcance que o novo instituto se firmaria no direito brasileiro.

Ainda que a doutrina brasileira comungasse com o entendimento do Constituinte, defendendo a idéia de que o Judiciário deveria suprir a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto com efeitos limitados às partes do processo; em 1990, a Suprema Corte rechaçou ocasional competência normativa do Judiciário, pronunciando-se no sentido de que a decisão no Mandado de Injunção limitar-se-ia à cientificação do poder omissor a respeito da sua mora para que tome as medidas necessárias, pois, do contrário, o órgão julgador transmutar-se-ia em legislador positivo.

O mandado de injunção não se destina a constituir direito novo, nem ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. (...) A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe a Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder¹⁰³.

Também:

“O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão

¹⁰³ Cf. MI 191-0, Rel. Min. Celso Mello, DJU, 01.02.90, p. 280.

competente para que a supra”¹⁰⁴.

Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal reduziu consideravelmente o alcance que o Constituinte pretendeu conferir ao Mandado de Injunção no controle abstrato.

Contudo, a atuação ativista da Corte Suprema brasileira através de decisões destinadas a acabar com a obstinada mora do legislativo (orientada por uma visão mais progressista antes comentada), também está sendo utilizada no “*mandado de injunção*” como ação imediata¹⁰⁵ destinada a suprir a falta da norma regulamentar, sempre que se torne inviável o exercício de direitos e liberdades individuais.

Essa nova postura, não foi assumida do dia para a noite. Evoluiu lentamente em virtude da mora legislativa, muito bem retratada pela Ministra Ellen Grace ao relatar o mandado de injunção 562/03 impetrado com a finalidade de exercer o direito de recebimento de indenização assegurada § 3º do art. 8º do ADCT da Constituição de 1988^{106 107}.

¹⁰⁴ MI 168, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20/04/90.

¹⁰⁵ Nesse sentido o fundamento do voto do Min. Gilmar Mendes: “*o princípio do Estado de Direito (art. 1.º), a cláusula que assegura a imediata aplicação dos direitos fundamentais (art. 5.º, § 1.º) e o disposto no art. 5.º, LXXI, que, ao conceder o mandado de injunção para garantir os direitos e liberdades constitucionais, impõe ao legislador o dever de agir para a concretização desses direitos, exigem ação imediata para eliminar o estado de inconstitucionalidade*” - destacamos (ADI 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 09.05.2007, DJ, 06.09.2007).

¹⁰⁶ Que tem a seguinte redação: “Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição”. Destacamos.

¹⁰⁷ “Na marcha do delineamento pretoriano do instituto do Mandado de Injunção, assentou este Supremo Tribunal que ‘a mera superação dos prazos constitucionalmente assinalados é bastante para qualificar, como omissão juridicamente relevante, a inércia estatal, apta a ensejar, como ordinário efeito consequencial, o reconhecimento, *hic et nunc*, de uma situação de inatividade inconstitucional.’ (MI 543, voto do Ministro Celso de Mello, in DJ 24/05/2002). Logo, desnecessária a renovação de notificação ao órgão legislativo que, no caso, não apenas incidiu objetivamente na omissão do dever de legislar, passados quase

Em outras três ocasiões, o STF avançou um pouco mais acerca do tema ao declarar a omissão legislativa e implementar *o exercício do direito de greve no serviço público*, até que sobrevenha a edição de lei regulamentadora. Verifica-se, assim, que afastada a orientação que limitava os efeitos da decisão à declaração da existência da mora legislativa, o Tribunal passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.

