CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

I. Introdução histórica	1
1. Número de Constituições	1
2. Condições em que surgiu cada Constituição	1
A. Fase monárquica	1
B. Fase republicana	5
C. O plebiscito, a revisão e emendas constitucionais.	20
3. Positividade das Constituições	20
4. Importância (valoração) histórica dos textos	24
5. Figuras e debates destacados dos constituintes.	29
A. Constituinte imperial.	29
B. Congresso constituinte republicana de 1891	34
C. Constituinte de 1933/1934	36
D. Congresso constituinte de 1946	39
E. Formação da Constituição de 1967	41
F. Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988	43
G. Conclusão.	47

II. Análise temático	47
1. Direitos individuais	47
A. Conceito e classificação	47
B. Direito à vida, privacidade e personalidade	48
C. Direito à privacidade	49
D. Direito de igualdade	49
E. Direito de liberdade	52
F. Direito de propriedade	59
G. Direito à segurança	61
2. Direitos sociais	66
A. Conceito e classificação dos direitos sociais	66
B. Direitos sociais dos trabalhadores	67
C. Direitos coletivos dos trabalhadores	74
D. Seguridade social	75
E. Direito dos consumidores	79
F. Direitos sociais da infância e dos idosos	79
3. Direitos culturais	80
A. Significação constitucional	80
B. Objetivos e princípios informadores da educação	81
C. Direito à educação	81
D. Direito à cultura	82
E. Direitos sociais relativos à moradia	87
F. Direito do meio ambiente	89
G. Direito ao lazer	91
H. Desporto	92
I. Ciência e tecnologia	92
J. Informação	93
K. Comunicação social	93
L. Direitos indígenas	94
4. Direitos políticos	100

A. Direitos políticos e cidadania	100
B. Instituições	102
C. Capacidade eleitoral	102
D. Obrigatoriedade do voto	103
E. Condições de elegibilidade.	103
F. Sistema eleitoral	103
G. Inelegibilidades.	105
H. Partidos políticos	108
5. Garantias	112
A. Conceito	112
B. Direito de petição.	112
C. Direito a certidões	113
D. <i>Habeas corpus</i>	113
E. Mandado de segurança	113
F. Mandado de injunção	114
G. <i>Habeas data</i>	115
H. Ação popular	116
6. Soberania	117
7. Governo	117
A. Governo e distinção de funções do poder	117
B. Divisão de poderes	118
C. Executivo presidencialista	119
8. Congresso	120
A. Composição	120
B. Atribuições	121
C. Processo legislativo	122
9. Justiça	124
A. Justiça e função jurisdicional	124
B. Órgãos da função jurisdicional.	124
10. Outros órgãos e funções de Estado	125
A. Funções essenciais à justiça	125

B. O Sistema Financeiro Nacional e Banco Central	129
11. Organização política	129
12. Supremacia da Constituição	134
A. O princípio da constitucionalidade	134
B. Estados de exceção	138
13. Reforma da Constituição	143

CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

I. INTRODUÇÃO HISTÓRICA

1. *Número de Constituições*

O constitucionalismo brasileiro desenvolveu-se em duas fases bem demarcadas: a monárquica e a republicana, nas quais foram produzidas oito constituições, incluindo a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, que está em vigor, mas já sofreu quarenta e uma emendas, algumas delas bastante amplas como foram as Emendas Constitucionais n. 19, de 4 de junho de 1998, sobre a reforma administrativa, e 20, de 15 de dezembro de 1998, reforma da previdência social.

2. *Condições em que surgiu cada Constituição*

A. *Fase monárquica*

A *fase monárquica* inicia-se com a chegada de D. João VI ao Brasil em 1808, e vai-se efetivando aos poucos. Instalada a corte no Rio de Janeiro, só isso já importa em mudança do *status* colonial. Em 1815, o Brasil é elevado, pela lei de 16 de dezembro, à categoria de *Reino Unido* a Portugal, pondo em consequência fim ao Sistema Colonial, e ao monopólio da Metrópole.

Transferida a sede da Família Reinante para o Rio de Janeiro, era preciso instalar as repartições, os tribunais e as comodidades necessárias à organização do governo; cumpria estabelecer a ordem, com a polícia, a justiça superior, os órgãos administrativos, que tinham até aí faltado à colônia. Assim se fez a partir de 1o. de abril. Foram instituídos, criados e instalados o Conselho de Estado, a Intendência Geral de Polícia, o Conselho da Fazenda, a Mesa da Consciência e Ordens, o Conselho Militar, o desembargo do Paço, a Casa da Suplicação, a Academia de Marinha; a Jun-

ta-Geral do Comércio, o juízo dos falidos e conservador dos privilégios; o Banco do Brasil, para auxiliar o Erário, a Casa da Moeda, a Impressão Régia, etc. Abriram-se antes os portos, decretara-se a liberdade da indústria, possibilitara-se a expansão comercial.¹

Mas essa organização de poder não teve efetiva atuação além dos limites do Rio de Janeiro. Pouca influência exerceu no interior do país, onde a fragmentação e diferenciação do poder real e efetivo perduravam, sedimentadas nos três séculos de vida colonial.

Mas aqui já se constituíra uma nobreza “assentada sobre a base dos grandes latifúndios, numerosa, rica, orgulhosa, esclarecida pelas idéias novas, que revolucionam os centros cultos do Rio e de Pernambuco”, bem como “uma aristocracia intelectual, graduada na sua maioria pelas universidades européias, especialmente a Universidade de Coimbra”,² que acorre ao Rei, domina o Paço, como elemento catalisador, que haveria de influir na formação política desses primeiros tempos, que coincidem com o aparecimento das novas teorias políticas que então agitavam e renovavam, desde os seus fundamentos, o mundo europeu e norte-americano: o Liberalismo, o Parlamentarismo, o Constitucionalismo, o Federalismo, a Democracia, a República.³ Tudo isso justifica o aparecimento do movimento constitucional, que haveria de confluir para a proclamação da Independência em 7 de setembro de 1822, com o que o problema da *unidade nacional* se impõe como o primeiro ponto a ser resolvido pelos organizadores das novas instituições. A consecução desse objetivo dependia da estruturação de um poder centralizador e uma organização nacional que freassem e até demolissem os poderes regionais e locais, que efetivamente dominavam no país, sem deixar de adotar alguns dos princípios básicos da teoria política em moda na época.

O constitucionalismo era o princípio fundamental dessa teoria, e realizar-se-ia por uma Constituição escrita, em que se consubstanciasse o liberalismo, assegurado por uma declaração constitucional dos direitos do homem e um mecanismo de divisão do poderes,

Os estadistas do Império e construtores da nacionalidade tinham pela frente uma tarefa ingente e difícil: conseguir construir a unidade do poder segundo esses princípios que não toleravam o absolutismo. E conse-

1 Cf. Calmon, Pedro, *História do Brasil*, Rio de Janeiro, Livraria José Olympio, 1959, v. II, pp. 1.377 a 1.379.

2 *Ibidem*, p. 247.

3 *Ibidem*, pp. 245 e 246.

guiram-no dentro dos limites permitidos pela realidade vigente, montando, através da Constituição de 1824, um mecanismo centralizador capaz de propiciar a obtenção dos objetivos pretendidos, como provou a história do Império. “É [como nota Oliveira Vianna] uma edificação possante, sólida, maciça, magnificamente estruturada, constringindo rijamente nas suas malhas resistentes todos os centros provinciais e todos os núdulos de atividade política do país: *nada escapa, nem o mais remoto povoado do interior, à sua compressão poderosa*”.⁴

A *Constituição do Império*. O sistema foi estruturado pela *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Declara, de início, que o Império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros, que formam uma nação livre e independente que *não admite, com qualquer outro, laço de união ou federação, que se oponha à sua independência* (artigo 1o.). O território do Império foi dividido em *províncias*, nas quais foram transformadas as capitanias então existentes (artigo 2o.). Seu governo era monárquico hereditário, constitucional e representativo (artigo 3o.). O princípio da divisão e harmonia dos poderes políticos foi adotado como “princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece” (artigo 9o.), mas segundo a formulação quadripartita de Benjamin Constant: *Poder Legislativo, Poder Moderador, Poder Executivo e Poder Judiciário* (artigo 10).⁵ O Poder Legislativo era exercido pela *Assembléia Geral*, composta de duas câmaras: a dos deputados, eletiva e temporária, e a dos senadores, integrada de membros vitalícios nomeados pelo imperador dentre componentes de uma lista tríplice eleita por província (artigos 13, 35, 40 e 43). A eleição era indireta e censitária. O Poder Moderador, considerado a chave de toda a organização política, era exercido privativamente pelo imperador, como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente velasse sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos (artigo 98). O Poder Executivo, exercido pelos ministros de Estado, tinha como chefe também o imperador (artigo 102). O Poder Judiciário, independente, era composto de juizes e jurados (artigo 151). No artigo 179, a Constituição trazia uma declaração de direitos individuais e

4 Cf. Oliveira Vianna, Francisco José, *Evolução do povo brasileiro*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Livraria José Olympio, 1956, p. 258.

5 Cf. Constant, Benjamin, *Curso de política constitucional*, trad. de F. L. de Yturbe, Madrid, Taurus, 1968, pp. 13 e ss.

garantias que, nos seus fundamentos, permaneceu nas constituições posteriores.

Centralização monárquica. As províncias foram subordinadas ao poder central, através do seu presidente, escolhido e nomeado pelo imperador, e do chefe de polícia, também escolhido e nomeado pelo imperador, com atribuições não só policiais como judiciais até 1870, do qual dependiam órgãos menores, com ação nas localidades, cidades, vilas, lugares, distritos: os “delegados de polícia”, os “subdelegados de polícia”, os “inspetores de quarteirões”, os “carcereiros” das cadeias públicas e o pessoal subalterno da administração policial. É ainda o poder central que nomeia o “juiz de direito”, o “juiz municipal”, o “promotor publico”. E há também a “Guarda Nacional”, em que se transformaram as milícias locais, a qual, a partir de 1850, passou a ser subordinada ao poder central.

Este poder [*lembra Oliveira Vianna*] não se limita a agir através desses órgãos locais: opulenta-se com atribuições, que lhe dão meios de influir sobre os próprios órgãos da autonomia local. Ele pode anular as eleições de vereadores municipais e juizes de paz. Ele pode reintegrar o funcionário municipal demitido pela Câmara. Ele pode suspender mesmo as resoluções das Assembléias provinciais.⁶

Mecanismo político do poder central. Mas a chave de toda a organização política estava efetivamente no Poder Moderador, concentrado na pessoa do imperador.

Realmente, criando o Poder Moderador, enfeixado na pessoa real, os estadistas do antigo regime armam o soberano de faculdades excepcionais. Como Poder Moderador, ele age sobre o Poder Legislativo pelo direito de dissolução da Câmara, pelo direito de adiamento e de convocação, pelo direito de escolha, na lista tríplice, dos senadores. Ele atua sobre o Poder Judiciário pelo direito de suspender os magistrados. Ele influi sobre o Poder Executivo pelo direito de escolher livremente seus ministros de Estado e livremente demiti-los. Ele influi sobre a autonomia das províncias. E, como chefe do Poder Executivo, que exerce por meio dos seus ministros, dirige, por sua vez, todo o mecanismo administrativo do país.⁷

Aqui, *o Rei reinava, governava e administrava*, como dissera Itaboraí, ao contrário do sistema inglês, onde vigia e vige o princípio de que *o Rei reina, mas não governa*.

⁶ Cf. *op. cit.*, nota 4, p. 260.

⁷ *Ibidem*, p. 262.

No aparelho político do governo central, dois órgãos concorriam para reforçar a ação do poder soberano: o Senado e o Conselho de Estado. Aquele, essencialmente conservador, funcionava como órgão de reação contra os movimentos liberais da Câmara dos Deputados. O Conselho de Estado era um órgão consultivo, que tinha enormes atribuições: aconselhava o Imperador nas medidas administrativas e políticas e era o supremo intérprete da Constituição.

B. Fase republicana

Os liberais lutaram quase sessenta anos contra esse mecanismo centralizador e sufocador das autonomias regionais. A realidade dos poderes locais, sedimentada durante a colônia, ainda permanecia regurgitante sob o peso da monarquia centralizante. A idéia descentralizadora, como a republicana, despontara desde cedo na história político-constitucional do Império. Os federalistas surgem no âmago da Constituinte de 1823, e permanecem durante todo o Império, provocando rebeliões como as “Balaiadas”, as “Cabanadas”, as “Sabinadas”, a “República de Piratini”. Tenta-se implantar, por várias vezes, a *monarquia federalista* do Brasil, mediante processo constitucional (1823, 1831), e chega-se a razoável descentralização com o Ato Adicional de 1834, esvaziado pela lei de interpretação de 1840. O republicanismo irrompe com a Inconfidência Mineira e com a revolução pernambucana de 1817; em 1823, reaparece na constituinte, despontando outra vez em 1831, e brilha com a República de Piratini, para ressurgir com mais ímpeto em 1870 e desenvolver-se até 1889.

Vitória das forças republicano-federalistas. Em 1889, vencem as forças descentralizadoras, agora organizadas, mais coerentes, e não mera fragmentação e diferenciação de poder como existentes na colônia, mas certamente como projeção daquela realidade colonial que gerou, no imenso território do país, os poderes efetivos e autônomos locais, agora também aliados aos novos fatores que apareceram e se firmaram na vida política brasileira: o *federalismo*, como princípio constitucional de estruturação do Estado, a *democracia*, como regime político que melhor assegura os direitos humanos fundamentais.

Tomba o Império sob o impacto das novas condições materiais, que possibilitaram o domínio dessas velhas idéias com roupagens novas, e “um dia, por uma bela manhã, uma simples passeata militar” proclama a

República Federativa por um decreto (o de no. 1, de 15 de novembro de 1889, artigo 1o.).

Organização do regime republicano. Assumindo o poder, os republicanos, civis e militares, cuidaram da transformação do regime. Instala-se o governo provisório sob a presidência do Marechal Deodoro da Fonseca. A primeira afirmação constitucional da República foi o Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889. Nele se traduz velha aspiração brasileira com a adoção do federalismo que “responde a condições econômicas, sociais e políticas e fora já anteriormente reivindicação e realidade, da Colônia até a Regência. O segundo Reinado abafa-o momentaneamente, jogando com os partidos e cortando os elementos mais exaltados”.⁸ As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, constituíram os Estados Unidos do Brasil, e cada um desses Estados, no exercício de sua legítima “soberania” —disse o decreto— decretaram oportunamente a sua constituição definitiva e elegeram seus corpos deliberantes e os seus governos (artigos 1o., 2o. e 3o.). As províncias aderiram logo ao novo regime. Não houve resistência.

Não tardou, o governo provisório providenciou a organização do regime. Logo, a 3 de dezembro, nomeou uma comissão de cinco ilustres republicanos para elaborar o projeto de constituição, que serviria de base para os debates na assembléia constituinte a ser convocada. O projeto foi publicado pelo Decreto no. 510, de 22 de junho de 1890, como *Constituição aprovada pelo Executivo*. No dia 15 de setembro do mesmo ano foi eleita a Assembléia-Geral Constituinte (em verdade, *Congresso Constituinte*), que se instalara no Palácio São Cristóvão, a 15 de novembro. Presidiu-a o paulista Prudente de Moraes, mais tarde presidente da República. Conveio-se em autolimitar-se, restringindo-se-lhe a competência “ao objeto e termos de sua convocação”. “Proibia-se-lhe qualquer interferência no governo (razão do descrédito da primeira constituinte imperial) e a discussão de dois pontos pacíficos: República e federação”.⁹ Pouco mais de três meses de trabalho e a primeira Constituição republicana ficara aprovada, com pequenas alterações introduzidas no projeto do Executivo.

A Constituição de 1891. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil fora promulgada no dia 24 de fevereiro de 1891. Esta-

8 Cf. Carone, Edgar, *A Primeira República*, São Paulo, Difel, 1969, pp. 14 e 15.

9 Cf. Calmon, Pedro, *op. cit.*, nota 1, v. VI, p. 1.920.

beleceu que a Nação Brasileira adotava como forma de governo a República Federativa, e constituía-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias, em Estados Unidos do Brasil (artigo 1o.). Cada uma das antigas províncias formara um Estado e o antigo município neutro se transformara no Distrito Federal, que continuou a ser a capital da União (artigo 2o.). Perfilhou-se o regime representativo (artigo 1o.). Optou-se pelo presidencialismo à moda norte-americana. “Equilibravam-se, nos freios e contrapesos (como nos Estados Unidos), os poderes - e afinal, a clareza, a síntese, a limpidez verbal da Constituição... lhes garantiam uma duração razoável. Estabilizava a autoridade, franqueara aos Estados vida própria, proclamara as liberdades democráticas. Tanto fosse cumprida!”¹⁰ Rompera com a divisão quadripartita vigente no Império, de inspiração de Benjamin Constant, para agasalhar a doutrina tripartita de Montesquieu, estabelecendo como “órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si” (artigo 15). Firmara a autonomia dos Estados, aos quais conferira competências remanescentes: “todo e qualquer poder ou direito, que lhes não fosse negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição”, era-lhes facultado (artigo 65, n. 2). Previra a autonomia municipal (artigo 68).

Não demorou o conflito de poderes. A Constituinte, promulgada a Constituição, elegera presidente da República a Deodoro da Fonseca e vice-presidente a Floriano Peixoto, este de chapa oposta à daquele, que tinha como companheiro o Almirante Wandenkolk. Concluída a eleição, convertera-se a Constituinte em Congresso, separando-se em Câmara e Senado. A oposição, liderada por Prudente de Moraes, não conseguira impedir a eleição do Pai da República, mas impusera um vice-presidente, em que se escorrasse. Consumado o fato, pretendeu-se destruir o governo pelo *impeachment*, que dependia ainda de regulamentação. Aparelhara-se, então, um projeto que definisse os crimes de responsabilidade do presidente. O governo vetara-o. Prudente de Moraes, vice-presidente do Senado, no exercício da Presidência deste (porque Floriano estava afastado), resolveu submeter o veto ao Senado, que o rejeitara e assim também a Câmara. Em represália, Deodoro dissolvera o Congresso (3 de novembro de 1891). Reagira a Armada, à frente o Almirante Custódio José de Mello. A 23 de novembro, Deodoro, “para evitar corresse o sangue generoso

¹⁰ *Ibidem*, p. 1.922.

dos brasileiros”, renuncia à Presidência da República. Sob o vice-presidente, Floriano Peixoto. E revela-se. O poder transformou-o: assim “modesto e vulgar” como o retratado Quintino - “esquivo, indiferente, impassível”.¹¹ Considerado o *consolidador da República*, começou derrubando os governadores dos Estados. Pouco depois, a reação contra Floriano. Estala a guerra civil: Custódio J. de Mello, deixando o Ministério da Marinha, junta-se à revolta da Armada com Saldanha da Gama, Gumerindo Saraiva e outros. Floriano dominou, e só entregou o poder ao presidente eleito para o quadriênio de 1894/1898, que foi Prudente de Moraes. Com este, a oligarquia, que mandava nos Estados, se instala no poder.

O sistema constitucional implantado enfraquecera o poder central e reacendera os poderes regionais e locais, adormecidos sob o guante do mecanismo unitário e centralizador do Império. O governo federal não seria capaz de sustentar-se, se não se escorasse nos poderes estaduais. Campos Sales percebeu-o muito bem. Formulou a doutrina de que a “política e a ação devem ser privilégio de uma minoria: as grandes deliberações nascidas de liberdades democráticas levam necessariamente o país a agitações e ao aproveitamento da situação por um grupo, muitas vezes o menos capaz. À minoria deliberativa no plano federal deve corresponder outra minoria deliberativa dos Estados. Esta representação aristocrática é o cerne de seu pensamento. Conseqüentemente o problema apresenta-se como a garantia de estabilização das atuais oligarquias no poder”.¹² Fundado nesse esquema doutrinário, imprime interpretação própria ao presidencialismo. Despreza os partidos, e constrói a “política dos governadores”, que dominou a Primeira República e foi causa de sua queda.

O poder dos governadores, por sua vez, sustenta-se no coronelismo, fenômeno em que se transmudaram a fragmentação e a disseminação do poder durante a colônia, contido no Império pelo Poder Moderador. “O fenômeno do coronelismo tem suas leis próprias e funciona na base da coerção da força e da lei oral, bem como de favores e obrigações. Esta interdependência é fundamental: o coronel é aquele que protege, socorre, homizia e sustenta materialmente os seus agregados; por sua vez, exige deles a vida, a obediência e a fidelidade. É por isso que o coronelismo significa força política e força militar”.¹³

11 Cf. Calmon, Pedro, *op. cit.*, nota 1, p. 1.934.

12 Cf. Carone, Edgar, *op. cit.*, nota 8, p. 103.

13 *Ibidem*, p. 67.

O coronelismo fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais traçarem esquemas formais da organização nacional com teoria de divisão de poderes e tudo. A relação de forças dos coronéis elegia os governadores, os deputados e senadores. Os governadores impunham o presidente da República. Nesse jogo, os deputados e senadores dependiam da liderança dos governadores. Tudo isso forma uma constituição material em desconsonância com o esquema normativo da Constituição então vigente e tão bem estruturada formalmente.¹⁴

A Emenda Constitucional de 1926 não conseguiu adequar a Constituição formal à realidade, nem impedira prosperasse a luta contra o regime oligárquico dominante.

A Revolução de 1930 e a questão social. Quatro anos depois daquela Emenda à Constituição de 1891, irrompera a Revolução, que a pôs abaixo com a Primeira República. Essa Revolução se iniciou no Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraíba, que formaram a Aliança Liberal, sob a liderança de Getúlio Vargas, que tinha sido candidato das oligarquias divergentes à Presidência da República contra o candidato das oligarquias dominantes do poder, Júlio Prestes, indicado pelo então presidente Washington Luiz. Vitoriosa a candidatura de Júlio Prestes, as forças da Aliança Liberal passaram a organizar a Revolução, que irrompeu no dia 3.10.1930 em Porto Alegre, Capital do Estado do Rio Grande do Sul. O sucesso dos revolucionários foi rapidamente alcançado. É claro que a Revolução de 1930 não decorreu apenas de divergência entre partidários de uma e outra facção. Suas causas mais profundas podem ser buscadas na necessidade de romper com a estrutura arcaica de nossa economia, o aparecimento de uma classe média urbana e a conseqüente formação de uma burguesia não rural.

Assumindo a Presidência a 3 de novembro de 1930, Getúlio trata de organizar o governo revolucionário. Os primeiros passos, contudo, não revelaram propósitos de mudanças, como o povo esperava. O ato formal que estabelece o novo regime é o Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930, que instituiu o Governo Provisório dos Estados Unidos do Brasil. Começou declarando que o Governo Provisório exerceria discricionariamente, em toda a sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como também do Poder Legislativo, até que, eleita a

14 Veja-se, em Carone, Edgard, *op. cit.*, nota 8, pp. 67 e ss., bela síntese documentada sobre o coronelismo.

Assembléia Constituinte, estabelecesse ela a reorganização constitucional do país. Declarou que continuariam em vigor as Constituições Federal e Estaduais, leis e decretos e atos municipais, sujeitas às modificações e restrições estabelecidas por lei ou por decreto ou atos posteriores do governo provisório ou de seus delegados. Suspendeu as garantias constitucionais. Dispôs até sobre a futura Constituição que deveria manter a forma republicana federativa. Na verdade, esse decreto desconstitucionalizou o país, transformando as normas constitucionais vigentes em simples regras de direito ordinário.

Mas o desenvolvimento da economia já propiciava condições para o desmonte do coronelismo, ou, quando nada, o seu enfraquecimento. Subindo Getúlio Vargas ao poder, como líder civil da Revolução, inclina-se para a *questão social*. Logo cria o Ministério do Trabalho; põe Francisco Campos no da Educação, que daria impulso à cultura, entorpecida e desalentada. “A revolução respondia, com isso, e desde logo, à República Velha, que uma feita rotulara de *questão de polícia* a inquietação operária”.¹⁵

Getúlio, na Presidência da República, intervém nos Estados. Liquida com a política dos governadores. Afasta a influência dos coronéis, que manda desarmar. Prepara novo sistema eleitoral para o Brasil, decretando, a 3 de fevereiro de 1932, o Código Eleitoral, instituindo a justiça eleitoral, que cercou de garantias e à qual atribuiu as funções importantíssimas de julgar da validade das eleições e proclamar os eleitos, retirando essas atribuições das assembléias políticas, com o que deu golpe de morte na política dos governadores e nas oligarquias que dominavam exatamente em virtude do processo de *verificação de poderes*. Por decreto de 3 de maio de 1932 marca eleições à Assembléia Constituinte para 3 de maio de 1933. Dois meses depois, estoura em São Paulo a Revolução, que se chamou *constitucionalista*. A derrota dos revoltosos pelo ditador não obistou mantivesse o decreto anterior de convocação das eleições, que se realizariam no dia aprazado, organizando-se a Constituinte que daria ao país nova Constituição republicana: a segunda *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, promulgada em 16 de julho de 1934.

A Constituição de 1934 e a ordem econômica e social. A nova Constituição não era tão bem estruturada como a primeira. Trouxera conteúdo

15 Cf. Calmon, Pedro, *op. cit.*, nota 1, p. 2.219.

novo. Mantivera da anterior, porém, os princípios formais fundamentais: a república, a federação, a divisão de poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e *coordenados* entre si), o presidencialismo, o regime representativo. Mas ampliou os poderes da União, enumerados extensamente nos artigos 5o. e 6o.; enumerou alguns poderes dos estados e conferiu-lhes os poderes remanescentes (artigos 7o. e 8o.); dispôs sobre os poderes concorrentes entre a União e Estados (artigo 10). Discriminou, com mais rigor, as rendas tributárias entre União, Estados e Municípios, outorgando a estes base econômica em que se assentasse a autonomia que lhes assegurava. Aumentou os poderes do Executivo. Rompeu com o bicameralismo rígido, atribuindo o exercício do Poder Legislativo apenas à Câmara dos Deputados, transformando o Senado Federal em órgão de colaboração desta (artigos 22 e 88 e ss.). Definiu os direitos políticos e o sistema eleitoral, admitindo o voto feminino (artigos 108 e ss.) Criou a Justiça Eleitoral, como órgão do Poder Judiciário (artigos 63, *d*, 82 e ss.). Adotou, ao lado da representação política tradicional, a representação corporativa de influência fascista (artigo 23). Instituiu, ao lado do Ministério Público e do Tribunal de Contas, os Conselhos Técnicos, como órgãos de cooperação nas atividades governamentais. Ao lado da clássica declaração de direitos e garantias individuais, *inscreveu um título sobre a ordem econômica e social* e outro sobre a *família, a educação e a cultura*, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição alemã de Weimar. Regulou os problemas da segurança nacional e estatuiu princípios sobre o funcionalismo público (artigos 159 e 172). Fora, enfim, um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo.

O Estado Novo. O país já se encontrava sob o impacto das ideologias que grassavam no mundo do após-guerra de 1918. Os partidos políticos assumiam posições em face da problemática ideológica vigente: surge um partido fascista, barulhento e virulento — a Ação Integralista Brasileira, cujo chefe, Plínio Salgado, como Mussolini e Hitler, se preparava para empolgar o poder;¹⁶ reorganiza-se o partido comunista, aguerrido e disciplinado, cujo chefe, Luís Carlos Prestes, também queria o poder. Getúlio Vargas, no poder, eleito que fora pela Assembléia Constituinte para o quadriênio constitucional, à maneira de Deodoro, como este, dis-

16 Sobre o integralismo, cf. Trindade, Hêlgio, *Integralismo: o fascismo brasileiro da década de 30*, São Paulo, Difel, 1974.

solve a Câmara e o Senado, revoga a Constituição de 1934, e promulga a Carta Constitucional de 10 de novembro de 1937.

Fundamentou o golpe deitando proclamação ao povo brasileiro, onde disse entre outras coisas: “Por outro lado, as novas formações partidárias, surgidas em todo o mundo, por sua própria natureza refratária aos processos democráticos, oferecem perigo imediato para as instituições, exigindo, de maneira urgente e proporcional à virulência dos antagonismos, o reforço do poder central”. Assim se implantou a nova ordem denominada *Estado Novo*. Prometeu plebiscito para aprová-lo, mas nunca o convocou. Instituiu-se pura e simplesmente a ditadura.

Essa *carta constitucional* do Estado Novo passou a ser conhecida por *polaca*, porque calcada na Constituição polonesa de Pilsudsky, que acabaria entregando a Polônia a Hitler em 1939. Foram suas principais preocupações: fortalecer o poder executivo, a exemplo do que ocorria em quase todos os outros países, julgando-se o chefe do governo em dificuldades para combater pronta e eficientemente as agitações internas; atribuir ao Poder Executivo uma intervenção mais direta e eficaz na elaboração das leis, cabendo-lhe, em princípio, a iniciativa e, em certos casos, podendo expedir decretos-leis; reduzir o papel do parlamento nacional, em sua função legislativa, não somente quanto à sua atividade e funcionamento, mas ainda quanto à própria elaboração da lei; eliminar as causas determinantes das lutas e dissídios de partidos, reformando o processo representativo, não somente na eleição do parlamento, como principalmente em matéria de sucessão presidencial; conferir ao Estado a função de orientador e coordenador da economia nacional, declarando, entretanto, ser predominante o papel da iniciativa individual e reconhecendo o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo; reconhecer e assegurar os direitos de liberdade, de segurança e de propriedade do indivíduo, acentuando, porém, que devem ser exercidos nos limites do bem público; a nacionalização de certas atividades e fontes de riqueza, proteção ao trabalho nacional, defesa dos interesses nacionais em face do elemento alienígena.¹⁷

Vinte e uma emendas sofreu essa Constituição, através de *leis constitucionais*, que a alteravam ao sabor das necessidades e conveniências do momento e, não raro, até do capricho do chefe do governo.

17 Cf. Espínola, Eduardo, v. I/28 e 29.

Redemocratização do país e a Constituição de 1946. Terminada a II Guerra Mundial, de que o Brasil participou ao lado dos Aliados contra as ditaduras nazi-fascistas, logo começaram os movimentos no sentido da redemocratização do país: Manifesto dos Mineiros, entrevista de José Américo de Almeida, etc. Havia, também, no mundo do pós-guerra, extraordinária recomposição dos princípios constitucionais, com reformulação de constituições existentes ou promulgação de outras (Itália, França, Alemanha, Iugoslávia, Polônia, e tantas outras), que influenciaram a reconstitucionalização do Brasil.

O presidente da República tomou, então, as providências necessárias à recomposição do quadro constitucional brasileiro. Expediu a Lei Constitucional 9, de 28 de fevereiro de 1945, em que são modificados vários artigos da carta então vigente, a fim de propiciar aquele desiderato, mediante a eleição direta do presidente da República e do parlamento.

Nos considerandos dessa lei constitucional, no entanto, o ditador manifesta o entendimento de que o parlamento a ser eleito teria função ordinária, não se cogitando de convocar Assembléia Constituinte. Aquele parlamento ordinário é que, se julgasse cabível, faria durante a legislatura as modificações na Constituição. O artigo 4o. dessa lei constitucional é que determinou a fixação da data das eleições e estabeleceu os princípios a serem observados no processo eleitoral.

A questão evoluiu, com alguma incerteza, para a eleição de uma assembléia constituinte. Convocaram-se as eleições para presidente da República, Governadores de Estado, Parlamento e Assembléias Legislativas Estaduais, fixando-se-lhes a data de 2 de dezembro de 1945. As forças opostas à ditadura apresentaram, para presidente, uma candidatura militar, o Brigadeiro Eduardo Gomes, com a clara intenção de respaldar na Força Aérea Brasileira o êxito do processo eleitoral. Houve euforia. As forças situacionistas não deram por menos e apresentaram também um militar, ex ministro da Guerra de Getúlio, General Eurico Gaspar Dutra, de inegável prestígio nas Forças Armadas. A campanha da oposição foi brilhante e entusiástica. Apuradas as eleições, o candidato vitorioso foi o General e não o Brigadeiro, o qual assumiu o poder, recebendo a faixa presidencial do Min. José Linhares, do Supremo Tribunal Federal, que vinha ocupando a Presidência, desde que, a 29 de outubro de 1945, os ministros militares derrubaram Getúlio Vargas, desconfiados de que estaria ele tramando sua permanência no poder.

Instalou-se a Assembléia Constituinte no dia 2 de fevereiro de 1946. Nela estavam representadas várias correntes de opinião: direita, conservadora, centro-democrático, progressistas, socialistas e comunistas, predominando a opinião conservadora.¹⁸ “Sentira-se, de início” [*informa José Duarte*]

...que as correntes de opinião tinham a preocupação de assentar, com nitidez, sem artifícios, as fórmulas, os princípios cardeais do regime representativo, e estabelecer com precisão os rumos próprios à harmonia e independência dos poderes; a redução das possibilidades de hipertrofia do Poder Executivo; a conservação do equilíbrio político do Brasil, pelo regime de seus representantes no Senado e na Câmara; a fixação da política municipalista, capaz de dar ao Município o que lhe era indispensável, essencial, à vida, à autonomia; a revisão do quadro esquemático da declaração de direitos e garantias individuais; o traçado, em contornos bem definidos, do campo econômico e social, onde se teriam de construir, em nome e por força da evolução e da justiça, os mais legítimos postulados constitucionais.¹⁹

A Constituição de 1946. Esse sentimento ficou traduzido nas normas da *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946, que, ao contrário das outras, não foi elaborada com base em um projeto preordenado, que se oferecesse à discussão da Assembléia Constituinte. Serviu-se, para sua formação, das Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela carta magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente. Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos que o regeu.

18 O Min. Aliomar Baleeiro, que foi constituinte, diz o seguinte: “A Constituinte de 1946 —se for objeto de estudos quanto à composição social e profissional de seus membros, a exemplo da aguda investigação de Charles Beard sobre a Convenção de Filadélfia— revelará que congregava maciçamente titulares da propriedade. Mais de 90% dos constituintes eram pessoalmente proprietários, ou vinculados por seus parentes próximos —pais e sogros— à propriedade sobretudo imobiliária. Compreende-se que desse corpo coletivo jamais poderia brotar texto oposto à propriedade...”. *Cf. Limitações constitucionais ao poder de tributar*, p. 238.

19 *Cf. Duarte, José, Constituição brasileira de 1946, exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1947, v. I, pp. 105 e 106.*

Sob sua égide, sucederam-se crises políticas e conflitos constitucionais de poderes, que se avultaram logo após o primeiro período governamental, quando se elegeu Getúlio Vargas com um programa social e econômico que inquietou as forças conservadoras, que acabaram provocando formidável crise que culminou com o suicídio do chefe do governo. Sob o vice-presidente Café Filho, que presidiu às eleições para o quinquênio seguinte, sendo derrotadas as mesmas forças opostas a Getúlio. Nova crise. Adoece Café Filho assume o presidente da Câmara dos Deputados, Carlos Luz, que é deposto por um movimento militar liderado pelo General Teixeira Lott (11 de novembro de 1955), que também impede Café Filho de retornar à Presidência (21 de novembro de 1955). Assume o presidente do Senado, Sen. Nereu Ramos, que entrega a Presidência a Juscelino Kubitschek de Oliveira, contra o qual espocam rebeliões golpistas, mas sem impedirem conclusse seu mandato.

Elege-se Jânio Quadros, para suceder a Juscelino. Sete meses depois, renuncia. Reação militar contra o vice-presidente João Goulart, visando impedir sua posse na Presidência. Vota-se, às pressas, uma emenda constitucional parlamentarista (EC n. 4, de 2.9.61, denominada Ato Adicional), retirando-lhe ponderáveis poderes, com o que não se conformara. Consegue um plebiscito que se pronuncia contra o parlamentarismo e, pois, pela volta ao presidencialismo, razão por que o Congresso aprova a EC n. 6, de 23.1.63, revogando o Ato Adicional. Jango Goulart tenta equilibrar-se no poder acariciando a direita, os conservadores e a esquerda. Apesar de tudo, a economia nacional prospera, e a inflação muito mais.

Jango, despreparado, instável, inseguro e demagogo, desorienta-se. Perde o estribo do poder. Escora-se no peleguismo, em que fundamentara toda a sua carreira política. Perde-se. Sem prestar atenção aos mais sensatos, que, aliás, despreza, cai no dia 1o. de abril de 1964, com o movimento militar instaurado no dia anterior.

Regime dos atos institucionais. Domina o poder um *Comando Militar Revolucionário*, que efetua prisões políticas de todos quantos seguiram o presidente deposto ou simplesmente com ele simpatizavam, ou com as idéias de esquerda, ou apenas protestavam contra o autoritarismo implantado.

Expediu-se um Ato Institucional (9 de abril de 1964), mantendo a ordem constitucional vigente, mas impondo várias cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos. Elege-se presidente o Marechal

Humberto de Alencar Castello Branco, para um período complementar de três anos. Governou com base no ato institucional referido e em atos complementares.

Nova crise culminou com o AI 2, de 27 de outubro de 1965, e outros atos complementares. Vieram ainda os AI 3 e 4. Este regulando o procedimento a ser obedecido pelo Congresso Nacional, para votar nova Constituição, cujo projeto o governo apresentou. A 24 de janeiro de 1967, fora ela promulgada, o que veio resumir as alterações institucionais operadas na Constituição de 1946, que findava após sofrer vinte e uma emendas regularmente aprovadas pelo Congresso Nacional com base em seu artigo 217, e o impacto de quatro atos institucionais e trinta e sete atos complementares, que tornaram incompulsável o direito constitucional positivo então vigente.

