

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 45 • nº 178
Abril/junho – 2008

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras

Paulo Vargas Groff

Sumário

Introdução. 1. Direitos Fundamentais na Constituição de 1824. 2. Direitos Fundamentais na Constituição de 1891. 3. Direitos Fundamentais na Constituição de 1934. 4. Direitos Fundamentais na Constituição de 1937. 5. Direitos Fundamentais na Constituição de 1946. 6. Direitos Fundamentais na Constituição de 1967. 7. Direitos Fundamentais na Constituição de 1969. 8. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. 9. Considerações finais.

Introdução

O Brasil já teve oito Constituições ao longo da sua história como país independente. Essas Constituições sempre trouxeram um espaço para os Direitos Fundamentais. Esse espaço foi sendo ampliado a cada nova Constituição, num caminhar crescente, de ampliação e introdução de novos direitos fundamentais, acompanhando as mudanças que foram ocorrendo no cenário mundial. Desse modo, essas Constituições também foram recepcionando as diversas gerações de direitos, na época em que esses direitos apareceram nas primeiras Constituições dos países democráticos.

Essa evolução dos direitos fundamentais nas Constituições é o objeto deste trabalho, e, para isso, trataremos separadamente das diversas Constituições brasileiras, analisando diversos aspectos que têm relação com os direitos fundamentais, em cada

Paulo Vargas Groff é doutor em Direito pela Université de Paris I (PANTHÉON-SORBONNE), mestre em Ciência Política pela Université de Paris III (SORBONNE NOUVELLE), bacharel em Direito pela UNISINOS, professor da Graduação, da Especialização e do Mestrado em Direito da URI (Campus de Santo Ângelo-RS), pesquisador e advogado.

período político-constitucional em que as Constituições estavam em vigor. Portanto, trataremos da Constituição de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988.

1. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1824*

A Constituição de 1824 foi influenciada pelas idéias liberais e pelo constitucionalismo em voga na Europa. Todavia, a preocupação maior das elites brasileiras era a construção de um Estado-nação, o que relegava para um segundo plano a implantação de uma democracia liberal. O regime monárquico mesclava a adoção de uma lógica e de uma prática liberal e autoritária. A Monarquia era vista como a única maneira de manter a unidade nacional (Cf. GROFF, 2002, p. 11). Nesse contexto, havia grandes dificuldades para o avanço dos direitos fundamentais.

1.1. *A Constituição de 1824 e a monarquia centralizadora*

A Constituição foi outorgada por D. Pedro I, em 1824. Ela foi elaborada por um Conselho de Estado, que ocupou o lugar deixado pela Assembléia Constituinte, que foi inicialmente convocada, mas posteriormente dissolvida em função de divergências com o Imperador. O projeto de Constituição foi ainda submetido à aprovação das Câmaras Municipais, o que não lhe retirou a ilegitimidade.

A Constituição realizou uma divisão administrativa do território brasileiro, dividindo-o em províncias, que substituíram as capitanias (art. 2^ª), mantendo a forma unitária de Estado, com a centralização do poder político. A forma de governo adotada foi a monarquia hereditária, constitucional e representativa (art. 3^ª).

A Constituição de 1824 sofreu a influência do pensamento político da época, precisamente da teoria de Benjamin Constant, no que se refere a criação do poder neutro ou moderador. Dessa maneira, havia quatro

Poderes (art. 10): Moderador, Legislativo, Executivo e Judiciário.

O Poder Moderador, afirmava a Constituição, era a chave de toda a organização política. Esse Poder era exercido pelo Imperador, e se destinava a velar pela independência, equilíbrio e harmonia dos outros Poderes (art. 98). A pessoa do Imperador era inviolável e sagrada, não estando sujeito a responsabilidade alguma (art. 99). Naturalmente, tal instituição desfigurava a idéia de equilíbrio e controle recíproco entre os poderes.

O Poder Executivo era exercido por um ministério, de livre nomeação e demissão pelo Imperador, que era também o chefe do Poder Executivo (art. 102). Assim como o Imperador não tinha qualquer responsabilidade, os seus ministros não tinham o dever de prestar contas, embora fossem responsáveis por qualquer dissipação dos bens públicos (art. 133, § 6^º).

O Poder Legislativo era exercido pela Assembléia Geral, composta por duas Câmaras: Câmara de Deputados e Câmara de Senadores ou Senado (art. 14). A Câmara de Deputados era composta por deputados eleitos por período temporário (art. 35) e o Senado era composto de senadores vitalícios e de livre escolha do Imperador, a partir de lista tríplice eleita pelas províncias (art. 40). As eleições eram indiretas, tanto para senadores como para deputados, pois os cidadãos elegiam em assembleias paroquiais os eleitores das províncias (art. 90). Havia também a possibilidade de o Poder Moderador exercer o direito de dissolução da Câmara dos Deputados (art. 101).

O Poder Judiciário era composto de um Supremo Tribunal de Justiça, que era um órgão superior localizado na capital do Império (art. 163). Esse Tribunal foi criado pela Lei Complementar de 18 de setembro de 1828. Ainda existiam os Tribunais de Relação nas Províncias, os juizes de direito, os juizes de paz e os jurados. Esse Poder também era frágil, pois podia o Imperador, no exercício do Poder Moderador, suspender os magistrados (art. 101). Muitos membros

do Supremo Tribunal de Justiça foram aposentados mediante decreto do Poder Executivo (Cf. NOGUEIRA, 2001, p. 36-37). O texto constitucional era contraditório, pois ao mesmo tempo em que afirmava que os juízes seriam perpétuos (art. 153 c/c art. 155) acabava negando as garantias constitucionais da magistratura: a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos (art. 153 c/c art. 154).

O controle de constitucionalidade não era atribuído ao Poder Judiciário. Essa função foi destinada à Assembléia Geral, que, nos termos do art. 15, n. 80, tinha a faculdade de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, seguindo o modelo revolucionário francês. Consta que o Legislativo fez esse controle em apenas duas oportunidades (Cf. NOGUEIRA, 2001, p. 36-37). A função de uniformização da jurisprudência poderia ter sido atribuída ao Supremo Tribunal de Justiça, mas isso não constava no rol das suas atribuições (art. 163). Desse modo a jurisprudência não era uniformizada em todo o país, o que acabava gerando uma aplicação desigual da lei entre cidadãos de um mesmo país, sendo algo atentatório aos direitos fundamentais.

Além dos aspectos constitucionais analisados, a verdade é que a Constituição formal e a Constituição real estavam muito distantes. O Brasil teve um governo que estava muito longe dos ideais liberais colocados em prática nos países desenvolvidos. Tínhamos, em verdade, um governo autoritário, com fortes caracteres absolutistas.

1.2. Os Direitos civis e políticos

A Constituição de 1824 tinha como seu Título 8º: Das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. Este era o último título da Constituição. Também o art. 179, que trazia um extenso rol de direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, era o último artigo da Constituição. Isso demonstra que a Constituição não destinou um espaço de relevância para os direitos fundamentais.

O art. 179 afirmava que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Inspirava-se para isso no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Porém, diferente da Declaração francesa, não fez menção a um quarto direito natural: o direito de resistência à opressão.

No art. 179, constavam 35 incisos, contemplando direitos civis e políticos. Entre os direitos, encontravam-se: a legalidade, a irretroatividade da lei, a igualdade, a liberdade de pensamento, a inviolabilidade de domicílio, a propriedade, o sigilo de correspondência, a proibição dos açoites, da tortura, a marca de ferro quente e outras penas cruéis, entre outros direitos e garantias.

É interessante também assinalar a presença de direitos sociais na Constituição de 1824 no rol do art. 179: o direito aos socorros públicos (XXXI) e o direito à instrução primária gratuita a todos os cidadãos (XXXII), apesar de os direitos sociais serem um evento próprio do século XX.

Em relação a proteção judicial dos direitos fundamentais, a Constituição de 1824 não criou instrumentos apropriados para a defesa dos direitos fundamentais. O *habeas corpus* não foi criado explicitamente pela Constituição de 1824, muito embora Pontes de Miranda (1999, p. 170) sustente que era possível extraí-lo da Constituição, quando esta decretou a independência dos poderes e quando deu ao Poder Judiciário o direito exclusivo de conhecer de tudo quanto se entendesse como inviolabilidade penal. Pontes (1999) assinala ainda que de nada adianta o direito material prever um determinado direito sem um remédio processual capaz de garanti-lo, como é o caso do *habeas corpus*. Por outro lado, Pontes (1999) observa que o *habeas corpus* já existia no direito brasileiro mesmo antes da Constituição de 1824, com o Decreto de 23 de maio de 1821, embora não com o nome de *habeas corpus*, mas com a denominação

de “ação de desconstrangimento”. Com o nome de *habeas corpus*, essa ação foi criada pelo Código de Processo Criminal do Império de 1832. Pontes (1999) observa que o *habeas corpus* é pretensão, ação e remédio. Como pretensão estava no Código Criminal (arts. 183-188), de 1830, e como ação e remédio estava no Código de Processo Criminal do Império de 1832.

Os direitos políticos dos cidadãos eram graduados segundo suas rendas e *status* social. A Constituição estabelecia claramente a renda necessária para o cidadão votar na escolha dos eleitores da província: renda líquida anual de cem mil réis por bens rurais, da indústria, do comércio ou de empregos (art. 92). Para ser candidato a deputado, a renda líquida anual deveria ser de quatrocentos mil réis por bens rurais, da indústria, do comércio ou de empregos (art. 95). Portanto, reinava o chamado voto censitário, o que não consistia numa particularidade brasileira, mas algo também existente nos principais países europeus (Cf. NOGUEIRA, 2001, p. 60). Vedava-se também o voto aos analfabetos (art. 92), que representavam mais de 80% da população no fim do século XIX, e às mulheres, que constituíam em torno de 50% da população. Em todo o Brasil somente 1% da população participava do processo eleitoral (Cf. FURTADO, 1969, p. 150).