Desta forma, no caso concreto analisado pelo Supremo, considerando que ao legislador não seria dado escolher se concede ou não o direito de greve, podendo tão-somente dispor sobre a adequada configuração da sua disciplina, reconheceu-se a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional. Assim, o Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que regula o direito de greve na iniciativa privada¹⁰⁸.

quatorze anos da promulgação da regra que lhe criava tal obrigação, mas *que, também, já foi anteriormente cientificado por esta Corte, como resultado da decisão de outros mandados de injunção*. Neste mesmo precedente, acolheu esta Corte proposição do eminente Ministro Nelson Jobim, e assegurou ‘aos impetrantes o imediato exercício do direito a esta indenização, nos termos do direito comum e assegurado pelo § 3º do art. 8º do ADCT, mediante ação de liquidação, independentemente de sentença de condenação, para a fixação do valor da indenização.’ Reconhecimento da mora legislativa do Congresso Nacional em editar a norma prevista no parágrafo 3º do art. 8º do ADCT, assegurando-se, aos impetrantes, o exercício da ação de reparação patrimonial, nos termos do direito comum ou ordinário, sem prejuízo de que se venham, no futuro, a beneficiar de tudo quanto, na lei a ser editada, lhes possa ser mais favorável que o disposto na decisão judicial. O pleito deverá ser veiculado diretamente mediante ação de liquidação, dando-se como certos os fatos constitutivos do direito, *limitada, portanto, a atividade judicial à fixação do quantum devido.*” – Destaques nossos. (MI 562, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20/06/03).

¹⁰⁸ Inteiro teor da decisão está disponível na página-web do STF e pode ser consultado em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>

Vê-se, portanto, que mesmo que a questão da inconstitucionalidade por omissão não esteja definitivamente sanada, devemos reconhecer que sua introdução no direito brasileiro significa um grande avanço no campo do direito constitucional que também devemos a Portugal, embora seja natural que os institutos venham se desenvolvendo de maneira distinta a fim de atender as particularidades internas de cada um dos países comparados.

7. SOBRE A REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO

Pretendeu o Constituinte introduzir a revisão da Constituição nos mesmos moldes delineados na Constituição portuguesa, fazendo constar no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que esta se realizaria após cinco anos contados da promulgação.

Sr. Presidente, Srs. Constituintes, na fase inicial dos trabalhos desta Constituinte, o Constituinte Manoel Moreira apresentou esta sugestão inspirado no exemplo da Constituição Portuguesa. Lá na terra de nossos ancestrais, foi sabiamente adotado o princípio da revisão constitucional, tendo em vista que, se a transição em Portugal não foi tão política quanto aqui, se lá houve alguns incidentes, na realidade não houve como aqui um golpe violento e profundo no *establishment*.

As propostas originárias incluíam a revisão no corpo permanente da constituição no capítulo referente à Emenda constitucional, ambas como espécies do gênero *reforma da constituição*. Algumas das propostas, como em Portugal, previam interstício mínimo de 5 anos para a realização de revisão ordinária. Anote-se, ainda, a proposta do Constituinte RONAN TITO do PMDB/MG, prevendo que a Constituição

poderia ser revista de cinco em cinco legislaturas¹⁰⁹. Entretanto, as propostas não chegaram a ser votadas na parte permanente e só através da técnica da *fusão* das propostas existentes, foi possível incluir a técnica da *revisão* nas disposições finais transitórias.

Isso porque tendo sido aprovado o sistema presidencialista e realização de plebiscito para que os eleitores escolhessem a forma e sistema de governo, caso houvesse opção pela monarquia ou república parlamentarista, necessário seria uma revisão completa da constituição para adequar seus termos à nova realidade do Estado. Contudo, vencendo no plebiscito a forma republicana e o sistema presidencialista de governo, a revisão prevista no artigo 3º do ADCT foi um verdadeiro fracasso, não chegando a ser cumprida¹¹⁰ conforme sua previsão.

O fracasso quiçá possa ser explicado em razão da tradição brasileira de apenas proceder a pequenas reformas na Constituição emendando-lhe o texto. Talvez o termo mais apropriado à realidade brasileira fosse o de “remendar” a constituição já que o Congresso Nacional prefere remendá-la à reformá-la por completo na forma prevista no Título II da CRP.

Somando-se o número de Emendas Constitucionais de Revisão (6) com as 70 Emendas Constitucionais promulgadas até a data de 03 de março de 2012, verificamos que a Constituição de 1988 já sofreu quase 80 reformas em pouco mais de vinte anos de sua existência (Constituições sintéticas têm menos artigos). Essa abundância de Emendas provoca o

¹⁰⁹ Vide Emenda 2P01759-2 *in* Anais da ANC, vol. 255, p. 0644.