A Constituição de 1967 e sua Emenda 1. Essa Constituição, promulgada em 24 de janeiro de 1967, entrou em vigor em 15 de março de 1967, quando assumia a Presidência o Marechal Arthur da Costa e Silva. Sofreu ela poderosa influência da carta política de 1937, cujas características básicas assimilou. Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional. Deu mais poderes à União e ao presidente da República. Reformulou, em termos mais nítidos e rigorosos, o sistema tributário nacional e a discriminação de rendas, ampliando a técnica do federalismo cooperativo, consistente na participação de uma entidade na receita de outra, com acentuada centralização. Atualizou o sistema orçamentário, propiciando a técnica do orçamento-programa e os programas plurianuais de investimento. Instituiu normas de política fiscal, tendo em vista o desenvolvimento e o combate à inflação. Reduziu a autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e de garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores, salvo a de 1937. Em geral, é menos intervencionista do que a de 1946, mas, em relação a esta, avançou no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária. Definiu mais eficazmente os direitos dos trabalhadores.

Durou pouco, porém. As crises não cessaram. E veio o AI 5, de 13 de dezembro de 1968, que rompeu com a ordem constitucional, ao qual se seguiram mais uma dezena e muitos atos complementares e decretos-leis, até que insidiosa moléstia impossibilitara o presidente Costa e Silva de continuar governando. É declarado temporariamente impedido do exercí-

cio da Presidência pelo AI 12, de 31 de agosto de 1969, que atribuiu o exercício do Poder Executivo aos ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, que completaram o preparo de novo texto constitucional, afinal promulgado em 17 de outubro de 1969, como *EC n. 1 à Constituição do Brasil*, para entrar em vigor em 30 de outubro de 1969.

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*. Ela fora modificada por outras vinte e cinco emendas, afora a de n. 26, que, a rigor, não é emenda constitucional. Em verdade, a EC n. 26, de 27 de novembro de 1985, ao convocar a Assembléia Nacional Constituinte, constituiu, nesse aspecto, um ato político. Se convocava a Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor, por certo não tem a natureza de emenda constitucional, pois esta tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político.

A Nova República e a Constituição de 1988. A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado democrático de direito começara assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do presidente da República, interpretando o sentimento da nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social. Frustrou-se, contudo, essa grande esperança.

Não desanimaram, ainda desta vez, as forças democráticas. Lançam a candidatura de Tancredo Neves, então governador de Minas Gerais, à presidência da República. Concorreria pela via indireta no Colégio Eleitoral com o propósito de destruí-lo.

Em campanha, deita as bases da nova República em famoso discurso pronunciado em Maceió. Propôs construí-la usando metodologia clara, conforme mostramos, de outra feita, nesta síntese:

A Nova República pressupõe uma fase de transição, com início a 15 de março de 1985, na qual serão feitas, “com prudência e moderação”, as mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que “se definirá pela eliminação dos resíduos autoritários”, e o que é mais importante “pelo início, decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira”. E, assim, finalmente, a Nova República “será iluminada pelo futuro Poder Constituinte, que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição que situe o Brasil no seu tempo, prepare o Estado e a Nação para os dias de amanhã.”²⁰

O povo emprestou a Tancredo Neves todo o apoio para a execução de seu programa de construção da Nova República, a partir da derrota das forças autoritárias que dominaram o país durante vinte anos (de 1964 a 1984). Sua eleição, a 15 de janeiro de 1985, foi, por isso, saudada como o início de um novo período na história das instituições políticas brasileiras, e que ele próprio denominara de a *Nova República*, que haveria de ser democrática e social, e haveria de concretizar-se pela Constituição que seria elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, que ele convocaria assim que assumisse a Presidência da República. Prometeu, também, que nomearia uma Comissão de Estudos Constitucionais a que caberia elaborar estudos e anteprojeto de Constituição a ser enviado, como mera colaboração, à Constituinte.

Sua morte, antes de assumir a Presidência, comoveu o Brasil inteiro. Foi chorado. O povo sentiu que suas esperanças eram outra vez levadas para o além.

Assumiu o vice-presidente, José Sarney, que sempre esteve ao lado das forças autoritárias e retrógradas. Contudo, deu seqüência às promessas de Tancredo Neves. Nomeou, não com boa vontade, a Comissão referida, que começou seus trabalhos sob intensa crítica da esquerda. Por muito tempo, a Comissão foi o único foro de debates sobre os temas constituintes e constitucionais. Logo que seu anteprojeto se delineara, viu-se que era estudo sério e progressista. Era a vez de a direita e de os conservadores agredirem-na, e o fizeram com virulência.

Enquanto isso, o presidente José Sarney, cumprindo mais uma etapa dos compromissos da transição, enviou ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional convocando a Assembléia Nacional Consti-

20 Cf. nosso “Um sistema de equilíbrio”, *Jornal da Tarde*, de 8.12.84, Caderno de Programas e Leituras, p. 6.

tuíte. Aprovada como EC n. 26 (promulgada em 27 de novembro de 1985), em verdade, convocara os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1 de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Dispôs, ainda, que seria instalada sob a Presidência do presidente do Supremo Tribunal Federal, que também dirigiria a sessão de eleição do seu presidente. Finalmente, estabeleceu que a Constituição seria promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte. Assim se fez. Mas ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembléia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte. Deve-se, no entanto, reconhecer que a Constituição por ele produzida constitui um texto razoavelmente avançado. É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a *Constituição Federal*, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral.

Sua estrutura difere das constituições anteriores. Compreende oito títulos, que cuidam: 1) dos *princípios fundamentais*; 2) dos *direitos e garantias fundamentais*, segundo uma perspectiva moderna e abrangente dos *direitos individuais e coletivos*, dos *direitos sociais dos trabalhadores*, da *nacionalidade*, dos *direitos políticos* e dos *partidos políticos*; 3) da *organização do Estado*, em que estrutura a federação com seus componentes; 4) da *organização dos poderes*: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, com a manutenção do sistema presidencialista, derrotado o parlamentarismo, seguindo-se um capítulo sobre as *funções essenciais à Justiça*, com ministério público, advocacia pública (da União e dos Estados), advocacia privada e defensoria pública; 5) da *defesa do Estado e das instituições democráticas*, com mecanismos do estado de defesa, do estado de sítio e da segurança pública; 6) da *tributação e do orçamento*; 7) da *ordem econômica e financeira*; 8) da *ordem social*; 9) das *disposições gerais*. Finalmente, vem o *Ato das Disposições Transitórias*. Esse conteúdo distribui-se hoje, depois das emendas, por 250 artigos na parte permanente, e mais 83 artigos na parte transitória, reunidos em capítulos, seções e subseções.

É a *Constituição Cidadã*, na expressão de Ulysses Guimarães, presidente da Assambléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve

ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.

C. O plebiscito, a revisão e emendas constitucionais

A Constituição preordenou dois dispositivos, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que geraram controvérsia e debates. Um foi o artigo 2o. que determinou que no dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definiria, através de plebiscito, a forma de governo (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que deveriam vigorar no país. A data, como vimos, foi antecipada para 21 de abril de 1993 pela EC 2/92. O plebiscito teve lugar nessa data com expressiva maioria a favor da República Presidencialista. O outro dispositivo foi o artigo 3o., prevendo a realização de revisão constitucional após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral. A revisão já se realizou sem êxito. Só conseguiu seis alterações constitucionais, mediante o que se chamou de Emendas Constitucionais de Revisão (ECR). Além disso, houve mais 35 Emendas Constitucionais pelo processo do artigo 60.

3. Positividade das Constituições

Se for certa a idéia de que uma Constituição é tanto mais eficaz quanto maior é a sua duração, então se pode dizer que a *Constituição imperial de 1824*, com seu 179 artigos, foi bastante eficaz, pois ela durou 65 anos, de 1824 a 1889. Era, então, a segunda Constituição escrita mais antiga do mundo, superada apenas pela dos Estados Unidos. Ela foi emendada apenas uma vez, pelo chamado Ato Adicional adotado em 12 de agosto de 1834. Não é só pela durabilidade que se afere a eficácia de uma Constituição. Sua plasticidade e sua adaptabilidade às condições políticas, econômicas e culturais da época foram fatores importantes para sua eficácia social.²¹

Tanto que a Constituição republicana de 1891 durou 40 anos e não teve eficácia social alguma. Construíra-se formoso arcabouço formal.

21 Para pormenores, cf. Nogueira, Octaviano, *Constituições brasileiras: 1824*, Brasília, Senado, Centro de Estudos Estratégicos-CEE/MCT e Escola de Administração Fazendária-ESAF?MF, 1999, pp. 13 e ss.

Era —como nota Amaro Cavalcânti— o “texto da Constituição norte-americana completado com algumas disposições das Constituições suíça e argentina”.²² Faltara-lhe, porém, vinculação com a realidade do país. Por isso, não teve eficácia social, não regeu os fatos que previra, não fora cumprida. O regime formava uma pirâmide oligárquica, cujo sistema de dominação se apoiava em mecanismos eleitorais que deformavam a vontade popular. O sistema partidário era unipartidista, ou seja, havia em cada Estado um partido político apenas, que se denominava *partido republicano*. Como cada Estado tinha o seu, tomava ele o patronímico respectivo: *Partido Republicano Paulista*, *Partido Republicano Mineiro* etc., cujas comissões executivas, dominadas pelas oligarquias ou por prepostos delas é que decidiam quem seria candidato a deputado ou senador. Se eventualmente alguém não apoiado nas oligarquias dominantes conseguisse candidatar-se e eleger-se, escapando das *atas eleitorais falsas* e outras barreiras, seria *degolado* pelo sistema de *reconhecimento de poderes*, feito em conjunto pela Câmara dos Deputados e Senado, para apurar a legalidade da eleição, examinar as atas eleitorais e somar tudo de novo, pois não havia naquela época Tribunais Eleitorais.²³ Em relação à Constituição de 1891, a doutrina de Lassalle tem integral aplicação, porque ela não passava de um *folha de papel*, sob a qual regia os fatores reais do poder. A Federação, o presidencialismo, o princípio da divisão de poderes, formalmente instituídos, não tinham vigência jurídico-constitucional, porque a pirâmide oligárquica unificava tudo em função de seus interesses. Enfim, a realidade sociológica suplantara o idealismo da Constituição formal.

O aparecimento de camadas médias urbanas foi abrindo campo ao surgimento de movimentos contrários às oligarquias. Foi daí que outro fenômeno despontou no processo político brasileiro na década de 1920: o *tenentismo*. São os *tenentes* das Forças Armadas, especialmente do exército, que se imbuem da idéia de que, como militares, eram responsáveis pela sociedade e pela condição de representantes dos interesses gerais da nacionalidade, e por isso lhes cabia a missão de intervir no processo do poder para exigir mudanças nos costumes políticos. A rigor, não exigiam mudanças estruturais, mas institucionais, tal como adoção do voto universal e secreto. Não se chegou ainda a um resultado preciso na

22 Cf. *Anais da Constituinte*, v. I, p. 160.

23 Cf. Basbaum, Leôncio, *História sincera da República*, 4a. ed., São Paulo, Editora Alfa-Omega, 1976, v. 2, p. 192.

apreciação do tenentismo, mas sua participação, mais tarde, no poder revela mentalidade autoritária, tanto que muitos deles foram responsáveis, já como marechais e generais, pelo Movimento de 1964 que implantou o regime autoritário que vigorou no país de 1964 a 1984. O certo é que o tenentismo foi responsável pelos movimentos revolucionários que se sucederam na década de 1920 até à Revolução de 1930 liderada por Getúlio Vargas que assumiu o poder. Bem que uma Emenda Constitucional de 1926 tentou adequar a forma constitucional á realidade, já sob o influxo do tenentismo, sem o conseguir.

A *Constituição de 1934*, elaborada pela Constituinte instalada em 15 de novembro de 1933, vigorou por pouco mais do que três anos. A Constituinte cometeu o erro de eleger Getúlio Vargas para a Presidência da República e, depois, a Câmara dos Deputados com a colaboração do Senado Federal aprovou três emendas constitucionais que davam poderes extraordinários ao mesmo presidente da República, dos quais iria servir-se mais tarde para dar o golpe de estado. A Constituição, enfim, não teve positividade alguma. Não conseguiu pacificar os espíritos. De fato, o período iniciado com a Revolução de 1930 foi muito conflitivo. Grupos, partidos, clubes disputavam o poder, disputas essas que serviram de pretexto para o golpe de estado, conforme se vê destas palavras de Getúlio Vargas, na proclamação ao povo, para justificá-lo: “Por outro lado, as novas formações partidárias, surgidas em todo o mundo, por sua própria natureza refratária aso processos democráticos, oferecem perigo imediato para as instituições, exigindo, de maneira urgente e proporcional à virulência dos antagonismos, o reforço do poder central”.

E assim se implantou o regime ditatorial, conhecido por Estado Novo, mas que recebeu outras denominações características, como: democracia autoritária, ordem nova, Estado ético, Estado nacional, que se institucionalizou pela *Constituição do Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937*, uma *carta ditatorial* que não teve aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo. Não teve positividade alguma, porquanto não era respeitada nem mesmo pelas forças ditatoriais que a outorgaram. Era modificada, com facilidade, por leis constitucionais de autoria do próprio ditador, que governou mediante decretos executivos e decretos-leis, sem nenhum respeito pela Constituição,

até porque não vigorava um sistema de controle de constitucionalidade que pudesse fazer valer suas normas. As garantias constitucionais também não vigoravam. Isso durou até que a *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* fosse promulgada de 18 de setembro de 1946, que regeu o período de maior liberdade democrática. É verdade que o país já estava em franca urbanização, com razoável desenvolvimento industrial, que reunia um operariado sindicalizado que foi tomando consciência de sua própria expressão política. Cumprira ela, pois, sua tarefa de democratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos que o regeu, até que o golpe militar de 1964 suprimisse sua positividade mediante a expedição de atos institucionais, que a modificavam sem o processo regular de emendas constitucionais, além das vinte uma emendas regularmente aprovadas. Foram quatro atos institucionais, sendo que pelo quarto se convocou o próprio Congresso Nacional para reunir-se extraordinariamente de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, a fim de discutir, votar e promulgar nova Constituição, que veio a ser a *Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967*, que igualmente não teve eficácia, porque durou pouco. Pouco mais de um ano depois de sua promulgação veio o primeiro impacto sob a forma do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, uma sexta-feira, que na credence popular é dia de muito azar. E foi um dos piores dias do Brasil, porque esse ato institucional foi o instrumento mais duro, mais cruel, que este país, na sua longa vida de antidemocracia, jamais teve. Com ele, rompe-se a ordem constitucional, já de si ilegítima pela origem não constituinte da Constituição de 1967. Depois do Ato Institucional n. 5, mais uma dezena foi editada, acompanhada de muitos Atos Complementares e decretos-leis, formando um arsenal de normas excepcionais, de orientação ditatorial, até que, em 17 de setembro de 1969, veio a Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1967, o que, na verdade, constituiu, como foi visto, uma nova Constituição, à qual se acrescentaram mais vinte e cinco emendas, já que a Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, não pode ser considerada tipicamente emenda constitucional, porque foi um ato de convocação da Assembléia Nacional Constituinte, exatamente para elaborar nova Constituição em substituição àquela. Ela era pior do que a Constituição de 1967. Mal feita, autoritária, centralizadora, praticamente entregou todos os poderes ao Executivo. Esvaziou o Poder Legislativo. Retirou-lhe as prerrogativas de independência. Manteve os atos institucionais e complementares. Teve a po-

sitividade da força e do autoritarismo. Foi ela substituída pela *Constituição de 1988*, que está em vigor, mas um processo de reformas constitucionais neoliberais vem deformando-a. São já quarenta e uma alterações, algumas bastante amplas. É verdade que restam intocáveis a declaração dos direitos fundamentais, embora importantes regras de defesa da ordem econômica nacional tenham sido eliminadas pelas Emendas Constitucionais 5, 6, 7, 8 e 9, todas do mesmo dia: 15 de agosto de 1995. Todas eram estratégias constitucionais de desconexão, ou seja, “de recusa a submeter a estratégia de desenvolvimento nacional aos imperativos da mundialização”.²⁴ Apesar disso, sua positividade se afirma cada vez mais, porque, pela primeira vez na história constitucional brasileira, o povo começou a perceber que uma Constituição eficaz é o melhor instrumento de defesa dos seus direitos, pela primeira vez o povo toma consciência de seus direitos, ainda que muito falte para que isso tenha efeito práticos.

4. *Importância (valoração) histórica dos textos*

A Constituição do Império foi muito importante, porque, estabelecendo o centralismo monárquico, garantiu a unidade nacional. Não fosse isso o Brasil correria o risco de fragmentar-se como ocorreu na América espanhola. A visão de D. Pedro I, que era um Estadista, muito mais arguto do que seu filho, D. Pedro II, que reinou dos 14 aos 59 nove anos de idade, ou seja, de 1840, quando se lhe decretou a maioridade, para assumir o trono, até 1889, quando foi deposto pela proclamação da República. Mas não está só nisso o valor da Constituição imperial do Brasil. Primeiro, porque organizou o Brasil com senso de realidade, estabelecendo um Estado unitário num momento em que essa forma de Estado era absolutamente necessária para a unidade nacional, e porque fundou talvez a primeira monarquia constitucional efetiva e eficiente no mundo, mas especialmente porque foi a primeira Constituição, no mundo, a integrar, no seu texto articulado, uma declaração dos direitos individuais de uma originalidade espantosa para a época, embora se note certa influência da Constituição francesa de 24 de junho de 1793, com a diferença fundamental de que esta trazia uma declaração de direitos não integrada em

24 Cf. Amin, Samir, *La déconnexion, pour sortir du système mondial*, Paris, Éditions la Découverte, 1986, p. 108.

seu corpo mas ainda como um preâmbulo tal como ainda hoje ocorre na França com a Constituição de 1958. Quer dizer, foi a Constituição brasileira de 1824 que, por primeira vez, no mundo, a imprimir à declaração de direitos, até então, abstratas, o caráter concreto de *normas jurídicas positivas*. Biscaretti de Ruffia observa que a enunciação dos direitos do homem sofreu, no século XIX, uma dupla transformação; a subjetivação, porque destinadas aos indivíduos do respectivo Estado, e a *positivação*, propiciando-lhes eficácia direta, de modo a não requerem a intervenção ulterior do legislador ordinário para a sua aplicabilidade. Acrescenta ele, porém, que essa dupla transformação encontrou sua primeira e integral afirmação na Constituição belga de 1831.²⁵

A importância da Constituição de 1891 só está no fato de ter consolidado da República e a Federação decretadas pelo Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1891. Contudo, sob sua égide é que se desenvolveu o idealismo político quase sem nenhum contato com as realidades do nosso meio,²⁶ porque foi o resultado mais extremo daquela leviandade de que nos fala Oliveira Vianna, qual seja a de querer imitar “o mais inimitável cidadão do globo: o anglo-saxão – particularíssimo, originalíssimo, inconfundibilíssimo, sempre absolutamente ele mesmo”.²⁷ Foi também nesse período que se desenvolveu a mentalidade autoritária, como homens como Alberto Torres, Oliveira Vianna, Azevedo Amaral, Francisco Campos, tolos poltulando por um Estado forte e autoritário. Para estes homens a incapacidade do povo é que era responsável pelas mazelas do regime, pois “que todos os erros, descabros e desatinos, que temos o hábito de levar à conta de *alguns* homens, outra coisa não são senão consequência das deficiências e do rudimentarismo da cultura política do nosso próprio povo—das massas populares, a quem cabe, afinal, num regime de maioria, a responsabilidade da direção do país” e “que a execução deturpada, que até agora temos dado ao regime estabelecido na Constituição de 91, é a única que lhe podemos dar; e que não possuímos, considerando-nos coletivamente *como povo*, capacidade, nem aptidões

25 Cf. *Diritto costituzionale*, 7a. ed., Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Joven, 1965, pp. 695 e 696.

26 Cf. Oliveira Vianna, Francisco José, *Instituições políticas brasileiras*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Distribuidora Record, 1974, vol. II, p. 20.

27 Cf. *Problemas de política objetiva*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Distribuição Record, 1974, p. 35.

para dar à Constituição atual outra e melhor execução”.²⁸ Essas afirmativas não correspondia à realidade, simplesmente porque, sob a égide da Constituição de 1891, o povo não tinha a menor participação no processo do poder, não tinha sequer autonomia eleitoral, porque o voto não era secreto, era conferido “a bico de pena”, ou seja, escrevendo o eleitor seu nome na lista de votantes, sempre sob a vigilância dos coronéis. Foi, sim, sob sua égide, que se desenvolveu o mais radical elitismo oligárquico do país. A Revolução de 1930, por seu lado, não foi tipicamente um movimento popular. Foi um movimento do alto, das elites, porque conduzido pelas oligarquias divergentes, mas teve importantes desdobramentos, com alguma preocupação com o social, até porque uma burguesia industrial e um operariado urbano já se desenvolvia a reivindicar direitos que o meio rural jamais reivindicou. Os conflitos ideológicos que se sucederam à Revolução constituía um embate entre forças progressistas e forças reacionárias. Isso refletiu na Constituição de 16 de julho de 1934, que consolidou a segunda República. Durou pouco, mas teve a importância de inscrever, ao lado da declaração dos direitos e garantias individuais, um título sobre a ordem econômica e social e outro sobre a família, a educação e a cultura, com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição de Weimar. Foi, enfim, um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo, situação essa que passou para a *Carta ditatorial de 1937*, que, embora tenha propiciado certa atenção aos direitos sociais dos trabalhadores, foi puramente um instrumento do poder autoritário, que caiu em 1945, quando se proceceram as eleições para o Congresso Constituinte que iria redemocratizar o país.

A *Constituição de 1946* elaborada por essa Constituinte representativa da opinião predominantemente conservadora, nascera de costa para a futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores a 1937. Era, porém, democrática e intervencionista, mas não adotara técnica de equilíbrio de poder. Foi irrealista, pretendendo enfraquecer a figura do chefe do Poder Executivo. Então, a mentalidade industrialista se impunha ao agarculturalismo. Aquele se desenvolvera desde 1930 em combate à tese conservadora de que o Brasil era essencialmente agrícola. Com a democratização do país, mediante as garantias da Constituição, firma-se a ideologia nacionalista contra o cosmopolitismo (denominado entreguismo) e a ideologia intervencionista contra o liberalismo puro. As esquerdas toma-

28 *Ibidem*, p. 31.

ram razoável impulso. Queriam o desenvolvimento industrial e nacionalista. Por isso, na década de 50, estiveram aliadas à burguesia industrial. Acelera-se, por outro lado, a participação popular no processo político, orientada por líderes populistas, caracterizando-se, assim, uma fase populista-nacionalista, incluindo-se neste o industrialismo e o intervencionismo desenvolvimentista. Pela primeira vez, o sistema partidário se desenvolveu e tendia a expandir-se com autonomia em relação à oligarquias. Em 1950, Getúlio Vargas volta ao poder por via eleitoral e dá início à execução de seu programa de governo, fundado em dois compromissos básicos: *proteção ao trabalhador* e *nacionalismo econômico*: incentivo à sindicalização; Plano Nacional do Carvão, Monopólio Estatal do Petróleo, com a Petrobrás; Eletrobrás, dando nova orientação à exploração e distribuição de energia elétrica, que estavam em mãos de empresas estrangeiras; criação do Banco de Desenvolvimento Econômico, do Banco do Nordeste do Brasil; restrição ao capital estrangeiro, e muitas outras medidas que alarmavam a oposição conservadora, que procurava combatê-las por todos os meios, gerando crises sobre crises, especialmente sob a liderança do jornalista Carlos Lacerda.²⁹ A importância da Constituição de 1946 está, principalmente, em ter propiciado um clima de debates democráticos, e ter dado azo ao surgimento do mais moderno Estado do terceiro mundo naquele instante. Seu valor ressalta-se no fato de ter consolidado a declaração de direitos fundamentais do homem nas dimensões individuais, sociais, culturais e políticas, contribuindo para a conscientização dos trabalhadores, porque, sob ela, os sindicatos puderam desenvolver-se e lutar pelos direitos trabalhistas, ainda que com alguns defeitos, sobretudo, do peleguismo. Sucedera-se diversas crises institucionais, com tragédias como o suicídio de Getúlio Vargas e melodramas como a renúncia do Jânio Quadros, e a tentativa de impedir a ascensão de Jango Goulart ao poder, que só foi possível com a aprovação, às pressas, da emenda constitucional parlamentarista. Jango, porém, não se conformara e empreendeu a luta para reconstituir o presidencialismo, o que obtivera, por meio de um plebiscito em janeiro de 1963. As crises continuaram, especialmente porque o presidente empreendera luta nacionalista e propuganara por reformas de base, apoiado pelas forças nacionalistas e de esquerda. A direita e os conservadores sentiram que pela pri-

29 Para pormenores, cf. meu “Evolução político-constitucional do Brasil no terceiro quartel do século XX”, *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina*, México, UNAM, 179, pp. 29 e ss.

meira vez as esquerdas tentavam alcançar o poder com real possibilidade. Alarmaram-se e o alarmismo congregou as forças de direita, conservadoras e até centristas contra o governo. Ligas camponesas, movimento de sargentos, movimento de marinheiros, estudentes, comícios para assinatura dos atos de implantação de reformas de base, etc., mais violenta pressão inflacionária, tudo isso deu pretexto àquelas forças para a derrubada do governo. O golpe militar de março de 1964 foi fulminante, depondo Jango do poder.

Não era a primeira vez que os militares intervinham no processo político. Desde a Guerra com o Paraguai eles tomaram consciência de seu papel político. Mas só na República passou a intervir mais frequentemente no processo do poder. Tratava-se de um militarismo tutelar. A partir do golpe de 1964, passou a dominar. O regime autoritário governou mediante atos institucionais e decretos-leis. Gerou duas Constituições: a de 1967, que durou pouco mais de dois anos e a de 1969 que durou até outubro de 1988, quando foi promulgada a atual Constituição. Para realçar sua importância e seu valor repito o que já tenho dito, ou seja:

...a Constituição de 1988 não é a Constituição ideal de nenhum grupo nacional. Talvez suas virtudes estejam exatamente em seus defeitos, em suas imperfeições, que decorreram do processo de sua formação lenta, controvertida, não raro tortuosa, porque foi obra de muita participação popular, das contradições da sociedade brasileira e, por isso mesmo, de muitas negociações. Desse processo proveio uma Constituição razoavelmente avançada, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral, que não promete a transição para o socialismo, mas que se abre para o futuro, com promessas de realização de um Estado democrático de direito que construa uma sociedade livre, justa e solidária, garanta o desenvolvimento nacional, erradique a pobreza e a marginalização, reduza as desigualdades regionais e sociais, promova, enfim, o bem-estar de todos sem discriminação de qualquer natureza (artigo 3o.). Não é, pois, uma Constituição isenta de contradições: com modernas disposições asseguradoras dos direitos fundamentais da pessoa humana, com a criação de novos instrumentos de defesa dos direitos do homem, com extraordinários avanços na ordem social ao lado de uma ordem econômica atrasada. A Constituinte produziu a Constituição que as circunstâncias permitiram, fez-se uma obra certamente imperfeita, mas digna e preocupada com o destino do povo sofredor, para tanto seja cumprida, aplicada e realizada, pois uma coisa são as promessas normativas, outra a realidade.³⁰

30 Cf. *meu Poder constituinte e poder popular*, pp. 238 e 239.

5. Figuras e debates destacados dos constituintes

A. Constituinte imperial

O processo constitucional brasileiro inicia-se antes mesmo da independência. O normal é que um povo conquiste sua independência, para depois ou concomitantemente ter início seu processo formal de constitucionalização. O Brasil não foi assim. D. João VI que veio com a família real para o Brasil fugindo da guerra napoleônica retorna a Portugal e deixa aqui seu filho mais velho, D. Pedro de Alcântara como príncipe-regente. O ano de 1822 encontra o país em franco processo constituinte. O príncipe expede diversos atos visando a constitucionalização do país. O primeiro deles é o decreto de 16 de fevereiro de 1822, criando o Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil que assim proclamava:

E desejando Eu, para utilidade geral do Reino Unido e particular do bem do Povo do Brasil, ir de antemão dispondo e arraigando o sistema constitucional, que ele merece, e Eu jurei dar-lhe, formando desde já um centro de meios e de fins, com que melhor se sustente e defenda a integridade e liberdade deste fortíssimo e grandioso país, e se promova a sua futura felicidade: Hei por bem Mandar convocar um Conselho de Procuradores-Gerais das Províncias do Brasil, que as representem interinamente...

Esses procuradores foram eleitos em suas províncias. O Conselho assim formado funcionaria como uma assessoria de alto nível do príncipe-regente, que era seu presidente. Instala-se e imediatamente requer ao Príncipe a convocação de uma *Assembléia Geral Constituinte e Legislativa*, e ele o faz no mesmo dia (3 de junho de 1822). O documento de convocação da Constituinte é importante, porque revela que D. Pedro assimilara a doutrina democrática da soberania popular, quando reconhece que a soberania reside no Povo. *In verbis*:

Havendo-me representado os Procuradores-Gerais de algumas Províncias do Brasil já reunidos nesta Corte, e diferentes Câmaras, e Povo de outras, o quanto era necessário, e urgente para a manutenção da integridade da Monarquia Portuguesa, o justo decoro do Brasil, a *Convocação de uma Assembléia Luso-Brasiliense, que investida daquela porção de Soberania, que essencialmente reside no Povo deste grande, e riquíssimo Continente*. Continua as bases sobre que se devam erigir a sua Independência, que a Natureza marcara, e de que já estava de posse, e a sua União com todas as outras partes integran-

tes da Grande Família Portuguesa, que cordialmente deseja: e Reconhecendo Eu a verdade e a força das razões, que Me foram ponderadas, nem vendo outro modo de assegurar a felicidade dste Reino, manter uma justa igualdade de direitos entre ele e o de Portugal, sem perturbar a paz, que tanto convém a ambos, e tão própria é de Povos irmãos: Ei por bem, e com o parecer do Meu Conselho de Estado, Mandar convocar uma Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, composta de Deputados das Províncias do Brasil novamente eleitos na forma das instruções, que em Conselho se acordarem, e que serão publicadas com a maior brevidade (grifei).

Seguem-se os atos e procedimentos para a eleição dos deputados constituintes, que seriam 100, eleitos pelas províncias em número proporcional a seus habitantes. A operação eleitoral demorou quase um ano, de sorte que só a 3 de maio de 1823 é que a Assembléia se reunia no Rio de Janeiro, capital do Império. Mas aí a Independência já tinha sido proclamada (7 de setembro de 1822). Estava fundado o Império. Faltava dar-lhe uma constituição, o que era tarefa da Assembléia Constituinte, convocada antes mesmo de seu nascimento, mas instalada alguns meses depois.

Nunca esteve completa. O máximo de comparecimento foi de oitenta e três membros, compostos de 18 padres e um bispo, 45 bacharéis em direito, entre os quais 22 desembargadores (juizes de tribunais superiores), 3 médicos e 7 oficiais. Era, assim, composta da aristocracia intelectual brasileira, graduada em Coimbra, e da nobreza rural assentada sobre a base dos grandes latifúndios; enfim, tratava-se da elite mental, econômica e política, como seria ao longo do Império a composição do poder legislativo exercido pela Assembléia Geral constituída de Câmara dos Deputados e do Senado vitalício. O sistema eleitoral não propiciava composição mais democrática, porque só podia votar e ser votado quem dispusesse de certa quantia de bens imóveis ou de certa renda.

Integravam-na homens da melhor qualificação: José Bonifácio de Andrada e Silva, insigne cultor das ciências naturais, da estirpe de um Benjamim Franklin; Antônio Carlos Ribeiro de Andrada e Silva, irmão do anterior, que foi a figura mais proeminente da Constituinte; Silva Lisboa, depois visconde de Cairu, conservador, das mais notáveis culturas de seu tempo, admirador do gênio inglês, temeroso dos reflexos da Revolução Francesa; José Joaquim Carneiro de Campo, futura marquês de Caravela, principal constitucionalista da Constituinte, foi, mais tarde, o principal redator da Constituição do Império, como membro do Consel-

ho de Estado. Mas foi D. Pedro I o vulto mais destacado do processo constituinte do Império, não só pela convocação da Assembléia Constituinte, mas por produzir diversos atos no sentido da constitucionalização do país. Afonso Arinos de Mello Franco,³¹ de cuja obra estou me servindo, lembra diversas declarações de constitucionalismo de D. Pedro, expressas em toda sorte de atos oficiais. Assim, no dia 2 de março de 1822, dá ao Largo do Rocio o nome de *Praça da Constituição*; em abril, vai a Vila Rica, capital da província de Minas Gerais, e exige, antes de entrar nela, que lhe reconheçam sua autoridade de *regente constitucional*; logo, ao entrar, expede proclamação em que se lê: “Sois livres. Sois constitucionais. Uni-vos comigo e marchareis constitucionalmente...”; ainda em Vila Rica, declarando as atribuições da Junta de Governo, diz que ela “deveria observar religiosamente as leis existentes... pois só assim se podia cada vez mais consolidar o sistema constitucional”. Depois da Independência, ao ser proclamado imperador do Brasil, a 12 de outubro, declara aceitar o título de imperador constitucional; no dia seguinte, por decreto se atribui o título oficial de “Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Império do Brasil”. Na instalação da Assembléia Constituinte, D. Pedro I comparece (3 de maio de 1823) e pronuncia a “Fala do Trono”, plena de brasilidade, de propósitos constitucionais e alvissaras por estar “*junta a assembléia para constituir a nação. Que prazer! Que fortuna para todos nós*”. Condenou *as constituições teóricas e metafísicas*, e *por isso inexequíveis*, como as da França e Espanha, que “não têm feito, como deviam, a felicidade geral”. Por isso, considerando-se imperador constitucional, esperava que os constituintes fizessem “*uma constituição sábia, justa, adequada e executável*, ditada pela razão, e não pelo capricho, que tenha em vista somente a felicidade geral, que nunca pode ser grande, sem que esta constituição tenha bases sólidas, bases que a sabedoria dos séculos tenha mostrado, que são as verdadeiras para darem uma justa liberdade aos povos, e *toda a força necessária ao poder executivo*” (grifei). Queria os três poderes organizados e harmonizados, para evitar o despotismo. Mas também disse que queria uma Constituição que merecesse sua imperial aceitação e fosse digna do Brasil e dele, o que gerou descontentamento. Houve resposta do presidente da Assembléia, D. José Caetano da Silva Coutinho, bispo do Rio de Ja-

31 Cf. Mello Franco, Afonso Arinos de, *Curso de direito constitucional*, vol. II: *formação constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 41 e ss.

neiro, que insistiu na distinção, independência e harmonia dos poderes, pois a “distinção dos poderes políticos é a primeira base de todo o edifício constitucional”.

Logo depois, é designada uma comissão especial para elaborar o projeto de Constituição, composta de José Bonifácio, Antônio Carlos, Pereira da Cunha, Ferreira da Câmara, Araújo Lima, Aguiar de Andrada e Muniz Tavares, todos eram personalidades de destaque do seu tempo. No seio da Constituinte, agitam-se os temas da época; uns propugnam pela monarquia constitucional; outros pleiteiam a monarquia federativa; há até quem defenda a República. Predominam, porém, as discussões em torno da doutrina de Benjamin Constant. Assim é que Carneiro de Campos, defendendo o direito de sanção do Imperador aos projetos de lei votadas pela Assembléia, exprime que é necessária uma carta sensível, brilhante e majestosa, que fielmente mostre a preeminente dignidade *daquele que é a chave da abóbada do edifício social*, e mais tarde, como redator da Constituição do Império, haveria de influir no enunciado do artigo 98, segundo o qual *o Poder Moderador é a chave de toda a organização política e é delegado privativamente ao imperador, como chefe supremo da Nação e seu primeiro representante*, usando quase *ipsis litteris* palavras do autor suíço. Expressão semelhante usa Antônio Carlos: “sendo o monarca a chave que fecha a abóbada social, é, de certo modo, superior a todos os outros poderes”, e o deputado Cruz Gouveia é explícito ao declarar seguidor da opinião de Benjamin Constant, “publicista elogiado pelos mais ilustres deputados desta Assembléia”. É também de Benjamin Constant a idéia traduzida nos artigos 267 e 268 do Projeto de Constituição de autoria basicamente de Antônio Carlos, segundo os quais só é constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respetivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais, e tudo que não é constitucional pode ser alterado pelas legislaturas ordinárias, concordando dois terços de cada uma delas, idéias essas que passaram a integrar o artigo 178 da Constituição do Império.³²

Os conflitos entre a Assembléia Constituinte e o imperador logo se acirraram, desde a fala do trono. Ele se desentende com os Andradas. Demite-os do Ministério. Por ato sumário de 12 de novembro de 1823, dissolve a Constituinte, e convoca outra que nunca se reuniu. Promete apresentar projeto de Constituição duplicadamente mais liberal do que o

32 *Ibidem*, pp. 54 e ss.

projeto que a extinta Assembléia estava discutindo. Cria, no dia seguinte, o Conselho de Estado com dez membros ilustres, a que incumbiu a elaboração do prometido projeto. Participa, ele próprio, dessa elaboração. Um mês depois estava pronto. Remeteu-o às Câmaras Municipais, pedindo sua apreciação. A maioria aderiu logo. Outras, como a de Itu, apresentaram restrições.