No fim da Monarquia, houve importantes alterações do processo político e eleitoral. A Lei n. 3.029, de 9/01/1881, conhecida como “Lei Saraiva”, aboliu as eleições indiretas, introduzindo a eleição direta, e adotou o voto do analfabeto. Apesar desse passo importante, esta última inovação foi em seguida confiscada pela Constituição de 1891 (art. 70, § 1º, item 2º). Os analfabetos foram readquirir o direito ao voto quase um século depois, por meio da Emenda Constitucional n. 25, de 15/05/1985, que alterou o art. 147 da Constituição de 1969. Para estes o voto passaria a ser facultativo. A Constituição de 1988 manteve essa mesma previsão.

Apesar da declaração de direitos e garantias expressas na Constituição (art.179), resultante das idéias liberais da época, foi mantido o sistema escravocrata durante todo o Império, estando isso relacionado com a base econômica da época e a monocultura latifundiária. Somente no fim do Império, em 1888, é que foi abolida a escravidão. Isso demonstra o quanto esse regime político-constitucional era contraditório.

2. Direitos Fundamentais na Constituição de 1891

A monarquia no Brasil teve o seu fim com a proclamação da República, em 1889. Essa mudança foi formalizada pelo Decreto n. 1, de 15-11-1889, que introduziu a República e o federalismo. A proclamação da República representou um marco fundamental no constitucionalismo brasileiro, momento em que surgiam novas instituições, baseadas na matriz constitucional norte-americana. Porém, essas instituições passaram a conviver com uma cultura política conservadora e autoritária. Nesse contexto a garantia dos direitos fundamentais, embora formalmente prevista na Constituição, ficava prejudicada na prática.

2.1. A Constituição de 1891 e o Estado oligárquico

Em 1891 surge a primeira Constituição republicana, promulgada em 24-02-1891. Ela foi elaborada e promulgada pelo Congresso constituinte, e teve como referência o projeto de Constituição elaborado por comissão nomeada pelo chefe do governo provisório, Marechal Deodoro da Fonseca. A inovação constitucional ficou por conta da introdução da República, do federalismo (art. 1º), do presidencialismo e da separação dos três Poderes, harmônicos e independentes entre si (art. 15). A Constituição de 1891 seguiu o modelo constitucional norte-americano e foi inspirada nos ideais republicanos e liberais.

A Federação e a República são elementos centrais do Estado brasileiro, afirmando Geraldo Ataliba (apud ROCHA, 1996, p. 71) que eles são os princípios mais importantes, exercendo um papel principal na exegese. A forma federal de Estado, nessa primeira fase da República, foi a consagração das oligarquias rurais, que detinham o controle de todos os níveis de poder, do central ao local. Essas elites se reuniam em torno de um partido único, com autonomia em nível estadual, o partido republicano, que nem sempre era homogêneo (Cf. CARONE, 1976, p. 143). A forma federal aparece como sinônimo de descentralização política, para dar maior autonomia e pacificar as províncias, num país de território continental e com diversidades culturais as mais variadas possíveis. A República implantada em 1889 é motivo de críticas por muitos autores. A República é acusada de não ter legitimidade popular, devido a inexistência de participação popular na proclamação da República. Carmem Rocha (1996, p. 48-53) afirma que o povo não resistiu ao fim da Monarquia, sendo a apatia do povo talvez devido a desagregação progressiva do antigo regime ligado ao fim da escravidão e às questões religiosas e militares. A apatia do povo se explica ainda pela falta de mudança de elites políticas, das oligarquias. Faoro (1977, p. 567) observa que a República, após dez anos de vida, havia deixado de lado o povo, como tinha feito o Império após 1840.

O Poder Executivo era exercido pelo Presidente da República, conjuntamente com o Vice-presidente (art. 41), acumulando as funções de chefe de Estado e de governo, caracterizando assim o sistema de governo presidencialista. As eleições do Presidente e do Vice-presidente passaram a se dar por eleições diretas, para um mandato de 4 anos (art. 43).

O Poder Legislativo era representado pelo Congresso Nacional (art. 16), composto pela Câmara dos Deputados, integrada por deputados federais eleitos por três anos

(art. 17), e pelo Senado, integrado por senadores eleitos por nove anos, sendo 3 por Estado, com renovação trienalmente por um terço (art. 31).

O Poder Judiciário tinha o seu órgão máximo que era o Supremo Tribunal Federal (art. 55), que substituiu o Supremo Tribunal de Justiça do Império. Foi criado um Poder Judiciário federal e outro estadual. Os magistrados possuíam a garantia constitucional da vitaliciedade, somente podendo perder o cargo mediante sentença judicial, e irredutibilidade dos vencimentos (art. 57), e, além disso, não podiam mais ser suspensos como no período da Monarquia (Cf. BALEEIRO, 2001b, p. 38).

Os órgãos do Poder Judiciário podiam realizar o controle de constitucionalidade sobre o caso concreto, seguindo o modelo norte-americano de controle difuso pela via indireta ou incidental. Mas os republicanos brasileiros esqueceram de trazer o efeito *erga omnes* daquele sistema, em que as decisões da Suprema Corte, em nível recursal, têm efeito *erga omnes*. Durante toda a Primeira República, o nosso controle de constitucionalidade tinha apenas o efeito *inter partes*. Como a Constituição de 1891 não destinou ao STF um *judicial control* pleno, mas apenas um *judicial control* restrito ao controle da constitucionalidade das leis estaduais diante da Constituição Federal, o STF se satisfez com o seu papel estabelecido nos restritos termos da Constituição, negando-se a “criar e engrandecer um princípio que se não harmonizava com as nossas praxes políticas [...] qual o da jurisprudência a derrubar a lei, contra a autoridade, em favor dos direitos individuais” (CALMON, 1937, p. 187). Nessa mesma linha, o STF entendeu que a Constituição não lhe havia atribuído a competência para uniformizar a jurisprudência a respeito da norma constitucional, negando-se a alterar a interpretação dada pelos Tribunais estaduais. Foi preciso esperar a emenda constitucional de 3 de setembro, dentro da reforma de 1926, que explicitou a atribuição

do STF para uniformizar a interpretação da Constituição e das leis federais. A falta de criatividade desse novo Tribunal devia-se muito ao fato de ser composto por juízes do velho regime, sem consciência do seu papel no novo regime (Cf. NUNES, 1943, p. 59). A revisão ainda estendeu, expressamente, à Justiça dos Estados as garantias asseguradas à magistratura federal.

Do mesmo modo que a Constituição de 1824, a Constituição de 1891 formal ficou muito aquém da Constituição real.

2.2. Declaração de direitos e direitos políticos

A primeira Constituição republicana tinha como título IV – Dos Cidadãos brasileiros, e nela a Seção II – Declaração de direitos. Nessa seção o artigo 72 trazia um rol de direitos e garantias individuais, ou seja, direitos da primeira geração, não muito diferentes daqueles previstos na Constituição de 1824.

Ao rol de direitos da Constituição de 1824 foram acrescentados os seguintes direitos e garantias: extensão dos direitos aos estrangeiros; igualdade republicana; liberdade de culto; casamento civil e gratuito; cemitérios seculares; ensino leigo nos estabelecimentos públicos; fim da religião de Estado; direitos de reunião e associação; ampla defesa; perda da propriedade em decorrência de desapropriação por necessidade e utilidade pública, mediante indenização prévia; abolição das penas de galés e do banimento judicial; abolição da pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra; *habeas corpus*; propriedade intelectual e de marcas e instituição do júri. É importante destacar que alguns acréscimos se deram em função da separação entre o Estado e a Igreja.

A Constituição trazia um rol apenas demonstrativo de direitos, deixando em aberto a possibilidade do reconhecimento de outros direitos não-enumerados, “mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”

(art. 78). Isso representa uma inovação em comparação com a Constituição de 1824. Com isso, a Constituição de 1891 introduz no constitucionalismo brasileiro um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, surgindo também na doutrina uma teoria dos direitos fundamentais “implícitos e decorrentes” (Cf. SARLET, 2007, p. 92).

A Constituição de 1891 foi a primeira a constitucionalizar a garantia do *habeas corpus*, e fez isso no art. 72, § 22: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em eminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder”. A previsão constitucional do *habeas corpus* gerou um forte debate referente a interpretação do dispositivo introduzido na Constituição (Cf. MIRANDA, 1999, p. 227-236). Existiam duas correntes, sendo uma tradicional e outra renovadora. A tradicional, que foi recepcionada pelo STF, afirmava que o enunciado colocado na Constituição não tinha alterado em nada aquele *habeas corpus* existente durante o Império, pelo Código Criminal de 1930, do Código de Processo Criminal de 1832 e as demais leis do Império. A primeira corrente admitia o *habeas corpus* somente para amparar a liberdade de locomoção. A segunda corrente entendia que o constituinte foi mais longe que o legislador do Império, pois, segundo o enunciado da Constituição, o *habeas corpus* seria dado sempre que alguém sofresse ou se achasse em eminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder. A revisão constitucional de 1926 mudou a redação referente ao *habeas corpus*: “Dar-se-á o *hábeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”. Portanto, foi explicitado que o *habeas corpus* serviria para proteger apenas a liberdade de locomoção. Todavia, foi simplesmente feita a restrição referente ao cabimento do *habeas corpus*, sem a criação

de outro instrumento judicial apropriado para a defesa dos direitos individuais (Cf. BALEEIRO, 2001b, p. 63).

A regulamentação do *habeas corpus*, durante a primeira República, continuou sendo pelo Código de Processo Criminal de 1832, que vigorou até a vinda do Código de Processo Penal de 1941.