¹¹⁰ Na verdade o poder reformador não procedeu a revisão da CRFB/88. Preferiu seguir utilizando a técnica de utilizar-se de “emendas” que chamou de Emendas Constitucionais de Revisão, no total de 6: A Emenda Constitucional de Revisão (ECR) n º 1 instituiu o Fundo Social de Emergência, a ECR n º 2 alterou a redação do artigo 50 e seu parágrafo 2º, a ECR n º 3 modificou as disposições sobre nacionalidade de pessoas naturais, a ECR n º 4 regulou casos de inelegibilidade, a de n º 5 reduziu de 5 para 4 anos o mandato do Presidente da República e a de n º 6 tratou da perda de mandatos de deputados e senadores.

retalhamento da Constituição dificultando uma atualização desejável.

Parece-nos claro que mesmo que o Poder Constituinte se inspire em outros modelos, as instituições espelhadas, ao serem importadas para o ordenamento que se elabora, sofrem, necessariamente, adaptações à sua realidade constitucional que nem sempre atendem aos mesmos objetivos já cumpridos no ordenamento constitucional inspirador. Esse foi o caso da revisão de 1993, que também não cumpriu os objetivos imaginados pelo Constituinte. Mas, embora a técnica utilizada no Brasil pelo poder constituído reformador (preferindo retalhar a Constituição até mesmo que regulamentá-la) possa ser objeto de sérias críticas, não são as mesmas cabíveis nesse desprezioso trabalho.

De qualquer forma, cingindo-nos ao tema proposto, verificamos que tanto o Brasil como Portugal estabelecem limites ao poder reformador no afã de preservar os grandes princípios fundamentais que estruturam e conferem sentido à ordem constitucional. É o que se extrai dos atuais artigos 288º e 289º da CRP¹¹¹ e o § 4º do artigo 60 da Constituição brasileira, aqui denominado por *cláusulas pétreas*.

8. SOBRE A ORGANIZAÇÃO ECONÔMICA

Não é cabível em sede de um trabalho panorâmico, discorrer sobre as polêmicas suscitadas em razão das teorizações acerca da *ordem econômica* e *Constituição Econômica* cuja doutrina lusitana tem sido grande fonte inspiradora da brasileira.

Todavia, não podemos nos furtar de ressaltar, com base na doutrina do mestre português J.J. GOMES CANOTILHO, que a *Constituição Econômica* contida na Constituição brasileira de 1988 significou a manifestação dos fins da política

¹¹¹ Originariamente artigos 290º e 291º.

econômica, que tinha por objetivo a implantação de uma nova *ordem econômica* diferente daquela consagrada nas constituições brasileiras anteriores. Assim, podemos caracterizar a Constituição brasileira de 1988 como uma *Constituição dirigente* por conter uma *Constituição econômica* diretiva. E é nesse aspecto a grande influência exercida pela CRP sobre a CRFB/88: a indicação dos fins da política econômica.

Referida indicação, mais do que os próprios fins nela indicados, ou mais que a orientação por um sistema político-econômico socialista, social-democrático ou neoliberalista, é a verdadeira influência exercida pela CRP na organização econômica brasileira antes e depois das revisões constitucionais realizadas por ambos os países.

8. CONCLUSÃO

É natural que num processo constituinte, várias constituições de diversos países sejam citadas como modelo. A Assembléia Nacional Constituinte brasileira de 1987/88, como foi demonstrado através das citações feitas por seus próprios membros, inspirou-se na maioria das constituições modernas no momento de elaborar a Constituição da República Federativa do Brasil.

Entretanto, nunca uma Constituição foi tão citada ou invocada, como foi a Constituição da República Portuguesa de 1976, nas várias fases e etapas de funcionamento da ANC 87/88. Não seria possível consignar neste pequeno trabalho quantas vezes a CRP foi mencionada isoladamente ou citada ao lado de outras. Por vezes, como vimos, serviu de inspiração para que fossem introduzidos novos conceitos no Direito Constitucional brasileiro. Outras vezes, a experiência portuguesa serviu de modelo no momento do planejamento de sua reforma, orientação da política econômica do país, etc.