As províncias do norte se rebelaram. Começou que o povo de Recife (capital da Província e hoje Estado de Pernambuco) repeliu, com veemência, o projeto de Constituição de D. Pedro. Em reunião popular para deliberar sobre o juramento do projeto, foi aprovado um candente manifesto de Frei Joaquim do Amor Divino Caneca (Frei Caneca) que firmava alguns princípios básicos sobre a Constituição que:

...não é outra coisa, que a ata do pacto social, que fazem entre si os homens, quando se ajuntam e associam para viver em reunião ou sociedade. Esta ata, portanto, deve conter a matéria, sobre que se pactuou, apresentando as relações, em que ficam os que governavam, e os governados, pois que sem governo não pode existir sociedade. Estas relações, a que se dão os nomes de direitos e deveres, devem ser tais, que defendam e sustentem a vida dos cidadãos, a sua liberdade, a sua propriedade, e dirijam todos os negócios sociais à conservação, bem-estar e vida cômoda dos sócios, segundo as circunstâncias de seu caráter, seus costumes, usos e qualidades do seu território etc. Projeto de constituição é o rascunho desta ata, que ainda se há de tirar a limpo, ou apontamentos das matérias que hão de ser ventiladas no pacto; ou, usando de uma metáfora, é o esboço na pintura, isto é, a primeira delineação, nem perfilada, nem acabada. Portanto, o projeto oferecido por S. M. nada mais é do que o apontamento das matérias, sobre que S. M. vai contratar conosco. Vejamos, portanto, se a matéria aí lembrada, suas divisões e as relações destas são compatíveis com as nossas circunstâncias de independência, liberdade, integridade do nosso território, melhoramento moral e físico, e segura felicidade.

Daí Frei Caneca segue numa arguta análise crítica do projeto. Ao poder moderador, acusa de nova invenção maquiavélica e chave mestra da opressão da nação brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos. Conclui com uma série de indagações contra o texto, como esta: “Como agora podereis jurar uma carta constitucional, que não foi dada pela soberania da nação, que vos degrada da sociedade de um povo livre e brioso para um valongo de escravos e curral de bestas de carga?”

Desencadeiam-se vários atos de natureza revolucionária, que culminam com a Proclamação da Confederação do Equador (2 de julho de

1824), posterior já à entrada em vigor da Constituição do Império. A Confederação teve sua Constituição. O movimento foi, porém, sufocado pelo imperador, com a condenação de Frei Caneca à morte por enforcamento.

O certo é que, sob o fundamento de que os povos do Império, juntos em Câmaras, requereram, desde logo, fosse o projeto jurado como Constituição do Império, sem esperar se reunisse nova Assembléia Constituinte, que desconvocou, D. Pedro outorgou-a no dia 25 de fevereiro de 1824, como *Constituição Política do Império do Brasil*, como já vimos antes, que regeu os destinos do Brasil até a proclamação da República em 15 de novembro de 1889.

B. Congresso constituinte republicana de 1891

As bases materiais da República começam a despontar com a decadência da economia açucareira e a expansão da cafeeira, que gerou forte burguesia, aristocrática, rica, poderosa, dinâmica, agressiva, que não se continha nos quadros estreitos da estrutura institucional do Império. Essa aristocracia rural postulava participação intensa no poder, que o sistema centralizador do Império não propiciava. A proclamação da República e especialmente a descentralização federativa vieram atender a essas aspirações.³³ O Império tomba sob o impacto dessas condições materiais, com uma simples passeata militar numa bela manhã de 15 de novembro de 1889, quando o Marechal Deodoro da Fonseca proclama a *República Federativa*.

Um governo provisório assume o poder sob a presidência do Marechal Deodoro da Fonseca, e a primeira afirmação constitucional da República foi o Decreto n. 1, expedido naquela data. Nele se traduz a velha aspiração brasileira com a adoção do federalismo. As províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficaram constituídas nos *Estados Unidos do Brasil*, e cada um dos estados, no exercício de sua legítima “soberania” —no dizer do decreto— decretariam sua Constituição e elegeriam seus corpos legiferantes e os seus governos.

Tratou-se, então, de organização o regime. A 3 de dezembro, o governo provisório nomeou uma comissão de cinco ilustres republicanos para

³³ C. Souza, Maria do Carmo Campello de, “O processo político-partidário na Primeira República”, em Mota, Carlos Guilherme (org.), *Brasil em perspectiva*, 11a. ed., São Paulo, Difel, 1980, p. 164.

elaborar o projeto de Constituição, que serviria de base para os debates na Assembléia Constituinte que se propunha convocar. Pronto o projeto, foi publicado pelo Decreto n. 510, de 22 de junho de 1890, como *Constituição aprovada pelo Executivo*, de autoria basicamente de Ruy Barbosa que era o ministro da Fazenda do Governo Provisório. Por esse mesmo decreto é convocado o *congresso constituinte* composto de Câmara dos Deputados e de Senado, o que, certamente, denota idéia de congresso ordinário e não propriamente de uma assembléia nacional constituinte. Esse congresso fora eleito em 15 de maio de 1890, instalando-se seus trabalhos no dia 15 de novembro de 1890, quando a República comemorava seu primeiro ano de existência. Compunha-se de 205 deputados e de 63 senadores, predominado os representantes das profissões liberais, advogados, médicos e engenheiros e de muitos militares (4). Essa representação esconde a real composição do congresso constituinte de 1890-1891. Os profissionais liberais da época constituíam, em verdade, membros da aristocracia rural, que dominava o país, de base oligárquica coronelística. O sistema eleitoral não era mais censitário, mas era a descoberto (a bico de pena). A influência do positivismo de Augusto Comte foi notável nesses tempos. As duas idéias básicas que empolgaram os debates foram, sob a influência da organização político-jurídica dos Estados Unidos, o federalismo e o presidencialismo. Sobre o federalismo, os debates se deram entre duas correntes de idéias: *unionistas* e *federalistas*. “Unionistas” eram também adeptos do federalismo, mas com predominância da União; os “federalistas” pregavam uma descentralização mais acentuada com predominância dos Estados-membros contra a União, tal como nos Estados Unidos, então.

A vitória ficou, sem dúvida, com a primeira, a dos partidários da supremacia da União, embora a segunda tivesse obtido vantagens importantes, algumas das quais, aliás, foram sendo eliminadas na marcha do nosso direito constitucional, até a Constituição vigente. Ruy Barbosa foi, ainda aqui, figura primordial nos debates. Ele encarnou e chefiou —principalmente quando, como ministro da Fazenda, discutiu a distribuição das rendas federais e estaduais— as reivindicações unionistas. Seu principal opositor, foi Júlio de Castilhos, que juntava no espírito o particularismo gaúcho à formação ortodoxa positivista, que, como se sabe, é contrária às grandes centralizações políticas.³⁴

34 Cf. Melo Franco, Afonso Arinos, *op. cit.*, nota 31, p. 131. Todo o texto é baseado nas informações desse autor.

Entre os unionistas, destacam-se figuras de relevo como Ubaldino do Amaral, José Higino, J. J. Seabra, Justiniano de Serpa, amaro Cavacânti entre outros. Do mesmo modo do lado dos federalista, nomes da envergadura de um Júlio de Castilho, Borges de Medeiros, Lauro Müller, Epitácio Pessoa e Campos Salles. Esses homens todos se destacaram nos debates constituintes e também no processo do poder republicano. Alguns foram presidentes da República, outros governadores de estado, todos políticos influentes da República.

Contudo, não houve mudança significativa no projeto de Constituição que o Governo Provisório submeteu ao congresso constituinte.

Não tardou o conflito de poderes. O congresso constituinte, promulgada a Constituição em 24. de feevereriro de 1891, elegera presidente da República a Deodoro da Fonseca e vice-presidente a Floriano Peixoto, e se convertera em Congresso ordinário, que foi dissolvido por Deodoro a 3 de novembro de 1891. A 23, “para evitar corresse o sangue generoso dos brasileiros”, Deodoro renunciou. Floriano Peixoto assume o poder e implanta um governo ditatorial, mas entregou o poder ao presidente eleito para 1894/1898, que foi Prudente de Moraes, político de São Paulo e republicano histórico. A *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891* durou até a Revolução de 1930, tendo sido emendada amplamente em 1926, como vimos.

C. Constituinte de 1933/1934

A década de 30 foi extremamente conflituosa, incluindo a Revolução Constitucionalista de São Paulo em 1932, pleiteando a reconstitucionalização do país. Derrotados os revolucionários, o presidente da República, Getúlio Vargas, que governava discricionariamente, convoca a Assembléia Constituinte. Os conflitos ideológicos de direita e de esquerda repercutem na organização da Constituinte, que viria a compor-se de 214 representantes políticos e de mais 40 deputados classistas. Ainda não era desta vez que a democracia haveria de florescer na composição da Constituinte, pois, nela, ainda predominou a representação conservadora e oligárquica, que sobreviveu à Revolução de 1930. É certo que, nela, além de representantes classistas dos empregados, de corte corporativa, figuravam também deputados não oligarcas representantes de idéias progressistas, em número muito pequeno, todavia.

Antes de instalada a Constituinte, o governo nomeou uma Comissão Especial para elaborar um anteprojeto de Constituição que o apresentaria à Assembléia Constituinte entre cujos membros se destacavam nomes como Afrânio de Melo Franco, Assis Brasil, Antônio Carlos de Andrada e Silva (da mesma família daquele Antônio Carlos que pontificou na Constituinte do Império), Prudente de Moraes Filho, João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Artur Ribeiro, Agenor de Roure, José Américo, Osvaldo Aranha, Oliveira Vianna, Góis Monteiro e Themístocles Cavalcânti, que integravam uma subcomissão da Comissão Especial. É importante revelar as idéias gerais desses homens, porque alguns foram constituintes e porque o anteprojeto teve influência nos debates da Assembléia Constituinte. Para tanto, transcrevo manifestação de Afonso Arinos, nos termos seguintes:

Percorrendo-se as opiniões manifestadas nos debates nota-se a existência de uma espécie de inclinação fascizante nos espíritos revolucionários mais jovens. Góis Monteiro exprimia um nacionalismo militarista, desconfiado das tradições liberais e da técnica da democracia clássica, que, de resto, conhecia muito pela rama. Oliveira Vianna —grande figura intelectual— tinha as convicções sociologicamente aristocráticas e autoritárias, que compendia em toda a sua obra de discípulo dileto de Alberto Torres. José Américo e Osvaldo Aranha flutuavam nas indecisas aspirações de uma justiça social e de uma organização estatal influenciadas pelos novos modelos ditatoriais da Europa. João Mangabeira era o ilustre jurista e o insigne orador de sempre; como sempre brilhante e impetuoso, cedendo, às vezes, às perigosas impressões de momento, que vestia com as roupagens sedutoras da sua dialética e de sua contraditória cultura, ao mesmo tempo liberal, às maneira de Rui, esquerdista à maneira da filosofia marxista. Surpreendente é o equilíbrio de Antônio Carlos. O que faltava ao Andrada em preparação intelectual, sobrava em finura, sensatez e experiência... Themístocles Cavalcânti dava, então, os primeiros passos na carreira de cultor do Direito Público, em que, depois, se notabilizou. Àquele tempo suas opiniões pareciam fortemente coloridas da influência autoritária a que há pouco me referi. O esforço de Melo Franco,³⁵ quase sempre bem sucedido, era o de coordenar os debates, esclarecer as obscuridades, contornar, habilmente, os choques, afastar, quando necessário, os desatinos, aceitar as inovações úteis ou inevitáveis, reunir tudo, enfim, no notável projeto que pode ser submetido à Constituinte.³⁶

35 Afrânio de Melo Franco era pai do autor citado, Afonso Arinos de Melo Franco. Era um liberal conservador.

36 Cf. Melo Franco, Afonso Arinos de, *op. cit.*, nota 31, pp. 178 e 179.

Eleita a Assembléa Constituinte, pela primeira vez, nela figuram representantes do pensamento socialista, Acir Medeiros e Vasco de Toledo (representantes classistas da categoria dos empregados) e Zoroastro Gouveia e Lacerda Werneck, eleitos pelo Partido socialista de São Paulo.³⁷

Os debates giraram especialmente sobre a ordem econômica e social que haveria de figurar na Constituição. Debateu-se também sobre o bicameralismo, que foi afastado, já que o Poder Legislativo previsto era exercido apenas pela Câmara dos Deputados, enquanto o Senado Federal nela entrou apenas como órgão de coordenação de poderes e colaborador da Câmara dos Deputados etc. (artigo 91). Quanto à figuras de destaque da Assembléa Constituinte de 1933/1934, mais uma vez me permito recorrer ao seguinte texto de Afonso Arinos de Melo Franco que dá deles notícia suficiente:

A primeira sessão preparatória teve lugar a 11 de novembro e foi presidida pelo ministro do Supremo Tribunal, Hermenegildo de Barros, na qualidade de presidente do Superior Tribunal Eleitoral, o qual proferiu interessante discurso explicando a sua presença como decorrência natural das funções atribuídas à nova Justiça especializada. A presidência da Assembléa recaiu sobre o deputado mineiro Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, velho e experiente parlamentar e homem público, que continuava, na terceira Constituinte nacional, a tradição que os seus ancestrais haviam inaugurado na primeira. A instalação solene foi a 15 de novembro, tendo comparecido o presidente Getúlio Vargas. No dia seguinte ao da instalação foi formada a Comissão Constitucional, composta de 26 membros, um por cada unidade da Federação, incluindo o Distrito Federal e o Acre (total 22), e mais quatro representantes das categorias profissionais. No dia 16 foi também comunicado ao plenário o depósito, em Mesa, do anteprojeto do Itamarati. O presidente da Comissão Constitucional foi o deputado gaúcho Carlos Maximiliano, ilustre experiente constitucionalista, que conhecia a fundo o projeto, visto ter participado ativamente da sua elaboração. O vice-presidente foi o Sr. Levi Carneiro e o relator-geral o Sr. Raul Fernandes, ambos fluminenses e com folhas de serviço brilhantes na ciência jurídica e na vida pública. O líder da Assembléa foi, a princípio, Osvaldo Aranha, que não era deputado mas ministro, e como tal (como se dera em 1890) tinha assento nos trabalhos. Aranha renunciou em meados de janeiro, sendo substituído na liderança pelo baiano Medeiros Neto. Entre os constituintes havia figuras expressivas. Com nomes já consagrados na política ou no direito apareciam Antônio Carlos, Seabra, Sampaio Correia, Alcântara Machado, Cardoso de Melo, Cincinato Braga, Raul Fer-

37 *Ibidem*, p. 179.

nandes, Carlos Maximiliano, Levi Carneiro. Da nova ou mais nova geração vinham Virgílio de Melo Franco, Prado Kellay, Pedro Aleixo, Agamemnón Magalhães, Odilon Braga, Osório Borba, Olegário Mariano, soares Filho, Gabriel Passos, Daniel de Carvalho. Três ilustres constituintes morreram durante os trabalhos: Calógeras e Augusto de Lima, deputados por Minas, e Miguel Couto, que representava o Distrito Federal. Um outro, também ilustre, afastou-se da Assembléia por meio de renúncia: Assis Brasil.³⁸

D. Congresso constituinte de 1946

Como já disse em outro lugar, a Constituição de 1934 não durou quatro anos, substituída que foi pela Carta Constitucional outorgada por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, que perdurou até 1945. Com o fim da Segunda Guerra mundial de que o Brasil participou, surgiram movimentos para a reconstitucionalização do país, como vimos. A questão política evoluiu com alguma incerteza e muita desconfiança, até que o ditador deu mostras de pretender continuar no poder pela prática de atos suspeitos de arregimentação de forças para tanto. Então, os militares o depuseram a 29.10.1945, entregando a Presidência da República ao presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro José Linhares, que expediu vários atos necessários à democratização do processo político em andamento.

Essas marchas e contramarchas, no entanto, refletiam um movimento nacional na direção constituinte. Começou que o Tribunal Superior Eleitoral interpretou como sendo constituintes os poderes que, nos termos da Lei Constitucional n. 9/1945, a Nação iria outorgar ao Parlamento nas eleições convocadas para 2 de dezembro de 1945. Com fundamento nessa interpretação, o Governo Linhares editou a Lei Constitucional n. 13, de 12 de novembro de 1945, para estabelecer que *os representantes a serem eleitos a 2 de dezembro de 1945 para a Câmara dos Deputados e o Senado Federal se reuniriam no Distrito Federal, sessenta dias após as eleições, em Assembléia Constituinte, para votar, com poderes ilimitados, a Constituição do Brasil*. Nesses termos, na verdade, mais uma vez o que se convocava era um Congresso Constituinte, pois o que se estava era atribuindo poder constituinte à Câmara dos Deputados e Senado Federal. O certo é que dita Assembléia Constituinte foi instalada no dia 2 de fevereiro de 1946. Iniciou seus trabalhos sob enorme esperança do

38 *Ibidem*, pp. 183 e 184.

povo brasileiro. Teríamos agora uma democracia real e efetiva e um regime de liberdade e justiça social, ou continuaríamos ainda sob o domínio das oligarquias elitistas, após quinze anos de sufoco ditatorial com tendência paternalista e populista? Nela estavam representadas várias correntes de opinião: direita, conservadora, centro-democrático, progressistas, socialistas e comunistas, predominando a opinião conservadora (noventa por cento dos constituintes estavam vinculados direta ou indiretamente à propriedade imobiliária). Seus trabalhos não partiram de um projeto oferecido de fora, como nas constituintes anteriores. Para elaborar um projeto foi nomeada a Comissão de Constituição, ficando decidido distribuir a matéria por 10 subcomissões, com três membros cada, incumbidas cada qual de um trecho ou capítulo específico do futuro texto. A Comissão foi composta segundo o critério da representação proporcional dos partidos: Partido Social Democrático, União Democrática Nacional, Partido Trabalhista Brasileiro, Partido Comunista do Brasil, Partido Republicano, Partido Libertador, Partido Democrata Cristão, Partido Republicano Progressista e Partido Popular Sindicalista.. Cada subcomissão ficou incumbida de um capítulo específico do futuro texto, tomando por base a Constituição de 1934. O Senador Melo Viana, de Minas Gerais, foi eleito presidente da Assembléia Constituinte. O Senador Nereu Ramos presidiu à Comissão de Constituição. O seguinte texto de Afonso Arinos destaca os trabalhos da Comissão e dos constituintes de maior relevo nela:

Manda a Justiça que se reconheça o excelente trabalho levado a efeito pela Comissão da Constituição e pelas Subcomissões em que ele se distribuiu. Preparados os textos por estas, em prazos certos, eram discutidos e votados na Comissão plena, sem oratória inútil, mas com freqüentes e substanciosos votos dos seus componentes. Nereu Ramos, na presidência, era um elemento que se impunha pela autoridade, isenção e experiência. É sempre tarefa delicada distinguir, dentro de um corpo coletivo integrado por numerosas capacidades, alguns nomes. Da leitura dos *Anais* da Comissão, entretanto, pensamos poder salientar, sem diminuição para os demais, a atuação dos seguintes constituintes: Nereu Ramos, Agamemnon Magalhães, Gustavo Capanema, Cirillo Júnior, Costa Neto, do P. S. D.; Prado Kelly, Mário Masagão, Aliomar Baleeiro, Ferreira de Sousa e Hermes Lima, da U. D. N.; Artur Bernardes, do P. R., e Raul Pela, do P.L.³⁹

39 *Ibidem*, pp. 233 e 234.

A essa lista podem-se acrescentar Ataliba Nogueira, Clodomir Cardoso, Argemiro Figueiredo, por exemplo. Na elaboração constitucional distinguem-se várias fases: *projeto primitivo*, que, submetido ao plenário da Constituinte, recebia emendas e retornava às subcomissões, daí saiu um *projeto revisto* que era submetido ao plenário, que uma vez aprovado passava por uma redação final e, enfim, a aprovação definitiva.⁴⁰

E. Formação da Constituição de 1967

Sucessivos conflitos constitucionais se sucederam sob a Constituição de 1946, os quais encontraram um laboratório na Escola Superior de Guerra, criada em 1949, segundo concepção norte-americana, com o objetivo de preparar as elites civis e militares para o exame das questões referentes à segurança nacional e onde se formulou a *doutrina da segurança nacional*. Foi daí que as tais elites civis e militares prepararam o golpe de 1964 (31 de março de 1964), que depôs o presidente João Goulartigo Como já vimos, o país passou a ser governado por atos institucionais e complementares, com profundas modificações na Constituição de 1946 que além disso ainda sofreu mias vinte e uma emendas.

À vista disso, o presidente da República entendeu, ainda sob a capa de titular do poder constituinte revolucionário, que era tempo de dar ao país uma Constituição que, além de uniforme e harmônica, representasse a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução, assim considerado o golpe de 1964. Para tanto, contudo, não se convocou uma Assembleia Constituinte. Expediu-se o Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966, pelo qual *se convocou o próprio Congresso Nacional para reunir-se extraordinariamente de 12 de dezembro de 1966 a 14 de janeiro de 1967, a fim de discutir, votar e promulgar projeto de Constituição, que o presidente da República tinha mandado elaborar*. O Ato Institucional não se limitara a convocar o Congresso Nacional para aquele fim. Estabelecera minuciosamente toda a tramitação do projeto de Constituição. Em síntese, estatuiu: a) logo que o projeto for recebido pelo presidente do Senado serão convocadas, para sessão conjunta, as duas

⁴⁰ Sobre a elaboração da Constituição de 1946 em todas as suas fases com os debates fundamentais, cf. Duarte, José, *A Constituição brasileira de 1946, exegese à luz dos trabalhos constituintes*, m três volumes, Rio de Janeiro, sem indicação da casa editora, talvez Imprensa Oficial, 1947.

Casas do Congresso, e o presidente deste designará Comissão Mista, composta de onze Senadores e onze Deputados, indicados pelas respectivas lideranças e observando o critério da proporcionalidade; *b)* a Comissão Mista reunir-se-á nas 24 horas subseqüentes à sua designação, para eleição de seu presidente e Vice-presidente, cabendo àquele a escolha do relator, o qual dentro de 72 horas dará seu parecer, que concluirá pela aprovação ou rejeição do projeto; *c)* proferido e votado o parecer, será o projeto submetido a discussão, em sessão conjunta das duas Casas do Congresso, procedendo-se a respectiva votação no prazo de quatro dias; *d)* aprovado o projeto pela maioria absoluta será o mesmo devolvido à Comissão, perante a qual poderão ser apresentadas emendas; se o projeto for rejeitado, encerrar-se-á a sessão extraordinária (quanto a isso, os congressistas estavam convencidos de que, se rejeitassem puramente o projeto, ele seria baixado como constituição por algum Ato Institucional com o mesmo fundamento autoritário, com que se estava regulando a sua tramitação no Congresso); *e)* as emendas teriam que ser aplicadas por um quarto de qualquer das Casas do Congresso, e seriam apresentadas no prazo de cinco dias da aprovação global do projeto, e a Comissão Mista dispunha de 12 dias para sobre elas emitir parecer; *f)* e concluía, dizendo que no dia 24 de janeiro de 1967 as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgariam a Constituição segundo a redação final da Comissão, seja o do projeto com as emendas aprovadas, ou seja o que tivesse sido aprovado de acordo com o artigo 4o., se nenhuma emenda tivesse merecido aprovação, ou se a votação não tivesse sido encerrada até o dia 21 de janeiro.

Era o prazo fatal, que provocou um episódio burlesco na noite de vinte e um para vinte e dois de janeiro. Estava chegando a meia-noite e a votação do projeto ainda não tinha terminado. Faltando um minuto para terminar o prazo fatal, o presidente do Congresso, senador Auro de Moura Andrade, determinou que fossem parados todos os relógios do recinto do Congresso Nacional para que, pelos relógios da Casa, não se esgotasse o tempo, enquanto não se encerrasse a votação da matéria, com o argumento, um tanto ridículo, de que o tempo do Congresso se marcava pelos seus relógios... E assim concluía a votação já na manhã do dia seguinte, ele mandou reativar os relógios. E tudo ficou como se tivesse sido feito dentro do prazo.

O projeto que o governo submeteu ao Congresso Nacional era muito ruim. Não garantia sequer os direitos individuais do homem, embora os

previsse, deixando, contudo, sua eficácia e aplicabilidade na dependência da lei. Pois, após arrolá-los no artigo 149, consignava no artigo 150 o seguinte: “A lei estabelecerá os termos em que os direitos e garantias individuais serão exercidos, visando ao interesse nacional, à realização da justiça social e à preservação e ao aperfeiçoamento do regime democrático”. O Congresso nacional, coagido e premido pelo tempo, teve a grandeza de refazer o projeto e recuperar as garantias dos direitos fundamentais e democráticos. Por isso, apesar de burlesco, aquele episódio supra-referido, acabou sendo providencial, porque, se não fosse votado o projeto com as modificações do Congresso, seria baixado como Constituição o projeto autoritário do Governo. No dia 24 de janeiro de 1967, foi promulgada a Constituição do Brasil, para entrar em vigor no dia 15 de março de 1967. De certo modo, foi uma Constituição outorgada, digamos, outorgada através do Congresso Nacional. Vigorou de 15 de março de 1967 a 30 de outubro de 1969, quando foi outorgada uma nova Constituição, sob o título de Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1967.

O regime foi um estado de exceção permanente (pura ditadura) que perdurou de 1964 até 1978. Mas suas conseqüências perduraram até 1984, embora a luta pelo retorno ao Estado de direito se intensificasse.

F. Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988

As discussões em torno da normalização democrática e da conquista do Estado democrático de direito, já em 1984, tinham deixado de ser digressões das elites. Tomaram as ruas. As multidões, que acorreram aos comícios em prol da eleição direta do presidente da República no primeiro semestre de 1984, interpretavam os sentimentos da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional, que refizesse o pacto social e realizasse as tendências populares. Finalmente, tinha chegado a hora de reverter o sistema por meio da atuação do poder constituinte originário numa Assembléia Nacional Constituinte. Como candidato à eleição indireta ainda para presidente da República Tancredo Neves lança as bases da Nova República, percebendo que ela viria de qualquer jeito, por força da conscientização política do povo, que não mais aceitava ficar fora do processo do poder. Por isso, ele propôs construí-la usando metodologia clara, conforme mostrei no seguinte texto:

A Nova República pressupõe uma fase de transição, com início a 15 de março de 1985, na qual serão feitas ‘com prudência e moderação’, as mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que ‘se definirá pela eliminação dos resíduos autoritários’, e o que é mais importante ‘pelo início, decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira’. E, assim, finalmente, a Nova República ‘será iluminada pelo futuro Poder Constituinte, que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição que situe o Brasil no seu tempo, prepare o Estado e a Nação para os dias de amanhã.⁴¹

A eleição do pranteado Tancredo Neves, para a Presidência da República, a 15 de janeiro de 1985, foi saudada como o início de um novo período da história das instituições políticas brasileiras. Ele próprio o denominou de a *Nova República*, que haveria de ser democrática e social, a fim de caminhar-se com segurança rumo de um destino menos duro para o povo. Mas a Nova República só teria legitimidade e durabilidade se se fundamentasse numa Constituição democrática, ou seja, numa Constituição que emanasse de uma Assembléia Constituinte representativa da soberania popular, pois só o povo é capaz de interpretar seus próprios anseios e aspirações e de assim construir obra duradoura e adaptada à índole mais profunda da nacionalidade, o que não se conseguiu nas Constituintes e Constituições anteriores.

Os debates pela convocação do poder constituinte originário ganharam as ruas, coisa rara no constitucionalismo brasileiro. Fizeram-se congressos, círculos de estudos, seminários, por todo o país, tendo como tema central a Constituinte ou o conteúdo da futura Constituição. Pleiteou-se a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte exclusiva. Mais uma vez o procedimento de convocação da Constituinte importava em deformações da vontade popular, pois, em verdade, não se convocou Assembléia Nacional Constituinte. A rigor, o que se fez, pela Emenda Constitucional 26, de 27 de novembro de 1985, foi convocar instituições constituídas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, inclusive com senadores biônicos, para elaborar a nova Constituição. Não era uma autêntica Assembléia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte. Mas ele fora eleito para elaborar a nova Constituição. As eleições de deputados e senadores para tal fim foram livres e

41 Cf. meu artigo “Um sistema de equilíbrio”, *Jornal da Tarde*, cit., nota 20, p. 6.

democráticas, até enquanto o possam ser num sistema eleitoral que favorece em demasia o poder econômico.

Sua composição ideológica era mais bem distribuídas do que as Constituintes anteriores, ainda assim com tendência mais para o centro e centro-direita, segundo pesquisa do jornal *Folha de S. Paulo* que deu a seguinte classificação: Direita 12%; Centro-direita, 24%; Centro, 32%; Centro-esquerda, 23%; Esquerda, 9%. Esta pesquisa, tendo em vista o funcionamento da Constituinte, aproximava bastante da realidade.

O presidente da República, antes mesmo da convocação da Constituinte, nomeou uma “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais”, destinada a preparar um anteprojeto que servisse de subsídio à elaboração do novo texto, que não foi enviado à Assembléia Constituinte, mas influiu muito na elaboração da nova Constituição. O Regimento Interno da Assembléia regulamentou o procedimento constituinte a ser observado. Ulysses Guimarães, presidente da Constituinte, ao promulgar esse Regimento, disse: “sem texto preexistente, a Constituição será constituinte e societária. Sua feitura transitará por cinco crivos e cadinhos: 23 subcomissões, oito comissões temáticas, uma comissão de sistematização, discussão e votação plenária em dois turnos”, acrescentando: “Semelhantes e sucessivas instâncias de meditação e reforma são janelas abertas para a sociedade, para receber os ventos, senão a ventania, da oxigenação das mudanças e da interação”.⁴² Por esse procedimento, seguiram-se fases de apresentação de propostas, de emendas, discussão e votação, nas Subcomissões, nas Comissões, na Comissão de Sistematização e no Plenário.

A metodologia adotada incluiu duas técnicas importantes: *audiências públicas* e *participação popular* no processo de elaboração constitucional. Foram apresentadas cento e vinte duas emendas populares num total de doze milhões de assinaturas. A proposta sobre os direitos da criança foi apoiada por um milhão e duzentos mil eleitores. Outra sobre a educação obteve o apoio de setecentos e cinquenta mil e setenta e sete eleitores. Outra pleiteando a introdução na Constituição de institutos de participação popular conseguiu o apoio de trezentas e trinta e seis mil e quarenta e sete assinaturas. Esses exemplos mostram o quanto o processo foi bem recebido pelo povo que procurou estar presente e discutir seus

⁴² Cf. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, 25 de março de 1987, p. 911. Para um bom resumo do procedimento constituinte, cf. Corrêa, Oscar Dias, *A Constituição de 1988, contribuição crítica*, Rio, Forense Universitária, 1991, pp. 3 a 12.

interesses e direitos, o que certamente influenciou os Constituintes na construção de uma democracia de conteúdo social.

É, no entanto, justo observar que o poder popular encontrou na Constituinte um novo e forte concorrente: o *poder corporativo*. Novamente o procedimento tolheu o princípio popular, que só teve um momento para atuar diretamente, com propostas perante a Comissão de Sistematização, enquanto as organizações corporativas atuaram permanentemente em forma de *lobby* junto a deputados e senadores constituintes. Foi uma pressão ousada e terrível de associações e organizações de toda espécie, formadas às vezes especialmente para obter vantagens na Constituinte. A verdade é que, enquanto as propostas populares receberam, quando receberam, formulações de eficácia limitada, as corporações conseguiram assegurar seus interesses de maneira concreta.

Apesar disso, fez-se uma Constituição que rompeu com o passado, por isso, é combatida pelas elites conservadoras.

O princípio popular teve importante papel na sua elaboração. Nela, num certo sentido, encontramos a prova de que o procedimento constituinte será compatível com o poder popular se se efetivar com fidelidade a um princípio de justiça do resultado, porque a justiça da Constituição depende do procedimento seguido em sua feitura.⁴³ Não é por outra razão que mal tinha a Constituição sido promulgada e já era combatida pelas elites. Ela assume a condição de instrumento de realização dos direitos fundamentais do homem. Albergam suas normas as fontes essenciais do novo constitucionalismo que já contaminou várias construções constitucionais da América Latina. Feita com alguma influência das Constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978, fecundou-se no clima da alma do povo, por isso não se tornou, como outras, uma mera constituição emprestada ou outorgada. Não tem cheiro de Constituição estrangeira como tinham as de 1891 e 1934. Não nasceu de costa virada para o futuro, como a de 1946, nem fundada em ideologia plasmada no interesse de outros povos como foi a doutrina de segurança nacional, princípio basilar das Constituições de 1967-1969. Algumas das cartas políticas anteriores só têm nome de Constituição por simples *torção semântica*, pois não merecem essa denominação, só de si, rica de conteúdo ético-valorativo. Não é Constituição, como repositório dos valores políticos de um

43 Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional*, 5a. ed., Coimbra, Almedina, 1991, p. 123 e 127.

povo, documento que não provenha do funda da consciência popular, fecundadora de uma autêntica ordem jurídica nacional.

Aí está a grande diferença da Constituição de 1988 no constitucionalismo pátrio que fora sempre dominado por uma elite intelectual que sempre ignorou profundamente o povo.⁴⁴

G. Conclusão

A história constitucional brasileira revela formas procedimentais diretamente usurpadoras da vontade constituinte do povo, a começar pela outorga da Constituição do Império, quando o Imperador assumiu a titularidade do poder constituinte; mais tarde tivemos a titularidade autocrática do poder constituinte assumida por Getúlio Vargas com a outorga da Carta de 10 de novembro de 1937. O processo usurpatório do poder constituinte originário, pelo poder militar aliado à oligarquia tecnocrática, difundiu-se com a Revolução de 1964, produzindo uma normatividade institucional excepcional, através de dezessete Atos Institucionais, e da outorga de duas Constituições, a de 24.1.1967 e a de 17.10.1969, em termos que já foram vistos. Mas, além desses processos diretos de usurpação, houve os meios indiretos pela deformação da vontade popular por procedimentos convocatórios e eleitorais escamoteadores.⁴⁵

II. ANÁLISE TEMÁTICO

1. Direitos individuais

A. Conceito e classificação

O artigo 5o. da Constituição arrola o que ela denomina de *direitos e deveres individuais e coletivos*. Não menciona as garantias individuais, mas elas também estão lá. O dispositivo assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a *inviolabilidade* do direito à *vida*, à *liberdade*, à *igualdade*, à *segurança* e à *propriedade*, nos termos dos incisos que seguem.

44 Cf. meu *Poder constituinte e poder popular*, cit., nota 30, pp. 108 e ss.

45 *Ibidem*, pp. 87 e 88.

Os direitos fundamentais do homem-indivíduo, ditos *direitos individuais*, são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.

A Constituição oferece-nos um critério para a *classificação dos direitos individuais*, quando assegura a inviolabilidade do direito à *vida*, à *igualdade*, à *liberdade*, à *segurança* e à *propriedade*. O critério é o do *objeto imediato* do direito assegurado.

A Constituição, contudo, admite outros direitos e garantias individuais, pois que a enumeração do artigo 5o. não é taxativa, já que o seu § 2º declara que *os direitos e garantias previstos neste artigo não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*.

B. Direito à vida, privacidade e personalidade

Vida, no artigo 5o., não será apenas elemento biológico de incessante auto-atividade funcional, mas processo biográfico, que se instaura com a concepção, transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até mudar de estado, passando à morte. Tudo que interfere nesse fluir espontâneo contraria a vida. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral, o direito à existência e também o direito à privacidade. A vida humana, objeto da inviolabilidade do artigo 5o., compreende elementos materiais e imateriais. Por isso é que a Constituição condena agressões à integridade física e moral (artigo 5o., XLIX), como condena a tortura, cuja prática constitui crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia (artigo 5o., XLIII) e o tratamento desumano ou degradante (artigo 5o., III).

O *direito de existência* consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo, direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é movimento espontâneo contrário ao estado de morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. Por essa razão também é que se reputa legítima a defesa contra agressões à vida, e coerentemente não ad-

mite a *pena de morte*, salvo em caso de guerra declarada (artigo 5o., XLVII, a), mas nada disse sobre o *aborto* ou a *eutanásia*.

C. *Direito à privacidade*

Não consta da cabeça do artigo 5o., mas é assegurado em vários incisos desse mesmo artigo, como o direito: a) à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem pessoal (inciso X); b) à inviolabilidade da casa, considerada asilo do indivíduo, na qual ninguém poderá penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (inciso XI); c) à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, permitidas, contudo, as interceptações telefônicas por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, a justificativa dessa permissão acha-se no aumento dos seqüestros de pessoas, quando se usam os telefones para comunicações e extorsões; entendeu o constituinte que aí o telefone passa a ser instrumento auxiliar do crime, por conseguinte, manter o sigilo absoluto, em tal caso, seria facilitar a prática do delito.