Pontes de Miranda (1999, p. 223) aponta a função social do instituto do *habeas corpus*:

“[...] o *habeas corpus* exerceu no Brasil, após mais de século de adoção, principalmente, até 1930 e entre 1934 e 1937, extraordinária função coordenadora e legalizante. Se as nossas estatísticas fossem perfeitas, se tivéssemos notícias e dados exatos de nossa vida social e moral, estaríamos aptos a avaliar o grande bem que à evolução do país tem produzido o *habeas corpus*. Nos territórios pobres, em que a existência é penosa e o trabalhar árduo, com princípios de religião formalista e autoritária e o inevitável resíduo do fato econômico-jurídico da escravidão – nós ainda vivemos, no interior, como se coexistissem na mesma forma social o presente da civilização universal e o passado da nossa realidade histórica. Há pequena minoria que explora, com o auxílio do analfabetismo, da força policial e política, etc., a grande maioria dos indivíduos nascidos no Brasil”.

Porém, Baleeiro (2001b, p. 51) observa que o *habeas corpus* quase não existia, na prática, no Rio Grande do Sul, em função da existência de governos alicerçados nas idéias do positivismo inspirado em Augusto Comte, e que pregava uma ditadura científica. Durante o governo de Júlio de Castilhos, este promoveu processos contra juízes que ousaram conceder *habeas corpus*.

Apesar de ter sido uma Constituição que não tenha trazido avanços sociais, a Constituição (art. 75) tratava do direito de

aposentadoria aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço do Estado. Podemos constatar que a previsão de aposentadoria aos funcionários públicos é somente para uma situação bem restrita. A Constituição de 1824 nada referia a respeito de aposentadoria. Na fase final da Primeira República, surgiram algumas legislações de cunho social, embora apenas no nível infraconstitucional. Isso em decorrência das idéias surgidas e expandidas pelas nações vitoriosas da Primeira Grande Guerra (1914-1918). A primeira delas surgiu em 1919 e foi a primeira Lei de Acidentes do Trabalho. Depois, em 1924, apareceu a Lei Eloy Chaves, que criou o primeiro Instituto de Aposentadorias, o dos Ferroviários. Posteriormente, em 1926, surgiu a primeira Lei de Férias para trabalhadores (Cf. BALEEIRO, 2001b, p. 51).

No que se refere aos direitos políticos, poderemos apontar algumas particularidades. A Constituição de 1891 introduziu o sufrágio direto para a eleição dos deputados, senadores, presidente e vice-presidente da República. Também a eleição direta passou a ser a regra em nível estadual e municipal. Para ser eleito (candidato), era necessário ter 21 anos de idade (art. 70). Não podiam votar os mendigos, os analfabetos e as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior (art. 70). Em comparação com a Constituição de 1824, a Constituição de 1891 não fazia a exigência de uma determinada renda para ser eleitor. Contudo, o poder local continuava sob o domínio dos coronéis (fazendeiros), como no Império. Esses coronéis detinham o poder econômico e se favoreciam do voto a descoberto, ficando, assim, prejudicada a introdução do voto direto.

Embora constasse na Constituição uma declaração de direitos e garantias, não havia muita aplicação prática, pois a sociedade civil era fragilmente organizada. Além disso, a descentralização vinda com a Constituição de 1891, passando a magistratura ao domínio dos Estados e deixando

o poder para as oligarquias, representou uma regressão do sistema de garantias das liberdades individuais que o Império havia começado a organizar (Cf. TORRES, 1965, p. 81).

3. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1934*

A “revolução de 1930” rompe com o Estado oligárquico e introduz na prática um Estado do tipo populista. Ela apresentou renovação das estruturas e das instituições, apesar de as mudanças não terem sido muito profundas. É mais apropriado se falar de reforma do Estado do que em uma transformação (revolução) do Estado.

Em 1934 foi promulgada uma nova Constituição, considerada avançada para o seu tempo, que introduz novos direitos, direitos de segunda geração, ou seja, direitos sociais, econômicos e culturais.

3.1. *A Constituição de 1934 e a Revolução de 30*

Instalado o governo provisório, sob o comando de Getúlio Vargas, foi editado o Decreto n. 19.398, de 11 de novembro de 1930. Essa norma alterou a Constituição de 1891, e vigorou até a Constituição de 1934. O Decreto concedeu plenos poderes ao governo provisório, inclusive com poderes legislativos, até a elaboração de uma nova Constituição. O decreto também dissolveu o Congresso Nacional, as Assembléias legislativas dos Estados e as Câmaras dos Vereadores dos Municípios, previu a indicação dos governadores pelo governo provisório federal e a magistratura perdeu suas garantias.

Em 16-07-1934, foi promulgada pelo Congresso constituinte uma Constituição inspirada na Constituição alemã de Weimar, de forte conotação social, introduzindo matérias referentes a ordem econômica e social, à família, à educação, à cultura, e uma forte legislação trabalhista e previdenciária.

Nesse período ocorreu a elaboração de um grande número de legislações e

ações do governo na área social. Já haviam sido criados, no primeiro mês do governo provisório, dois grandes Ministérios: o Ministério do Trabalho, da Indústria e do Comércio e o Ministério da Educação e da Saúde Pública, dos quais decorreram diversos órgãos e ações de grande importância e repercussão nacional.

A Constituição de 1934 manteve os principais fundamentos constantes na Constituição de 1891, como a República, o federalismo e o presidencialismo. Todavia, no que se refere ao federalismo, houve um aumento da enumeração das competências da União.

No Poder Legislativo houve inovação. A Câmara ou Assembléia Nacional era o órgão legislativo por excelência, e era composta por deputados eleitos, segundo o sistema proporcional, e deputados classistas, profissionais diversos eleitos por suas respectivas categorias de trabalhadores. Ao Senado cabia colaborar com a Câmara em relação ao tratamento de algumas matérias, e tinha também outras atribuições privativas. Suas atribuições se relacionavam mais com as matérias federativas. Portanto, a Constituição mitigou consideravelmente as atribuições legislativas do Senado. A idéia do anteprojeto de Constituição elaborado pelo Poder Executivo era suprimir o Senado e criar em seu lugar um Conselho Supremo, que seria um órgão técnico consultivo e deliberativo, com funções políticas e administrativas.

A Constituição de 1934 tinha a preocupação em limitar o poder do Presidente da República; por isso em matérias sensíveis, a última palavra cabia sempre ao Poder Legislativo, como no caso de decretação do estado de sítio (art. 56, n. 13 c/c art. 175) e na intervenção federal nos Estados (art. 56, n. 12 c/c art. 12, § 1º).

Em matéria de controle de constitucionalidade, o avanço que pode ser considerado se deu na atribuição conferida ao Senado para suspender a lei declarada inconstitucional pelo STF, dando efeito *erga*

omnes à decisão tomada dentro do controle difuso. Com isso, a decisão do STF poderia passar a ter efeito *erga omnes*, mas não em decorrência da força da sua decisão, como ocorre no sistema norte-americano, mas sim por meio de um órgão do Poder Legislativo, o Senado. Foi ainda introduzida a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, que não é um controle em abstrato puro, mas um meio termo entre o controle em tese e o concreto, pois o controle é um pressuposto da intervenção federal. Pela Constituição de 1934, o Procurador-Geral da República submetia ao STF a própria lei de intervenção e não a lei estadual inquinada de inconstitucional por violar princípio constitucional sensível (art. 7^a). A Constituição ainda criou o recurso extraordinário das decisões das causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância, quando se questionasse sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição (art. 176, III).

A Constituição era uma Carta que inovou o constitucionalismo brasileiro e era muito avançada para a época. Ela trazia como valor maior o bem comum (Cf. BONAVIDES; ANDRADE, 1991, p. 9). No entanto, a Constituição de 1934 teve uma duração muito curta e quase não foi aplicada. Em 1935 houve a tentativa de um golpe de Estado pelos comunistas, chamada de "intentona comunista". O Presidente aproveitou esse momento e conseguiu a aprovação de Emenda Constitucional, em 18 de dezembro de 1935, que lhe permitia a declaração de Estado de sítio e de guerra. Em 1937 houve o golpe de Estado. Em verdade, entre 1933 e 1937, tinha-se a presença de duas ordens: uma revolucionária, conduzida por Getúlio Vargas; outra constitucional, regulada pela Constituição de 1934.

3.2. Os Direitos civis, políticos e sociais

A Constituição de 1934, dando continuidade à tradição das Constituições brasileiras, previu um capítulo sobre direitos e garantias, e repetiu em seu art. 113 e seus 38

incisos extenso rol de direitos individuais, além de terem sido acrescentados outros incisos.

No rol dos novos direitos individuais, constam: a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; explicitou o princípio da igualdade; permitiu a aquisição de personalidade jurídica, pelas associações religiosas, e introduziu a assistência religiosa facultativa nos estabelecimentos oficiais; instituiu a obrigatoriedade de comunicação imediata de qualquer prisão; instituiu o mandado de segurança; vedou a pena de caráter perpétuo; proibiu a prisão por dívidas, multas ou custas; impediu a extradição de estrangeiros por crime político ou de opinião, e, em qualquer caso, a de brasileiros; criou a assistência judiciária para os necessitados; determinou às autoridades a expedição de certidões requeridas para defesa de direitos individuais ou para esclarecimento dos cidadãos a respeito dos negócios públicos; isentou de imposto o escritor, o jornalista e o professor; e atribuiu a todo cidadão legitimidade para pleitear a declaração de nulidade ou anulação de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.

É importante destacar a inovação em nível da garantia dos direitos fundamentais, com a criação do mandado de segurança, para proteção de direito "certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade". O fato de ter previsto que o direito deveria ser incontestável e inconstitucional serviu de argumento para se criar obstáculo ao cabimento de mandado de segurança. Esse remédio jurídico foi criado para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, que foi instituído pela Constituição de 1891 e era de larga abrangência, e que, a partir de 1926, tinha ficado restrito a proteção da liberdade de locomoção. Ainda nesse período, surgiu a Lei n. 191, de 16/01/1936, que foi a primeira norma

infraconstitucional a regulamentar esse novo remédio constitucional.