Através dos exemplos é possível concluir quão grande foi a “exportação” do modelo português, nesses trinta anos e seis anos de vigência da sua Constituição.

Entre todas as influências exercidas pela Constituição portuguesa sobre a brasileira, citadas ou não neste trabalho, interessa destacar que a nova concepção de Estado e de Sociedade, consagrada em ambas as Cartas, é motivo de contentamento e esperança para brasileiros e portugueses. A cada dia se estreitam mais os vínculos jurídicos e constitucionais de ambos os países unindo, também, seus povos através da fé depositada nos ideais do *Estado Democrático de Direito*.



10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA FILHO, Agassiz. Glória política de um império tropical: a formação do constitucionalismo brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 38, n. 149, jan-março 2001, p. 94
- ARINOS, Afonso. *O constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal*/ introdução; (prefácio de Carlos Fernández Mathias de Souza. Ed. Fac-similar -Coleção História Constitucional brasileira-. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 5ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Constitucionalismo Luso-Brasileiro*:

- influxos recíprocos. *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*. MIRANDA, Jorge. (Org) Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp 19-53.
- BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte (1987). *O processo histórico da elaboração do texto constitucional: mapas demonstrativos*. Trabalho elaborado por Dílson Emilio Brusco e Ernani Valter Ribeiro. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993, 3. v.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.
- _____ e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*. 5ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CORRÊA, Oscar Dias. Breves observações sobre a influência da Constituição Portuguesa. *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*
- MIRANDA, Jorge (Org) Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 71-88.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Constitucionalismo português e Constitucionalismo brasileiro. *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*.
- MIRANDA, Jorge. (Org) Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 56-69.
- GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed. Coimbra, 1993.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 10ª ed. rev. e atualizada. Malheiros: São Paulo, 2005.
- GROPPI, Tania. “¿Hacia una justicia constitucional "dúctil"? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”. Tradução de Miguel Carbonell. *Boletín*

- Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie Año XXXVI. Número 107 Mayo-Agosto. Año 2003, pp. 481-504.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego; MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco e PEGORARO, Lucio. (directores). *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.
- MIRANDA, Jorge. (Org). *.A nova Constituição brasileira. Revista Brasileira de Direito Comparado* n. 8, Jan-jun 1990, pp 19-38.
- _____. *Perspectivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- NUNES DE ALMEIDA, Luís. “El Tribunal Constitucional y el contenido, vinculatoriedad y efectos de sus decisiones”, in *Revista de Estudios Políticos*, nº 60-61, Abril-Setembro, 1988 cit, p. 882.
- PEGORARO, Lucio. *Le fonti del diritto negli ordinamenti contemporanei*. Bologna, 1993.
- _____; RINELLA, Angelo. *Introduzione al Diritto Pubblico comparato. Metodologie di ricerca*. Padova: CEDAM, 2002.
- _____, _____. *Le fonti nel diritto comparato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2.000.
- OLIVEIRA, Mauro Maurício. *Fontes e Informações sobre a Assembléia Nacional Constituinte de 1987. Quais são, onde busca-las e como usa-las*. Brasília: Senado Federal. Secretaria de Documentação e Informação. Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993, p. 12.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17ª ed. rev. e atualizada. Malheiros: São Paulo, 2000.

11. ACERVOS ELETRÔNICOS

01) SENADO FEDERAL:

<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/basesHist/asp/consulta.asp>

Base APEM – Anteprojeto, Projetos e Emendas da ANC de 1988

02) CÂMARA DOS DEPUTADOS

<http://www2.camara.gov.br/internet/publicacoes/index.html#>

Diversas Bases contendo ampla documentação como Emendas, Projetos, Anteprojeto, Substitutivo, Votações, Mapas Demonstrativos etc:

Publicações oficiais da Câmara dos Deputados:

- Diários da Câmara dos Deputados;
- Diários do Congresso Nacional;
- Anais da Câmara dos Deputados;
- Anais e Diários das Assembleias Constituintes.

03) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/default.asp>

Base: CF e Jurisprudência do STF.