D. *Direito de igualdade*

Igualdade e justiça. Aristóteles vinculou a *idéia de igualdade à de justiça*, mas no sentido relativo e formal, pois não seria injusto tratar diferentemente o escravo e seu proprietário, sê-lo-ia se se tratasse senhores entre si ou escravos entre si desigualmente. Nesse sentido, a igualdade perante a lei corresponderia a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, caracterizada assim como isonomia formal. Um princípio de igualdade real e de justiça material postula a igualização das condições dos desiguais.

Insonomia formal e material. Nossas Constituições, desde a do Império, inscreveram o princípio *a igualdade perante a lei*, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação trata a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo do artigo 5o., se-

gundo o qual *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*, há de ser diferente, pois o intérprete tem que aferi-lo com outras normas constitucionais e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Hipótese de *isonomia material* constam do artigo 7o. XXX e XXXI, que proíbe distinções fundadas em certos fatores, ao vedarem *diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência*, e, ainda, inciso XXXIV do mesmo artigo, sobre a *igualdade entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso*. Aliás, é tarefa do Estado reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3o., III).

A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação.

Igualdade perante a lei. O princípio tem como destinatário tanto o legislador como os aplicadores da lei. Vale dizer que o legislador não pode elaborar lei discriminativa, que a lei deve reger com disposições idênticas situações idênticas e distinguir as que sejam entre si distintas, e o aplicador da lei está obrigado a aplicá-la de acordo com esses critérios. Mas a lei não deve tratar todos abstratamente iguais, pois as pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, apenas sob certos aspectos, o que impõe confrontações e contrastes entre as situações no aspecto tomado como essencial ou relevante pela lei. Fundado nisso é que se torna legítimo à lei tutelar pessoas que se achem em posição econômica inferior, buscando realizar o princípio da igualização das desigualdades de fato ou artificialmente criadas pelo regime político, econômico e social.

Igualdade sem discriminação. Artigo 5o. confere a igualdade perante a lei, *sem discriminação de qualquer natureza*. As Constituições anteriores enumeravam as razões impeditivas de discrimine: *sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas*. Esses fatores continuam a ser encarecidos como possíveis fontes de discriminações odiosas e, por isso, desde logo, proibidas expressamente, como consta do artigo 3o., IV, onde se dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: promover o bem de todos, *sem preconceitos de ori-*

gem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Proíbe-se, também, diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de *sexo, idade, cor, estado civil* ou *posse de deficiência* (artigo 7o., XXX e XXXI). A Constituição assim o faz porque essas razões preconceituosas são as em que mais comumente se tomam como fundamento de descrimine. Além disso, a Constituição se preocupa com a efetividade da vedação, determinando que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (artigo 5o., XLI) e, ainda, dá específica atenção a alguns daqueles fatores de discriminação, para estatuir sanção correspondente, assim, ao afirmar que *a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei* (artigo 5o., XLII), ou para evitar dúvidas, como a norma do artigo 12, § 2, segundo a qual *a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo os casos previstos na Constituição.* O princípio do *voto igual para todos* também é destacado (artigo 14).

Igualdade de homens e mulheres. Essa igualdade já se extrairia da regra geral da igualdade perante a lei. Já está também contemplada em todas as normas constitucionais que vedam discriminação em razão do sexo. Mas não é sem conseqüência que a Constituição decidiu destacar, em um inciso específico (artigo 5o., I), que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.* Importa, antes de tudo, notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: *homens* de um lado e *mulheres* de outro. Onde houver um homem e uma mulher qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional.

Aqui a igualdade não é apenas no confronto marido e mulher. Não se trata apenas da igualdade no lar e na família. Abrange também essa situação, que, no entanto, recebeu formulação específica no artigo 229, § 5: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Valem, no entanto, as discriminações feitas pela própria Constituição, sempre a favor da mulher: aposentadoria da mulher com menor tempo de contribuição e de idade que o homem (artigo 40, III, *a e b*).

Tratamento desigual e inconstitucionalidade. São inconstitucionais as discriminações não autorizadas. A inconstitucionalidade resolve-se estendendo-se as vantagens e benefícios legítimos aos discriminados, que o solicitarem, ou declarando a inconstitucionalidade do ato discriminatório tenha imposto obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis.

E. *Direito de liberdade*

O problema da liberdade. Diz-se que o homem é criador e produto da história; ele se torna cada vez mais livre, no correr da histórica, na medida em que adquire mais conhecimento, amplia seu domínio sobre a natureza e compreende melhor as relações sociais; isso lhe dá condições objetivas e subjetivas para transformar a natureza real e social no interesse da expansão de sua personalidade. As discussões sobre livre arbítrio e determinismo não cabem aqui. Também não importa muito o tema da liberdade psicológica. O conhecimento objetivo é que fundamenta a correta escolha entre situações diversas. O fundamental é saber se, feita a escolha, a opção (*liberdade interna, subjetiva, sempre possível*), é possível determinar-se em função dela, isto é: se se tem condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita e aí é que se põe a questão da *liberdade externa, objetiva*, que consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculos ou de coações, para que o homem possa agir livremente. Nesse sentido, fala-se em *liberdades* (no plural), *liberdades públicas* e *liberdades políticas*.

Conceito de liberdade. Com frequência, a liberdade era definida num *sentido negativo*, como resistência à coação, em oposição à autoridade; outras vezes, em *sentido positivo*: é livre quem participa da autoridade, assim o povo seria livre, num regime democrático, enquanto participe do poder, que dele emana. Liberdade e autoridade são situações que se complementam. A autoridade é necessária à ordem social, condição mesma da liberdade, como esta é necessária à expansão individual. A liberdade pode ser entendida como ausência de toda coação *anormal, ilegítima e imoral*. Portanto, toda lei que limite a liberdade precisa ser normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida pelo povo. Mas não se esgota nesse sentido negativo. Seu conceito deve exprimir-se no sentido

de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. Não numa acepção hedonística, mas num sentido político de convivência harmônica em sociedade. Propomos, assim, o conceito seguinte: *liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal*. Tudo que impedir aquela possibilidade de coordenação dos meios contraria o princípio da liberdade.

Formas de liberdade. Fala-se muito em *liberdades* (no plural), o que não passa das várias expressões externas da liberdade. *Liberdades* são *formas da liberdade*, que, à vista da Constituição, podemos distinguir nos seguintes grupos: I. *liberdade de ação em geral*; II. *liberdade da pessoa física*; III. *liberdade de pensamento*; IV. *liberdade de expressão coletiva* (direitos coletivos); V. *liberdade de ação profissional*; VI. *liberdade de conteúdo econômico e social*.

Liberdade de ação e legalidade. É a liberdade geral de atuar, que decorre do artigo 5o., II, da Constituição: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Aí temos: a liberdade de fazer, a liberdade de atuar ou liberdade de agir, ou de abster-se. O princípio é o de que todos têm a liberdade de fazer e de não fazer o que bem entenda, salvo quando a lei determine em contrário. O princípio fica ainda na dependência do que se tenha por lei, que, segundo Constituição, é o ato legislativo formado por órgãos compostos de representantes do povo, com participação direta deste ou não, segundo o processo nela própria. Isto é, a lei, que obriga a fazer ou não fazer alguma coisa, para valer, há de ser legítima, ou seja, formada com base na soberania popular.

Nisso se manifesta —e é que sai explicitamente do artigo 5o., II— o princípio da legalidade, a que fica submetida a autoridade pública, a administração, o exercício do poder. A autoridade é função da lei. Fora desta, não existe autoridade, mas arbítrio.

Liberdade da pessoa física. Esta foi a primeira forma de liberdade que o homem teve que conquistar. Ela se opõe ao estado de escravidão e de prisão ou qualquer outro impedimento à locomoção da pessoa, incluindo a doença. *Consiste da possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de atuar segundo sua vontade e de locomover-se desembaraçadamente dentro do território nacional, compreendida a possibilidade de sair do território nacional e de entrar nele*. Enfim, é liberdade de locomoção, liberdade de ir e vir, liberdade de circular, de permanecer, de es-

tacionar. É o que está previsto no artigo 5o., X, que declara *livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*. São duas situações: uma é a *liberdade de locomoção no território nacional*; a outra é a *liberdade de a pessoa entrar no território nacional, nele permanecer e dele sair com seus bens*. A primeira não necessita de autorização. A lei referida no dispositivo não se lhe aplica, mas apenas à segunda, envolve o direito de transitar através das fronteiras nacionais, de imigrar ou emigrar, de permanecer ou não no território nacional. *Em tempo de paz*, diz a Constituição, não quer dizer que *em tempo de guerra* não o possa, mas não será um direito, salvo se for brasileiro que esteja retornando à Pátria.

Foi a essa liberdade, que, desde o séc. XVII, se deu uma garantia específica: o *habeas corpus*, que a Constituição prevê no mesmo artigo 5o., LXVIII. Hoje o direito constitucional estatui várias garantias de vigência dessa liberdade, cujo conjunto constitui o que se chama *direito de segurança pessoal*, e constam dos incisos XLVI a LXX do artigo 5o.

Liberdade de pensamento. Trata-se de liberdade de conteúdo intelectual e supõe o contato do indivíduo com seus semelhantes. Direito de expressar o pensamento sobre qualquer objeto. Caracteriza-se como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente.

Manifesta-se sob várias formas. A primeira, porque primária e ponto de partida das demais, é a *liberdade de opinião*, direito que tem o indivíduo de adotar a atitude intelectual de sua escolha, quer um pensamento íntimo, quer uma tomada de posição pública, liberdade de pensar e dizer o que se creia verdadeiro. A Constituição a reconhece nessas duas dimensões: como pensamento íntimo, prevê a *inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença* (artigo 5o., VI), assim como a de *crença religiosa e de convicção filosófica* ou *política* (artigo 5o., VIII), compreendida a liberdade de *escusa de consciência*, ou seja: direito de recusar prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas do interessado. A dimensão externa se realiza pelas liberdades de *comunicação, manifestação do pensamento, de informação, a religiosa, a de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, a de exercício de trabalho, ofício ou profissão*.

A *liberdade de comunicação* consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o

que se extrai dos incisos IV, V, IX e XIV do artigo 5o. combinados com os artigos 22 a 224 da Constituição. Compreende, pois as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídica especial, conforme disposto no artigo 223.

A *liberdade de manifestação do pensamento* está prevista no artigo 5o., IV, e no artigo 220, segundo este a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veiculação, não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição, vedada qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística. Mas é vedado o anonimato e assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Por outro lado, essa liberdade compreende também o direito de ter o pensamento em segredo, ou seja, o direito de não manifestá-lo e o direito de ficar calado (artigo 5o.).

A *liberdade de informação* compreende a liberdade de informar e a liberdade de ser informado. O acesso de todos à informação resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional, é assegurado no artigo 5o., XIV. A Constituição dá especial destaque à liberdade de informação jornalística não se resume mais na simples liberdade de imprensa, pois esta está ligada à publicação de veículo impresso de comunicação. A informação jornalística alcança qualquer forma difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social, a qual é veiculado por meio de impressos de comunicação e de difusão sonora, de sons e de imagens (artigos 220, § 6, 221 e 222).

A *liberdade religiosa* compreende três formas de expressão (três liberdades): a) a *liberdade de crença*; b) a *liberdade de culto*; c) e a *liberdade de organização religiosa*, todas garantidas pela Constituição. A primeira no artigo 5o.,VI, que declara *inviolável a liberdade crença*; e aí mesmo se assegura *o livre exercício dos cultos religiosos e a proteção, na forma da lei, aos locais de culto e a suas liturgias*; a terceira diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado, vigorando, a este propósito, o sistema de separação com possibilidade de colaboração entre Igreja e Estado, de acordo com o artigo 19, I, *é vedada à União, aos Estados, ao Direito Federal e aos Municípios estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a cola-*

boração de interesse público. Assegura-se, ainda, nos termos da lei (artigo 5o., VII), a prestação de *assistência religiosa* nas entidades civis e militares de internação coletiva (Forças Armadas, penitenciárias, casas de detenção, casas de internação de menores etc.) e o *ensino religioso*, de matrícula facultativa, deve constituir disciplina dos horários normais das *escolas públicas* de ensino fundamental (artigo 210, § 1). E o casamento religioso terá efeito civil, nos termos da lei (artigo 226, § 2).

A liberdade da expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (desta já tratamos) é assegurada no artigo 5o., IX, da Constituição. As manifestações intelectuais, artísticas e científicas são formas de difusão e manifestação do pensamento, tomado esse termo em sentido abrangente dos sentimentos e dos conhecimentos intelectuais, conceptuais e intuitivo. Certas manifestações artísticas, contudo, ficam sujeitas a uma regulamentação especial, consoante prevê o artigo 220, § 3, que declara competir à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendam, locais e horários nos quais sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Cumprido, finalmente, lembrar aqui a proteção especial que a Constituição oferece aos produtores de obras intelectuais, artísticas e científicas. A primeira é tradicional: a garantia do direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissíveis aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (artigo 5o., XXVII: é o direito autoral). Outras duas são inovações, asseguradas nos termos da lei: *a*) proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; *b*) aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas, o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem (artigo 5o., XXVIII).

A liberdade expressão cultural sem censura, sem limites: uma vivência plena dos valores do espírito humano em sua projeção criativa, em sua produção de objetos que revelem o sentido dessas projeções da vida

humana, é garantida nos artigos 215 e 216. E a *liberdade de transmissão e de recepção do conhecimento* é uma das formas de comunicação e de manifestação do pensamento, tanto que todos podem comunicar e manifestar seu pensamento e seu conhecimento pela imprensa, pela rádio difusão, pelos livros e conferências. Mas a Constituição a destacou, em relação ao exercício do magistério, quando põe como um dos princípios do ensino a *liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber*, dentro de uma visão *pluralista de idéias, de concepções pedagógicas e de instituições públicas e privadas do ensino* (artigo 206, II e III).

Liberdade de ação profissional. É assegurada no artigo 5o., XIII, segundo o qual é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Significa que toda pessoa é livre para escolher seu trabalho, seu ofício ou profissão, bem como de exercê-lo sem interferência do poder público. Algumas profissões (médico, advogado, dentista etc.) são reguladas em lei que estabelece requisitos e qualificações para seu exercício, de sorte que a liberdade de seu exercício fica condicionada ao preenchimentos dessas exigências. Uma forma especial dessa liberdade é a acessibilidade à função pública (artigo 37, I), conferida a brasileiros (natos ou naturalizados; alguns casos, só a natos, artigo 12, § 3), que também depende do preenchimento de requisitos previstos em lei, compreendido o concurso público, mas também a estrangeiros, na forma da lei. Para os brasileiros, o direito decorre diretamente da Constituição, mas fica sujeito a restrições (atendimento a requisitos previstos em lei). Para estrangeiro, o direito é constitucionalmente previsto, mas sua efetividade depende da forma que a lei estabelecer.

Liberdade de reunião. Está prevista no artigo 5o., XVI, nos termos seguintes: “todos podem reunir-se pacificamente, sem armar, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso a autoridade competente”. Aí a *liberdade de reunião* está plena e eficazmente assegurada, não mais se exige lei que determine os casos em que será necessária a comunicação prévia à autoridade, bem como a designação, por esta, do local da reunião. Nem se autoriza mais a autoridade a intervir para manter a ordem, o que era utilizado para dificultar o exercício da liberdade de reunião e até para o exercício do arbítrio de autoridade. Agora apenas cabe um *aviso*, mero

aviso, à autoridade que terá o dever de ofício de garantir a realização da reunião. Não tem a autoridade que designar local, nem sequer aconselhar outro local, salvo se comprovadamente já estiver ciente, por aviso insofismável, de que outra reunião já fora convocada para o mesmo lugar. *Sem armas* significa sem armas brancas ou de fogo que denotem, a um simples relance de olho, atitudes belicosas ou sediciosas. *Locais abertos ao público*, apenas porque as reuniões *privadas* são amplamente livres, amparadas por outros direitos individuais.

Liberdade de associação - É reconhecida e garantida nos incisos XVII a XXI do artigo 5o., onde se estatui que “é plena a liberdade de associação para fins pacíficos, vedada a de caráter paramilitar”, que “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independe de autorização, vedada a interferência estatal em seu funcionamento”, que “as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”, que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”, e que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados em juízo e fora deles

A liberdade de associação, de acordo com o dispositivo constitucional em exame, contém quatro direitos: *o de criar associação*, que não depende de autorização; *o de aderir a qualquer associação*, pois ninguém poderá ser obrigado a associar-se; *o de desligar-se da associação*, porque ninguém poderá ser compelido a permanecer associado; e *o de dissolver espontaneamente a associação*, já que não se pode compelir a associação de existir.

Dois *garantias coletivas* (correlatas ao direito coletivo de associar-se) são estatuídas em favor da liberdade de associar-se: *a)* veda-se a interferência estatal no funcionamento das associações e de cooperativa; *b)* as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, trânsito em julgado.

Há duas restrições expressas à liberdade de associar-se: veda-se associação que não seja para fins lícitos ou de caráter paramilitar. E é aí que se encontra a sindicabilidade que autoriza a dissolução por via judicial. *No mais têm as associações o direito de existir, permanecer, desenvolver-se e expandir-se livremente.*

Direito de representação coletiva - A Constituição prevê que *entidades associativas, quando expressamente autorizadas* (certamente em seus estatutos ou por deliberação da assembléia geral), *têm legitimidade para representar seus filiados em juízo ou fora dele* (artigo 5o., XXI), legitimidade essa também reconhecida aos sindicatos (artigo 8o., III).

F. *Direito de propriedade*

A propriedade em geral. A Constituição garante o direito de propriedade. mas paralelamente estabelece que a propriedade atenderá sua função social (artigo 5o., XXII e XXIII, e artigo 170, II e III), de onde se conclui que o direito de propriedade garantido é tão-só o da propriedade que atenda sua função social, tanto é assim que a própria Constituição autoriza a desapropriação-sanção, mediante pagamento da indenização em título da dívida pública, de propriedade urbana ou rural quando não cumpram sua função social (artigo 182, § 4, e artigo 184). Outras normas que interferem com a propriedade estão nos artigos 5o., incisos XXIV a XXX, e artigos 170, II e III, 176-178, 182-186, 191 e 222).

Propriedades especiais. Além do disposto no artigo 5o., XXII, que garante a propriedade como instituição, existem outras que asseguram tipos especiais de propriedade, como a *propriedade de recursos minerais* (artigo 176), a *propriedade de embarcações nacionais* (artigo 178, § 2), a *propriedade urbana* e a *propriedade rural* (artigos 182, § 4, e 184) e a *propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens* (artigo 222). Aqui vou examinar, mais detidamente, apenas as propriedades especiais referidas entre os incisos do artigo 5o.: a *propriedade autoral*, a *propriedade de inventos e de marcas* e a *propriedade-bem de família*.

A *propriedade autoral* decorre do disposto no artigo 5o., XXVII, segundo o qual *aos autores o direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras*, sem especificar a que obras se refere, como faziam as Constituições anteriores, mas, compreendido em conexão com o disposto no inciso IX do mesmo artigo, conclui-se que são *obras literárias, artísticas, científicas e de comunicação*. Enfim, aí se asseguram os *direitos do autor* de obra intelectual, reconhecendo-lhe, vitaliciamente, o chamado *direito de propriedade intelectual*, que compreende *direitos morais e patrimoniais*. A segunda norma declara que esse *direito é transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar*.

A *propriedade de inventos e de marcas* consta do artigo 5o., XXIX, segundo o qual a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Trata-se de propriedade que, por sua natureza empresarial, deveria ter sido prevista entre as normas da ordem econômica, pois não é típico direito individual, a não ser talvez o direito do inventor. Veja-se que o direito aí reconhecido depende de lei. Sua garantia, portanto, é relativa. A lei é que o estabelecerá.

A *propriedade como bem de família* fora prevista no artigo 70 do Código Civil, mas não pegou. Agora, o artigo 5o., XXVI agasalhou um tipo bem semelhante ao bem de família, quando estabelece que *a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento*. Aí também o interesse é de proteger um patrimônio necessário à manutenção e sobrevivência da família.

Direito de herança. O artigo 5o., XXX, garante o direito de herança em geral, o que seria desnecessário prever como direito individual autônomo, porque ela é uma das faculdades do direito de propriedade, sendo este garantido, automaticamente ela também o será, mas há um aspecto que sempre foi tradição sua consignação em norma constitucional: *a sucessão de bens estrangeiros situado no país que será regulado por lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhe seja mais favorável a lei pessoa do “de cujus”*.

Função social da propriedade. A Constituição insiste em caracterizar a propriedade como função social. Disse que ela a atenderá no artigo 5o., XXIII. No artigo 170, III, a *função social da propriedade* é colocada como um dos princípios da ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Nos artigos 182 define a função social da propriedade urbana, enquanto no artigo 186 o faz em relação à propriedade rural, de tal sorte que tal princípio aparece agora, no nível constitucional, como elemento conformador do direito de propriedade. Constitui o regime jurídico da propriedade, não se suas limitações, que se fundamentam noutros pressupostos. Implica a transformação da propriedade capitalista, como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e

utilização dos bens. Interfere com a estrutura interna do conceito de propriedade, não simplesmente com a atividade do proprietário ou com o exercício desse direito.

G. Direito à segurança

Conceito. A cabeça do artigo 5o. inclui o *direito à segurança* como uma categoria dos direitos individuais assegurados pela Constituição ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Não existe propriamente *um* direito à segurança. Existem, na verdade, um conjunto de regras constitucionais que indicam meios, instrumentos e procedimentos destinados a assegurar o respeito e a efetividade do gozo dos direitos individuais. São direitos instrumentais, porque constituem instrumentos para fazer valer outros direitos da pessoa. Por isso se dá a eles o nome genérico de *garantias*, e, como são garantias dos direitos individuais, fala-se em *garantias individuais*, que podemos agrupar nas categorias: *a)* garantia da legalidade; *b)* garantia da proteção judiciária; *c)* garantia dos direitos subjetivos; *d)* garantias penais; *e)* remédios constitucionais, dos quais trataremos separadamente em seguida.

Garantia da legalidade. O *princípio da legalidade* está previsto no artigo 5o., II, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. Significa, em síntese, que o poder público não pode exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem proibir nada aos administrados, *senão em virtude de lei*. Significa isso que toda atividade estatal fica sujeita à *lei*, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição.

Quer dizer: só a lei obriga. Não qualquer lei, mas a *lei legítima*, a lei feita de acordo com a Constituição. Se não for assim, pode ela ser impugnada perante o Poder Judiciário, sob o argumento de que é *lei inconstitucional*.

A palavra *lei*, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à *lei formal*, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (artigos 59-69). Há, porém,

casos em que a referência à lei na Constituição, quer para satisfazer tão-só às exigências do princípio da legalidade, quer para atender hipóteses de reserva (*infra*), não exclui a possibilidade de que a matéria seja regulada por um “ato equiparado”, e *ato equiparado à lei formal*, no sistema constitucional brasileiro atual, será apenas a *lei delegada* (artigo 68) e as *medidas provisórias, convertidas em lei* (artigo 62), as quais, contudo, só podem substituir a lei formal em relação àquelas matérias estritamente indicadas nos dispositivos referidos.

Além da regra geral contida no artigo 5o., II, a Constituição refere-se a alguns casos de legalidade específica, como no mesmo artigo 5o., XXXIX, sobre prévia definição legal do crime e da pena (princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*), o artigo 37 sobre a obediência da administração pública ao princípio da legalidade e o artigo 150, I, sobre a legalidade tributária.

Garantia da proteção judiciária - Essa garantia fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido como garantia das garantias. Correlacionam, aí, várias garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa, tudo consoante dispõe o artigo 5o., XXXV, LIV e LV.

O artigo 5o., XXXV, da Constituição declara: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não. Assegura aí o direito de ação e o direito de defesa. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação. Garante-se a plenitude da defesa, agora mais incisivamente assegurada no inciso. LV do mesmo artigo: *aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. A apreciação da lesão ou ameaça a direito revela o núcleo jurídico da norma do artigo 5o., XXXV. Significa que o Poder Judiciário aprecia emitindo juízo de valor. Apreciar significa definir o valor de algo. Quando isso é feito pelo Poder Judiciário, o que se tem é um julgamento, pelo qual ele decide o sentido do objeto sob apreciação. Logo, a apreciação aqui se traduz numa decisão que há de definir se houve ou não lesão ou ameaça a direito no caso invocado.*

O princípio do *devido processo legal* entra agora no direito constitucional positivo com um enunciado que vem da magna carta inglesa: *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal* (artigo 5o., LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (artigo 5o., XXXV), o contraditório e a plenitude da defesa (artigo 5o., LV), e a garantia de que ninguém pode ser processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (juiz natural, artigo 5o., LIII), fecha-se o ciclo das garantias processuais.

Garantia dos direitos subjetivos. Essa garantia relaciona-se com a sucessão de leis no tempo e à necessidade de assegurar o valor da *segurança jurídica*, que consiste no conjunto de condições que dão ao indivíduo a certeza de que os atos e negócios realizados sob o império de uma lei devem perdurar ainda quando essa lei for revogada e substituída por outra. Quer dizer que o *direito adquirido* ou a *coisa julgada* ou um *ato jurídico perfeito* e acabado com base numa lei não pode ser alterado por lei posterior, porque tais situações jurídicas já se incorporaram definitivamente no patrimônio de seu titular. É isso que o artigo 5o., XXXVI, garante quando declara: *a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*

Garantias penais - Constam do artigo 5o., XXXVII a XLVII, mais a hipótese do inc. LXXV, sem falar no *habeas corpus*, incluído entre os remédios constitucionais (*infra*). Essas garantias penais ou criminais protegem o indivíduo contra atuações arbitrárias, e podem ser agrupadas nas categorias seguintes:

a. Garantias jurisdicionais penais

1) *Garantia da inexistência de juízo ou tribunal de exceção* (inciso XXXVII), acolhendo-se aí o princípio do *juiz natural*, pré-constituído, pelo qual é vedada a constituição de juiz *ad hoc* para o julgamento de determinada causa; admite-se, contudo, o foro privilegiado, mas apenas os indicados na própria Constituição, como o privilégio de prefeito de ser julgado perante o Tribunal de Justiça (artigo 29, VIII), o de deputados federais, de senadores e presidente da República de serem processados e julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

2) *Garantia de julgamento pelo tribunal do júri nos crimes dolosos contra a vida* e ainda assim com as *garantias* subsidiárias da plenitude

de defesa, do sigilo das votações dos jurados e da soberania dos veredictos (inciso XXXVIII), valendo dizer: outro tribunal não pode reformar o mérito da decisão do júri; pode anular o processo por vício de forma, não mudar o mérito do julgamento.

3) *Garantia do juiz competente* (incisos LIII e LXI), segundo a qual ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e nem preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo flagrante delito e nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar definidos em lei.

b. Garantias criminais preventivas

1) *Anterioridade da lei penal* (inciso XXXIX), de acordo com a qual não há crime sem lei anterior que o defina (regra do *nullum crimen sine lege*), nem pena sem prévia cominação legal (regra da *nulla poena sine lege*), proscrevendo assim ordenamentos *ex post facto*.

2) *Garantia da irretroatividade da lei penal, salvo quando beneficiar o réu* (inciso XL).

3) *Garantia de legalidade e da comunicabilidade da prisão*, por isso que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade competente” (inciso LXIII), e para maior eficácia desta garantia, confere-se ao “preso o direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório” (inciso LXIV).

c. Garantias relativas à aplicação da pena

1) *Individualização da pena* (inciso XLVI), ou seja, a aplicação da pena deve ajustar-se à situação de cada imputado.

2) *Personalização da pena* (inciso XLV), vale dizer: a pena não passará da pessoa do delinqüente, no sentido de que não atingirá a ninguém de sua família nem a terceiro, garantia, pois, de que ninguém pode sofrer sanção por fato alheio, salvo a possibilidade de extensão aos sucessores e contra eles executadas, nos termos da lei, a obrigação de reparar o dano e a decretação de perdimento de bens, até o limite do valor do patrimônio transferido.

c) *Proibição de prisão civil por dívida*, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (inciso LXVII).

d) *Proibição de extradição a brasileiro*, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei (inciso LI).

e) *Proibição de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião* (inciso LII).

f) *Proibição de determinadas penas* (inciso XLVI): de morte (salvo em caso de guerra declarada), de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

d. Garantias processuais penais

De certo modo as anteriores também o são; mais especificamente, porém, podem ser citadas as seguintes:

1) *Instrução penal contraditória* (inciso LV) que tem como conteúdo essencial a garantia da plenitude ou ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (incs. XXXV, “a”, e LV).

2) *Garantia do devido processo legal* (inciso LIV), segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, mas que, em verdade, tem sentido muito mais abrangente, pois significa também que alguém só pode ser julgado e condenado por juiz competente previamente estabelecido na ordem judiciária e por crime que previamente também seja definido como tal em lei, sendo assim garantia conexa com a do juiz competente e à da anterioridade da lei penal.

3) *Garantia da ação privada* (inciso LIX), que garante ao interessado promover a ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal; aqui, em certo sentido, tem-se uma forma de controle do Ministério Público, que, em deixando de cumprir sua atribuição, fica sujeito à substituição pelo interessado (vítima ou seu representante).

e. Garantias da presunção de inocência

Segundo as quais ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (inciso XVII) e o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (inciso LVIII), na verdade o texto inicial dizia “salvo nas hipóteses *excepcionais* previstas em lei”, mas uma proposta de

redação do primeiro para o segundo turno eliminou o vocábulo, importante, “excepcionais”; a garantia de inocência e de que ninguém deve sofrer sanção sem culpa é que fundamenta a prescrição do inciso LXXV, segundo o qual “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”;

f. Garantias da incolumidade física e moral

1) Vedação de tratamento desumano e degradante (inciso III).

2) *Vedação e punição da tortura*: ninguém será submetido à tortura (inciso III) e prática desta será considerada pela lei crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (inciso XLIII).

g. Garantias penais da não discriminação (incisos XLI e XLII)

Valendo dizer: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

h. Garantia penal da ordem constitucional democrática

É o que consta do inciso XLIV do artigo 5o.: “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

2. *Direitos sociais*

A. *Conceito e classificação dos direitos sociais*

Os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. O artigo 6o. diz que são *direitos sociais*: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados,

cujos conteúdos a Constituição descreve no *Título da Ordem Social* entre os artigos 193 a 230. Já os artigos 7º a 11 cuidam dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. À vista desses dispositivos e sem preocupação de fazer classificação rígida, agrupá-los-emos nas quatro classes seguintes: a) *direitos sociais relativos ao trabalhador*; b) *direitos sociais relativos à seguridade*, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; c) *direitos sociais relativos à educação e à cultura*; d) *direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso*; e) *direitos sociais relativos ao meio ambiente*. Começemos, pois, pelos direitos dos trabalhadores. A apreciação dos demais será feita quando formos estudar os temas da ordem social (artigos 193 e seguintes).

B. Direitos sociais dos trabalhadores

Os direitos sociais relativos aos trabalhadores, que são de duas ordens: a) *direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho* ou simplesmente *direitos individuais dos trabalhadores* (artigo 7º.); b) *direitos coletivos dos trabalhadores* (artigos 9º. a 11).

O artigo 7º. garante aos trabalhadores *urbanos* e *rurais* os direitos enumerados nos seus trinta e quatro incisos, além de outros não enumerados que visem a melhoria de sua condição social, e que podem ser agrupados do modo que se segue.

Direitos relativos à relação de emprego. A garantia do emprego, que significa o direito de o trabalhador conservar sua relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. A Constituição não conferiu uma garantia absoluta do emprego. Apenas protege a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa e assim mesmo *nos termos de lei complementar*. A intenção do constituinte foi no sentido de que a lei complementar é que decidirá sobre todo o conteúdo do dispositivo e, em tal hipótese, sua aplicabilidade efetiva fica dependendo da elaboração dessa lei, que definirá o que seja despedida arbitrária ou sem justa causa, bem como a compensação indenizatória, independente do fundo de garantia, e também outros direitos dos trabalhadores não previstos já no texto constitucional.

Garantia de tempo de serviço. Relacionada com a garantia de emprego, é a *garantia de tempo de serviço*, prevista agora, não como alternati-

va à estabilidade, mas como um direito autônomo. Seus objetivos e natureza não podem ser mais a de *proteger o empregado despedido dos malefícios do desemprego, facilitando ao empregador a possibilidade de despedi-lo*, como a doutrina dizia antes. Terá daqui por diante natureza de patrimônio individual do trabalhador. Servirá para suprir despesas extraordinárias que o simples salário não se revele suficiente: aquisição de casa própria, despesas com doenças graves, casamento etc.

Ao lado disso, fica *seguro-desemprego*, no caso de desemprego involuntário, que será financiado pelo Programa de Integração Social e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público-PIS/PASEP, assim como por uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei, conforme disposto no artigo 239 regulado pela Lei 7.998, de 11 de janeiro de 1990 (regula o programa do Seguro Desemprego, o Abono Salarial e institui o Fundo de amparo ao Trabalhador-FAT).

Ainda correlacionado ao tema da garantia de emprego é o *aviso prévio* proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei (artigo 7o., XXI); ele objetiva possibilitar ao trabalhador condições de obtenção de outro emprego antes do desligamento definitivo da empresa.

Direitos relativos às condições de trabalho. As condições dignas de trabalho constituem objetivo dos direitos dos trabalhadores. Por meio delas é que eles alcançam a melhoria de sua condição social (artigo 7o., *caput*), configurando, tudo, o conteúdo das *relações de trabalho*, que são de dois tipos: *individuais* ou *coletivas*. Até agora, a relação de trabalho, entre nós, tem-se fundado quase só no chamado *contrato individual de trabalho*, que põe em confronto duas partes desiguais: o patrão forte e o trabalhador necessitado.

A Constituição estabelece as condições das relações de trabalho, visando proteger o trabalhador, quanto a valores mínimos e certas condições de salário (artigo 7o., IV a X) e, especialmente, para assegurar a isonomia material, proibindo: *a*) diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivos de sexo, idade, cor ou estado civil; *b*) discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência; *c*) distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, e garantindo a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício per-

manente e o trabalhador avulso (artigo 7o., XXX-XXXII e XXXIV), assim para garantir equilíbrio entre trabalho e descanso, quando estabelece (artigo 7o., XIII-XV e XVII-XIX): *a)* duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; *b)* jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva, vale dizer se a empresa é daquelas que se mantém em funcionamento todos os dias vinte e quatro horas por dia, ininterruptamente, tem que ter turnos de revezamento de seus trabalhadores; em tal caso, a jornada será de seis horas, e não oito; terá que ter quatro turmas de revezamento, não apenas três; *c)* repouso semanal, férias, licenças etc., como veremos adiante.

Direitos relativos ao salário. O sistema de salário constitui fundamental exigência para o estabelecimento de condições dignas de trabalho. Quanto a isso, há dois aspectos básicos: o da *fixação* e o da *proteção do salário do trabalhador*.

Quanto à fixação, a Constituição vigente, ao contrário das anteriores, oferece várias regras e condições, tais como: *a)* *salário mínimo*, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; *b)* *piso salarial* proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; *c)* *salário, nunca inferior ao mínimo*, para os que percebem remuneração variável, caso dos garçons, oficiais de barbeiros, p. ex., que têm sua remuneração composta de salário, paga pelo empregador, e gorjetas; aquele não poderá mais ser inferior ao salário mínimo; *d)* *décimo terceiro salário* com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria, pago por ocasião das festas natalinas, para que o trabalhador tenha recursos para festejar o Natal e Ano Bom; *e)* determinação de que *a remuneração do trabalho noturno seja superior à do diurno*; *f)* determinação de que *a remuneração do serviço extraordinário seja superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do trabalho normal*; *g)* *salário família* para os dependentes do trabalhador; *h)* respeito ao *princípio da isonomia salarial*, já mencionado; *i)* pode-se incluir aqui também o *adicional de remuneração para as atividades pe-*

nosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei (artigo 7o., IV, V, VII, VIII, IX, XII, XXIII e XXX a XXXIV).

Quanto à *proteção do salário*, consta agora explicitamente da Constituição. Em certo sentido, aliás, o próprio salário mínimo e o piso salarial constituem formas de proteção salarial. Mas dois preceitos são específicos nesse sentido: o do artigo 7o., VI, segundo o qual o *salário é irreduzível*, mas a norma constitucional não quis ser rígida, permitiu que possa ser reduzido por cláusula de convenção ou acordo coletivo; o do inciso X do mesmo artigo, que prevê a *proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa*; a lei é que indica a forma dessa proteção, e já o faz de vários modos: “contra o empregador, contra os credores do empregador, contra o empregado e contra os credores do empregado”, por isso é que, além de irreduzíveis, os salários são impenhoráveis, irrenunciáveis e constituem créditos privilegiados na falência e na concordata do empregador. A segunda parte do dispositivo já define como crime retenção dolosa do salário, o que, nos termos da legislação penal vigente, caracteriza apropriação indébita.