Foi ainda criado outro remédio, a ação popular, surgindo assim o primeiro instrumento de defesa da cidadania, para anular qualquer ato lesivo ao patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.

Inovou ainda a Constituição no que se refere ao direito de propriedade, afirmando que o direito de propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo (art. 113, XVII).

O *habeas corpus* estava previsto no art. 113, § 23. Todavia, fazia-se ressalva que não cabia o *habeas corpus* em relação às transgressões militares.

Além dos tradicionais direitos individuais, a Constituição de 1934 inovou ao introduzir no constitucionalismo brasileiro os direitos sociais, de segunda geração. Esses direitos foram tratados separadamente dos direitos individuais, constando dentro do Título que tratava “Da Ordem Econômica e Social”.

No rol das normas de proteção social do trabalhador, constavam: proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador; limitação do trabalho a oito horas diárias, só prorrogáveis nos casos previstos em lei; proibição de trabalho a menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres a menores de 18 anos e a mulheres; repouso semanal, de preferência aos domingos; férias anuais remuneradas; indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; assistência médica sanitária ao trabalhador; assistência médica à gestante, assegurada a ela descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego; instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; regulamentação

do exercício de todas as profissões; reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; e obrigatoriedade de ministrarem as empresas, localizadas fora dos centros escolares, ensino primário gratuito, desde que nelas trabalhassem mais de 50 pessoas, havendo, pelo menos, 10 analfabetos. Para dirimir os conflitos resultantes das relações trabalhistas, regidas pela legislação social, a Constituição criou a Justiça do Trabalho (art. 122), vinculada ao Poder Executivo.

Em relação aos direitos culturais, a Constituição previa: direito de todos à educação, com a determinação de que esta desenvolvesse, num espírito brasileiro, a consciência da solidariedade humana (art. 149); obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, inclusive para os adultos, e tendência à gratuidade do ensino ulterior ao primário (art. 150); ensino religioso facultativo, respeitada a confissão do aluno (art. 153); liberdade de ensino e garantia de cátedra (art. 155).

Fruto da introdução desse Estado social, havia ainda outras previsões na Constituição. Quando tratava da ordem econômica, afirmava que estava garantida a liberdade econômica, dentro dos limites da Justiça e das necessidades da vida nacional, “de modo que possibilite a todos existência digna”. Afirmava ainda que “os poderes públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do País” (art. 115).

Essas matérias relacionadas aos direitos sociais, econômicos e culturais até então não eram consideradas matérias constitucionais. Essa constitucionalização se deu sob a influência da Constituição de Weimar, de 1919, e de outras Constituições daquele período, que também passaram a tratar desse tipo de matéria.

Em relação aos direitos políticos, houve algumas alterações. Para a eleição de Presidente da República, o sufrágio, além de universal e direto, seria também secreto (art. 52). Apesar dessa previsão, a própria Assembléia Nacional Constituinte elegeu,

de forma indireta, o Presidente da República. As eleições que seriam diretas, em 1937, não ocorreram em função do golpe de Estado. Também os membros do Senado e os governadores foram eleitos de forma indireta, pelas Assembléias Constituintes dos Estados (art. 3º, das Disposições Transitórias).

O sufrágio feminino estava assegurado, em igualdade com o masculino (art. 108): “São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei”. Idéia essa também presente na declaração de direitos da própria Constituição (art. 115), ao estabelecer a igualdade e vedar quaisquer privilégios, distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas. Na verdade, o voto feminino já havia sido introduzido pelo primeiro Código Eleitoral brasileiro, veiculado pelo Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932.

Outro avanço em nível eleitoral, trazido pela Constituição, foi a criação da Justiça Eleitoral, incorporando-a ao Poder Judiciário. Essa medida já constava no Código Eleitoral de 1932. Entre as competências da Justiça Eleitoral estava a de “conceder *habeas corpus* e mandado de segurança em casos pertinentes à matéria eleitoral” (art. 83, f).

Reafirmando o compromisso da Constituição com os direitos fundamentais, previa como crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentassem contra “o gozo ou o exercício legal dos direitos políticos, sociais ou individuais” (art. 43).

4. Direitos Fundamentais na Constituição de 1937

Getúlio Vargas provocou um golpe de Estado, em 1937, apoiado pelos militares, para permanecer no poder, instalando o denominado “Estado Novo”. Faltava um mês para as eleições presidenciais, e Getúlio

lio não era candidato a reeleição. A versão oficial do regime para o golpe foi a ameaça comunista e integralista que pairava sobre a nação. O fundamento para o golpe foi um plano que tratava de um projeto de golpe de Estado pelos comunistas, chamado “plano Cohen”, mas que na verdade se tratava de um falso plano elaborado pelo governo. O regime imposto tentou angariar alguma legitimidade, apresentando uma nova Constituição. Diante dessa conjuntura ditatorial, os direitos fundamentais ficam sem qualquer garantia.

4.1. A Constituição de 1937 e a ditadura do Estado Novo

A Constituição de 10-11-1937 institucionalizou um Estado autoritário, o Estado Novo. Ela concedeu amplos poderes ao Presidente da República, colocando-o como suprema autoridade estatal; restringiu as prerrogativas do Congresso e a autonomia do Poder Judiciário; retirou a autonomia dos Estados-membros; dissolveu a Câmara, o Senado, e as Assembléias Estaduais; restaurou a pena de morte; os partidos políticos foram dissolvidos; a liberdade de imprensa era inexistente; entre outras medidas ditatoriais. Houve inclusive um ato solene de queima das bandeiras dos Estados, para simbolizar a dominação do poder central e a unidade nacional, alegando-se que os Estados estariam representados, a partir daquela data, pela bandeira nacional (Cf. CARONE, 1976, p. 164).

A Carta de 1937 teve como referência a Constituição polonesa de 1935, por isso a oposição ironicamente a chamava de “polaca”. Era uma Constituição de cunho fascista, inspirada no regime fascista italiano e alemão. Além do mais, a Constituição de 1937 foi outorgada, assim como também foram as Constituições estaduais, pelos respectivos governos (art. 181).

A Carta do Estado Novo não foi uma Constituição no sentido real do termo. Ela não passou de uma grande fraude política ou até mesmo um estelionato político, de-

vido aos diversos artigos que concederam plenos poderes a Getúlio Vargas, e um mandato indefinido. Afirmava o art.187 que a Constituição entraria em vigor e vigoraria até a realização de plebiscito nacional, de acordo com forma estabelecida por decreto do Presidente da República. Todavia o decreto não foi expedido. Em decorrência dessa omissão, não podiam ser aplicados outros dispositivos, como: “o atual Presidente da República tem renovado o seu mandato até a realização do plebiscito a que se refere o art. 187” (art. 175). Prevvia também a Constituição um Parlamento Nacional, todavia condicionava a realização das eleições para depois do plebiscito, quando seriam marcadas pelo Presidente da República.

Autores como Fernando Whitaker da Cunha (apud BARROSO, 1996, p. 13) negam a existência jurídica da Constituição de 1937, porque ela não teria sido submetida ao plebiscito previsto no seu artigo 187. Nesse caso, a Constituição teria “apenas um valor histórico”. O próprio Francisco Campos, que foi o principal autor da Constituição de 1937, quando do seu rompimento com Getúlio em março de 1945, em entrevista concedida à imprensa, disse que ela era um documento que não podia “invocar em seu favor o teste da experiência”, pois não foi “posta à prova”, permanecendo “em suspenso desde o dia de sua outorga” (PORTO, 2001, p. 17). Afirmava ainda que a Constituição não tinha mais vigência, era “de valor puramente histórico. Entrou para o imenso material que, tendo sido ou podendo ter sido jurídico, deixou de o ser ou não chegou a ser jurídico por não haver adquirido ou haver perdido sua vigência”.

Quanto ao Judiciário, aparentemente independente, sofria o controle do governo, devido a um dispositivo constitucional que permitia ao Presidente da República a aposentadoria compulsória de qualquer agente (art. 177 e Lei Complementar nº 2). A magistratura perdeu suas garantias. Foi criado um Tribunal de exceção, o Tribunal

de Segurança Nacional, para processar e julgar os crimes contra o Estado e a estrutura das instituições (art. 172). As leis que fossem declaradas inconstitucionais pelo Judiciário poderiam ser validadas pelo Presidente da República (art. 96, § único c/c art. 180). Além disso, foi extinta a Justiça Federal e a Justiça Eleitoral, sendo apenas órgãos do Poder Judiciário o STF; os juízes e tribunais dos Estados, Distrito Federal e dos territórios (Tribunais de Apelação); e os juízes e tribunais militares (art. 90). A Justiça Eleitoral foi recriada no fim do Estado Novo, pelo Decreto-lei n. 7.586, de 28/05/1945.

Entre tantos abusos permitidos pela Constituição de 1937, também em matéria de controle constitucional houve retrocesso. Prevvia o controle difuso, mas não prevvia a remessa para o Senado para dar efeito *erga omnes*. Além disso, a Constituição prevvia que o Presidente da República poderia submeter ao Parlamento a lei declarada inconstitucional pelo STF, que, pelo *quorum* de dois terços, poderia revogar a decisão de inconstitucionalidade tomada pelo STF.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o Presidente foi pressionado a fazer a abertura política. Pelo Decreto n. 9, de 28/02/1945, o governo organizou as eleições presidenciais, para os governadores dos Estados e para o Congresso Nacional, tendo este ainda a atribuição de elaborar uma nova Constituição. Porém, Getúlio é afastado do poder antes das eleições, sob suspeita de que desejava permanecer no poder, como em 1937.

4.2. Os Direitos civis, políticos e sociais

Em qualquer regime ditatorial, não há espaço para os direitos fundamentais, ou seja, são incompatíveis o regime ditatorial e os direitos fundamentais.

José Afonso da Silva (2000, p. 169) afirma que essa Constituição foi “ditatória na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas”.

A Carta de 1937 extinguiu o remédio heróico do mandado de segurança, criado pela Constituição de 1934. Apesar disso, o Decreto-lei n. 6, de 16/11/1937, restaurou o mandado de segurança. Do mesmo modo, o primeiro Código de Processo Civil nacional, de 1939, refere-se ao mandado de segurança. Em ambas as normas infraconstitucionais, o mandado de segurança não era cabível contra os atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

Foram instituídas a censura prévia e a pena de morte. Esta última para os casos expressamente especificados, inclusive para a subversão da ordem política e social por meios violentos e para o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade.

Apesar de tudo, a Constituição de 1937 consagrou extenso rol de direitos e garantias individuais, prevendo 17 incisos em seu art. 122. Além da tradicional repetição dos direitos fundamentais clássicos, trouxe algumas novidades: impossibilidade de aplicação de penas perpétuas; maior possibilidade de aplicação da pena de morte, além dos casos militares; criação de um tribunal especial com competência para o processo e julgamentos dos crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular. Mas tudo isso não teve qualquer efetividade.

Pontes de Miranda (1999, p. 300) assinala que “A Carta de 1937, apenas outorgada, longe estava de aceitar a liberdade física e as demais liberdades com direitos do homem”.

Esse regime ditatorial, no seu transcorrer, agiu contra as liberdades individuais, punindo e perseguindo os “adversários” do regime. Todavia muitas das ações governamentais vieram ao encontro da grande massa de trabalhadores, como foi o caso da criação da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).

Nela estava previsto o *habeas corpus* (art. 122, XVI), porém era uma Constituição

que possuía os arts. 166-173, e no art. 186 anunciava: “É declarado, em todo o país, o estado de emergência”. O país viveu em constante estado de emergência, e, nesse ambiente, os direitos que, mesmo previstos na Constituição, não alcançam efetividade.

5. Direitos Fundamentais na Constituição de 1946

Este período é chamado da “Redemocratização” ou da “Quarta República” porque vem após o regime ditatorial do Estado Novo, e é uma tentativa de implantação da democracia. Havia uma onda de democracia no mundo todo, após o fim da Segunda Guerra Mundial. Todavia, o fim da guerra trouxe a “guerra fria”, geradora de grande instabilidade política no mundo, na América Latina e, em especial, no Brasil.

Esse período foi inaugurado com uma nova Constituição, que se espelha na Constituição de 1934, inclusive em relação aos direitos fundamentais.

5.1. A Constituição de 1946 e a redemocratização

A Constituição promulgada em 18-09-1946 se propôs a ser uma Carta democrática, tendo sido promulgada por uma Assembleia Constituinte. A Constituição não foi baseada em nenhum pré-projeto, tendo como referência as Constituições de 1889 e 1934, motivo pelo qual, para Silva (2000, p. 87), ela teria voltado as costas para o futuro. A Assembleia constituinte era composta na sua maioria de conservadores, podendo ser vistos em sua composição, pois mais de 90% eram pessoalmente ou vinculados à propriedade, principalmente a imobiliária.

A forma federal de Estado foi restabelecida na Constituição de 1946, mas o poder encontrava-se bastante centralizado na União, numa tendência que se verificava também em outras federações. A centralização do poder, principalmente financeira, tornava os Estados dependentes do apoio da União.

Houve uma preocupação especial com o Município, em que se buscou resgatar a sua autonomia. Para isso foi relevante a mobilização proporcionada pelo movimento municipalista, o “municipalismo”, que reunia os municípios brasileiros em torno de reivindicações comuns, muitas delas consagradas pela Constituição de 1946.

O Senado voltou a ocupar a posição que detinha na Constituição de 1891, como Casa de representação dos Estados, como prevê a teoria clássica do federalismo. E, na Câmara dos Deputados, desapareceu a representação classista criada pela Constituição de 1934.

No Poder Judiciário, houve alteração na estrutura. Foram mantidos o STF, os Juízes e Tribunais Militares (art. 94), bem como os Juízes de Direito e Tribunais estaduais (art. 124). Foram restabelecidos os Juízes e Tribunais Eleitorais. A partir da Constituição de 1946, os órgãos da Justiça Eleitoral irão manter-se: Tribunal Superior Eleitoral, Tribunais Regionais Eleitorais e Juntas e Juízes Eleitorais (art. 109). Os Juízes e Tribunais do Trabalho foram colocados dentro da estrutura do Poder Judiciário (art. 94), saindo da estrutura do Poder Executivo. Também a estrutura da Justiça do Trabalho vai-se manter nas Constituições ulteriores: Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho e Juntas e Juízes de Conciliação e Julgamento (art. 122)¹. Foi criado o Tribunal Federal de Recursos, que seria o segundo grau da Justiça Federal (art. 104), sem, no entanto, prever o primeiro grau dessa Justiça Federal. O primeiro grau seria criado somente em 1965, por norma infraconstitucional.

A Constituição de 1946 não trouxe qualquer avanço em matéria de controle de constitucionalidade. Ela se restringiu a resgatar o controle difuso da Constituição de 1934, com a possibilidade de remessa ao Senado, para ampliar os efeitos para

¹ A Emenda Constitucional n. 45, de 8/12/2004, alterou a Constituição de 1988, extinguindo as Juntas de Conciliação e Julgamento, mantendo apenas juízes singulares nas novas Varas de Trabalho (art. 116, CF).

erga omnes (art. 64). Apenas em 1965, pela Emenda Constitucional n. 16, é que foi implantado no Brasil um modo de controle de constitucionalidade em que a decisão do STF tivesse efeito *erga omnes*.

Todavia, houve uma alteração na forma da ação interventiva (representação). Diferentemente da previsão da Constituição de 1934, que submetia ao controle de constitucionalidade a própria lei federal que autorizava a intervenção, com a Constituição de 1946, o ato estadual inquinado de inconstitucional, por violar princípio constitucional sensível, é que era submetido ao crivo do STF, por meio de ação proposta pelo Procurador-Geral da República. Isso era pré-requisito para a decretação de intervenção federal pelo Presidente da República. Essa configuração da ação interventiva seria mantida nas próximas Constituições, inclusive na Constituição de 1988.

5.2. Os Direitos civis, políticos e sociais

A Constituição de 1946, que veio dentro do contexto da democratização do país, também restabeleceu os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1934.

A Constituição previa capítulos referentes à “Nacionalidade e Cidadania”, aos “Direitos e Garantias Individuais”, dentro do Título IV – Da Declaração de Direitos (arts. 129 a 144).

No referente aos direitos individuais, foi estabelecida a total liberdade de pensamento, podendo apenas haver censura a respeito de espetáculos e diversões públicas (art. 141, 5º).

A Constituição de 1946 introduziu o princípio da ubiqüidade da Justiça (art. 141, 4º) ao enunciar que: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder judiciário qualquer lesão de direito individual”. Para Pontes de Miranda (Cf. HERKENHOFF, 1994, p. 79), essa foi a mais prestante criação do constituinte de 1946.

Foi abolida a pena de morte, a não ser em caso de guerra, bem como a prisão perpétua (art. 141, § 31).

Além disso foi estabelecida a soberania dos veredictos do júri (art. 141, § 28) e a individualização da pena (art. 141, § 29).

Foram restaurados o *habeas corpus* (art. 141, § 23), o mandado de segurança (art. 141, § 24), a ação popular (art. 141, § 31) e os princípios da legalidade (art. 141, § 2º) e da irretroatividade da lei (art. 141, § 3º).

Os direitos sociais, seguindo as Constituições anteriores, eram tratados fora do Título referente à Declaração de Direitos. Eles eram tratados no Título referente à Ordem Econômica e Social.

No art. 157, foram arrolados diversos direitos sociais relativos aos trabalhadores. Os novos direitos sociais introduzidos foram: salário mínimo capaz de satisfazer conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa; repouso semanal remunerado; proibição de trabalho noturno a menores de 18 anos; fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria; assistência aos desempregados; previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; obrigatoriedade da instituição, pelo empregador, do seguro contra acidentes do trabalho; direito de greve (art. 158); e liberdade de associação profissional e sindical (art. 159).

Além disso, a Constituição previu um Título especial (Título VI) para a proteção à família, educação e cultura.

Os direitos culturais foram ampliados: gratuidade do ensino oficial ulterior ao primário para os que provassem falta ou insuficiência de recursos; obrigatoriedade de manterem as empresas, em que trabalhassem mais de 100 pessoas, ensino

primário para os servidores e respectivos filhos; obrigatoriedade de ministrarem as empresas, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores; instituição de assistência educacional, em favor dos alunos necessitados, para lhes assegurar condições de eficiência escolar.

A decretação do Estado de sítio ficou ao encargo do Congresso Nacional (art. 206), e não mais do Poder Executivo.

Em relação aos direitos políticos, a Constituição de 1946 reafirmou o sufrágio universal, o voto direto e secreto, o sistema eleitoral proporcional, um regime de partidos nacionais e a Justiça Eleitoral (Cf. LIMA SOBRINHO, 2001, p. 49).

Os partidos políticos obtiveram liberdade de organização, e, pela primeira vez no Brasil, tiveram caráter nacional. Foi também a primeira vez que surgiu no Brasil o pluripartidarismo, podendo ser contabilizado em 1964, às vésperas do golpe militar, um total de 14 partidos políticos (Cf. BALEEIRO, 2001a, p. 21).

Os demais direitos civis, políticos e sociais eram aqueles da Constituição de 1934 que não haviam sido recepcionados pela Constituição autoritária de 1937. Isso em função de que a Constituição de 1946 teve como referência a Constituição de 1934.