Direitos relativos ao repouso. O repouso do trabalhador é outro elemento que se inclui entre as condições dignas de trabalho. Fora desumano o sistema de submeter os trabalhadores a trabalho contínuo em todos os dias da semana e do ano, sem previsão de repouso semanal remunerado, sem férias e outras formas de descanso. Atenta a isso é que a Constituição assegura: a) *repouso semanal remunerado*, preferencialmente aos domingos; b) *gozo de férias anuais*, remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal, que devem ser pagos antes de seu início, pois visa, com o terço a mais, possibilitar ao trabalhador efetivo gozo do período de descanso; não se especifica, no nível constitucional, quantos dias, mas a lei reconhece o direito a trinta dias, por princípio; c) *licença à gestante*, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias; d) *licença-paternidade*, nos termos fixados em lei, mas até que esta venha a disciplinar a matéria, a licença será de cinco dias (artigo 10, § 1, do ADCT); essa licença vincula-se ao parto da mulher do beneficiado, por isso deve ser outorgada a partir do dia do evento (artigo 7o., XV e XVII a XIX).

Finalmente, cumpre lembrar o direito à inatividade remunerada, substanciada na *aposentadoria*, indicada no artigo 7o., XXIV, mas disciplinada no artigo 202, como uma das prestações da previdência social, referida entre os demais direitos sociais no artigo 6o.

Proteção dos trabalhadores. A Constituição ampliou as hipóteses de *proteção dos trabalhadores*. A primeira que aparece, na ordem do artigo 7o., é a do inc. XX: *proteção do mercado de trabalho da mulher*, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, isso tem por fim dar à mulher condições de competitividade no mercado de trabalho, sem discriminações; a segunda já constava de normas constitucionais anteriores, é a do inciso XXII: forma de *segurança do trabalho*, mediante a *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*; a terceira é a importante inovação do inciso XXVII, que prevê a *proteção em face da automação, na forma da lei*, embora dependendo de lei, essas normas criam condições de defesa do trabalhador diante do grande avanço da tecnologia, que o ameaça, pela substituição da mão de obra humana pela de robôs, com vantagens para empresários e desvantagens para a classe trabalhadora; o texto possibilitará a repartição das vantagens entre aqueles e estes; a quarta é a do inciso XXVIII que estabelece o *seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa*.

Direitos relativos aos dependentes do trabalhador. Entre os direitos dos trabalhadores, há uns que são destinados a seus dependentes, como: a) o *salário-família* que a Constituição prevê *para o dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei* (EC-20/1998) (artigo 7o., XII); b) a *assistência gratuita aos filhos e dependentes do trabalhador desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas* (artigo 7o., XXV). São direitos que talvez devessem estar previstos entre os demais direitos sociais, como a obrigação de o empregador oferecer ensino fundamental a seus empregados e dependentes, ou pagar, para tanto, o salário-educação (artigo 212, § 5).

Participação nos lucros e co-gestão. O artigo 7o., XI, manteve o direito de participação nos lucros das empresas, que vem da Constituição de 1946, mas não foi aplicado, por falta de lei que o regulamentasse. O enunciado da norma agora é um pouco diferente, mas, quanto à eficácia e aplicabilidade, continua a depender de lei. Diz que é direito dos *trabalhadores a participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, a participação na gestão da empresa, conforme definido em lei*. O texto reconhece, assim, que os trabalhadores são elementos exteriores à empresa, como mera força de trabalho adquirida por salário, sendo de esperar que, com a nova Constituição, venha a

ser condizente com a valorização social do trabalho como condição de dignidade da pessoa humana (artigos 1o. e 170).

A norma sugere duas formas de participação: *a) participação nos lucros ou nos resultados*; *b) participação na gestão*. Ambas correlacionam-se com o fim da ordem econômica de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Trata-se de promessa constitucional e, portanto, de norma de eficácia limitada e aplicabilidade diferida, que existe desde 1946, dependente de lei para efetivar-se.

Sempre se alegam dificuldades na estruturação da participação nos lucros das empresas. Para tanto, contudo, basta que a lei determine a separação da parte dos lucros para a formação de uma *reserva de participação* em cada empresa, que seria repartida, em cada exercício, alguns dias após o balanço, entre os trabalhadores na proporção dos respectivos salários. Essa reserva, como tantas outras da empresa, seria deduzida dos lucros para efeitos do imposto sobre a renda. O trabalhador que quisesse poderia receber sua parte em ações da empresa. É claro que a fiscalização do procedimento, além de feita pelos agentes do imposto sobre a renda, teria que caber à *coletividade de trabalho* (conjunto dos trabalhadores subordinados da empresa), por meio do representante eleito por ela, nos termos agora previstos no artigo 11. Não foi, porém, esse o caminho seguido pelo legislador, que regulou a matéria por Medida Provisória sucessivamente reeditada e sempre com redação diferente até a Medida Provisória 1.982-77, de 2000, que, finalmente, foi convertida em lei – a Lei 10.101, de 19 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, fundada, porém, em negociação entre empresa e empregados, por um dos seguintes procedimentos, escolhidos pelas partes de comum acordo, conforme se lê no seu artigo 2o.: *a) comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria*; *b) convenção ou acordo coletivo, devendo constar dos instrumentos da negociação regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios: 1) índice de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa; 2) programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente. Não se equipara a empresas as pessoas físicas nem as enti-*

dades sem fins lucrativos nas condições estabelecidas no § 3 do artigo 2o. da lei. Declara-se que a participação não substitui nem complementa a remuneração devida ao trabalhador. A verdade, no entanto, é que essa é uma típica legislação simbólica, ou seja, destinada não tanto a instrumentar normativamente a matéria, mas a dar satisfação política aos destinatários da norma constitucional.⁴⁶ Em suma, uma legislação para engambelar.

O texto constitucional fala em participação nos *lucros*, ou *resultados*. São diferentes? Certamente, são diferentes. *Resultados consistem na equação positiva ou negativa entre todos os ganhos e perdas* (operacionais e não-operacionais) da empresa no exercício. Os resultados podem ser, portanto, positivos ou negativos. Neles entram, p. ex., a correção monetária, a reavaliação de bens. *Lucro bruto* é a diferença entre a receita líquida e custos da produção dos bens e serviços da empresa. *Lucro líquido* é receita líquida mais ganhos líquidos eventuais menos provisões, doações, fundos, etc.

A *participação na gestão das empresas* é admitida apenas *excepcionalmente*. Não se sabe bem porque o excepcionalmente, nem qual o seu alcance. Excepcionalmente em função de quê? Nesses termos, essa participação não chega a ser sequer uma possibilidade de *co-gestão*,⁴⁷ que importará real poder de co-decisão, sem que necessariamente os trabalhadores, por seus representantes, tenham que integrar a diretoria da empresa. Não raro se propõe a implementação do texto constitucional mediante a eleição, em assembléia dos acionistas, de um ou dois trabalhadores da empresa para integrar sua diretoria. Aí, não ocorre a participação de trabalhadores na gestão da empresa, pois o eleito é representante dos acionistas. Outra forma, às vezes, sugerida é a da escolha de um ou dois membros da diretoria, dentre os trabalhadores da empresa, por eleição destes. Isso também não é satisfatório. Na França, p. ex., a lei prevê a presença de quatro representantes do pessoal no Conselho de

46 Sobre o conceito de legislação simbólica, Neves, Marcelo, *A Constituição simbólica*, p. 32.

47 E não há confundir *co-gestão* com *autogestão*. A primeira é simples participação dos trabalhadores, por delegado, comissões ou representantes, nas decisões da empresa. A segunda é forma socializada de gestão pública e econômica; constitui um modo de gerir a *propriedade social dos meios de produção*. A *co-gestão* pressupõe que os trabalhadores sejam externos à empresa. Na *autogestão* os trabalhadores estão inseridos na empresa. Sobre a autogestão, cf. Drubovic, Miloško, *A autogestão aprova*, Lisboa, Seara Nova, 1976; Rosanvallon, Pierre, *L'âge de l'autogestion*, Paris, Ed. du Seuil, 1976; Arvou, Henri, *L'autogestion*, Paris, PUF, "Collection que sais-je?", 1980.

Administração das sociedades anônimas, mas sem poder de decisão; por isso, anotam Lyon-Caen e Ribettes-Tillhet, não se pode falar aí de participação na gestão.

Participação na gestão da empresa só ocorrerá quando a coletividade trabalhadora da empresa, por si ou por uma comissão, um conselho, um delegado ou um representante, fazendo parte ou não dos órgãos diretivos dela, disponha de algum poder de co-decisão ou pelo menos de controle. Para que não se deforme a relação coletiva do trabalho, com a fragmentação da organização dos trabalhadores, cumpre não esquecer de que o sindicato não pode ser despojado do monopólio de representação das categorias profissionais no plano destas como no da empresa. Vale dizer, os conselhos ou comissões de fábricas ou de empresa, que a Constituição não previu (mas não proíbe), não hão de substituir os sindicatos; hão que agir nos quadros destes, pelo que a participação na gestão e nos lucros da empresa precisa estar acoplada às convenções coletivas de trabalho, ao fortalecimento da estrutura sindical.

C. Direitos coletivos dos trabalhadores

Os *direitos coletivos dos trabalhadores* são a *convenção e acordos coletivos de trabalho*, a *liberdade de associação profissional ou sindical*, *direito de greve*, *direito de substituição processual*, *direito de participação laboral* e *direito de representação na empresa*.

Convenções e acordos coletivos de trabalho. A Constituição de 1988 prestigia as relações coletivas de trabalho. *Reconhece, como um direito dos trabalhadores, as convenções e acordos coletivos de trabalho.* Ao firmar a autonomia sindical (artigo 8o.) e assegurar o direito de greve, em termos amplos (artigo 9o.), cria as bases para o desenvolvimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Muitos dos direitos reconhecidos aos trabalhadores podem ser alterados por via de convenções ou acordo coletivo, assim: a irredutibilidade de salário, compensação de horário e redução da jornada de trabalho, jornada em turnos ininterruptos de revezamento (artigo 7o., VI, XIII e XIV).

Associação e sindicato. O artigo 8o. menciona dois tipos de associação: a *profissional* e a *sindical*. A diferença está em que a *sindical* é uma associação profissional com prerrogativas especiais, tais como: a) defender os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, até em

questões judiciais e administrativas; *b*) participar de negociações coletivas de trabalho e celebrar convenções e acordos coletivos; *c*) eleger ou designar representantes da respectiva categoria; *d*) impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais representadas. Já a *associação profissional* não sindical se limita aos fins de estudo, defesa e coordenação dos interesses econômicos e profissionais de seus associados.

D. *Seguridade social*

Considerações gerais. Em publicação anterior à Constituição, pleiteamos a adoção do sistema de seguridade social, como meio de superar as deficiências da previdência social, que se caracteriza como espécie de *seguro social*, porque destinatário de suas prestações é o *segurado*, aquele que paga uma contribuição para fazer *jus* a ele, e seus dependentes. Dissemos, então, que a seguridade social constitui

...instrumento mais eficiente da liberação das necessidades sociais, para garantir o bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população, devendo repousar nos seguintes princípios básicos, enunciados por José Manuel Almansa Pastor: *a*) *universalidade subjetiva* (não só para trabalhadores e seus dependentes, mas para todos indistintamente); *b*) *universalidade objetiva* (não só reparadora, mas preventiva do surgimento da necessidade; protetora em qualquer circunstância); *c*) *igualdade protetora* (prestação idêntica em função das mesmas necessidades; não distinta como na previdência em função da quantidade da contribuição); *d*) *unidade de gestão* (só é administrada e outorgada pelo Estado); *e*) *solidariedade financeira* (os meios financeiros procedem de contribuições gerais, não de contribuições específicas dos segurados).⁴⁸

A Constituição acolheu uma concepção de *seguridade social*, cujos objetivos e princípios se aproximam bastante daqueles fundamentos, ao defini-la como “*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*” (artigo 194), ao estabele-

⁴⁸ Cf. meu *Curso de direito constitucional positivo*, 4a. ed., São Paulo, Ed. RT, 1987, p. 539, citando Pastor, José Manuel Almansa, *Derecho a la seguridad social*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1977, v. I, pp. 75 a 77.

cer seus objetivos (artigo 194, parágrafo único) e o sistema de seu financiamento (artigo 195).⁴⁹ Essa concepção imanta os preceitos sobre os direitos relativos à seguridade, que hão de ser interpretados segundo os valores que informam seus objetivos e princípios.

Direito à saúde. É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais.

O tema não era de todo estranho ao nosso direito constitucional anterior, que dava competência à União para *legislar sobre defesa e proteção da saúde*, mas isso tinha sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Agora é diferente, trata-se de um direito do homem.

Creemos que foi a Constituição italiana a primeira a reconhecer a saúde como fundamental direito do indivíduo e interesse da coletividade (artigo 32). Depois, a Constituição portuguesa lhe deu uma formulação universal mais precisa (artigo 64), melhor do que a espanhola (artigo 43) e a da Guatemala (artigos 93-100). O importante é que essas quatro constituições o relacionam com a seguridade social.

A evolução conduziu à concepção da nossa Constituição de 1988 que declara ser a *saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção e recuperação, serviços e ações que são de relevância pública* (artigos 196 e 197). A Constituição o submete ao conceito de seguridade social, cujas ações e meios se destinam, também, a assegurá-lo e torná-lo eficaz.

Como ocorre com os direitos sociais em geral, o direito à saúde comporta *duas vertentes*, conforme anotam Gomes Canotilho e Vital Moreira: “uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer acto que prejudique a

49 A Lei 8.212, de 24 de junho de 1991, dispôs sobre a organização da Seguridade Social, instituiu o Plano de Custeio e deu outras providências. Foi ela regulamentada pelo Decreto 356, de 7 de dezembro de 1991.

saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais visando a prevenção das doenças e o tratamento delas”.⁵⁰ Como se viu do enunciado do artigo 196 e se confirmará com a leitura dos artigos 198 a 200, trata-se de um direito positivo “que exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas..., de cujo cumprimento depende a própria realização do direito”,⁵¹ e do qual decorre um especial direito subjetivo de conteúdo duplo: por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para sua satisfação, dá cabimento à *ação de inconstitucionalidade por omissão* (artigos 102, I, *a*, e 103, § 2) e, por outro lado, o seu não atendimento, *in concreto*, por falta de regulamentação,⁵² pode abrir pressupostos para a impetração do *mandado de injunção* (artigo 5o., LXXI), apesar de o STF continuar a entender que o mandado de injunção não tem a função de regulação concreta do direito reclamado (*infra*).

Direito à previdência social. *Previdência social* é um conjunto de direitos relativos à seguridade social. Como manifestação desta, a previdência tende a ultrapassar a mera concepção de instituição do Estado providência (*welfare state*), sem, no entanto, assumir características socializantes, até porque estas dependem mais do regime econômico do que do social.

A Constituição deu contornos mais precisos aos direitos de previdência social (artigos 201 e 202), mas seus princípios e objetivos continuam mais ou menos idênticos ao regime geral de previdência social consolidado na legislação anterior,⁵³ ou seja: funda-se no princípio do seguro so-

50 Cf. *Constituição da República portuguesa anotada*, 3a. ed., p. 342. Recorde o leitor que “prestações estaduais”, nos autores, significa, na terminologia brasileira, “prestações estatais”, ou seja, do poder público, para não se confundir com prestações a serem cumpridas pelos Estados federados.

51 *Idem*.

52 Cf. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado, e reafirma que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Cf. também a Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde-SUS. Cf. ainda Carvalho, Guido Ivan de e Santos, Lenir, *Sistema único de saúde, comentário à Lei Orgânica da Saúde (Leis 8.080/90 e 8.142/90)*, São Paulo, Editora Hucitec, 1992.

53 Legislação essa consolidada, então, no Decreto 89.312/84. Hoje vigoram, com o mesmo sentido, a Lei.213, de 24 de junho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios

cial, de sorte que os benefícios e serviços se destinam a cobrir eventos de doença, invalidez, morte, velhice e reclusão, apenas do segurado e seus dependentes. Isto quer dizer que a base da cobertura assenta no fator contribuição e em favor do contribuinte e dos seus.

O *regime de previdência social*, consubstanciado na Constituição, engloba *prestações* de dois tipos: *a) os benefícios*, que são prestações pecuniárias, consistentes: 1) na *aposentadoria*, por invalidez (não incluída no § 7o. do artigo 201, mas sugerida no inciso I do mesmo artigo), por velhice, por tempo de contribuição, especial e proporcional (artigo 201, §§ 7 e 8); 2) nos *auxílios* por doença, maternidade, reclusão e funeral (artigo 201, I a III); 3) no *seguro-desemprego* (artigos 7o., II, 201, III, 239); 4) na *pensão* por morte do segurado (artigo 201, V); *b) os serviços*, que são prestações assistenciais: médica, farmacêutica, odontológica, hospitalar, social e de reeducação ou readaptação profissional.

Direito à assistência social. O *direito à assistência social* constitui a face universalizante da seguridade social, porque “*será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição*” (artigo 203). Nela é que, também, assenta outra característica da seguridade social: a solidariedade financeira, já que os recursos procedem do orçamento geral da seguridade social e não de contribuições específicas de eventuais destinatários (artigo 204), até porque estes são impersonalizáveis *a priori*, porquanto se constituem daqueles que não dispõem de meios de sobrevivência: *os desvalidos em geral*. É aí que se situa “a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” que o artigo 6o. destacou como um tipo de direito social, sem guardar adequada harmonia com os artigos 194 e 203, que revelam como direito social relativo à seguridade o inteiro instituto da assistência social, que compreende vários objetos e não só aquele mencionado no artigo 6o.⁵⁴

da Previdência Social, e seu Regulamento baixado pelo Decreto 357, de 7.12.91. A Lei 7.998, de 11 de janeiro de 1990, regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador-FAT.

⁵⁴ Cf. Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, considerada direito do cidadão e dever do Estado, é ela considerada por essa lei como Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas. Cf. também a Lei 7.843, de 24 de outubro de 1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social.

E. *Direito dos consumidores*

A Constituição estabelece que *o Estado proverá, na forma da lei, a defesa do consumidor* (artigo 5o., XXXII), que esta constitui um princípio da ordem econômica (artigo 170, V) e determinou que *o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborasse o código de defesa do consumidor* (artigo 48 do ADCT), determinação que foi cumprida com a promulgação da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Como se vê, o direito dos consumidores não está arrolado pela Constituição como forma de direito social. Está inserido entre os direitos individuais e coletivos, mas também é previsto entre os princípios da ordem econômica. Tem, contudo, importância fundamental sua inserção entre os direitos fundamentais. Com isso, elevam-se os consumidores à categoria de titulares de direitos constitucionais fundamentais, o que, combinado com o disposto no artigo 170, V, tem o relevante efeito de legitimar todas as medidas de intervenção estatal necessárias a assegurar a proteção prevista.

F. *Direitos sociais da infância e dos idosos*

Proteção à maternidade e à infância. Está prevista no artigo 6o. como espécie de direito social, mas seu conteúdo há de ser buscado em mais de um dos capítulos da ordem social, onde aparece como aspectos do direito de previdência social (artigo 201, III: “proteção à maternidade, especialmente à gestante”), do direito de assistência social (artigo 203, I: “proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”; II: “amparo às crianças e adolescentes carentes”) e no capítulo da família, da criança, do adolescente e do idoso (artigo 227), sendo de ter cuidado para não confundir o direito individual da criança (direito à vida, à dignidade, à liberdade) com o seu direito social que, aliás, salvo o princípio da prioridade, coincide, em boa parte, com o de todas as pessoas (direito à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer), com o direito civil (condições jurídicas dos filhos em relação aos pais) e com o direito tutelar do menor (artigo 227, § 3, IV a VII e § 4). Alguns direitos sociais, reconhecidos no artigo 227, são pertinentes só à criança e ao adolescente, como o direito à profissionalização, à convivência familiar e comunitária e a

regras especiais dos direitos previdenciários e trabalhistas (artigo 227, § 3s, I a III).⁵⁵

Direitos dos idosos. Não foi incluído no artigo 6o. como espécie de direito social, mas, por certo, tem essa natureza. Uma dimensão íntegra o direito previdenciário (artigo 201, I) e se realiza basicamente pela aposentadoria e o direito assistenciário (artigo 203, I), como forma protetiva da velhice, incluindo a garantia de pagamento de um salário mínimo mensal, quando ele não possuir meios de prover à própria subsistência, conforme dispuser a lei. Mas o amparo à velhice vai um pouco mais longe, daí o texto do artigo 230, segundo o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, bem como a gratuidade dos transportes coletivos urbanos e tanto quanto possível a convivência em seu lar.⁵⁶

3. *Direitos culturais*

A. *Significação constitucional*

A Constituição de 1988 deu relevante importância à *cultura*, tomado esse termo em sentido abrangente da formação educacional do povo, expressão criadora da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que se exprimem por vários de seus artigos (5o., IX, 23, III a V, 24, VII a IX, 30, IX, e 205 a 217), formando aquilo que se denomina *ordem constitucional da cultura*, ou *constituição cultural*,⁵⁷ constituída pelo conjunto de normas que contém referências culturais e disposições substanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura.

55 Cf. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Cf. também Cury *et al.*, (coords.), *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, São Paulo, Malheiros, 1992.

56 Cf. Lei 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a política nacional do idoso e cria o Conselho Nacional do Idoso.

57 Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 361. *Constituição cultural* apenas no sentido de fundamentos constitucionais da cultura.

B. *Objetivos e princípios informadores da educação*

O artigo 205 prevê três objetivos básicos da educação: *a) pleno desenvolvimento da pessoa; b) preparo da pessoa para o exercício da cidadania; c) qualificação da pessoa para o trabalho*. Integram-se, nestes objetivos, valores antropológico-culturais, políticos e profissionais.

A consecução prática desses objetivos só se realizará num sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal (via escola) concretize o *direito ao ensino*, informado por alguns princípios com eles coerentes, que, realmente, foram acolhidos pela Constituição, tais são: *universalidade* (ensino para todos), *igualdade*, *liberdade*, *pluralismo*, *gratuidade do ensino público*, *valorização dos respectivos profissionais*, *gestão democrática da escola* e *padrão de qualidade*, princípios esses que foram acolhidos no artigo 206 da Constituição.

C. *Direito à educação*

O artigo 205 contém uma declaração fundamental que, combinada com o artigo 60., eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem. Aí se afirma que a *educação é direito de todos*, com o que esse direito é informado pelo princípio da universalidade. Realça-lhe o valor jurídico, por um lado, a cláusula *a educação é dever do Estado e da família*, constante do mesmo artigo, que completa a situação jurídica subjetiva, ao explicitar o titular do dever, da obrigação, contraposto àquele direito. Vale dizer: todos têm o direito à educação e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família.

A norma, assim explicitada —“*A educação, direito de todos e dever do Estado e da família...*” (artigos 205 e 227) —, significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (artigo 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização. A Constituição mesma já considerou que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é *direito público subjetivo*; equivale reconhecer que é direito

plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente.

As normas têm, ainda, o significado jurídico de elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao poder público impende possibilitar a todos. Daí a preferência constitucional pelo ensino público, pelo que a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é, no entanto, meramente secundária e condicionada (artigos 209 e 213).

D. *Direito à cultura*

*Introdução.*⁵⁸ Até muito recentemente, a *cultura* (formal, artística) era tratada como um ornamento, objeto de proteção de mecenas que se compeçavam em ver girarem em torno de si os astros que resplandeciam ao toque da inspiração romanesca, poética, musical ou das artes plásticas. Esses protetores prestaram, assim mesmo, enorme serviço ao desenvolvimento da cultura formal. Daí surgiram as academias, os prêmios, os teatros, as escolas. Mas as relações culturais se davam no meio privado, regidas pelo direito civil, normalmente, por via de regras contratuais.

A sociedade se transforma e, assim, o mundo da cultura. Esta passa a ser encarada como algo essencial e não apenas como um lazer de potentados, havendo até filósofos que “estimam que a cultura é a chave de abertura do mundo de amanhã, o meio de ultrapassar as dificuldades de nosso tempo, a significação profunda da crise de nosso tempo”.⁵⁹ Daí que a cultura se transformou numa atividade regular do homem, um produto e um objeto de consumo deste, suscitando relações jurídicas, que se traduzem em direitos e obrigações, como, p. ex., os direitos de autor sobre suas obras.

Essa visão da cultura impôs a necessidade da interferência oficial, quer pela regulamentação das relações de cultura, quer pela criação de oportunidades culturais, quer mesmo como produtor de cultura, com a construção de espaços culturais, assim os teatros públicos, a oferta de ensino oficial das artes, como os conservatórios musicais, as escolas de balé, faculdades de comunicação e artes, manutenção de museus, disciplina da proteção do patrimônio cultural, enfim, pela prestação de servi-

⁵⁸ O texto que segue está baseado no capítulo III do meu *Ordenação constitucional da cultura*, São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

⁵⁹ Cf. Pontier, Jean-Marie e outros, *Droit de la culture*, p. 1 (prefácio).

ços públicos culturais. A esse propósito é que Jean-Marie Pontier, Jean-Claude e Jacques Bourdon disseram o seguinte: “Mais largamente, as exigências dos cidadãos em matéria de cultura, como o sentimento dos dirigentes da necessidade de oferecer aos cidadãos serviços nesse domínio, estão na origem de um novo direito. Esse direito pôde primeiro ser qualificado de direito à cultura... antes de tornar-se, pelo fato do desenvolvimento das leis, dos regulamentos, da jurisprudência, um verdadeiro direito da cultura”.⁶⁰

Direitos culturais. Não foram arrolados no artigo 6o. como espécies de direito social, mas, se a educação o foi, aí também estarão aqueles, até porque estão explicitamente referidos no artigo 215, consoante o qual o *Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.* Por aí também se vê que se trata de direitos informados pelo princípio da universalidade, isto é, direitos garantidos a todos.

Significado e conteúdo da expressão “direitos culturais”. Assim se delinea a dupla dimensão da expressão “direitos culturais” que consta do artigo 215 da Constituição. De um lado, o *direito cultural*, como *norma agendi* (assim, p. ex. “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais”, é uma norma) e o *direito cultural*, como *facultas agendi* (assim, p. ex. da norma que garante a todos o pleno exercício dos direitos decorre a *faculdade de agir* com base nela). O conjunto de normas jurídicas que disciplinam as relações de cultura forma a *ordem jurídica da cultura*. Esse conjunto de todas as normas jurídicas, constitucionais ou ordinárias, é que constituem o *direito objetivo da cultura*, e, quando se fala em *direito da cultura* está-se referindo ao direito objetivo da cultura, ao conjunto de normas sobre cultura. Pois bem, essas normas geram *situações jurídicas em favor dos interessados*, que lhes dão a faculdade de agir, para auferir vantagens ou bens jurídicos que sua situação concreta produz, ao subsumir-se numa determinada norma. Assim, se o Estado garante o pleno exercício dos direitos culturais, isso significa que o interessada em certa situação, tem o *direito* (faculdade subjetiva) de reivindicar esse exercício e o Estado o *dever* de possibilitar a realização do direito em causa. Garantir o acesso à cultura nacional (artigo 215): norma jurídica, *norma agendi*, significa conferir aos interessados a

60 *Ibidem*, p. 60.

possibilidade efetiva desse acesso: *facultas agendi*. Quando se fala em *direito à cultura* está-se referindo a essa possibilidade de agir conferida pela norma jurídica de cultura. Ao direito à cultura corresponde a obrigação correspectiva do Estado.

Direito à cultura. É um direito constitucional fundamental⁶¹ que exige uma ação positiva do Estado, cuja realização efetiva postula uma política cultural oficial.⁶² Mas isso suscita também diversos problemas relativamente aos limites da atuação estatal nesse campo.

A Constituição não deixa muitas dúvidas sobre o tema, já que garante a liberdade de criação, de expressão e de acesso às fontes da cultura. Isso significa que não pode haver cultura imposta, que o papel do poder público deve ser o de favorecer a livre procura das manifestações culturais, criar condições de acesso popular à cultura, prover meio para que a difusão cultural se fundamente nos critérios de igualdade. É o que, aliás, se tem na combinação dos artigos 5o., IX, e 215, enquanto o primeiro declara que *é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença — que autoriza a pessoa atuar conforme dite suas inclinações e interesses culturais—* ao mesmo tempo em que o segundo declara que *o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.*

Os autores citados questionam esse aspecto do direito à cultura. “Se então o que é exigido dos poderes públicos não é uma cultura determinada a propor aos cidadãos mas os meios de atingir a cultura, o problema deveria transformar-se na questão de ”como favorecer o acesso à cultu-

61 Sua natureza de direito fundamental decorre também as declarações internacionais e regionais dos direitos humanos. Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 27, 1. “Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios; 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”. Sua configuração como direito fundamental se destaca das normas do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Igualmente, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigo 13: “Toda pessoa tem o direito de tomar parte na vida cultural da coletividade, de gozar das artes e de desfrutar dos benefícios resultantes do progresso intelectual e, especialmente, das descobertas científicas. Tem o direito, outrossim, de ser protegida em seus interesses morais e materiais no que se refere às invenções, obras literárias, científicas ou artísticas de sua autoria”.

62 *Ibidem*, p. 60.

ra?”. Respondem que, na realidade, o problema é bem mais complexo, pois, a questão do “como” é efetivamente fundamental, e os governantes tropeçam na definição dos meios para tornar efetivo o acesso à cultura. Lembram que a democratização cultural é uma das facetas da resposta que os poderes públicos tentam dar a essa questão, mas, contra argumentam: a dificuldade de determinar os meios se nutre de uma dificuldade mais fundamental, e inevitável: a que cultura se trata de facilitar o acesso?⁶³ Essa questão, no entanto, não se põe em face da nossa Constituição, que deu a ela resposta expressa no texto supramencionado. Ali, de fato, está que o Estado garantirá o acesso às fontes da *cultura nacional*, o que envolve todas as manifestações culturais do povo brasileiro em geral como as manifestações culturais particulares: populares, indígenas, afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (artigo 215, §1). A ação cultural do Estado há de ser ação afirmativa que busque realizar a igualização dos socialmente desiguais para que todos, igualmente, auferiam os benefícios da cultura. Em suma se trata da democratização da cultura que represente a formulação política e sociológica de uma concepção estética que seja o seguimento lógico e natural da democracia social que inscreva o direito à cultura no rol dos bens auferíveis por todos igualmente; democratização, enfim, que seja o instrumento e o resultado da extensão dos meios de difusão artística e a promoção de lazer da massa da população a fim de que possa efetivamente ter o acesso à cultura.⁶⁴

Outra questão relevante diz respeito à eficácia do direito à cultura. Ainda são aqueles autores que recordam: “A única conclusão que se impõe é que se a consagração do direito à cultura é clara, evidente, já é bem menos o fazê-lo realizar-se”. Acrescentaram, em face da Constituição francesa, que sobre o plano estritamente jurídico é impossível a um cidadão fazer valer esse direito à cultura invocando as disposições constitucionais.⁶⁵ É preciso ter em mente que os autores estavam discutindo normas que decorrem do preâmbulo da Constituição francesa, situação essa que gerou grandes controvérsias sobre o sentido jurídico-constitucional de tais normas, e, enquanto a doutrina e mesmo a jurisprudência aceitaram que eram normas constitucionais, concluíram que, na ausência

63 *Ibidem*, pp. 66 e 67.

64 Sobre essa temática, cf. Caune, Jean, *La culture en action*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1999, pp. 147 e 148.

65 *Ibidem*, p. 69.

de disposições legislativas atuando tais disposições, sua invocação era inoperante, o que é um modo contraditório de reconhecer normas constitucionais. São tais, mas não valem como tais, se o legislador não interferir...(!)

Não se nega que tais normas tenham menor eficácia que outras. São normas de eficácia limitada que postulam uma providência ulterior para produzirem todos os seus efeitos. Mas não são destituídas de eficácia, porque não são simples direitos de legislação mas direitos constitucionais atuais e fundamentais, porque devem ser compreendidos dentro do complexo marco dos direitos humanos também reconhecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem,⁶⁶ e aos quais a própria Constituição oferece algumas condições de aplicabilidade imediata.

Conteúdo do direito à cultura. A discussão supra prendeu-se a um sentido da expressão como referindo-se apenas à cultura em sentido estrito. Mas esta, como temos lembrado, pode ser tomada em sentido abrangente da formação educacional do povo, expressões criadoras da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, formando aquilo que se denomina *ordem ou ordenação constitucional da cultura*, ou *constituição cultural*, constituída pelo conjunto de normas que contém referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura.⁶⁷ Nesse caso, a discussão pode implicar outras considerações que o tratamento jurídico da cultura em sentido estrito não comporta. Basta apenas lembrar que, em matéria de educação, a interferência do Estado é mais acen-tuada até porque está previsto que é seu dever prestar educação. Por isso, até impõe condutas nessa matéria, sendo suficiente recordar o ensino fundamental obrigatório.

Direito da cultura. O estabelecimento de uma política cultural é o meio que os poderes públicos utilizam para propiciar o gozo dos direitos culturais, especialmente o acesso à cultura e a organização do patrimônio cultural, instituindo órgãos destinados a administrar a cultura, tais como o Ministério da Cultura, Secretarias Estaduais de Cultura e Secretarias Municipais de Cultura, cujo conjunto forma um sistema administrativo da cultura, dando origem ao conceito de *instituições culturais*. Uma polí-

66 Harvey, Edwin R., *Legislación cultural de los países americanos*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 25.

67 A esse propósito, nosso *Curso de direito constitucional positivo*, 18a. ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 278 e ss.

tica pública da cultura exige a criação de normas jurídicas que disciplinem as relações jurídicas culturais. Seu desenvolvimento é que dá origem a um sistema normativo da cultura, que constitui o *direito da cultura*, um ramo do direito em formação. Alain Riou o define assim: “o direito da cultura é constituído do conjunto das regras que se aplicam às atividades culturais públicas e privadas assim como às relações destes entre si, da jurisprudência que elas suscitam e dos comentários da doutrina sobre esse assunto”.⁶⁸ Não é certamente uma definição elegante. Entram nela circunstâncias que não são da essência do definido. Segundo esse autor, o direito da cultura compreende quatro grandes domínios: o direito patrimonial da cultura, o direito da criação e da formação culturais, o mecenato cultural, a propriedade literária e artística.⁶⁹ Já Pontier, Ricci e Bourdon entendem que o direito da cultura se traduz pela existência de um serviço público da cultura, por uma polícia da cultura e pelo desenvolvimento de um contencioso da cultura.⁷⁰

Direitos culturais reconhecidos. Em suma, quais são esses direitos culturais reconhecidos na Constituição? São: *a)* liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica; *b)* direito de criação cultural, compreendidas as criações artísticas, científicas e tecnológicas; *c)* direito de acesso às fontes da cultura nacional; *d)* direito de difusão das manifestações culturais; *e)* direito de proteção às manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; *f)* direito-dever estatal de formação do patrimônio cultural brasileiro e de proteção dos bens de cultura, que, assim, ficam sujeitos a um regime jurídico especial, como forma de propriedade de interesse público. Tais direitos decorrem das normas dos artigos 5o., IX, 215 e 216.

E. *Direitos sociais relativos à moradia*⁷¹

Fundamento constitucional. O *direito à moradia* já era reconhecido como uma expressão dos direitos sociais por força mesmo do disposto no

68 Cf. *Le droit de la culture et le droit à la culture*, 2a. ed., Paris, ESF Éditeur, 1996, p. 37.

69 Cf. *op. cit.*, nota , p. 37.

70 Cf. *op. cit.*, nota , p. 90.

71 Cf. meu *Curso de direito constitucional positivo*, 19a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, pp. 317 e ss.

artigo 23, IX, segundo o qual é da competência comum da União, estados, Distrito Federal e município “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento”. Aí já se traduzia um poder-dever do Poder Público que implicava a contrapartida do direito correspondente a tantos quantos necessitem de uma habitação. Essa contrapartida é o direito à moradia que agora a EC-26, de 14.2.2000, explicitou no artigo 6o.

Significação e Conteúdo. O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nela habitar. No “morar” encontramos a idéia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o *residir* e o *habitar*, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo *morar*, do latim “morari”, que significava *demorar*, *ficar*. Mas é evidente que a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia.

O conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar, como se prevê na Constituição portuguesa (artigo 65). Em suma, que seja uma habitação digna e adequada, como quer a Constituição espanhola (artigo 47). Nem se pense que estamos aqui reivindicando a aplicação dessas constituições ao nosso sistema. Não é isso. É que a compreensão do direito à moradia, como direito social, agora inserido expressamente em nossa Constituição, encontra normas e princípios que exige que ele tenha aquelas dimensões. Se ela prevê, como um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (artigo 1o., III), assim como o direito à intimidade e à privacidade (artigo 5o., X), e que o a casa é um asilo inviolável (artigo 5o., XI), então tudo isso envolve necessariamente o direito à moradia. Não fosse assim seria um direito empobrecido.

Condição de eficácia. Esse é daqueles direitos que têm duas faces: uma *negativa* e outra *positiva*. A primeira significa que a cidadania não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa na abstenção do Estado e de terceiros. A segunda que é a nota principal do direito à moradia como dos demais direitos sociais con-

siste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado. É nessa ação positiva que se encontra a condição de eficácia do direito à moradia. E ela está prevista em vários dispositivos de nossa Constituição, entre os quais se destaca o artigo 3o. que define como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a marginalização, e não há marginalização maior do que não se ter um teto para si e para a família, e promover o bem de todos, que pressupõe, no mínimo, ter onde morar dignamente. Além dessas normas e princípios gerais, há ainda o disposto no artigo 23, X, que dá competência comum a todas as entidades públicas da Federação para combater as causas da pobreza e os fatores da marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos, o que importa só por si criar condições de habitabilidade adequada para todos. Mas há ainda norma específica determinando ação positiva no sentido da efetiva realização do direito à moradia, quando, no mesmo, artigo 23, IX, se estabelece a competência comum para “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento”.

F. *Direito do meio ambiente*

O capítulo do meio ambiente é um dos mais importantes e avançados da Constituição de 1988, onde se define o *meio ambiente* ecologicamente equilibrado como *direito de todos* e lhe dá a natureza de *bem de uso comum do povo* e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O artigo 225, § 1, arrola as medidas e providências que incumbem ao poder público tomar para assegurar a efetividade do direito reconhecido no *caput*, que nos limitaremos a enunciar, quais sejam: *a)* preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; *b)* preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; *c)* definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especial-

mente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; *d*) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; *e*) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; *f*) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; *g*) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Além desses meios de atuação do poder público, a Constituição impõe condutas preservacionistas a quantos possam direta ou indiretamente gerar danos ao meio ambiente. Assim, aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei, e as usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas. Dá ela ênfase à atuação preventiva, mas não descuida das medidas repressivas, ao exigir a recuperação do meio ambiente degradado por atividades regulares, e especialmente ao sujeitar as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente a sanções penais e administrativas, sem prejuízo da obrigação de reparar os danos causados. Cabe invocar, aqui, a tal propósito, o disposto no artigo 173, § 5, que prevê a possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas, independente da responsabilidade de seus dirigentes, sujeitando-as às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica, que tem como um de seus princípios a defesa do meio ambiente.

O artigo 225, § 4, declara *patrimônio nacional* a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira, não para torná-las estaticamente preservadas; ao contrário, sua utilização econômica, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais, é admissível, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente.

A Constituição, com isso, segue, e até ultrapassa, as Constituições mais recentes (Portugal, artigo 66, Espanha, artigo 45) na proteção do

meio ambiente. Toma consciência de que a “qualidade do meio ambiente se transformara num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja preservação, recuperação e revitalização se tornara num imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento. Em verdade, para assegurar o direito fundamental à vida”.⁷² As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida humana*.⁷³

G. Direito ao lazer

O artigo 60. menciona o lazer entre os direitos sociais. *Lazer e recreação* são funções urbanísticas, daí por que são manifestações do direito urbanístico. Sua natureza social decorre do fato de que constituem

⁷² Cf. nosso “Direito à qualidade do meio ambiente”, *Revista do Advogado* 18/46, junho/85, e nosso *Direito urbanístico brasileiro*, p. 436. Concluímos o primeiro desses trabalhos propondo que o direito à qualidade do meio ambiente, como manifestação do direito à vida, merecesse na nova Carta Magna tratamento adequado e sugerimos um dispositivo que sintetizava o essencial do capítulo em estudo, nos termos seguintes: “Artigo - (*direito à qualidade do meio ambiente*) 1. Todos têm direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, bem como o dever de defendê-lo. 2. Incumbe aos poderes públicos velar pela aplicação eficaz desse direito e pelo racional aproveitamento dos recursos naturais, salvaguardando sua capacidade de renovação e estabilidade ecológica, com o fim de proteger e melhorar a qualidade da vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva. 3. Fica reconhecida a legitimação processual a qualquer brasileiro e a instituições brasileiras de fins ambientais e ecológicos para a defesa do meio ambiente no interesse da qualidade de vida. 4. A mesma legitimação cabe ao Ministério Público federal e estadual. 5. A lei fixará sanções penais, administrativas e civis para quem violar o disposto nas alíneas 1 e 2 deste artigo”.

⁷³ Reproduzimos aqui considerações que constam do nosso artigo citado, *Revista dos Advogados*, 18, p. 50.

prestações estatais que interferem com as condições de trabalho e com a qualidade de vida, donde sua relação com o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. “Lazer é entrega à ociosidade repousante. *Recreação* é entrega ao divertimento, ao esporte, ao brinquedo. Ambos se destinam a refazer as forças depois da labuta diária e semanal. Ambos requerem lugares apropriados, tranqüilos num, repleto de folguedos e alegrias em outro”⁷⁴.

A Constituição menciona o lazer apenas no artigo 60. e faz ligeira referência no artigo 227, e nada mais diz sobre esse direito social. Como visto, ele está muito associado aos direitos dos trabalhadores relativos ao repouso. Nesse sentido, ele fora definido no Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, artigo 24: “Todos têm direito ao lazer e à utilização criadora do tempo liberado ao trabalho e ao descanso”. É um direito social que vai depender de melhor definição na legislação ordinária.

H. *Desporto*

É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observadas as diretrizes do artigo 217. A Constituição valorizou a *justiça desportiva*, quando estabeleceu que o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias daquela. Mas impôs a ela um prazo máximo para proferir a decisão final, que é de sessenta dias, após o qual, evidentemente, o Poder Judiciário poderá conhecer da controvérsia.

I. *Ciência e tecnologia*

É incumbência do Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica. A Constituição distingue a pesquisa em *pesquisa científica básica*, que receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, e *pesquisa tecnológica* que deverá voltar-se preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional; para tanto o Estado apoiará e estimulará a formação de recursos humanos nessas áreas do saber.

⁷⁴ Cf. nosso *Direito urbanístico brasileiro*, 3a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 266.

A regra do artigo 219 deveria figurar entre os dispositivos da ordem econômica, onde melhor se enquadraria. Reza o dispositivo que o *mercado interno* integra o *patrimônio nacional* e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnologia do país, nos termos da lei federal. É uma regra da ordem econômica mais do que de ciência e tecnologia, na qual a intervenção no domínio econômico encontra importante fundamento para o controle do mercado interno.

J. *Informação*

A Constituição distingue entre liberdade de informação (que já estudamos) e direito à informação. No capítulo da comunicação (artigos 220-224), preordena a liberdade de informar completada com a liberdade de manifestação do pensamento (artigo 5o., IV). No artigo 5o., XIV e XXXIII, temos a dimensão coletiva do direito à informação; o primeiro declara *assegurado a todos o acesso à informação*, daí porque a liberdade de informação deixara de ser mera função individual para tornar-se função social. O inciso XXXIII trata de direito à informação mais específico, quando estatui que *todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse particular, coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*. Aí, como se vê do enunciado, amalgamam-se interesses particulares, coletivos e gerais, donde se tem que não se trata de mero direito individual.

K. *Comunicação social*

Já estudamos a liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, de maneira a abranger as questões fundamentais do capítulo da comunicação social. O único aspecto que ficou para considerar foi o artigo 222, que estatui que a *propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens* é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberá a responsabilidade por sua administração e orientação intelectual, sendo vedada a participação de pessoas jurídicas no seu capital social,

exceto a de partido político e de sociedade cujo capital pertença exclusiva e nominalmente a brasileiros (natos ou naturalizados), assim mesmo sem direito a voto e não excedente de trinta por cento.

L. *Direitos indígenas*⁷⁵

A Constituição de 1988 revela um grande esforço da Constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios. E o conseguiu num limite bem razoável.

É inegável, contudo, que ela deu um largo passo à frente na questão indígena, com vários dispositivos referentes aos índios,⁷⁶ nos quais dispõe sobre a propriedade das terras ocupadas pelos índios, a competência da União para legislar sobre *populações indígenas*, autorização congressional para mineração em terras indígenas, relações das comunidades indígenas com suas terras, preservação de suas línguas, usos, costumes e tradições. Os artigos 231 e 232 é que estabelecem as bases dos direitos dos índios.

Organização social dos índios: comunidade, etnia e nação. O artigo 231 reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios, com o que reconhece a existência de minorias nacionais e institui normas de proteção de sua singularidade étnica, especialmente de suas línguas, costumes e usos. A propósito, a Constituição fala em *populações indígenas* (artigo 22, XIV) e *comunidades indígenas* ou *dos índios* (artigo 232), certamente como *comunidades culturais*, que se revelam na identidade étnica, não propriamente como *comunidade de origem* que se vincula ao conceito de raça natural, fundado no fator biológico, hoje superado, dada a “impossibilidade prática de achar um critério que defina a pureza da raça”.⁷⁷

⁷⁵ Faz aqui uma síntese do capítulo sobre os índios do meu *Curso de direito constitucional positivo*, cit., nota 48, pp. 826 e ss.

⁷⁶ Cf. artigos 20, XI, 22, XIV, 49, XVI, 109, XI, 129, V, 176, § 1, 210, § 2, 215, § 1, e especialmente 231 e 232, formando estes dois últimos o capítulo especial dos índios.

⁷⁷ Cf. Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, pp. 78 e 79; também Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 4a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1961, pp. 164 e ss. e 174 e ss.

A Constituição recusou o emprego da expressão *nações indígenas*, baseada na falsa premissa e no preconceito de que *nação* singulariza o elemento humano do Estado ou se confunde com o próprio Estado, idéia há muito superada, quer porque se verificou que existem estados multinacionais ou multiétnicos, que dá na mesma, quer porque existe Estado sem nação (o Vaticano) e até porque pode existir nação sem Estado como os judeus até à fundação do Estado de Israel, e, ao contrário, a nação pode estar dividida em vários Estados.⁷⁸ É verdade que hoje tudo isso é muito discutível. Assim, p. ex., como nota Zippelius, “os suíços alemães e os próprios alemães não se consideram uma nação, apesar de uma origem, uma língua e uma cultura comuns”.⁷⁹ Por quê? Porque, para além desses fatores, há outro mais forte que é o sentimento de pertinência nacional que solidifica uma comunidade de destino político.⁸⁰ Por isso, é que os suíços de origem alemã, como os de origem italiana e francesa, são de nacionalidade suíça pelo sentimento de pertinência à comunidade nacional da Suíça, sem prejuízo do sentimento de pertinência a uma específica comunidade cultural (alemã, italiana e francesa). Por tudo isso, também é que ficou inteiramente superado o incorreto conceito de Estado como nação politicamente organizada.

Se tomarmos o conceito de *nação* de Mancini, que se assemelha a todos os demais, por certo que poderá ser aplicado às comunidades indígenas, em face do artigo 231 da Constituição. Nação, para ele, “é a reunião em sociedade de homens [«seres humanos», quer ele dizer], na qual a unidade de território, de origem, de costumes, de língua e a comunhão de vida criaram a consciência social”.⁸¹ Por outro lado, se se reconhece que a *língua comum* é um fator particularmente significativo para a constituição da nação,⁸² então se pode falar em *nações indígenas*, na medida em que a comunidade lingüística as identifica. Mas, nesse sentido, o conceito de nação se confunde com o *conceito de etnia*, como esta vem sendo definida atualmente, ou seja: “etnia é uma entidade caracterizada por uma mesma língua, uma mesma tradição cultural e histórica, ocupando

78 Cf. Sauer, Wilhelm, *Filosofia jurídica y social*, Madrid, Ed. Labor, 1933, p. 186, trad. de Luis Legaz Lacambra.

79 Zippelius, Reinhold, nota 77, p. 80.

80 *Idem*.

81 Cf. Azambuja, Darcy, *Teoria geral do Estado*, 4a. ed., Porto Alegre, Ed. Globo, 1963, p. 27, ressalvem-se os parênteses explicativos nossos.

82 Cf. Zippelius, Reinhold, *op. cit.*, nota 77, p. 79.

um dado território, tendo uma mesma religião e, sobretudo, a consciência de pertencer a essa comunidade”.⁸³ É claro que um novo conceito de nação começa a surgir, diferente do conceito de etnia, e, como tal, não teria aplicação às comunidades indígenas, porque se confunde com o controle do aparelho do Estado. Também não se lhes aplicará o termo *nação* no sentido corrente, embora tecnicamente incorreto, de povo de um país ou Estado, ou no de “comunidade de cidadãos de um Estado sob o mesmo regime”, porque, nesse sentido, se refere a todo o povo brasileiro, índios incluídos. O certo é que o termo confunde mais do que esclarece.

Enfim, o sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é índio quem se sente índio. Essa auto-identificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado pré-colombiano que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para a identificação do índio brasileiro. Essa permanência em si mesma, embora interagindo um grupo com outros, é que lhe dá a continuidade étnica identificadora. Ora, a Constituição assume essa concepção, p. ex., quando no artigo 231, § 1, ao ter as terras ocupadas pelos índios como “necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”. A identidade étnica perdura nessa *reprodução cultural*, que não é estática; não se pode ter cultura estática. Os índios, como qualquer comunidade étnica, não param no tempo. A evolução pode ser mais rápida ou mais lenta, mas sempre haverá mudanças e, assim, a cultura indígena, como qualquer outra, é constantemente reproduzida, não igual a si mesma. Nenhuma cultura é isolada. Está sempre em contato com outras formas culturais. A reprodução cultural não destrói a identidade cultural da comunidade, identidade que se mantém em resposta a outros grupos com quais dita comunidade interage. Eventuais transformações decorrentes do viver e do conviver das comunidades não descaracterizam a identidade cultural. Tampouco a des-

83 Cf. Lopes, Carlos, *Para uma leitura sociológica da Guiné-Bissau*, Lisboa-Bissau, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisa, 1988, pp. 36 e 37; no mesmo sentido, Samir Amin, *Le développement inégal*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1973, p. 21: “L’ethnie suppose une communauté linguistique et culturelle et une homogénéité du territoire géographique et, surtout, la conscience de cette homogénéité culturelle, quand bien même celle-ci sera imparfaite, les variantes dialectiques différants d’une ‘province’ à l’autre, ou les cultes religieux”.

caracteriza a adoção de instrumentos novos ou de novos utensílios, porque são mudanças dentro da mesma identidade étnica.⁸⁴

Direitos sobre as terras indígenas. A questão da terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se amparará seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois, a disputa dessas terras e de sua riqueza, como lembra Manuela Carneiro da Cunha, constitui o núcleo da questão indígena hoje no Brasil.⁸⁵ Por isso mesmo, esse foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios. Da Constituição se extrai que, sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, incidem os *direitos de propriedade* e os *direitos de usufruto*, sujeitos a delimitações e vínculos que decorrem de suas normas.

Declara-se, em primeiro lugar, que *essas terras são bens da União* (artigo 20, XI). A outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa precisamente preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma, quando fala que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma *propriedade vinculada* ou *propriedade reservada* com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela. Por isso, são terras inalienáveis e indisponíveis e, os direitos sobre elas, imprescritíveis.

São terras da União vinculadas ao cumprimento dos direitos indígenas sobre elas, reconhecidos pela Constituição como *direitos originários* (artigo 231), que, assim, consagra uma relação jurídica fundada no *instituto do indigenato*, como fonte primária e congênita da posse territorial, consubstanciada no artigo 231, § 2, quando estatui que *as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes*. Disto também é que deriva o *princípio da irremovibilidade dos índios de suas terras*, previsto no § 5o. do artigo 231, só admitida a remoção *ad referendum* do Congresso Nacional e apenas em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional,

84 Sobre esses assuntos, cf. Carneiro da Cunha, Manuela, *Os direitos do índio: ensaios e documentos*, São Paulo, Brasiliense, 1988, pp. 22 e ss.

85 *ibidem*, p. 32.

garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. Dali igualmente provêm as limitações a respeito de mineração nessas terras e a invalidade de atos contrários à efetividade dos direitos indígenas sobre elas.

Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. São bens da União as *terras tradicionalmente ocupadas* pelos índios (artigo 20, XI). São reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as *terras que tradicionalmente ocupam* (artigo 231). As *terras tradicionalmente ocupadas* pelos índios destinam-se à sua posse permanente... (artigo 231, § 1). Essa reiteração constitucional requer conceituação que defina as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

A base do conceito acha-se no artigo 231, § 1, fundado em quatro condições, todas necessárias e nenhuma suficiente sozinha, a saber: a) serem por eles *habitadas em caráter permanente*; b) serem por eles *utilizadas para suas atividades produtivas*; c) serem *imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar*; d) serem *necessárias a sua reprodução física e cultural*, tudo segundo seus usos, costumes e tradições, de sorte que não se vai tentar definir o que é habitação permanente, modo de utilização, atividade produtiva, ou qualquer das condições ou termos que as compõem, segundo a visão civilizada, a visão do modo de produção capitalista ou socialista, a visão do bem-estar do nosso gosto, mas segundo o modo de ser deles, da cultura deles.

Terras tradicionalmente ocupadas não revela aí uma relação temporal. Se recorrermos ao Alvará de 1o. de abril de 1680 que reconhecia aos índios as terras onde estão tal qual as terras que ocupavam no sertão, veremos que a expressão *ocupadas tradicionalmente* não significa ocupação imemorial. Não quer dizer, pois, terras imemorialmente ocupadas, ou seja: terras que eles estariam ocupando desde épocas remotas que já se perderam na memória e, assim, somente estas seriam as terras deles. Não se trata, absolutamente, de *posse* ou *prescrição imemorial*, como se a ocupação indígena nesta se legitimasse, e dela se originassem seus direitos sobre as terras, como uma forma de *usucapião imemorial*, do qual emanariam os direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas, porque isso, além do mais, é incompatível com o reconhecimento constitucional dos direitos originários sobre elas.

Nem *tradicionalmente* nem *posse permanente* são empregados em função de *usucapião imemorial* em favor dos índios, como eventual título substantivo que prevaleça sobre títulos anteriores. Primeiro, porque

não há títulos anteriores a seus direitos originários. Segundo, porque usucapião é modo de aquisição da propriedade e esta não se imputa aos índios, mas à União a outro título. Terceiro, porque os direitos dos índios sobre suas terras assentam em outra fonte: o *indigenato* (*infra*).

O *tradicionalmente* refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao *modo tradicional* de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos pelo qual se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize segundo seus usos, costumes e tradições.

O *indigenato*. Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e no reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o *indigenato*, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1o. de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria *sempre* reservado o *direito dos índios, primários e naturais senhores delas*. Vindo a Lei 601/1850, os grileiros de sempre, ocupando terras indígenas, pretendiam destes a exibição de registro de suas posses. João Mendes Júnior, num texto que bem reflete o sentimento de autêntico jurista que era, rebateu a pretensão nos termos seguintes:

Desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por eles ocupadas, se já não fossem deles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; em qualquer hipótese, suas terras lhe pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1o. de abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e registro.⁸⁶

É que, conforme ele mostra, o *indigenato* não se confunde com a *ocupação*, com a mera posse. O *indigenato* é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a *ocupação* é título *adquirido*. O *indigenato* é legítimo por si,

⁸⁶ Cf. *Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos*, São Paulo, TYP. Hennies Irmãos. 1912, p. 57; nosso “Auto-aplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal”, *RTJE* 25/3 a 13.

...não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a *ocupação*, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem.

O indigenato, primariamente estabelecido, tem a *sedum positio*, que constitui o fundamento da posse, segundo o conhecido texto do jurista Paulo (Dig. titul. *de acq vel. amittr. possess.*, L.1), a que se referem Savigny, Molitor, Mainz e outros romanistas; mas o indigenato, além desse *ius possessionis*, tem o *ius possidendi*, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1.º de abril de 1680, como *direito congênito*.

Só a posse por ocupação está sujeita a legitimação, porque,

...como título de aquisição, só pode ter por objeto as coisas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A ocupação é uma *apprehensio rei nullis* ou *rei derelictæ*...; ora, as terras de índios, *congenitamente* apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictæ*; por outra, não se concebe que os índios tivessem *adquirido*, por *simples ocupação*, aquilo que lhe é *congênito e primário*...

De sorte que, em face do direito constitucional indigenista, relativamente aos índios com habitação permanente, não há uma simples posse, mas um reconhecido direito originário e preliminarmente reservado a eles.⁸⁷

4. *Direitos políticos*

A. *Direitos políticos e cidadania*

O regime representativo desenvolveu técnicas destinadas a efetivar a designação dos representantes do povo nos órgãos governamentais. A princípio, essas técnicas aplicavam-se empiricamente nas épocas em que o povo deveria proceder à escolha dos seus representantes. Aos poucos, porém, certos modos de proceder foram transformando-se em regras, que o direito positivo sancionara como normas de agir. Assim, o direito democrático de participação do povo no governo, por seus representantes, acabara exigindo a formação de um conjunto de normas legais permanentes, que recebera a denominação de *direitos políticos*. A Constituição traz um capítulo sobre esses direitos, no sentido indicado acima, como *conjunto de normas que regulam a atuação da soberania popular* (arti-

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 58 e 59; *ibidem*, p. 5.

gos 14 a 16). Tais normas constituem o desdobramento do princípio democrático inscrito no artigo 1o., parágrafo único, quando diz que o poder emana do povo, que *o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*. Desse modo é que se constrói a *cidadania* no seu sentido político.

Pimenta Bueno, de acordo com o artigo 90 da Constituição do Império, falava em *cidadão ativo* para diferenciar do cidadão, em geral, que, então, se confundia com o nacional (artigos 6o. e 7o.). Cidadão ativo era o titular dos direitos políticos, que a referida Constituição também concebia em sentido estrito (artigo 91). As Constituições subseqüentes misturaram ainda mais os conceitos.⁸⁸ A de 1937 começou a distinção que as de 1967/1969 completaram, abrindo capítulos separados para a *nacionalidade* (artigos 140 e 141) e para os *direitos políticos* (artigos 142 a 148), deixando de fora os *partidos políticos* (artigo 149).

Hoje, é desnecessária a terminologia empregada por Pimenta Bueno, para distinguir o nacional do cidadão, pois não mais se confundem nacionalidade e cidadania. Aquela é vínculo ao território estatal por nascimento ou naturalização; esta é um *status* ligado ao regime político.⁸⁹ *Cidadania*, como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1o., II), é mais do que o simples exercício dos direitos políticos eleitorais, porque “consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro e de contribuir para o aperfeiçoamento de todos”.⁹⁰ *Cidadania política*, sim, constitui vínculo de natureza eleitoral, porque qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política. Assim, *cidadão*, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas conseqüências. *Nacio-*

88 Cf. a de 1891, artigos 69 a 71; a de 1934, artigos 106 a 112; a de 1937, artigos 115 a 121; a de 1946, artigos 129 a 140; a de 1967, artigos 140, 141 e 142 a 149; a de 1969, artigos 145 a 152.

89 Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Curso de direito constitucional positivo*, 17a. ed., cit, nota 48, p. 99.

90 Cf. no meu *Poder constituinte e poder popular*, op. cit., nota 30, p. 142.

nalidade é conceito mais amplo do que cidadania, e é pressuposto desta, uma vez que só o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão.

B. Instituições

As instituições fundamentais dos direitos políticos positivos são as que configuram o direito eleitoral, tais como o *direito de sufrágio*, com seus dois aspectos: *ativo* (direito de votar) e *passivo* (direito de ser votado); os *sistemas e procedimentos eleitorais*.

As palavras *sufrágio* e *voto* são empregadas comumente como sinônimas. A Constituição, no entanto, dá-lhes sentidos diferentes, especialmente no seu artigo 14, por onde se vê que o *sufrágio* é *universal* e o *voto* é *direto, secreto* e tem valor *igual*.

C. Capacidade eleitoral

Eleitores são todos os brasileiros (natos e naturalizados, de qualquer sexo) que, à data da eleição, contem dezesseis anos de idade, alistados na forma da lei (artigo 14, § 1). Pelo exposto, podemos concluir que as condições requeridas no artigo 14 constitucional, para que alguém se torne eleitor, são: *a) nacionalidade brasileira; b) idade mínima de dezesseis anos; c) alistamento na forma da lei*. Cumpre notar que a alistabilidade, embora obrigatória para os maiores de dezoito anos, é, sobretudo, um *direito subjetivo* de quantos, sendo brasileiros, tenham atingido a idade de dezesseis anos. Estes, como os analfabetos e os maiores de setenta anos de idade, não estão obrigados a se alistarem eleitores, mas não poderão ser impedidos de fazê-lo, se preencherem as demais condições de alistabilidade. É que esta constitui um princípio dos direitos políticos, que decorre do artigo 14, § 1. A inalistabilidade, como restrição ao direito de alistar, é exceção que somente se dará no caso estritamente previsto na Constituição: apenas os *conscritos*, enquanto prestem serviço militar obrigatório.

Em suma, a capacidade eleitoral ativa depende do preenchimento das condições indicadas acima: *nacionalidade brasileira, idade mínima de dezesseis anos, posse de título eleitoral e não ser conscrito em serviço militar obrigatório*.

D. *Obrigatoriedade do voto*

A Constituição declara, contudo, que o alistamento e o *voto são obrigatórios para os maiores de dezoito anos* (artigo 14, § 1o. I). Por isso, a legislação eleitoral impõe sanções ao eleitor que deixe de votar sem justificção perante a Justiça Eleitoral, incorrendo em multa e ficando privado de vários direitos dependentes do gozo dos direitos políticos.

E. *Condições de elegibilidade*

A Constituição arrola no artigo 14, § 3, as condições de elegibilidade, *na forma da lei*, isso porque algumas das condições indicadas dependem da forma estabelecida em lei, tais são as hipóteses indicadas nos ns. II a V infra. As condições previstas são as seguintes:

a) nacionalidade brasileira, sendo que, só para presidente e vice-presidente da República, se exige a *condição de brasileiro nato*; b) pleno exercício dos direitos políticos; c) alistamento eleitoral (que já consta do anterior); d) domicílio eleitoral na circunscrição; e) filiação partidária; f) idade mínima de: 1) 35 anos para presidente, vice-presidente da República e Senador Federal; 2) 30 anos para governador e vice-governador de Estado e do Distrito Federal; 3) 21 anos para deputado federal, deputado estadual ou distrital (Deputado do Distrito Federal), prefeito, vice-prefeito e juiz de paz; 4) 18 anos para Vereador; VI - não incorrer numa inelegibilidade específica, que não está arrolada no artigo 14, § 3, mas deve ser lembrada aqui, porque as inelegibilidades constam dos §§ 4 a 7 e 9 do mesmo artigo, além de outras que podem ser previstas em lei complementar.

F. *Sistema eleitoral*

O direito constitucional brasileiro vigente consagra o *sistema majoritário*: a) *por maioria absoluta* (com dois turnos, se preciso, em termos que veremos), para a eleição de presidente e vice-presidente da República (artigo 77), de governador e vice-governador de Estado (artigo 28) e de prefeito e vice-prefeito municipal (artigo 29, II); b) *por maioria relativa*, para a eleição de senadores federais; e o *sistema proporcional* (artigo 45), para eleição de deputados federais e estaduais e vereadores municipais.

Pelo *sistema proporcional*, pretende-se que a representação, em determinado território (circunscrição), se distribua em proporção às correntes ideológicas ou de interesse integradas nos partidos políticos concorrentes. Cumpre notar que o sistema suscita os problemas de saber *quem é considerado eleito* e qual o *número de eleitos por partido*. Para solucionar esses dois problemas fundamentais, é necessário determinar: *a)* o número de votos válidos; *b)* o quociente eleitoral; *c)* o quociente partidário; *d)* a técnica de distribuição dos restos ou sobras; *e)* a designação dos eleitos.

Votos válidos. Para a determinação do quociente eleitoral, contam-se, como válidos, os votos dados à legenda partidária (votação apenas no nome do partido), os votos de todos os candidatos e os votos em branco (os votos nulos não entram na contagem).

Quociente eleitoral. Determina-se o quociente eleitoral, dividindo-se o número de votos válidos pelo número de lugares a preencher na Câmara dos Deputados, ou na Assembléia Legislativa estadual, ou na Câmara Municipal, conforme o caso, desprezada a fração igual ou inferior a meio, arredondando-se, para 1, a fração superior a meio.

Quociente partidário. Obtém-se o quociente partidário de cada partido (que é igual ao número de lugares cabível a cada um) dividindo-se o número de votos obtidos pela legenda (incluindo os conferidos aos candidatos por ela registrados) pelo quociente eleitoral, desprezada a fração.

Distribuição dos restos. Feitas as operações supra-indicadas, ficar-se-á sabendo quantos candidatos elegeram cada partido. Acontece que podem sobrar lugares a serem preenchidos, em consequência de restos de votos em cada legenda não suficientes, de per si, para fazer mais um eleito. Há vários métodos para a distribuição dos lugares restantes entre os partidos que concorrem à eleição. Para solucionar esse *problema da distribuição dos restos ou das sobras*, o direito brasileiro adotou o método da *maior média*, que consiste no seguinte: *adiciona-se mais um lugar aos que foram obtidos por cada um dos partidos; depois, toma-se o número de votos válidos atribuídos a cada partido e divide-se por aquela soma; o primeiro lugar a preencher caberá ao partido que obtiver a maior média; repita-se a mesma operação tantas vezes quantos forem os lugares restantes que devam ser preenchidos, até sua total distribuição entre os diversos partidos* (Código Eleitoral, artigo 109).

Note-se, porém, que somente concorrerão a essa distribuição os partidos que tiverem quociente eleitoral, isto é, o número de votos suficiente para a eleição de pelo menos um candidato.

Cumpra, ainda, observar que os lugares a preencher em cada Câmara são distribuídos por circunscrição, de tal sorte que as operações referidas acima são feitas em referência a cada uma delas. Isso, no entanto, só tem importância quanto às cadeiras a serem preenchidas na Câmara dos Deputados, que são distribuídas em proporção à população de cada circunscrição eleitoral, que corresponde a cada estado e Distrito Federal. Fixado, para cada eleição, o número de Deputados Federais a serem eleitos por estado e distrito (artigo 45, § 1), aqueles elementos da representação proporcional - ou seja: votos válidos, lugares a preencher, quociente eleitoral, quociente partidário, distribuição de restos - apuram-se em cada um deles. Com relação às Assembleias Legislativas e às Câmaras Municipais, a questão é mais simples porque o território do estado ou do município funciona, respectivamente, como circunscrição das correspondentes eleições.

Determinação dos eleitos. Definido o número de cadeiras de cada partido, surge o problema da determinação dos eleitos, o que é simples, pois *o preenchimento dos lugares, com que cada partido for contemplado, far-se-á segundo a ordem de votação dos seus candidatos* (Código Eleitoral, artigo 109, § 1). Quer dizer: os candidatos mais votados, em cada legenda, serão os eleitos, para ocupar as cadeiras que lhe toquem. No caso de empate, haver-se-á por eleito o candidato mais idoso (Código Eleitoral, artigo 110).

Falta de quociente eleitoral. Pode acontecer que nenhum partido consiga obter o quociente eleitoral. Ocorrendo isso, considerar-se-ão eleitos, até serem preenchidos todos os lugares, os candidatos mais votados. É solução dada pelo artigo 111 do Código Eleitoral, o que é uma aplicação do princípio majoritário, que, agora, parece inteiramente inconstitucional, pois a Constituição não faz concessão no caso. A solução correta será considerar nula a eleição e fazer outra.

G. Inelegibilidades

Inelegibilidade revela impedimento à capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado). Obsta, pois, a elegibilidade. Podem ser consideradas sob dois critérios, no tocante à sua abrangência: *absolutas* e *relativas*.

Inelegibilidades absolutas implicam impedimento eleitoral para *qualquer cargo eletivo*. É excepcional e só é legítima quando estabelecida na própria Constituição. E esta somente consigna, como tal, a que decorre da *inalistabilidade* e a dos *analfabetos*, quando, no artigo 14, § 4, declara que *são inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos*. Uma é específica para um tipo de cidadãos alistados eleitores, a quem, apesar disso, a Constituição nega o direito de elegibilidade: os *analfabetos*. Outra é genérica, apanhando quem quer que esteja em situação de alistabilidade: tais são: os menores de 16 anos (ou de 18 não alistados), os conscritos e os que estiverem privados, temporária ou definitivamente, de seus direitos políticos.

As *inelegibilidades relativas* constituem restrições à elegibilidade para determinados mandatos em razão de situações especiais em que, no momento da eleição, se encontre o cidadão. O relativamente inelegível é titular de elegibilidade, que, apenas, não pode ser exercida em relação a algum cargo ou função eletiva, mas o poderia relativamente a outros, exatamente por estar sujeito a um vínculo funcional, ou de parentesco ou de domicílio que inviabiliza sua candidatura na situação vinculada. Não entrarei aqui no casuísmo da lei complementar existente (Lei Complementar, 64, de 18 de maio de 1990, com alterações da Lei Complementar 84. De 13 de abril de 1994), ater-me-ei apenas às normas constitucionais, segundo as quais são relativamente inelegíveis:

a. Por motivos funcionais:

1) *Para os mesmos cargos, num terceiro período subsequente*: o presidente da República; os governadores de Estado e do Distrito Federal; os prefeitos; quem os houver sucedido, ou substituído nos seis meses anteriores ao pleito. A EC 16/97 abriu a possibilidade desses titulares de mandatos executivos pleitearem um novo mandato sucessivo para o mesmo cargo, mas só por mais um único mandato subsequente, valendo dizer que a *inelegibilidade especial perdura para um terceiro mandato imediato*. Trata-se, pois, de *privação da elegibilidade para o mesmo cargo que pela segunda vez está sendo ocupado pelo interessado*. Uma recondução é possível. Uma segunda é vedada. O de que se trata é mesmo de *proibição de uma segunda reeleição*; basta, para que se componha a *inelegibilidade em causa*, que o *titular*, originário ou sucessor, tenha exerci-

cio, *por um instante*, o cargo, no período de seu segundo mandato, ou o *substituto*, em qualquer momento, dentro dos seis meses anteriores ao pleito; se apenas tomar posse e não entrar em exercício do cargo, não se compõe a inelegibilidade, cumpre observar que o vice-presidente da República, o vice-governador de estado ou do Distrito Federal e o vice-prefeito de município não estão proibidos de pleitear a reeleição, indefinidamente, como também podem candidatar-se, sem restrição alguma, à vaga dos respectivos titulares, salvo se os sucederam (assim, passando a titular) ou os substituíram nos últimos seis meses antes do pleito do segundo mandato.

2) *Para concorrerem a outros cargos*, o presidente da República, os governadores de estado e do Distrito Federal e os prefeitos, salvo desincompatibilização, mediante renúncia aos respectivos mandatos, até seis meses antes do pleito; confirma-se aqui que os vices são elegíveis a qualquer mandato, sem necessidade de renunciarem;

b. Por motivo de parentesco

No território de circunscrição do titular (o artigo 14, § 7 diz, erroneamente, *no território da jurisdição do titular*, porquanto, em relação a vínculo político-eleitoral, não se trata de jurisdição, mas de circunscrição), *os cônjuges e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção*, do presidente da República, de governador de Estado ou território, ou do Distrito Federal, de prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição. Essa inelegibilidade aproxima-se da absoluta, especialmente quanto ao cônjuge e aos parentes do presidente da República, não titulares de mandato, que não podem pleitear eleição para cargo ou mandato algum. A diferença está em que ela decorre de situação especial com possibilidade de desaparecer pela vontade das pessoas envolvidas (a renúncia do presidente, seis meses antes do pleito, desvencilha, da restrição, seu cônjuge e parentes) e com prazo certo para terminar;

c. Por motivo de domicílio

Pois, como vimos, o *domicílio eleitoral na circunscrição* é uma das condições de elegibilidade, *na forma da lei* (artigo 14, § 3, IV), logo é

inelegível para mandato ou cargo eletivo em circunscrição em que não seja domiciliado pelo tempo exigido em lei.⁹¹

H. *Partidos políticos*

Função dos partidos. A doutrina, no geral, admite que os partidos têm por função fundamental organizar a vontade popular e exprimi-la na busca do poder, visando a aplicação de seu programa de governo. Por isso, todo partido político deveria estruturar-se à vista de uma ideologia definida e com um programa de ação destinado à satisfação dos interesses do povo.

As normas constitucionais e legais vigentes permitem-nos verificar que a função dos partidos brasileiros consiste em assegurar, resguardados a soberania nacional, o regime democrático e o pluripartidarismo, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais da pessoa humana (Constituição, artigo 17, e LOPP, artigo 2o.). A função deles vai além, pois existem para propagar determinada concepção de Estado, de sociedade e de governo, que intentam consubstanciar pela execução de um programa.

Natureza. A Constituição, agora, definiu-os como *pessoa jurídica de direito privado*, ao teor do artigo 17, § 2, segundo o qual *os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral*. Fica, pois, superado o disposto no artigo 2o. da Lei 5.682/71 que lhes reconhecia a *natureza de pessoa jurídica de direito público interno*.

Liberdade partidária. A Constituição vigente liberou a criação, organização e funcionamento de agremiações partidárias, numa concepção minimalista, sem *controle quantitativo* (embora o possibilite por lei ordinária), mas com previsão de mecanismos de *controle qualitativo* (ideoló-

91 A Constituição não estabeleceu o tempo de domicílio necessário a compor a condição de elegibilidade. Remete a matéria à lei. E é a lei das inelegibilidades que sempre tratou do tema. Mas esta é lei complementar (artigo 14, § 9) e a lei prevista para a fixação do domicílio eleitoral é ordinária (artigo 14, § 3, IV). Nada impedia que a lei das inelegibilidades, assim mesmo, o fizesse, mas não o fez, de sorte que essa fixação do tempo do domicílio vem sendo estabelecida casuisticamente nas leis que regulamentam cada eleição, como o fez a Lei 8.713/94, para as eleições de 3.10.94, exigindo que o candidato estivesse domiciliado na circunscrição eleitoral respectiva desde 31 de dezembro de 1993 (9 meses e 5 dias antes das eleições).

gico), mantido o *controle financeiro*. É o que se extrai do seu artigo 17: “É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”, condicionados, no entanto, a serem de caráter nacional, a não receberem recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes, a prestarem contas à Justiça Eleitoral e a terem funcionamento parlamentar de acordo com a lei. O que importa agora é constatar que a liberdade partidária envolve: a de criá-los, transformá-los e extinguí-los, assim como, evidentemente, a de aderir ou não a um partido, de permanecer filiado ou de desligar-se dele. Mas também cabe ao partido, na sua autonomia, prevista no § 1 do artigo 17, aceitar ou não proposta de filiação. Mais importante ainda é que a estrutura de poder não poderá interferir nos partidos, para extingui-los, p. ex., como várias vezes aconteceu.