6. Direitos Fundamentais na Constituição de 1967

Os militares provocaram um golpe de Estado em 1964, sob pretexto de defenderem o interesse geral da nação brasileira perante a ameaça que pesava sobre a ordem pública. A República foi duramente atingida com o regime militar. Rocha (1996, p. 31) observa que, durante esse período, não houve nem República, nem Federação, e que se pode justamente falar da existência de uma República nominal e de um Estado federal formal. Para nós, o que desapareceu foi o próprio regime constitucional, com tudo que o representa, e, principalmente, a garantia aos direitos fundamentais.

6.1. A Constituição de 1967 e a ditadura militar

A Constituição de 1946 foi oficialmente substituída pela Constituição de 1967. No entanto, desde o golpe militar, em 31 de março de 1964, tinha-se encerrado o ciclo constitucional capitaneado pela Constituição de 1946. Portanto, ao tratarmos da denominada “Constituição” de 1967 estaremos tratando de todas as normas que eram materialmente constitucionais desde 1964.

Os militares quiseram manter uma aparência de legalidade na sua ação, para legitimar o regime ditatorial. Para isso, mantiveram formalmente a Constituição de 1946. Contudo, a Constituição não tinha mais a supremacia na ordem jurídica do país. Os “Atos Institucionais” (AI) ocuparam o lugar central, como pode ser ilustrado pelo artigo 10 do Ato Institucional n. 5: “no interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os chefes da revolução, que estabelecem o presente ato [...]”. Somente a Emenda Constitucional nº 11/78 é que revogou os Atos Institucionais e Complementares “no que contrariassem a Constituição Federal”.

O primeiro desses documentos, o Ato Institucional n. 1, de 9 de Abril de 1964, manteve a Constituição de 1946 e já promoveu algumas modificações: a eleição indireta do Presidente da República e do Vice-Presidente da República, pelo Congresso Nacional; a suspensão das garantias de postos vitalícios e de estabilidade; a possibilidade de demissão, licenciamento ou aposentadoria dos funcionários federais, estaduais e municipais; a possibilidade de suspensão dos direitos políticos durante dez anos e a revogação dos mandatos parlamentares federais, estaduais e municipais. Em função deste último, eram concedidos poderes aos editores do Ato e ao próximo Presidente da República para, até 60 dias depois da posse, cassar mandatos eletivos populares e suspender direitos políticos. Tais atos não estavam sujeitos a apreciação pelo Poder Judiciário (art. 7º, 4º). Poderia

ainda o Presidente da República decretar estado de sítio sem ouvir o Congresso Nacional (art. 6º). O Congresso Nacional continuou a funcionar, mas tinha perdido completamente a sua autonomia.

Os Atos Institucionais de n. 2, 3 e 4 seguiram uma tendência cada vez mais centralizadora, e mais tarde eles foram incluídos na Constituição de 1967. Do mesmo modo que no AI-1, os atos praticados pelo governo com fundamento nesses Atos Institucionais e Complementares estavam excluídos da apreciação pelo Poder Judiciário.

O Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965, marca a ruptura com o regime político estabelecido pela Constituição de 1946. No Ato consta que a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas seriam mantidas com as modificações constantes do Ato. Os poderes excepcionais do Ato n. 1 foram mantidos. Os partidos políticos até então existentes foram extintos, surgindo no lugar deles apenas dois partidos, a ARENA e o MDB, sendo o primeiro o partido oficial e o segundo a oposição consentida. Ele dava ainda poderes ao Presidente da República para decretar o recesso do Congresso Nacional. Esse novo documento era o símbolo do início de um novo regime, o regime militar-autoritário, ou, de acordo com a expressão do cientista político argentino Guillermo O’Donnell, regime “burocrático-autoritário”. Esse Ato vigorou até a Constituição de 1967.

O Ato Complementar n. 23, de 20 de outubro de 1966, permitia ao regime a decretação da suspensão temporária do Congresso Nacional até 22 de novembro do mesmo ano.

Em virtude do Ato Institucional n. 4, de 7 de dezembro de 1966, o primeiro Presidente do regime militar, o Marechal Humberto Castello Branco, fez uma convocação extraordinária do Congresso Nacional para votar o projeto de Constituição, entre 12 de dezembro e 24 de Janeiro de 1967. Isso visava a dar uma maior legitimidade para o regime ditatorial. Mas o que ocorreu foi

a instauração de um processo totalmente ilegítimo. Por um lado, o Congresso não estava investido do poder constituinte originário (Cf. BARROSO, 1996, p. 34). Por outro lado, tratava-se de uma convocação autoritária, com todos os meios de pressão e de repressão que não permitiam a livre expressão. O texto da Constituição foi imposto, dado que os deputados não tiveram tempo de examiná-lo. Como consequência, o texto da Constituição foi aprovado com pequenas alterações.

Essa Constituição se baseou na Carta de 1937, e teve preocupação fundamental com a segurança nacional. Ela centralizava todo o poder na União, e o seio da União no Poder Executivo (Cf. CAVALCANTI, 2001, p. 37).

A Constituição de 24-01-1967 trocou o nome da Constituição e do Estado brasileiro. As Constituições anteriores portavam o título de “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”; a nova Constituição passou a se chamar “Constituição do Brasil”.

No que se refere ao controle de constitucionalidade, a única alteração se deu em 1965, com a Emenda Constitucional n. 16, quando foi implantado no Brasil um modo de controle de constitucionalidade em que a decisão do STF passou a ter efeito *erga omnes*. Parece um paradoxo o fato de uma ação direta de inconstitucionalidade genérica, que se presta a proteção dos direitos fundamentais, ter sido criada por um regime ditatorial, que fora implantado em 1964. Por outro lado, isso pode ser entendido como uma maneira de se ter um maior controle sobre a constitucionalidade das leis, evitando as decisões judiciais por meio do controle difuso. Nesse aspecto o único com titularidade ativa para a ação direta era o Procurador-Geral da República, que era cargo de confiança do Presidente da República.

6.2. Os Direitos e suas limitações

Como em qualquer regime ditatorial, os direitos fundamentais foram duramente afetados desde as primeiras horas do golpe militar, em 31 de março de 1964.

Os direitos fundamentais sofreram restrições com os Atos Institucionais. Herkenhoff (1994, p. 81) afirma que os Atos n. 1 e 2 não se compatibilizam com as franquias presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelas seguintes razões:

“a) os punidos, a muitos dos quais se imputaram atos delituosos, não tiveram o direito de defesa previsto no art. 11 da Declaração;

b) o direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos eventualmente violadores dos direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei – previsto no art. 8º da Declaração – também foi desrespeitado pelo artigo que revogou o princípio da ubiqüidade da Justiça e excluiu de apreciação judiciária as punições da Revolução;

c) o tribunal independente e imparcial, a que todo homem tem direito, não o é aquele em que o próprio juiz está sujeito a punições discricionárias. Assim, a total supressão das garantias da magistratura viola o art. 10;

d) a exclusão discricionária do grêmio político (suspensão de direitos de cidadão) contraria o art. 21, que confere a todo homem o direito de participar do governo de seu país.”

A Constituição de 1967 previa um capítulo sobre direitos e garantias individuais (art. 153) e um artigo (165) com um rol de direitos sociais dos trabalhadores, para a melhoria das suas condições sociais.

No que se refere aos direitos e garantias individuais, em comparação com a Constituição de 1946, houve as seguintes limitações: o acesso ao Poder Judiciário poderia ser limitado pela lei, que poderia condicionar esse direito a que fossem exauridas as vias administrativas; houve restrição da liberdade de publicação de livros e periódicos, ao afirmar que não seriam tolerados os que fossem considerados como de propaganda de subversão da ordem, bem como as publicações e

exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes; foi restringido o direito de reunião, facultando à Polícia o poder de designar o local para ela; foi estabelecido o foro militar para os civis (art. 122, 1º); criou-se a pena de suspensão dos direitos políticos, declarada pelo STF, para aquele que abusasse dos direitos políticos ou dos direitos de manifestação do pensamento, exercício do trabalho ou profissão, reunião e associação, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção (art. 151); e foram mantidas todas as punições, exclusões e marginalizações políticas decretadas sob a égide dos Atos Institucionais – isso só terminaria com a Anistia em 1979.

Em contraste com o acima mencionado, a Constituição de 1967 determinou que se impunha a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário.

Em matéria de direitos sociais, houve os seguintes retrocessos: a redução para 12 anos da idade mínima de permissão de trabalho; a supressão da estabilidade, como garantia constitucional, e o estabelecimento do regime de fundo de garantia, como alternativa; as restrições ao direito de greve; e a supressão da proibição de diferença de salários, por motivo de idade e nacionalidade, a que se referia a Constituição anterior.

Por outro lado, houve algumas pequenas melhorias: inclusão, como garantia constitucional, do direito ao salário-família, em favor dos dependentes do trabalhador; proibição de diferença de salários também por motivo de cor, circunstância a que não se referia a Constituição de 1946; participação do trabalhador, eventualmente, na gestão da empresa; aposentadoria da mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral; e aposentadoria para o professor após trinta anos e, para a professora, após vinte e cinco anos de efetivo exercício em função de magistério, com salário integral.

7. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1969*

O regime militar tornou-se ainda mais violento a partir de 1968, tendo sido simbolizada a ampliação da agressividade pelo Ato Institucional n. 5. Embora fique difícil falar em norma constitucional num regime autoritário, não podemos desconsiderar que, mesmo num regime autoritário, existem algumas normas que são consideradas superiores às demais. Desse modo o AI-5 é uma norma de natureza superior, que trouxe alteração na maneira de agir do Estado, assim como a nova “Constituição”, de 1969.

7.1. *O AI-5 e a “Constituição” de 1969*

O regime constitucional da Constituição de 1967 terminou, em rigor, com o Ato Institucional n. 5, em 13 de dezembro de 1968. Ele manteve a Constituição de 1967, mas introduziu profundas mudanças em relação ao poder e aos direitos individuais.