Condicionamentos à liberdade partidária. Não é, porém, absoluta a liberdade partidária. Fica ela condicionada a vários princípios que confluem, em essência, para seu compromisso com o *regime democrático* no sentido posto pela Constituição. É isso que significa sua obrigação de resguardar a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

Mas a liberdade de criar partido ainda é condicionada a que seja de *caráter nacional*; vale dizer, ninguém pode pretender criar partido de vocação estadual ou local. A Constituição, contudo, não indicou quando o partido se considere nacional. As normas constitucionais revogadas impunham critérios para que assim fossem tidos. Era uma regra de funcionamento, segundo a qual os partidos dependiam da obtenção de três por cento do eleitorado nacional, distribuídos pelo menos em cinco Estados com um mínimo de dois por cento em cada um deles. A Constituição de 1988 não o disse, deixou essa questão para a lei, quando estabeleceu, como um dos preceitos a serem por eles observados, “*funcionamento parlamentar de acordo com a lei*”. Esta é que vai definir o caráter nacional dos partidos, indicando critérios e exigências a serem preenchidos para tanto, a fim de que não pululem agremiações políticas de caráter puramente local.

O condicionamento mais severo consta do artigo 17, § 4, que veda a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

Autonomia e democracia partidária. Outra importante regra da organização e do funcionamento dos partidos encontra-se no artigo 17, § 1:

“É assegurada aos partidos políticos *autonomia* para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidária”. Destaque-se aí o *princípio da autonomia partidária*, que é uma conquista sem precedente, de tal sorte que a lei tem muito pouco a fazer em matéria de estrutura interna, organização e funcionamento dos partidos. Estes podem estabelecer os órgãos internos que lhes apouverem. Podem estabelecer as regras que quiserem sobre seu funcionamento. Podem escolher o sistema que melhor lhes parecer para a designação de seus candidatos: convenção mediante delegados eleitos apenas para o ato, ou com mandatos, escolha de candidatos mediante votação da militância. Podem estabelecer os requisitos que entenderem sobre filiação e militância. Podem disciplinar do melhor modo, a seu juízo, seus órgãos dirigentes. Podem determinar o tempo que julgarem mais apropriado para a duração do mandato de seus dirigentes.

A idéia que sai do texto constitucional é a de que os partidos hão que se organizarem e funcionarem em harmonia com o regime democrático e que sua estrutura interna também fica sujeita ao mesmo princípio. A autonomia é conferida na suposição de que cada partido busque, de acordo com suas concepções, realizar uma estrutura interna democrática. Seria incompreensível que uma instituição resguarde o regime democrático se internamente não observe o mesmo regime.

Disciplina e fidelidade partidária. Passam a ser, pela Constituição vigente, não uma determinante da lei, mas uma determinante estatutária (artigo 17, § 1). Não são, porém, meras faculdades dos estatutos. Eles terão que prevêê-las, dando conseqüências ao seu descumprimento e desrespeito. A disciplina não há de entender-se como obediência cega aos ditames dos órgãos partidários, mas respeito e acatamento ao programa e objetivos do partido, às regras de seu estatuto, cumprimento de seus deveres e probidade no exercício de mandatos ou funções partidárias, e, num partido de estrutura interna democrática, por certo que a disciplina compreende a aceitação das decisões discutidas e tomadas pela maioria de seus filiados-militantes.

O ato indisciplinar mais sério é o da *infidelidade partidária*, que se manifesta de dois modos: *a)* oposição, por atitude ou pelo voto, a diretrizes *legitimamente* estabelecidas pelo partido; *b)* apoio ostensivo ou disfardado a candidatos de outra agremiação.

Os estatutos dos partidos estão autorizados a estatuírem sanções para os atos de indisciplina e de infidelidade, que poderão ir da simples advertência até à exclusão. Mas a Constituição não permite a perda do mandato por infidelidade partidária. Ao contrário, até o veda, quando, no artigo 15, declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo.

Sistema de controle dos partidos brasileiros. A Constituição praticamente não impôs *controle quantitativo aos partidos*, mas contém a possibilidade de que venha a existir por via de lei, quando, entre os preceitos a serem observados, coloca o de “funcionamento parlamentar de acordo com a lei”. É que o controle quantitativo se realiza pela instituição de mecanismos normativos que limitam as possibilidades de ampliação, *ad libitum*, dos partidos políticos, e atua não no momento da organização, mas no seu funcionamento, e pode consistir na exigência de que obtenham, em eleições gerais, para a Câmara dos Deputados, o apoio expresso em votos de uma percentagem mínima do eleitorado nacional em certo número de Estado, a fim também de vigorar na prática o caráter de nacionais.

Controle qualitativo (controle ideológico) é expressamente consignado na Constituição, em função do regime democrático. Os princípios que cabem aos partidos resguardar, regime democrático, pluripartidarismo e direitos fundamentais da pessoa humana, constituem, como vimos, condicionamentos à liberdade partidária. Funcionam, por isso, como forma de controle ideológico, controle qualitativo, de tal sorte que será ilegítimo um partido que, porventura, pleiteie um sistema de unipartidarismo ou um regime de governo que não o que não se fundamente no princípio de que o poder emana do povo, que o exerce por seus representantes o diretamente, base da democracia adota pela Constituição, ou que sustente um monismo político em vez do pluralista, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Controle qualitativo ainda é o da vedação de utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar, que significa repelir partidos fascistas, nazistas ou integralistas do tipo dos que vigoraram na Itália de Mussolini e na Alemanha de Hitler e no Brasil de Plínio Salgado.

Resta o *controle financeiro* que também está estabelecido no artigo 17, II e III. O primeiro proíbe o recebimento pelos partidos de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; por certo que aí temos um preceito que constitui um desdobramento

do dever de resguardo da soberania nacional. O segundo impõe aos partidos o dever de prestar contas de sua administração financeira à Justiça Eleitoral. Em compensação, prevê-se no artigo 17, § 3, que têm eles direito a recursos do fundo partidário, que a lei já regula (Lei 4 740/65, artigos 95 a 109).

5. *Garantias*

A. *Conceito*

O sistema constitucional brasileiro define como garantias constitucionais todas as prescrições constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para imporem o respeito e a exigibilidade desses direitos, classificando-as como garantias individuais, coletivas, sociais e políticas, tendo em vista a natureza do direito garantido. Nesse conceito amplo entram também os *direitos de segurança* (princípio da legalidade, proteção judiciária, estabilidade dos direitos subjetivos etc.), de que já tratamos antes, assim como os *remédios constitucionais*, que são garantias que se efetivam mediante alguma forma de representação ou de ação judicial. Nesse sentido, são *meios* postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar, corrigir*, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais, tais como: a) o *direito de petição*; b) o “*habeas corpus*”; c) o *mandado de segurança*; d) o *mandado de injunção*; e) o “*habeas data*”. Alguns revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação: são *ações constitucionais*.

B. *Direito de petição*

Define-se como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos, seja para denunciar uma lesão concreta, e pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade. Ele está consignado no artigo 5o., XXXIV, “a”, que assegura a todos o *direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder*. Há, nele, uma dimensão coletiva consistente na busca ou defesa de direitos ou interesses gerais da coletividade.

C. Direito a certidões

Está previsto no artigo 5o., XXXIV, “b”, que assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas: *a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de interesse pessoal*. Esta é uma garantia que não raro acaba por realizar por via de outro remédio: o mandado de segurança, quando o pedido é negado ou simplesmente não é decidido.

D. Habeas corpus

É um remédio destinado a tutelar o direito de liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir, parar e ficar. Tem natureza de *ação constitucional penal*, ou seja: constitui um meio de invocar o Poder Judiciário por alguém que esteja sofrendo ou ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (artigo 5o., LXVIII).

E. Mandado de segurança

A Constituição contempla duas formas de *mandado de segurança*: a) o *mandado de segurança individual* (artigo 5o., LXIX), tal como previram as Constituições anteriores, desde a de 1934, com a finalidade de proteger *direito subjetivo individual* líquido e certo; e b) o *mandado de segurança coletivo* (artigo 5o., LXX).

Mandado de segurança individual. Consta do artigo 5o., LXIX da Constituição nos seguintes termos: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público”. Visa, como se nota, amparar *direito pessoal líquido e certo*, direito reconhecido de plano, manifesto, indubitado. Só o próprio titular desse direito tem legitimidade para impetrar o mandado de segurança individual, que é oponível contra qualquer autoridade pública ou contra agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições públicas, com o objetivo de corrigir ato ou omissão ilegal ou decorrente de abuso de poder.

Mandado de segurança coletivo. A Constituição institui o mandado de segurança coletivo no artigo 5o., LXX, do seguinte modo: o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: *a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.*

O conceito de *mandado de segurança coletivo* assenta-se em dois elementos: um, *institucional*, caracterizado pela atribuição da legitimação processual a *partidos políticos* e a *organização sindical, entidade de classe ou associação* para a defesa de interesses de seus membros ou associados; outro, *objetivo*, consubstanciado no uso do remédio para a defesa de interesses coletivos. Os partidos políticos podem requerer mandado de segurança coletivo, quer em defesa de direito subjetivo individual de seus membros, quer em defesa de interesses legítimos, difusos ou coletivos. Já as demais entidades associativas só podem requerê-lo na defesa de direitos e interesses individuais e coletivos de seus membros e associados.

F. Mandado de injunção

É uma nova garantia instituída no artigo 5o., LXXI, com o seguinte enunciado: *conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de normas regulamentadoras torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.*

Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas, inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição. Sua principal *finalidade* consiste assim em conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional portadora daqueles direitos e prerrogativas, inerte em virtude de ausência de regulamentação. Daí *seu objeto*: assegurar o exercício: *a) de qualquer direito constitucional* (individual, coletivo, político ou social) não regulamentado; *b) de liberdade constitucional*, não regulamentada, sendo de notar que as liberdades são previstas em normas constitucionais normalmente de aplicabilidade imediata, independentemente de regulamentação.

Seus *presupostos* são: *a) a falta de norma regulamentadora* do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada; *b) ser o impetrante beneficiário* direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo.

A sentença que decidi-lo deverá outorgar diretamente o direito reclamado. O impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente da regulamentação. Compete ao Juiz definir as condições para a satisfação direta do direito reclamado e determiná-la imperativamente.

Não importa a natureza do direito que a norma constitucional confere; desde que seu exercício dependa de norma regulamentadora e desde que esta falte, o interessado é legitimado a propor o mandado de injunção, quer a obrigação de prestar o direito seja do Poder Público, quer incumba a particulares.

Infelizmente não foi essa a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal que transformou o mandado de injunção num simples sucedâneo ou espécie de ação de inconstitucionalidade por omissão, sem resultado prático.

Mandado de injunção coletivo. Este também pode ser um *remédio coletivo*, já que pode ser impetrado por sindicato (artigo 8o., III) no interesse de direitos constitucionais de categorias de trabalhadores quando a falta de norma regulamentadora desses direitos inviabilize seu exercício.

G. Habeas data

É um remédio constitucional que tem por objeto proteger a esfera íntima dos indivíduos contra: *a)* usos abusivos de registros de dados pessoais coletados por meios fraudulentos, desleais ou ilícitos; *b)* introdução nesses registros de dados sensíveis (assim chamados os de origem racial, opinião política, filosófica ou religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc.); *c)* conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei. Está assegurado no artigo 5o., LXXII, pelo qual se concederá *habeas data*: “*a)* para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; *b)* para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

Vê-se que o direito de conhecer e retificar os dados, assim como o de interpor o *habeas data*, para fazer valer esse direito quando não espontaneamente prestado, é *personalíssimo* do titular dos dados, do impetrante que, no entanto, pode ser brasileiro ou estrangeiro. Ninguém poderá fazê-lo por ele, salvo os herdeiros.

H. *Ação popular*

Consta do artigo 5o., LXXIII, nos termos seguintes: *qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.*

O nome *ação popular* deriva do fato de atribuir-se ao povo, ou a parcela dele, legitimidade para pleitear, por qualquer de seus membros, a tutela jurisdicional de interesse que não lhe pertence, pessoalmente, mas à coletividade. O que lhe dá conotação essencial é a natureza impessoal do interesse defendido por meio dela: *interesse da coletividade*. Ela há de visar a defesa de direito ou interesse público. O qualificativo *popular* prende-se a isto: *defesa da coisa pública, coisa do povo* (*publicum*, de *populicum*, de *populum*).

Ela dá a oportunidade de o cidadão exercer diretamente a função fiscalizadora, que, por regra, é feita por meio de seus representantes nas Casas Legislativas. Mas ela é também uma *ação judicial* porquanto consiste num meio de invocar o Judiciário visando a correção de nulidade de ato lesivo: *a) ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; b) à moralidade administrativa; c) ao meio ambiente; e d) ao patrimônio histórico e cultural*. Sua finalidade é, pois, *corretiva*, não propriamente preventiva, mas a lei pode dar, como deu, a possibilidade de suspensão liminar do ato impugnado para prevenir a lesão.

Contudo, ela se manifesta como uma *garantia coletiva* na medida em que o *autor popular* invoca a atividade jurisdicional, por meio dela, na defesa da coisa pública, visando a *tutela de interesses coletivos*, não de interesse pessoal.

Quando a Constituição diz que *qualquer cidadão* pode propor ação popular, está restringindo a legitimidade para a ação apenas ao *nacional no gozo dos direitos políticos*, ao mesmo tempo em que a recusa aos estrangeiros e às pessoas jurídicas, entre estas os partidos políticos.

Ela é, pois, um remédio constitucional destinado à *defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural*.

6. Soberania

A soberania é concebida pela Constituição como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1o., I), mas também constitui um princípio da ordem econômica (artigo 170, I). O princípio da independência nacional é referido também como objetivo do Estado (artigo 3o., I) e como base de suas relações internacionais (artigo 4o., I). Soberania significa *poder político supremo e independente; supremo*, porque “não está limitado por nenhum outro na ordem interna”; *independente*, porque, “na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos”.⁹²

No Estado federal, contudo, há que distinguir entre *soberania e autonomia* e seus respectivos titulares. Houve muita discussão sobre a natureza jurídica do Estado federal, mas, hoje, já está definido que o Estado federal, o todo, como pessoa reconhecida pelo direito internacional, é o único titular da soberania, considerada, como visto, *poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação*. Os Estados federados são titulares tão-só de autonomia, compreendida como *governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal*.

7. Governo

A. Governo e distinção de funções do poder

O Estado, como estrutura social, carece de vontade real e própria. Manifesta-se por seus *órgãos* que não exprimem senão vontade exclusivamente humana. Os órgãos do Estado são *supremos* (constitucionais) ou *dependentes* (administrativos). Aqueles são os a quem incumbe o exercício do poder político, cujo conjunto se denomina *governo* ou órgãos governamentais. Os outros estão em plano hierárquico inferior, cujo conjunto forma a administração pública, considerados de natureza administrativa. Enquanto os primeiros constituem objeto do direito constitucional, os segundos são regidos pelas normas do direito administrativo. E aí se acha o cerne da diferenciação entre os dois ramos do direito.

O *governo* é, então, o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou o conjunto de órgãos

⁹² Cf. Caetano, Marcelo, *Direito constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, v. I, p. 169, cf. também Miranda, Jorge, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. III/154.

supremos a que incumbe o exercício das *funções do poder político*.⁹³ Este se manifesta mediante suas *funções* que são exercidas e cumpridas pelos órgãos de governo. Vale dizer, portanto, que o poder político, *uno, indivisível e indelegável*, se desdobra e se compõe de *várias funções*, fato que permite falar em *distinção das funções*, que fundamentalmente são três: a *legislativa*, a *executiva* e a *jurisdicional*.

A *função legislativa* consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas *leis*. A *função executiva* resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples *execução das leis*, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em *função de governo*, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e *função administrativa*, com suas três missões básicas: *intervenção, fomento e serviço público*. A *função jurisdicional* tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.

B. *Divisão de poderes*

Cumpre, em primeiro lugar, não confundir *distinção de funções do poder* com *divisão ou separação de poderes*, embora entre ambas haja uma conexão necessária. A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; quer dizer que existe sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A *divisão de poderes* consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo e órgão ou poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se *concentração de poderes*. A *divisão de poderes* fundamenta-se, pois, em dois elementos: a) *especialização funcio-*

93 Em sentido estrito e habitual, considera-se *governo* apenas o órgão que exerce a *função executiva*, em oposição ao legislativo. Nos sistemas de governo parlamentar, reserva-se o termo *governo* para o poder executivo, que é exercido pelo Conselho de ministros (cf. cap. III do tít. IV). Em sentido amplo e próprio, o conceito de governo é o oferecido no texto.

nal, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembléias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; b) *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder.

C. Executivo presidencialista

O título IV *sobre a organização dos Poderes* contém a disciplina do sistema de governo presidencialista, adotado no Brasil desde a Constituição de 1891, segundo o qual o presidente da República exerce o Poder Executivo, com amplas atribuições de chefe de Estado, chefe de governo e chefe da administração pública federal, auxiliado pelos ministros de Estado que nomeia e exonera livremente (artigos 76 a 88).

O presidente da República é *eleito*, simultaneamente com um vice-presidente registrado com ele na mesma chapa, dentre brasileiros natos que preencham as condições de elegibilidade previstas no artigo 14, § 3. A eleição realizar-se-á no primeiro domingo de outubro, em primeiro turno, e no último domingo de outubro, em segundo turno, se houver, do ano anterior ao do término do mandato presidencial vigente.

A Constituição consolidou o direito do povo de eleger o presidente da República pelo *sufrágio universal e voto direto e secreto*. Manteve também o *princípio da maioria absoluta* para a eleição presidencial, reputando-se eleito presidente, por conseguinte, o candidato que, registrado por partido político, obtiver a *maioria absoluta de votos*, não computados os em branco e os nulos. Se nenhum dos candidatos alcançar essa maioria, far-se-á uma segunda eleição, isto é, um segundo turno de votação, concorrendo apenas os dois candidatos mais votados, tendo-se como eleito aquele que conseguir a maioria dos votos válidos. “Votos válidos” são todos os votos expurgados os brancos e os nulos.

O que se quer aqui firmar é a idéia de que o princípio não é o de *dois turnos*, como geralmente se diz. *Dois turnos* constituem nada mais nada menos do que uma técnica de realização do princípio da maioria absoluta, tanto que, conseguida esta no primeiro turno, *tollitur quæstio*, a quest-

ão está resolvida. Não o conseguindo é que se passará ao segundo turno, com dois candidatos apenas, e aí a maioria dos votos é sempre mais da metade e isso é maioria absoluta. Poder-se-á argumentar que, mesmo entre dois candidatos, é possível que a maioria absoluta dos eleitores não tenha sufragado o que obteve a maioria dos votos válidos. Isso é verdade, mas também o é em relação à primeira eleição, em que, também, os votos em branco e os nulos podem superar os do candidato que teoricamente tivera a maioria absoluta dos votos.

A preocupação em realizar o princípio da maioria absoluta é que levou o Constituinte a determinar que, se, antes do segundo turno, ocorrer morte, desistência ou impedimento legal de candidato, convocar-se-á, dentre os remanescentes, o de maior votação (artigo 77, § 4). Isso visa a evitar conchavos entre os dois candidatos mais votados de modo a que um concordasse em desistir, com o que o outro seria considerado eleito, mesmo sem satisfazer o princípio da maioria absoluta. É verdade que é possível que todos os demais desistam, e nesse caso a Constituição não aponta a solução. Mas se tivermos em mente que o princípio é o da maioria absoluta, e não dos dois turnos, parece plausível admitir a anulação da eleição, que resultara fraudada, marcando-se outra, para realizar outro primeiro turno, passando-se ao segundo, se necessário. Finalmente, a regra do mais idoso figura no artigo 77, § 5, como modo de vencer eleição em caso de empate entre dois candidatos no segundo. Sorte é que a raridade do fato tornará esporádica a aplicação da regra.

O eleito conquista um *mandato de quatro anos* (artigo 82),⁹⁴ do qual tomará *posse*, no dia 1o. de janeiro do ano seguinte ao de sua eleição, perante Congresso Nacional. A Emenda Constitucional n. 16, de 4.6.1997, dando nova redação ao § 5 do artigo 14 da Constituição, previu a possibilidade de *reeleição* do presidente da República e de seu Vice para mais um único período presidencial subsequente.

8. Congresso

A. Composição

O *Poder Legislativo* é exercido, na União, por um *Congresso Nacional* composto de Câmara dos Deputados e do Senado Federal. A *Câmara*

⁹⁴ A ECR-5/94 reduziu de cinco para quatro anos o mandato do presidente da República. A idéia era acompanhar essa redução com a possibilidade de reeleição para mais um período presidencial, mas a proposta de reeleição foi rejeitada pelos revisores.

compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional em cada Estado e no Distrito Federal, em número definido em lei complementar proporcionalmente à população, e para um mandato de quatro anos. O *Senado* compõe-se de três representantes de cada Estado e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário, para um mandato de oito anos, renovável de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços. Elegem-se também com o Senador eleito um primeiro e um segundo suplentes; não se vota no suplente, vota-se no Senador titular e quem for registrado com ele na qualidade de primeiro e segundo suplente e se elegerá se aquele o for.

B. Atribuições

O *Congresso Nacional* é o *órgão legislativo* da União. Mas suas atribuições não se resumem na competência para elaborar leis. Exerce outras de relevante importância, e todas podem ser agrupadas da seguinte maneira:

- *Atribuições legislativas*, pelas quais lhe cabe, com a sanção do presidente da República, elaborar as leis sobre todas as matérias de competência da União, conforme especifica o artigo 48, o que é feito segundo o *processo legislativo*, estabelecido nos artigos 61 a 69, que será objeto de consideração logo em seguida;
- *Atribuições meramente deliberativas*, envolvendo a prática de atos concretos, de resoluções referendárias, de autorizações, de aprovações, de sustação de atos, de fixação de situações e de julgamento técnico, consignados no artigo 49, o que é feito por via de decreto legislativo ou de resoluções, segundo procedimento deliberativo especial de sua competência exclusiva, vale dizer, sem participação do presidente da República, de acordo com regras regimentais;
- *Atribuições de fiscalização e controle*, que exerce por vários procedimentos, tais como: a) *pedidos de informação*, por escrito, encaminhados pelas mesas aos ministros ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República (artigo 50, § 2, redação da ECR-4/94), importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não-atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas; b) *comissão parlamentar de inquérito*, nos termos do artigo 58, § 3, como vimos; c) *controle ex-*

terno com auxílio do Tribunal de Contas e da Comissão mista a que se refere o artigo 166, § 1, que compreenderá toda a gama de medidas constantes dos artigos 71 e 72, culminando com o julgamento das contas que anualmente o presidente da República há de prestar (artigo 49, IX); *d) fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo*, incluídos os da administração indireta (artigo 49, X); *e) tomada de contas* pela Câmara dos Deputados, quando o presidente não as prestar no prazo que a Constituição assinala, ou seja, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, então até 15 de abril (artigos 51, II, e 84, XXIV);

- *Atribuições de julgamento de crimes de responsabilidade*, com a particularidade de que, no julgamento do presidente da República ou ministros de Estado, a Câmara dos Deputados funciona como *órgão de admissibilidade do processo* e o Senado Federal como *tribunal político* sob a presidência do presidente do Supremo Tribunal Federal (artigos 51, I, 52, I, e 86), e, no julgamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, o Senado Federal funcionará a um tempo como *tribunal do processo e do julgamento* (artigo 52, II);
- *Atribuições constituintes* mediante elaboração de emendas à Constituição (artigo 60), com o que o Congresso cria normas constitucionais.

C. Processo legislativo

A função de legislar é desenvolvida por meio de um *processo* chamado *processo legislativo* que é o *conjunto de atos* (iniciativa, emenda, votação, sanção, veto) *realizados pelos órgãos legislativos visando a formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos*.⁹⁵ Tem, pois, por *objeto*, nos termos do artigo 59, a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

⁹⁵ Sobre o assunto, *cf.* nosso *Princípios do processo de formação das leis no Direito Constitucional*, São Paulo, Ed. RT, 1968; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Do processo legislativo*, São Paulo, Saraiva, 1968; Sampaio, Nelson de Sousa, *O processo legislativo*, São Paulo, Saraiva, 1968.

Emendas à Constituição podem ser propostas por um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do presidente da República ou de mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados-membros e Distrito Federal. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambas, três quintos dos votos dos respectivos membros. Não se admite emenda à Constituição na vigência de intervenção federal em Estado, de estado de defesa ou de estado de sítio, nem pode ser objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação de Poderes ou os direitos e garantias individuais (artigo 60.).

O *processo de formação das leis em geral*, nos termos do artigo 61 da Constituição, comporta a iniciativa de qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, do presidente da República, do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores, do procurador-geral da República e a iniciativa popular, mas reserva ao presidente da República a iniciativa exclusiva de leis *a*) que fixem ou modifiquem os efeitos das Forças Armadas ou *b*) que disponham sobre: 1) a criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; 2) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios (se criados); 3) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e Defensoria Pública dos Estados, Distrito Federal e Territórios; 4) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 84, VI, que dá competência ao presidente da República para dispor, mediante decreto (EC-32/2001), sobre: organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; e 5) sobre militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva, alínea acrescentada pela EC-18/1998.

9. *Justiça*

A. *Justiça e função jurisdicional*

A *justiça* cumpre-se mediante o exercício da função jurisdicional que, ordiariamente, é monopólio do *Poder Judiciário*, que a Constituição organiza nos artigos 92 a 126. De passagem, já dissemos que os órgãos do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é o que se chama *função jurisdicional* ou simplesmente *jurisdição*, que se realiza por meio de um *processo judicial*, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides.

Os conflitos de interesses são compostos, solucionados, pelos órgãos do Poder Judiciário com fundamento em *ordens gerais e abstratas*, que são *ordens legais*, constantes ora de corpos escritos que são as *leis*, ora de costumes, ou de simples normas gerais, que devem ser aplicadas por eles, pois está praticamente abandonado o sistema de composição de lides com base em *ordem singular* erigida especialmente para solucionar determinado conflito.

Divididas as funções da soberania nacional por três Poderes distintos, *Legislativo*, *Executivo* e *Judiciário*, os órgãos deste (juizes e tribunais) devem, evidentemente, decidir atuando o direito objetivo; não podem estabelecer critérios particulares, privados ou próprios, para, de acordo com eles, compor conflitos de interesses, ao distribuírem justiça. Salvo o *juízo de equidade*, excepcionalmente admitido, como referimos ao tratar do mandado de injunção, normalmente o juiz, no Brasil, pura e simplesmente, aplica os critérios que foram editados pelo legislador.

B. *Órgãos da função jurisdicional*

A função jurisdicional é exercida pelos seguintes órgãos do Poder Judiciário: *a)* Supremo Tribunal Federal; *b)* Superior Tribunal de Justiça; *c)* Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais; *d)* Tribunais e Juizes do Trabalho; *e)* Tribunais e Juizes Eleitorais; *f)* Tribunais e Juizes Militares; *g)* Tribunais e Juizes dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Temos aí a *ordem judiciária* do país que compreende: *a)* um órgão de cúpula, como guarda da Constituição e Tribunal da Federação, que é o

Supremo Tribunal Federal; *b*) um órgão de articulação e defesa do direito objetivo federal, que é o Superior Tribunal de Justiça;⁹⁶ *c*) as estruturas e sistemas judiciários, compreendidos nos números 3 a 6 supra; *d*) os sistemas judiciários dos Estados, Distrito Federal e Territórios.

10. Outros órgãos e funções de Estado

A. Funções essenciais à justiça

Nemo iudex sine actore. Esta velha máxima, que significa, ao pé da letra, que não há juiz sem autor, exprime muito mais do que um princípio jurídico, porque revela que a Justiça, como instituição judiciária, não funcionará se não for provocada, se alguém, um agente (autor, aquele que age), não lhe exigir que atue. É um princípio basilar da função jurisdicional que “o juiz deve conservar... uma atitude estática, esperando sem impaciência e sem curiosidade que os outros o procurem e lhe proponham os problemas que há de resolver”.⁹⁷ “A inércia [*lembra ainda Calamandrei*], é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é: de imparcialidade”, que, sendo “virtude suprema do juiz, é resultante de duas parcialidades que se combatem”,⁹⁸ parcialidades dos advogados das partes em disputa.

Nisso se acha a justificativa das *funções essenciais à justiça*, compostas por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal. São procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional, institucionalizadas nos artigos 127 a 135 da Constituição de 1988, discriminadamente: o *Ministério Público*, a *Advocacia Pública (Advocacia-Geral da União)*, os *Procuradores dos Estados e do Distrito Federal*, o *Advogado* e a *Defensoria Pública*.

Ministério Público. É instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, fun-

⁹⁶ A criação do *Superior Tribunal de Justiça-STJ* foi proposta por mim em livro publicado em 1963: *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, São Paulo, RT, 1963, p. 456.

⁹⁷ Cf. Calamandrei, Piero, *Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados*, Lisboa, Livraria Clássica Ed., 1960, p. 50.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 50 e 53.

dado nos princípios institucionais da *unidade, indivisibilidade e independência funcional*, a cujos membros, organizados em carreira, são asseguradas as prerrogativas da *vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade* (artigo 128, §5, I).

Diz o artigo 128 que o *Ministério Público* abrange: a) o Ministério Público da União, que compreende: 1) o Ministério Público Federal; 2) o Ministério Público do Trabalho; 3) o Ministério Público Militar, 4) o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios; b) O Ministério Público dos Estados. Mas o artigo 130 admite um Ministério Público especial, não mencionado no artigo 128, junto aos Tribunais de Contas, portanto junto a órgão não jurisdicional.

O *Ministério Público da União* integra os demais Ministérios Públicos da órbita federal sob a chefia unitária do procurador-geral da República, nomeado pelo presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução, mas, para cada recondução, repete-se o procedimento, de tal sorte que ela se efetiva por via de nova nomeação; não se limitou o número de reconduções (artigo 128, § 1). Já os *Ministérios Públicos dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios* formarão *lista tríplice* dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha do procurador-geral (*da Justiça*; a Constituição não o disse, mas não há razão para refugar o nome, que se harmoniza com as funções essenciais do MP: funcionar junto de tribunais e justiça), que será nomeado pelo chefe do Poder Executivo (governadores nos Estados, presidente da República para o Distrito Federal e Territórios), para mandato de dois anos, permitida uma recondução (artigo 128, § 3). Aqui, vê-se: é só uma recondução, sem necessidade de repetir o procedimento de nova eleição, de lista tríplice; basta a renomeação pelo chefe do Executivo competente. No caso do Procurador-Geral da República, a repetição do procedimento se faz necessária, porque o Senado tem que aprovar a recondução, que é, no caso, forma de nomeação.

As *funções institucionais* do Ministério Público estão relacionadas no artigo 129, em que ele aparece como: *titular* da ação penal, da ação civil pública para a tutela dos interesses públicos, coletivos, sociais e difusos, e da ação direta da inconstitucionalidade genérica e interventiva, nos termos da Constituição; *garantidor* do respeito aos poderes públicos e aos serviços de relevância pública; *defensor* dos direitos e interesses das po-

pulações indígenas, além de outras de *intervenção* em procedimentos administrativos, de *controle externo* da atividade policial, na forma da lei complementar, de *requisição* de diligências investigatórias e de *instauração* de inquérito policial, vedadas essas funções a quem não seja integrante da carreira, salvo quanto à legitimação para as ações civis que não impede seu exercício por terceiros.⁹⁹ Ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas só compete o exercício de suas funções essenciais de *custos legis*, porque a representação das Fazendas Públicas, aí, como em qualquer outro caso, é função dos respectivos Procuradores, nos termos dos artigos 131 e 132.

Advocacia pública. No Brasil, é exercida pela Advocacia-Geral da União e pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

As funções de *advocacia pública da União* foram outorgadas a uma nova instituição que a Constituição denominou *Advocacia-Geral da União*, prevista no artigo 131, que, “diretamente ou através de órgãos vinculados, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”. Vê-se, pois, que lhe cabe, por si diretamente ou por órgãos vinculados (que não se sabe ainda quais são, possivelmente procuradorias de autarquias e de outros órgãos autônomos, procuradorias essas que não se integrarão na Advocacia-Geral da União, mas simplesmente a ela serão vinculadas): *a*) a representação da União em juízo e fora dele; *b*) a consultoria jurídica do Poder Executivo; *c*) o assessoramento do Poder Executivo. Mas o § 3 do artigo esclarece que, *na execução da dívida ativa de natureza tributária*, a representação da União cabe à Procuradoria da Fazenda Nacional, observado o disposto na lei (Lei Complementar 73/93).

A advocacia pública dos Estados e Distrito Federal é exercida pelas respectivas procuradorias-gerais, integradas por procuradores de Estado e do Distrito Federal, organizados em carreira a que têm acesso mediante concurso de provas e títulos aos quais cabe exercer a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Advocacia. A advocacia não é apenas um pressuposto da formação do Poder Judiciário. É também necessária ao seu funcionamento. “O advo-

99 Chamamos a atenção do leitor para as disposições transitórias sobre o Ministério Público e seus membros, constantes do artigo 29 do ADCT.

gado é indispensável à administração da justiça”, diz a Constituição (artigo 133), que apenas consagra aqui um princípio basilar do funcionamento do Poder Judiciário, cuja inércia requer um elemento técnico propulsor.

Defensorias públicas e a defesa dos necessitados. Uma velha observação de Ovídio ainda vigora nos nossos dias, especialmente no Brasil: *Cura pauperibus clausa est*, ou no vernáculo: “O tribunal está fechado para os pobres”.¹⁰⁰ Os pobres ainda têm acesso muito precário à justiça. Carecem de recursos para contratar advogados. O *patrocínio gratuito* tem-se revelado de deficiência alarmante. Os poderes públicos não tinham conseguido até agora estruturar um serviço de *assistência judiciária aos necessitados* que cumprisse efetivamente esse direito prometido entre os direitos individuais. Aí é que se tem manifestado a dramática questão da desigualdade da justiça, consistente precisamente na desigualdade de condições materiais entre litigantes, que causa profunda injustiça àqueles que, defrontando-se com litigantes afortunados e poderosos, ficam na impossibilidade de exercer seu direito de ação e de defesa assegurado na Constituição.

A *assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos* vem configurada, relevantemente, como direito individual no artigo 5o., LXXIV. Sua eficácia e efetiva aplicação, como outras prestações estatais, constituirão um meio de realizar o princípio da igualização das condições dos desiguais perante a Justiça.

Nesse sentido é justo reconhecer que a Constituição deu um passo importante, prevendo, em seu artigo 134, a *Defensoria Pública* como *instituição* essencial à função jurisdicional, incumbida da orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5o., LXXIV.

Lei complementar prevista no artigo 134, parágrafo único, já foi promulgada: Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994. Atendendo o disposto nesse dispositivo constitucional, referida lei organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, segundo as regras de competência estabelecidas nos artigos 21, XIII, e 22, XVII, e prescreve normas gerais para a organização das Defensorias Públicas estaduais, prevendo igual estrutura para todas essas entidades (artigos 5o.,

¹⁰⁰ Cf. *Amores*, Liv. III, VIII, 55, citado por Cappelletti, Mauro, *Proceso, ideologia, sociedad*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 155, trad. de Santiago Sentís de Melendo y Tomás a. Bazhaf.

53 e 98). Dita lei complementar, nos termos do dispositivo constitucional, estabeleceu a disciplina da carreira dos Defensores Públicos da União, do Distrito Federal e dos Territórios, e instituiu normas gerais sobre o regime jurídico da carreira dos defensores públicos estaduais (artigos 19, 65 e 110), com as garantias constitucionais de provimento, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos e de inamovibilidade e a vedação constitucional de exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

B. O Sistema Financeiro Nacional e Banco Central

O artigo 192 da Constituição estatui que o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive sobre a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas, assim como sobre os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo. Antes da promulgação da Constituição já vigorava a Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que instituiu o Sistema Financeiro Nacional, constituído do Conselho Monetário Nacional, do Banco Central do Brasil, do Banco do Brasil, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social etc. e já dispunha sobre a organização, funcionamento e atribuições do Banco Central. Tal lei foi recebida pela Constituição como se lei complementar fosse, de acordo com a previsão do *caput* do citado artigo 192.

11. Organização política

Forma de Estado. O modo de exercício do poder político em função do território dá origem ao conceito de *forma de Estado*.¹⁰¹ Se existe unidade de poder sobre o território, pessoas e bens, tem-se *Estado unitário*.