O ano de 1968 é marcado no Brasil pela forte repressão proporcionada pelo regime militar, como resposta à intensidade das contestações populares a esse regime. Portanto, houve um endurecimento do regime, que acentuou as restrições às liberdades e às garantias individuais e coletivas. O célebre AI-5 (o Ato Institucional n. 5) foi bastante simbólico dessa mudança do regime. Bonavides (1885, p. 87) afirma que o processo de centralização parecia ter chegado ao seu limite no Estado Novo: “no entanto uma repetição mais violenta ocorreu mais tarde, durante os dez anos em que durou o AI-5. Nunca tínhamos estado tão perto de institucionalizar o Leviatã de Hobbes, que nestes anos de incerteza e perplexidade”.

Em 17-10-1969, foi outorgada a Emenda Constitucional nº 1, que de fato introduziu uma nova Constituição. Muitos autores (Cf. VIEIRA, 1988, p. 91) a consideram como emenda, mas outros como sendo a criadora de uma nova Constituição, a Constituição de 1969. José Afonso da Silva (Cf. SILVA, 2000) entende que, técnica e te-

oricamente, houve uma nova Constituição, tendo mudado inclusive a denominação da Constituição, de Constituição do Brasil para Constituição da República Federativa do Brasil. A emenda foi elaborada por uma Junta Militar, que reivindicava o poder constituinte derivado, devido ao recesso do Congresso. Portanto, não houve nenhuma votação, e a Carta foi outorgada, mesmo constando, no seu art. 1º, § 1º, que todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.

A Constituição de 1969 ampliou a centralização do poder e o autoritarismo. Ela incorporou ao seu texto medidas autoritárias dos Atos Institucionais; consagrou a intervenção federal nos Estados; cassou a autonomia administrativa das capitais e outros municípios; impôs restrições ao Poder Legislativo; validou o regime dos decretos-leis; manteve e ampliou as estipulações restritivas da Constituição de 1967, quer em matéria de garantias individuais, quer em matéria de direitos sociais.

Como a Constituição de 1969 manteve o AI-5, ela realmente entrou em vigor com o término do AI-5, em 1978.

7.2. Os Direitos e suas limitações

O Ato Institucional n. 5 restaurou os atos institucionais anteriores; repetiu todos os poderes discricionários conferidos ao Presidente da República pelo AI-2; suspendeu o *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular; concedeu total arbítrio ao Presidente da República para a decretação de estado de sítio; e houve novamente a exclusão das medidas aplicáveis do exame pelo Poder Judiciário.

O AI-5 previa o confisco de bens, sem direito de defesa, em contradição com o art. 18 da Declaração Universal: “ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.

Herkenhoff (1994, p. 84) lembra que: “Com a supressão do *habeas corpus*, com a

suspensão das garantias da magistratura e com a cassação da liberdade de imprensa, a tortura e os assassinatos políticos foram largamente praticados no país, sob o regime do Ato Institucional n. 5”.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, não trouxe nenhuma substancial alteração formal na enumeração dos direitos fundamentais.

Em 1979 veio a Anistia política, com a Lei n. 6.683, de 28 de agosto. Ela concedia anistia aos perseguidos políticos e os que praticaram crimes em nome do regime.

8. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988

O regime militar começa aos poucos uma gradual abertura. O período entre 1978 e 1985 é caracterizado pela “abertura democrática”, com o retorno do multipartidarismo, em 1978, e as eleições diretas para governadores, em 1982. Em 1984 surge o movimento pelas “Diretas Já”, que defendia a aprovação no Congresso Nacional da Emenda Constitucional prevendo as eleições diretas para Presidente da República. Esse movimento conseguiu mobilizar grandes manifestações de massa, e é um ponto marcante da democratização, embora não tenha conseguido a aprovação da Emenda nesse período. Foi apenas com a Constituição de 1988 que as eleições passaram a ser diretas em todos os níveis. No entanto, a oposição, defensora das “diretas já”, conseguiu vencer as eleições indiretas para Presidente da República, em 1984, elegendo Tancredo Neves para Presidente e José Sarney para Vice-presidente. Porém, Tancredo faleceu antes da posse e assumiu o Vice-presidente, tendo sido o primeiro Presidente civil depois de 20 anos de ditadura. Isso marca o início de um novo período político no Brasil, a Nova República.

8.1. A Constituição de 1988 e a Nova República

Com a posse do Presidente civil e a instalação de um regime democrático, impôs-

se a elaboração de uma nova Constituição, agora democrática. Desse modo, houve a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, por meio da Emenda constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Essa Assembléia realizou os seus trabalhos entre 01 de fevereiro de 1987 e 05 de outubro de 1988, tendo sido a Constituição promulgada e publicada nesta última data.

O constituinte de 1988 quis criar uma Constituição democrática chamada pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, de “Constituição Cidadã”. Desse modo, desde o preâmbulo, a Constituição deixa evidente a sua legitimidade democrática, ao mencionar que ela foi elaborada e promulgada por representantes do povo. No artigo primeiro, ela afirma que o Estado brasileiro é um Estado democrático de direito. Desse modo, é a primeira vez que a Constituição se refere expressamente a um tipo determinado de Estado, e além disso criou um tipo de Estado que é considerado o mais avançado.

A Constituição traz uma sistematização bastante atual e inovadora. Nesse sentido, o título I é destinado aos princípios fundamentais e o título II aos direitos e garantias fundamentais. O título I traz uma inovação considerável. No artigo primeiro, anuncia quais são os princípios sobre os quais se fundamenta o Estado brasileiro. No artigo terceiro, traz os princípios relativos à finalidade do Estado brasileiro. No artigo quarto, traz os princípios que devem reger o Brasil nas relações internacionais. O conteúdo e a riqueza desses três artigos é uma singularidade da Constituição de 1988, que contribuem enormemente para colocar essa Constituição entre as Constituições mais avançadas do mundo, do ponto de vista da construção de um Estado democrático, social e de direito, e em consonância com os princípios maiores do constitucionalismo moderno.

A estrutura do Estado brasileiro se manteve com a forma que vem desde a Constituição de 1891. A forma de Estado é a federativa (art. 1º), a forma de governo é

a República (art. 1º), o sistema de governo é o presidencialista (art. 76), a separação dos três Poderes independentes e harmônicos (art. 2º). No âmbito do Poder Legislativo, foi mantido o Congresso Nacional, com as suas duas Casas, ou seja, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

No Poder Judiciário, houve algumas alterações de razoável monta. Foi criado o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que passou a ser o guardião das leis federais (art. 105), absorvendo essa competência que era do STF. Na estrutura da Justiça Federal, houve a substituição do Tribunal Federal de Recursos, que tinha sede em Brasília, por cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs), que passaram a ter sedes em cinco diferentes regiões do país (art. 106). Além disso, importante inovação foi a criação dos Juizados Especiais (art. 98), estaduais e federais, para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo. Esses Juizados significaram um importante avanço no que se refere ao acesso à justiça, ou seja, na concretização do direito fundamental individual à tutela jurisdicional efetiva.

O sistema de controle de constitucionalidade da Constituição de 1988 é bastante complexo. Na verdade a Constituição de 1988 consagra uma gradativa progressão que alcançou o constitucionalismo brasileiro em matéria de controle de constitucionalidade. Temos atualmente um sistema que poderemos considerar como misto, pelo fato de realizar o controle difuso, de origem norte-americana, e o controle concentrado, de origem européia, além de outras particularidades do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Inicialmente, podemos dividir o sistema brasileiro em controle preventivo e controle repressivo ou jurisdicional. O controle preventivo é realizado durante o processo legislativo, tanto pelo Congresso Nacional – Comissões de Constituição e Justiça, e pelo Plenário da Casa legislativa (art. 58) – como

pelo Presidente da República – veto jurídico (art. 66, § 1, CF). O controle repressivo, em regra, é realizado pelo Poder Judiciário, mas pode também ser feito pelo Legislativo. O controle repressivo realizado pelo Legislativo ocorre em três situações: o Congresso Nacional pode sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (art. 49, V); o Congresso Nacional pode rejeitar Medida Provisória, considerada inconstitucional, retirando do ordenamento jurídico esse instrumento com força de lei – atos normativos perfeitos e acabados, apesar do caráter temporário (art. 62); a terceira situação ocorre quando o Senado suspende a execução de norma declarada inconstitucional pelo STF, pelo controle difuso (art. 52, X).

O controle judicial ou jurisdicional ocorre de dois modos: pela via de exceção, indireta, incidental ou defesa (controle difuso, concreto ou aberto); pela via direta (controle concentrado ou reservado). O controle difuso é reconhecido a todas as instâncias do Poder Judiciário (art. 97), e o controle concentrado (art. 102) é atribuído exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (STF). O controle difuso era adotado no Brasil desde a Constituição de 1891, e o controle concentrado foi adotado fundamentalmente após 1965, com a introdução da ação direta de inconstitucionalidade genérica. A Constituição de 1988 prevê diversas espécies (ações) de controle concentrado de constitucionalidade. Existem as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn): genérica (art. 102, I, a, “1ª parte”), interventiva (art. 36, III) e por omissão (art. 103, § 2ª); a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a, “in fine”), e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1ª). Essas três últimas ações foram introduzidas pela Constituição de 1988, e as duas primeiras já existiam. A ADIn interventiva passou a existir a partir da Constituição de 1934, e a ADIn genérica, desde 1965 (EC n. 16, de

06/12/1965). Como importante avanço referente ao controle concentrado, podemos apontar a ampliação da titularidade para as ações do controle concentrado. As Constituições anteriores atribuíam apenas ao Procurador-Geral da República. Este continua sendo o único titular para a ADIn interventiva, mas para as demais ações ele divide a titularidade com outras autoridades e órgãos (art. 103).