¹⁰¹ Cumpre observar o conceito de forma de Estado aqui é o estrutural, como se vê do texto. Fala-se em forma de Estado em outros sentidos, que, em verdade, são tipos históricos de Estado: *Estado patrimonial*, *Estado de polícia* e *Estado de direito*, ou forma de regime político: *Estado de democracia clássica*, *Estado autoritário* e *Estado de democracia progressiva* ou *marxista*. Sobre o tema, cf. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Diritto costituzionale*, 7a. ed., Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965, pp. 177 e ss.

Se, ao contrário, o poder se reparte, se divide, no espaço territorial (divisão espacial de poderes), gerando uma multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente, encontramos-nos diante de uma *forma de Estado composto*, denominado *Estado federal* ou *Federação de Estados*.

O Brasil é uma *República Federativa*, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, e se constitui em Estado democrático de direito, tendo como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (Constituição, artigo 1o.). *República Federativa do Brasil* é expressão normativa que condensa o nome do Estado brasileiro —*República Federativa do Brasil*—, o nome do país —*Brasil*—, a forma de Estado, mediante o qualificativo *Federativa*, que indica tratar-se de Estado Federal, e a forma de governo—*República*.

Sua *organização político* compreende a *União*, os *Estados*, o *Distrito Federal* e os *Municípios*. A Constituição aí quis destacar as entidades que integram a estrutura federativa brasileira: os *componentes do nosso Estado Federal* (artigo 18): *a) União; b) Estados; c) Distrito Federal; e d) Municípios*, todos autônomos nos termos da Constituição.

União. A União surge, no Direito Constitucional, ao lado dos Estados federados, como entidade essencialmente federativa. O designativo *União* bem poderia levar a pensar nela como uma associação das demais entidades autônomas, mas a leitura do artigo 1o. da Constituição dissuade esse entendimento ao declarar que a República Federativa do Brasil é que se forma da *união* dos estados, municípios e Distrito Federal. Sucede que aí fica parecendo que a União se confunde com a República Federativa do Brasil, já que não é mencionada no dispositivo. Desfaz-se tal impressão o exame do artigo 18 que estabelece que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a *União*, os Estados, o Distrito Federal e os municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição. Aí ela é considerada como uma das entidades que compõem a República Federativa.

Formação dos Estados. Os Estados constituem instituições típicas do Estado Federal. São eles as entidades-componentes que dão a estrutura conceitual dessa forma de Estado. Sem estados federados não se conhece federação, chamem-se estados (Estados Unidos de América, Venezuela, Brasil), províncias (Argentina), cantões (Suíça), lãnder (Alemanha). Não

é o nome que lhe dá a natureza, mas o regime de autonomia. Os estados-membros surgiram no sistema brasileiro com o Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, pelo qual ficou proclamada a forma de governo da nação brasileira como *República Federativa* e pelo qual se declarou que as então Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da federação, ficavam constituídas em *Estados Unidos do Brasil*.

Não há mais como formar novos Estados, senão pela divisão de outro ou outros. A Constituição prevê a possibilidade de transformação deles por incorporação entre si, por subdivisão ou desmembramento quer para se anexarem a outros, quer para formarem novos Estados, quer, ainda, para formarem Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas (artigo 18, § 3º, combinado com o artigo 48, VI).

O plebiscito será convocado por decreto legislativo do Congresso Nacional e realizado na mesma data e horário em cada um dos estados pela Justiça Eleitoral. Proclamado o resultado da consulta plebiscitária, será apresentado o projeto de lei complementar respectivo perante qualquer das Casas do Congresso Nacional, a que compete proceder à audiência das Assembléias Legislativas dos Estados envolvidos. Estas opinarão, sem caráter vinculativo, sobre a matéria, e fornecerão ao Congresso Nacional os detalhamentos técnicos concernentes aos aspectos administrativos, financeiros, sociais e econômicos da área geopolítica afetada. Aprovada a lei complementar fica definida a alteração estadual que lhe foi objeto.¹⁰²

Distrito Federal e Capital Federal. Situada no Distrito Federal, *Brasília* é a Capital Federal (artigo 18, § 1). Com sua característica de cidade inventada, realiza o simbolismo da *civitas civitatum*, na magnífica visão da Esplanada dos Ministérios que culmina na Praça dos três poderes, com destaque para o poder de representação popular, o Congresso Nacional, com suas duas torres e as abóbadas invertidas dos plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Sublima o simbolismo a posição dos Ministérios do Exterior e da Justiça ocupando os cantos inferiores da Praça dos Três Poderes, a indicar as duas vertentes de irradiação do poder político; de um lado, seu relacionamento com outros povos, que se canaliza mediante o primeiro daqueles Ministérios, e, de

¹⁰² Essas regras são da Lei 9.709, de 18.11.1998, que regulamenta o disposto nos incisos I, II e III do artigo 14 da Constituição, a respeito da plebiscito, referendo e iniciativa popular.

outro lado, a sua primazia interna, que se manifesta na manutenção da ordem jurídica sob o segundo.¹⁰³

Brasília, assim, assume uma posição jurídica específica no conceito brasileiro de cidade. Brasília é *civitas civitatum*, na medida em que é cidade-centro, pólo irradiante, de onde partem, aos governados, as decisões mais graves, e onde acontecem os fatos decisivos para os destinos do país. Mas não se encaixa no conceito geral de cidades, porque não é sede de município. É *civitas e polis*, enquanto modo de habitar de sede do governo Federal. Não era forma de participar, porque seu povo não dispunha do direito de eleger seus governantes nem seus representantes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, mas agora se integra na cidadania com a autonomia do Distrito Federal (artigo 32). Brasília tem como *função* servir de Capital da União, Capital Federal e, pois, Capital da República Federativa do Brasil, e também sede do governo do Distrito Federal, conforme dispõe o artigo 6o. da respectiva Lei Orgânica.

A posição dos Territórios. Os *Territórios Federais* não são mais considerados como componentes da federação, como equivocadamente o eram nas Constituições precedentes. A Constituição lhe dá posição correta, de acordo com sua natureza de mera autarquia, simples descentralização administrativo-territorial da União, quando os declara integrantes desta (artigo 18, § 2).

Não há mais territórios federais, porque a própria Constituição transformou em Estados os de Roraima e Amapá, únicos que ainda existiam.¹⁰⁴ Mas reconhece a possibilidade de sua criação, sua ulterior transformação em Estado ou sua reintegração no Estado de origem consoante regulamentação por lei complementar (artigo 18 § 2) e sua organização administrativa e judiciária por lei ordinária conforme disciplina o artigo 33.

Os Municípios na federação. A Constituição consagrou a tese daqueles que sustentavam que o Município brasileiro é “entidade de terceiro grau, integrante e necessária ao *nosso* sistema federativo.”¹⁰⁵ *Data venia*,

103 Cf. nosso “A cidade-capital: função do Estado moderno, integração nacional e relações internacionais”, *RTJE*, n. 43, pp. 5 e ss.

104 Cf. artigo 14 do ADCT.

105 Cf. Meirelles, Hely Lopes, *Direito municipal brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 39. É tese também sustentada pelo IBAM, cujo presidente, Dr. Diogo Lordello de Mello, em pronunciamento perante a Subcomissão dos Municípios e Regiões, na reunião de 22.4.87, propôs, entre várias sugestões, “a inclusão expressa do município como parte integrante da Federação”. Cf. *Diário da Assembléia Nacional Constituinte*, Suplemento n. 62, p. 25.

essa é uma tese equivocada, que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida. Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. Não se vá, depois, querer criar uma câmara de representantes dos municípios. Em que muda a federação brasileira com o incluir os municípios como um de seus componentes? Não muda nada. Passaram os municípios a ser entidades federativas? Certamente que não, pois não temos uma federação de municípios. Não é uma união de municípios que forma a federação. Se houvesse uma federação de municípios, estes assumiriam a natureza de estados-membros, mas poderiam ser estados-membros (de segunda classe?) dentro dos Estados federados? Onde estaria a autonomia federativa de uns ou de outros, pois esta pressupõe território próprio, não compartilhado. Dizer que a República Federativa do Brasil é formada de união indissolúvel dos municípios é algo sem sentido, porque, se assim fora, ter-se-ia que admitir que a Constituição está provendo contra uma hipotética secessão municipal. Acontece que a sanção correspondente a tal hipótese é a intervenção federal que não existe em relação aos municípios. A intervenção neles é da competência dos Estados o que mostra serem ainda vinculados a estes. Prova que continuam a ser divisões político-administrativas dos Estados, não da União. Se fossem divisões políticas do território da União, como ficariam os Estados, cujo território é integralmente repartido entre os seus municípios? Ficariam sem território próprio? Então, que entidades seriam os Estados? Não resta dúvida, que ficamos com uma federação muito complexa, com entidades superpostas.

A criação, incorporação, função e desmembramento de município far-se-ão por *lei estadual*, dentro de período determinado por *lei complementar federal* (artigo 18, § 4, redação da EC-15/96), e dependerão de plebiscito (que é sempre consulta prévia) das *populações diretamente interessadas*. A Constituição aqui, diferentemente do que fez em relação aos Estados, usou “populações” no plural, a querer dizer que será consultada a população da área a ser desmembrada e da área de que se desmembra, ao contrário do que ocorreu sempre, quando o plebiscito importava apenas na consulta da população da área cuja emancipação se pleiteava.

12. *Supremacia da Constituição*

A. *O princípio da constitucionalidade*

Significado. O *princípio da constitucionalidade* significa que, no Estado democrático de direito, é a Constituição que dirige a marcha da sociedade e vincula, positiva e negativamente, os atos do poder público. Assenta-se na técnica da *rigidez constitucional* que decorre da maior dificuldade para a mudança formal da Constituição do que para a alteração da legislação ordinária ou complementar. Da rigidez decorre, como primordial consequência o princípio da *supremacia constitucional*, que, no dizer de Pinto Ferreira, “é um princípio basilar do direito constitucional moderno”.¹⁰⁶ Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, ao qual confere validade e que todos os poderes estatais só são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. Nisso se consubstancia o *princípio da conformidade* dos atos do Poder Público às normas e princípios constitucionais.¹⁰⁷

Defesa jurídica da supremacia. A idéia de leis inconstitucionais e de um sistema de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis nasceu, como se sabe, da construção jurisprudencial da Corte Suprema dos Estados Unidos da América do Norte, com base no princípio de que a “Constituição é uma lei superior, imutável por meios comuns”, e na declaração da Constituição norte-americana de que a competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos surgidos sob Constituição.¹⁰⁸ Imutável por meios comuns é a Constituição *rígida*, aquela que só é alterável mediante processos, solenidades e exigências formais especiais, diferentes e mais difíceis que os de formação das leis ordinárias ou complementares.¹⁰⁹ *Como lei superior*, a Constituição encontra seu funda-

¹⁰⁶ Cf. *Princípio gerais do direito constitucional moderno*, 5a. ed., São Paulo, RT, 1982, pp. 29 e ss.

¹⁰⁷ Cf. Canotilho, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 21.

¹⁰⁸ Cf. Marshall, “Marbury versus Madison”, 1808, in Padover, Saul K., *A Constituição vida dos Estados Unidos*, São Paulo, IBRASA, 1964, p. 89, trad. de A. Della Nina.

¹⁰⁹ A referência a *leis complementares* prende-se ao fato de que, no Brasil, a Constituição provê esse tipo de leis que se colocam acima das leis ordinárias e abaixo das normas constitucionais em certas matérias. As leis complementares são aprovadas por maioria absoluta dos membros das Casas do Congresso Nacional, segundo dispõe o artigo 69 da Constituição Federal de 1988.

mento no princípio da rigidez, do qual deflui, como primordial corolário, o *princípio da supremacia constitucional*.

Essa *supremacia* é que fundamenta a validade das normas infraconstitucionais e requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com eles. Exige mais, pois omitir providências necessárias à aplicação de normas constitucionais constitui também conduta desconforme com o princípio de supremacia.

De fato, a Constituição de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidades: a *inconstitucionalidade por atuação* (ou ação) e a *inconstitucionalidade por omissão* (artigo 102, I, “a”, e III, “a”, “b” e “c”, e artigo 103 e seus parágrafos).

A *inconstitucionalidade por atuação* ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da Constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade está no fato de que do princípio de supremacia resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica do país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as de grau superior; as que não forem compatíveis com a Constituição serão inconstitucionais, e não podem prevalecer, porque seria admitir sua alteração por “meios comuns”, com infringência, pois, das normas sobre o processo de sua reforma, nela mesma estabelecido. É o dilema colocado, há quase dois séculos, pelo gênio do *Chief-Justice of the United States*, John Marshall: “Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, com estes, é reformável ao sabor da legislatura”.¹¹⁰ A primeira alternativa, logicamente, prevaleceu.

Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos etc.) com a Constituição é o que, tecnicamente, se chama *inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público*, e que se manifesta sob dois aspectos: *a) formalmente*, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Constituição; *b) materialmente*, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da Constituição.

¹¹⁰ “Caso *Marbury versus Madison*”, *cit.*: Barbosa, Ruy, *A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, 2a. ed., Rio, Atlântica Editora, s. d. (trabalho produzido em 1893), p. 46.

A incompatibilidade não pode perdurar, porque contrasta com o princípio da coerência e harmonia das normas do ordenamento jurídico.¹¹¹

A *inconstitucionalidade por omissão* verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais. Muitas destas, de fato, exigem uma lei ou uma providência administrativa para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem. Se o legislador não produz a lei ou o administrador não pratica o ato requerido, dá-se uma omissão, que, conforme as circunstâncias, poderá ser tida como inconstitucional.

Em suma: à vista da Constituição vigente, temos a inconstitucionalidade por atuação ou por omissão, e o controle de constitucionalidade é o jurisdicional, combinando os *critérios difuso e concentrado*, este de competência do Supremo Tribunal Federal. Portando, temos o exercício do controle *por via de exceção* e *por ação direta de inconstitucionalidade*. De acordo com o controle por exceção, *qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo*. A ação direta de inconstitucionalidade compreende três modalidades: *a) a interventiva*, que pode ser *federal* por proposta exclusiva do procurador-geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (artigos 34, III, 102, I, “a”, e 129, IV), ou *estadual* por proposta do procurador-geral da Justiça do Estado (artigos 36, IV, 129, IV, e 125, § 2); *interventivas*, porque destinadas a promover a intervenção federal em Estado ou de Estado em Município, conforme o caso; *b) a genérica*: 1) de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, *em tese*, de lei ou ato normativo, *federal* ou *estadual*, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; é ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional (artigos 102, I, “a”, e 103, incisos e § 3); 2) de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, visando a declaração de inconstitucionalidade, *em tese*, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (artigo 125, § 2), dependendo da previsão nesta; *a) a supridora de omissão*: 1) do *legislador*, que deixa de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constitui-

111 Cf. nosso *Curso de direito constitucional positivo*, 19a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 47.

ção;¹¹² 2) do *administrador*, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (artigo 103, § 2).¹¹³

Ação de constitucionalidade. O artigo 102, I, letra “a”, da Constituição dá competência exclusiva ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a *ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal*, que foi introduzida naquele dispositivo pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, cuja decisão definitiva de mérito produzirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, sendo legitimados para propô-la o presidente da República, A Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e o procurador-geral da República. Ela “pressupõe controvérsia a respeito da constitucionalidade da lei, o que é aferido diante da existência de um grande número de ações onde a constitucionalidade da lei é impugnada” e sua finalidade imediata consiste na rápida solução dessas pendências. Esse o pressuposto de sua criação, daí a idéia de que ela se caracteriza como um meio de paralisação de debates em torno de questões jurídicas de interesse coletivo, precisamente porque seu exercício pressupõe a existência de decisões generalizadas em processos concretos reconhecendo a inconstitucionalidade de lei em situação oposta a interesses governamentais. Visa ela, pois, solucionar esse estado de controvérsia generalizado por via da coisa julgada vinculante, quer confirme as decisões proferidas concluindo-se, em definitivo, pela inconstitucionalidade da lei com o que se encerram os processos concretos em favor dos autores, quer reforme essas decisões com a declaração da constitucionalidade da lei. O termo *reformular* não é sem propósito, porque a declaração de constitucionalidade, no caso, tem o efeito de inverter o sentido daquelas decisões.

O *objeto da ação* é a verificação da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal impugnada em processos concretos. Nisso ela corta o *iter* do controle de constitucionalidade pelo método difuso que se vinha

112 A Constituição traz inúmeros exemplos de normas dependentes de lei, como o artigo 7o., X (a lei protegerá o salário, se a lei não for criada o salário não terá a proteção), XI (participação no lucro, dependente de definição legal) e XXIII (adicional de remuneração para atividades penosas, dependente da forma da lei) etc. *Cf.*, a propósito do assunto, nossa *Aplicabilidade das normas constitucionais*, *cit.*, nota .

113 Para pormenores sobre essa temática, cf. meu *Curso de direito constitucional positivo*, *cit.*, nota 111, pp. 45 e ss. e “O controle de constitucionalidade das leis no Brasil”, em García Belaunde, Domingo e Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 386 e ss.

desenvolvendo naqueles processos. Esse corte não me parece que seja infringente de regras ou princípios constitucionais. Mas parece certo que essa ação, mais do que a ação genérica de inconstitucionalidade, põe um problema relevante relativamente à compreensão das normas e valores constitucionais em correlação com a realidade social, porque suscita somente um confronto abstrato de normas, um confronto formal, que não leva em conta a possível influência dos valores sociais no sentido das normas constitucionais, de modo que uma lei que formalmente aparece como em contraste com enunciados constitucionais pode não estar em conflito com um sentido axiológico das normas supremas, com prejuízo, eventualmente, de ajustes dialéticos do ordenamento ao viver social, vale dizer, em prejuízo de uma visão material da justiça.¹¹⁴

B. Estados de exceção

Tipos de estados de exceção vigentes. O estado de sítio fora, realmente, o tipo de estado de exceção que tradicionalmente vigorou no Brasil. O sistema da EC 11/78 configurava três instituições emergenciais: *medidas de emergência, estado de sítio e estado de emergência*.¹¹⁵ A Constituição reformulou a questão, mas não retrocedeu ao sistema puro da Constituição de 1946, que só previa o *estado de sítio*, pois manteve também o estado de emergência com o nome de *estado de defesa*.

Estado de defesa. É uma situação em que se organizam medidas destinadas a debelar ameaças à ordem pública ou à paz social. Em outras palavras, em função do disposto no artigo 136, o estado de defesa consiste na instauração de uma legalidade extraordinária, por certo tempo, em locais restritos e determinados, mediante decreto do presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, para preservar a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

Os fundamentos para a instauração do *estado de defesa* acham-se estabelecidos no artigo 136, e são de *fundo* e de *forma*.

¹¹⁴ Para pormenores sobre a ação declaratória de constitucionalidade, cf. meu *Curso de direito constitucional positivo, cit.*, nota 111, pp. 56 e ss.

¹¹⁵ Sobre eles, cf. Corrêa, Oscar Dias, *A defesa do estado de direito e emergência constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, pp. 59 e ss.

Constituem *pressupostos de fundo* do estado de defesa: *a*) a existência de grave e iminente instabilidade institucional que ameace a ordem pública ou a paz social ou *b*) a manifestação de calamidade de grandes proporções na natureza que atinja a mesma ordem pública ou a paz social. Naturalmente que não se há de tomar, por exemplo, a existência de greve, por mais prolongada e intensa que seja, como uma ameaça à ordem ou à paz social que justifique a decretação da medida. Se a Constituição reconhece o direito de greve sem limitações, é evidente que ela não pode ser tomada como algo fora da normalidade, para justificar a implantação de uma legalidade extraordinária. A calamidade é sempre um fato de desajuste no âmbito de sua verificação, mas, nos termos do texto constitucional, ela terá que ser de grandes proporções e ainda gerar situação de séria perturbação à ordem pública ou à paz social para servir de base à decretação do estado de defesa.

Os *pressupostos formais* do estado de defesa são: *a*) prévia manifestação dos Conselhos da República e de Defesa Nacional; *b*) decretação pelo presidente da República, após a audiência desses dois Conselhos (artigos 90, I, 91, § 1, II, e 136); *c*) determinação, no decreto, do tempo de sua *duração*, que não poderá ser superior a trinta dias, podendo ser prorrogado apenas uma vez, por igual período (ou por período menor, evidentemente), se persistirem as razões que justificaram sua decretação; *d*) especificação das áreas por ela abrangidas; *e*) indicação de medidas coercitivas, dentre as discriminadas no artigo 136, § 1. A audiência dos Conselhos da República e da Defesa Nacional é obrigatória, sob pena de inconstitucionalidade da medida. Contudo, tais Conselhos são apenas *consultivos*, o que vale dizer que sua opinião é sempre de ser levada em consideração, mas não será vinculativa. Portanto, se opinarem contra a decretação da medida, o presidente da República ficará com a grave responsabilidade de, desatendendo-os, assim mesmo decretá-la, se assim entender indispensável. Se o fizer e o Congresso a aprovar nos termos dos artigos 49, IV, e 136, §§ 4 e 6, tudo fica conforme com a Constituição. Se o Congresso rejeitar a medida, poderá surgir hipótese de crime de responsabilidade do presidente da República.

O estado de defesa tem por *objetivo* preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por aqueles fatores de crise.

A *decretação do estado de defesa* importa, como primeira conseqüência, na adoção de legalidade especial para a área em questão, cujo conteúdo depende do decreto que o instaurar, respeitados os termos e limi-

tes da lei, donde se vê que a Constituição, ao mencionar esse aspecto (artigo 136, § 1), está a requerer a elaboração de uma lei que discipline a utilização desse estado de exceção. É que se prevê, aí, que o decreto indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem durante o estado de defesa, dentre as relacionadas naquele dispositivo, a saber: *a) restrições aos direitos de: 1) reunião*, ainda que exercida no seio das associações; *2) sigilo de correspondência; 3) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; b) ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública*, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes; *c) prisão: 1) por crime contra o Estado*, pelo executor da medida, que deverá comunicá-la, com declaração do estado físico ou mental do detido, ao juiz competente; *2) por outros motivos*, nunca superior a dez dias, salvo autorização do Poder Judiciário. Há, porém, previsão de controle *político* pelo Congresso Nacional (artigos 49, IV, e 136, §§ 4 a 6) e *jurisdicional* sobre o estado de defesa (artigo 136, § 3).

Estado de sítio. Causas do estado de sítio são as situações críticas que indicam a *necessidade* da instauração de correspondente legalidade de exceção (extraordinária) para fazer frente à anormalidade manifestada. São as *condições de fato*, sem as quais o estado de sítio constituirá um abuso injustificado.¹¹⁶ São *pressupostos de fundo* cuja ocorrência confere legitimidade às providências constitucionalmente estabelecidas.

Essas causas estão previstas no artigo 137, consubstanciadas em dois casos: *a) comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fato que comprovem a ineficácia de medidas tomadas durante o estado de defesa; b) declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira*. Há, portanto: *1) estado de sítio em caso de comoção grave de repercussão nacional*, portanto um estado de crise que seja de efetiva rebelião ou de revolução que ponha em perigo as instituições democráticas e a existência do governo fundado no consentimento popular; *2) estado de sítio em caso de ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medidas tomadas durante o estado de defesa*, que corresponde, praticamente, na conversão deste em estado de sítio; *3) estado de sítio em caso de declaração de guerra; 4) estado de sítio em caso de agressão armada* que exija pronta resposta, desembaraçada de situa-

¹¹⁶ Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *O estado de sítio*, São Paulo, 1964, sem indicação da casa editora, p. 121. Santos, Aricê Moacyr Amaral, p. 98.

ção interna que porventura a dificulte. Os dois últimos casos são de situação de guerra. No primeiro, trata-se de estado de guerra, juridicamente estabelecido, ou seja, guerra declarada nos termos dos artigos 49, II, e 84, XIX. No segundo, eventualmente em situação de guerra dependente de referendo do Congresso Nacional na conformidade dos mesmos artigos citados. *Guerra*, aí, pois, é sempre *guerra externa*, ou seja: só o estado de beligerância com Estado estrangeiro é que fundamenta o estado de sítio na hipótese.

A instauração do estado de sítio depende ainda do preenchimento de *requisitos (pressupostos) formais*, quais sejam: *a)* audiência ao Conselho da República e ao Conselho de Defesa Nacional; *b)* autorização, por voto da maioria absoluta do Congresso Nacional, para sua decretação em atendimento à solicitação fundamentada do presidente da República; *c)* decreto do presidente da República. Quer dizer, o estado de sítio é decretado pelo presidente da República, ouvido aqueles dois Conselhos e autorizado pelo Congresso Nacional, que, se estiver em recesso, será imediatamente convocado pelo presidente do Senado Federal para reunir-se dentro de cinco dias, a fim de apreciar a solicitação, e, concedendo-a, permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas (artigos 137 e 138, §§ 2 e 3). É o *decreto* do presidente da República que instaura a normatividade extraordinária do estado de sítio pela indicação de: *a)* sua *duração*, que não poderá ser superior a trinta dias, nem prorrogada, de cada vez (o que permite mais de uma prorrogação), por prazo superior, quando se tratar de estado de sítio com base no inc. I do artigo 137; e por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira na hipótese do inciso II; *b)* as *normas necessárias à sua execução*, ou seja, as instruções que devem reger a conduta dos executores da medida; *c)* as *garantias constitucionais que ficarão suspensas*, dentre as autorizadas no artigo 139. Publicado o decreto, o presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas. Esses condicionamentos visam situar o estado de sítio em limites estritamente necessários ao restabelecimento da normalidade, para que não se sirva dele como instrumento para obter resultado diametralmente contrário a seus *objetivos*, que são, pelo visto: *a)* preservar, manter e defender o Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, as instituições democráticas; *b)* dar condições de livre mobilização de todos os meios necessários à defesa do Estado no caso de guerra.

O estado de sítio consiste, pois, na instauração de uma legalidade extraordinária, por determinado tempo e em certa área (que poderá ser o território nacional inteiro), objetivando preservar ou restaurar a normalidade constitucional, perturbada por motivo de comoção grave de repercussão nacional ou por situação de beligerância com Estado estrangeiro. A aplicação de medidas coercitivas e a suspensão de direitos e garantias constitucionais são apenas meios para a consecução de seus objetivos. São efeitos de sua decretação, a que dedicaremos as considerações que seguem.

A decretação do estado de sítio importa, como primeira conseqüência, na substituição da legalidade constitucional comum por uma *legalidade constitucional extraordinária*. O conteúdo desta depende do decreto que instaura a medida, respeitados os limites indicados na Constituição. Tais limites, contudo, só são estabelecidos relativamente ao estado de sítio decretado por motivo de comoção grave ou ocorrência de fato que comprovem a ineficácia do estado de defesa, conforme o disposto no artigo 137, I. Na vigência deste estado de sítio, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas coercitivas:

- Obrigação de permanência em localidade determinada;
- Detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns, o que acaba por deter as pessoas em prisão dos quartéis da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica;
- Restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei, o que significa a necessidade de elaboração de uma lei que preveja a possibilidade e limites dessas restrições, que, como se nota, importam em interceptação e censura aos meios de comunicação em geral; mas não se inclui, nessas restrições, a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa;
- Suspensão da liberdade de reunião;
- Busca e apreensão em domicílio, o que é uma derrogação da inviolabilidade do domicílio;
- Intervenção nas empresas de serviços públicos (empresas de telecomunicações, de transportes, de fornecimento de águas etc.);
- Requisição de bens.

Cessado o estado de sítio, cessarão os seus efeitos, sem prejuízo da responsabilidade pelos ilícitos cometidos por seus executores ou agentes, que são, como foi dito, a legalidade extraordinária implantada com sua decretação e as providências de sua execução. Esta realiza-se por meio de delegado do presidente da República, como executor das medidas específicas consubstanciadas no decreto, nomeado depois de sua publicação, mas nada impede seja nomeado no próprio decreto de instauração do estado de sítio. Em regra, são nomeadas autoridades militares que se incumbem de tomar as medidas coercitivas autorizadas no decreto.

Há previsão de controles político pelo Congresso Nacional (artigo 137 e 140) e jurisdicional sobre o estado de sítio (artigo 141). Vale dizer, o estado de sítio, tanto quanto o estado de defesa, não é, nem pode ser, uma situação de arbítrio, porque é uma situação constitucionalmente regradada.¹¹⁷

13. Reforma da Constituição

O *princípio da constitucionalidade* significa que, no Estado democrático de direito, é a Constituição que dirige a marcha da sociedade e vincula, positiva e negativamente, os atos do poder público. Assenta-se na técnica da *rigidez constitucional* que decorre da maior dificuldade para a mudança formal da Constituição do que para a alteração da legislação ordinária ou complementar. Significa isso que a *previsão de um modo especial de mudança constitucional constitui o pressuposto fundamental da estabilidade e, também, de todos os mecanismos de garantia e defesa jurídica da Constituição*. É o que consta de seu artigo 60 da Constituição de 1988, onde se prevê que ela só pode ser emendada por proposta de iniciativa: *a)* de no mínimo um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; *b)* do presidente da República; *c)* de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se cada qual pela maioria relativa de seus membros.¹¹⁸ A

¹¹⁷ Para pormenores sobre o estado de defesa e o estado de sítio, cf. meu *Curso de direito constitucional positivo*, cit., nota 111, pp. 738 a 747.

¹¹⁸ *Nota desta edição*: Cabe iniciativa popular? Tenho entendido possível à vista do disposto no parágrafo único do artigo 10. e do artigo 14, I. Essa possibilidade constitucional, contudo, dependeria da previsão na lei referida neste último dispositivo, o que não aconteceu, pois a lei que regulou a matéria, Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998, não abriu aquela possibilidade.

emenda será tida como aprovada se obtiver *três quintos* dos votos de ambas as Casas do Congresso Nacional em dois turnos de discussão e votação.

O processo de mudança formal da Constituição ocorre de forma deliberada por via de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas na própria Constituição para o exercício do poder reformador. A doutrina brasileira não é precisa no emprego dos termos *reforma*, *emenda* e *revisão* constitucional. Ainda que haja alguma tendência em considerar o termo *reforma*, como gênero, para englobar todos os métodos de mudança formal das constituições, que se revelam especialmente mediante o *procedimento de emendas* e o *procedimento de revisão*, a maioria dos autores, contudo, em face das Constituições brasileiras, têm empregado indistintamente os três termos.

Pontes de Miranda faz distinção, mas emprega como sinônimas as palavras *reforma* e *revisão*. Seu texto esclarece a terminologia por ele aceita: “A *reforma* ou *revisão* pode ser total, se ao poder reformador (constituente de segundo grau) é dado, no momento, mudar todas as regras jurídicas constitucionais, ou parciais, se só se lhe conferiu mudar alguma regra jurídica ou algumas regras jurídicas. Tem-se chamado à reforma parcial *emenda*, que é o termos que se usa na Constituição de 1967”.¹¹⁹

Como Pinto Ferreira¹²⁰ e Meirelles Teixeira¹²¹ entendemos que a expressão *reforma* deve ser empregada em sentido genérico para abranger a *emenda* e a *revisão*, com significação distinta. A *emenda constitucional* consistiria apenas em acréscimo de dispositivos, supressão ou alteração de outros: mudanças pontuais, enquanto a *revisão constitucional* suporia já modificações mais amplas, mais profundas, do texto constitucional. A Constituição de 1988 acolheu essa distinção. Tratou das emendas constitucionais no artigo 60 e previu uma revisão constitucional no artigo 3o. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Aí se estabeleceu que *a revisão constitucional seria realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral*. Esse processo de revisão se instaurou em outubro de 1993. Foi um fracasso, inclusive na metodologia usada, pois acabou transformando o processo

119 Cf. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, 2a. ed., p. 133, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970, t. III, p. 133.

120 Cf. *op. cit.*, nota 106, p. 102.

121 Cf. *Curso de direito constitucional*, Rio, Forense Universitária, 1991, p. 132.

de revisão em procedimentos de emendas constitucionais. Dele provieram seis modificações da Constituição, chamadas “emendas constitucionais de revisão”, porque, na verdade, foram meras emendas, enquanto pelo procedimento previsto no artigo 60, já foram aprovadas trinta e cinco emendas à Constituição. Algumas delas bem amplas como a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, chamada reforma administrativa. Por esse processo vai-se retalhando a Constituição de 1998. Vai-se mesmo deformando sua fisionomia original. De Constituição originalmente aberta ao futuro com promessa de um Estado democrático de direito, como vimos, vocacionado a construir uma sociedade solidária e justa por seu conteúdo social, vai-se, pelo processo de emendas, dando-lhe uma feição neoliberal, bastante inclinada à defesa dos interesses das elites. Arranjou-se um meio jurídico de ataque político-ideológico à Constituição, que a história do constitucionalismo desconhecia, contra o qual não se aparelhou ainda mecanismos de defesa.

A mudança formal da Constituição, por ser nesta regulada, é, pois, um processo regrado e sujeito a limitações. Vale dizer, o poder de reforma da Constituição se caracteriza como uma competência constitucional, atribuída, no sistema brasileiro, ao Congresso Nacional. É uma faculdade constituinte porque elabora norma constitucional. E por isso é chamado de poder constituinte instituído ou constituído pela vontade do poder constituinte originário. Disso decorre que se trata de um poder (faculdade) limitado por via de normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento e modo de agir, dos quais não pode arredar-se sob pena de sua obra sair viciada, ficando mesmo sujeita ao sistema de controle de constitucionalidade, como outras normas jurídicas. Esse tipo de regramento da atuação do poder de reforma constitucional configura *limitações formais*, que podem ser assim sinteticamente enunciadas: *o órgão do poder de reforma (o Congresso Nacional) há de proceder nos estritos termos expressamente estatuídos na Constituição.*

Além dessas limitações que são da essência do sistema, assinalam-se outras específicas que a doutrina costuma distribuir em três grupos: *temporais*, *circunstanciais* e *materiais* (explícitas e implícitas).

As *limitações temporais* não são comumente encontráveis na história do direito constitucional brasileiro. Só a Constituição Política do Império estabeleceu limitações desse tipos, visto que previa que, tão-só após *quatro anos* de sua vigência, poderia ser reformada (artigo 174).

Limitações circunstanciais, como o nome indica, são as que decorrem de certas circunstâncias que impedem, durante sua existência, o processo de emendas à Constituição. Elas constam do constitucionalismo brasileiro desde a Constituição de 1934, que vedou a possibilidade de reforma constitucional na vigência do estado de sítio. Essas limitações são mais amplas na Constituição vigente, pois, segundo seu artigo 60, § 1, *ela não pode ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio*.

A questão das *limitações materiais* se coloca quanto a saber se o poder de reforma constitucional pode atingir qualquer dispositivo da Constituição, ou se há certos dispositivos que sejam irreformáveis. Para a solução dessa questão, importa distinguir, primeiramente, entre *limitações materiais explícitas* e *limitações materiais implícitas*.

Quanto à primeiras, compreende-se facilmente que o constituinte originário poderá, expressamente, excluir determinadas matérias ou conteúdos da incidência do poder de reforma. As Constituições brasileiras, federais e republicanas, sempre contiveram um *núcleo irreformável*, constituindo aquilo que a doutrina vem mal chamando de *cláusulas pétreas*, preservando a Federação e a República¹²² do ataque do poder reformador.

A Constituição alarga o núcleo imodificável por via de emenda, definindo no artigo 60, § 4, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais. São limitações explícitas ao poder de reforma constitucional que resultam na proteção do princípio federativo, do princípio democrático e dos direitos individuais. É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declare: “fica abolida a Federação” ou “suprima-se o inc. II do artigo 5o.”. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer dos elementos conceituais da Federação no sentido de seu enfraquecimento, isto é, que se encaminhe, “tenda” (emenda “tendente”, diz o texto) para a sua abolição, ou emenda que “tenda” a enfraquecer qualquer dos direitos e garantias individuais constante do artigo 5o.

122 Note-se, contudo, que a Constituição não incluiu a “República” entre as matérias do núcleo intangível por emenda. Cf. nota seguinte.

Quanto à limitações materiais implícitas ou inerentes, a doutrina brasileira as admite com tranqüilidade, em termos que foram bem resumidos por Nelson de Sousa Sampaio. Há, no entanto, uma tendência a ampliar as hipóteses de limitações materiais expressas que, por certo, tem a consequência de reduzir as possibilidades de limitações implícitas. Todavia, das quatro categorias de normas constitucionais que, segundo Nelson de Sousa Sampaio, estariam implicitamente fora do alcance do poder de reforma, uma se tornou explícita: a referente aos direitos individuais, as outras três ainda nos parece que estão, por razões lógicas, imunes à incidência do poder reformador, pois, se pudessem ser mudadas pelo poder de reforma de nada adiantaria estabelecer vedações circunstanciais ou materiais a esse poder. São elas:

1) “as concernentes ao titular do poder constituinte”, pois uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador;

2) “as referentes ao titular do poder reformador”, pois seria despeautério que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário;

3) “as relativas ao processo da própria emenda”, distinguindo-se quanto à natureza da reforma, para admiti-la quando se tratar de tornar mais difícil seu processo, não a aceitando quando vise a atenuá-lo. A chamada dupla revisão é ilógica e destrutiva. A reforma constitucional nunca pode ser forma de destruir a Constituição.¹²³

¹²³ Cf. Sampaio, Nélson de Sousa, *O poder de reforma constitucional*, 3a. ed., atualizada por Uadi Lamêgo Bulos, Belo Horizonte, Nova Alvorada, 1995, pp. 95 e ss., e *Apêndice*, pp. 129 e 130. Cf. também meu *Curso de direito constitucional positivo*, cit., nota 111.