8.2. Os Direitos Fundamentais

A Constituição brasileira de 1988 colocou no seu centro os direitos fundamentais. A própria localização topográfica do catálogo dos direitos fundamentais, no início do texto constitucional (Título II), demonstra a intenção do constituinte em lhe dar grande importância. Além disso, já no preâmbulo e depois no Título I, é possível constatar o acento forte dado aos direitos fundamentais. Podemos dizer que, além de os direitos fundamentais constituírem os princípios fundamentais da Constituição, eles se encontram presentes de uma forma direta ou indireta em todo o corpo da Constituição.

A Constituição contempla as três gerações ou dimensões de direitos apontadas pela doutrina moderna: direitos de primeira, segunda e terceira geração. Essa classificação realizada pela doutrina baseia-se na ordem cronológica em que esses direitos foram recepcionados em nível constitucional, e são cumulativos. Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais, civis e políticos, que surgiram no fim do século XVIII. Os direitos de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais, que surgiram na primeira metade do século XX. E os direitos de terceira geração são os direitos de solidariedade ou de fraternidade, que surgiram na segunda metade do século XX. As Constituições brasileiras de 1824 e 1891 apenas traziam direitos de primeira geração. As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 trouxeram direitos

de primeira e segunda geração. Portanto, inova a Constituição de 1988 com os direitos de terceira geração, embora não trate de forma sistemática desses direitos, que estão dispersos na Constituição.

O Título II da Constituição (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) está subdividido em cinco capítulos:

a) Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º): corresponde aos direitos de primeira geração; são os direitos individuais que se subdividem em direitos civis e políticos; nesse capítulo estão basicamente os direitos civis; tratam das denominadas liberdades negativas, pelo fato de se dirigirem contra o Estado e exigirem a abstenção deste;

b) Capítulo II – Dos Direitos Sociais (arts. 6º-11): corresponde aos direitos de segunda geração; são as denominadas liberdades positivas dos indivíduos, pelo fato de exigirem a intervenção do Estado, que deve assegurar certas prestações aos indivíduos;

c) Capítulo III – Da nacionalidade (arts. 12-13): está dentro dos direitos de primeira geração, são direitos políticos;

d) Capítulo IV – Dos Direitos Políticos (arts. 14-16): está dentro dos direitos de primeira geração;

e) Capítulo V – Dos Partidos Políticos (art. 17): está dentro dos direitos de primeira geração, são os direitos políticos.

Além dessa estrutura inicial referente aos direitos fundamentais, a Constituição traz mais dois títulos relacionados aos direitos de segunda geração. O Título VII, que trata da “Ordem Econômica e Financeira” e o Título VIII, que trata da “Ordem Social”.

Os direitos individuais tiveram uma ampliação considerável no seu catálogo, pois o art. 5º possui atualmente 78 incisos e 4 parágrafos, contabilizando 82 dispositivos². Comparando com a Constituição de 1969, esta possuía simplesmente 36 parágrafos. É bem verdade que nem sempre

essa ampliação significou a introdução de novos direitos, pois se tratou muitas vezes em dar um tratamento mais adequado a determinados direitos que já estavam previstos nas Constituições anteriores. Mas, mesmo que tenha sido para esse fim, isso demonstra também a atenção dada pelo constituinte aos direitos fundamentais. Os direitos individuais foram ainda consideravelmente reforçados, recebendo o *status* de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). É a primeira vez que uma Constituição brasileira coloca algum direito fundamental como cláusula pétreia, pois, na Constituição de 1969 (art. 47, § 1º), eram consideradas cláusulas pétreas apenas a República e a Federação, o que também ocorreu com as Constituições brasileiras anteriores.

Também é significativo no que se refere ao avanço dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 o que, para Ingo Sarlet (Cf. SARLET, 2007, p. 79), é, talvez, a inovação mais significativa o dispositivo previsto no art. 5º, § 1º, que afirma: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Embora esse dispositivo se refira de forma genérica aos direitos e garantias fundamentais, o entendimento de grande parte da doutrina e da jurisprudência é que nem todos os direitos de segunda e terceira geração teriam aplicação imediata. Portanto, esse dispositivo estar-se-ia referindo especificamente aos direitos individuais. A eficácia imediata vincula primeiramente os órgãos estatais, no que a doutrina denomina de eficácia vertical dos direitos fundamentais, e também os particulares, constituindo a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Os Direitos Sociais passaram a ser tratados no Título II, referente aos direitos fundamentais, e não mais na Ordem Econômica sob o Título “Ordem Econômica e Social” das Constituições anteriores, desde a Constituição de 1934. Agora a Constituição de 1988 trata dos direitos sociais no Capítulo II do Título II e também no Título

² Isto incluindo a Emenda Constitucional n. 45, de 08-12-2004.

VIII destinado à Ordem Social. O art. 6º anuncia quais são os direitos sociais, e trata apenas nesta parte (art. 7º - 11) dos direitos relacionados ao trabalho. De um modo não muito sistemático, a Constituição detalha os demais direitos de segunda geração no Título VIII (Da Ordem Social). Portanto, a Constituição de 1988 separou a Ordem Econômica da Ordem Social, e trouxe para dentro da ordem social os direitos sociais e culturais que eram tratados em separado, no título consagrado à família, educação e cultura, isso também desde a Constituição de 1934. Os direitos de segunda geração, ou seja, os direitos sociais, econômicos e culturais, tiveram um tratamento privilegiado na Constituição, com uma amplitude do seu catálogo sem precedentes nas Constituições anteriores. Por exemplo, o art. 7º, da atual Constituição, que trata dos direitos trabalhistas, tem 34 incisos e um parágrafo único, contra 20 incisos e um parágrafo único, do art. 165, da Constituição de 1969.

Os direitos de terceira geração são os direitos de solidariedade ou de fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos. A Constituição de 1988 não sistematizou esses direitos. Assim podemos encontrá-los ao longo da Constituição. O direito ao meio ambiente, no art. 225; o direito a informação prestada pelos órgãos públicos, no art. 5º, XXXIII; o direito a autodeterminação dos povos e a paz, no art. 4º, que trata das relações internacionais; os direitos dos consumidores, no art. 5º, XXXII. Além disso, ao tratar das atribuições do Ministério Público, no art. 129, fala do Inquérito civil e da ação civil pública, que são instrumentos destinados à proteção dos interesses difusos e coletivos (inciso IV).

A Constituição de 1988 repetiu a previsão de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, que constava nas Constituições anteriores, desde a primeira Constituição republicana, a Constituição de

1891. Tal previsão está no art. 5º, § 2º, que afirma: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Da forma como está redigido, o dispositivo inclui todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos de terceira geração que não constavam nas Constituições anteriores.

No que se refere às ações constitucionais ou remédios constitucionais de proteção dos direitos fundamentais, a Constituição consagrou a progressão que ocorreu ao longo da história constitucional brasileira. O artigo quinto trata do *habeas corpus*, do mandado de segurança, da ação popular, do direito de certidão, do direito de petição, e inova ao criar o *habeas data*, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo. A Constituição prevê a ação civil pública ao tratar das atribuições do Ministério Público. Em nível constitucional, é a primeira vez que é feita referência a essa ação, embora a lei (Lei n. 7.347/85), que trata da ação civil pública, seja de 1985. Além disso, existem outros titulares referidos pela lei, além do MP mencionado na Constituição.

Portanto, a Constituição de 1988 traz avanços consideráveis em relação aos direitos fundamentais. O que nos leva a repetir com Bobbio que agora a preocupação maior é dar efetividade a esses direitos, pois foram sem precedentes os progressos alcançados no que se refere ao reconhecimento desses direitos.

9. Considerações finais

Existe uma relação direta entre o regime político e os direitos fundamentais. Durante períodos de regimes ditatoriais no Brasil, os direitos encontravam-se declarados nas Constituições, mas outros dispositivos da própria Constituição e a prática acabavam por negar esses direitos. Por outro lado, durante períodos de relativa democracia existiam previsões de direitos, e as demais

normas constitucionais estatuíam um Estado limitado, o que oferecia condições para uma prática que respeitasse os direitos fundamentais. Desse modo, apesar das declarações de direitos nas diversas Constituições brasileiras, seja em regimes democráticos, seja ditatoriais, houve constantes violações aos direitos fundamentais, e ainda continua havendo nos dias de hoje, apesar de termos uma das mais lindas declarações de direitos na Constituição atual, de 1988. Sem sombra de dúvida, existe um grande fosso entre o dever-ser e o ser ou entre o ideal e o real.

A análise da evolução dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras permite constatar a progressão dos direitos no Brasil, em todos os níveis. Nesse contexto, a Constituição de 1988 é aquela que, sem precedentes, coloca os direitos fundamentais no seu centro e representa a consolidação de todos os direitos conquistados. A posição privilegiada dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 decorre tanto em função da extensa posituação dos direitos como também pela proteção, aplicação e eficácia desses direitos. É importante compreender essas conquistas e buscar meios que possam dar plena efetividade aos direitos e garantias, pois a simples declaração de direitos não nos torna pessoas detentoras de dignidade e não transforma a nossa sociedade em justa, livre e solidária.

Referências

- BALEEIRO, Aliomar. A constituinte e a constituição federal de 1946. In: _____; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal, 2001a.
- _____. *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal, 2001b.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Política e constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.
- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Diário Oficial da União*, Brasília, 9 ago. 1943. Seção 1, p. 11937.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.
- BURSZTYN, Marcel. *Autoritarisme, politiques de développement régional et légitimation dans le Nord-est brésilien: essai sur le rapport pouvoir local – pouvoir central*. *Sciences Economiques*, Paris, 1982.
- CALMON, Pedro. *Curso de direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1937.
- CÂNDIDO, Joel José. *Direito eleitoral brasileiro*. 5. ed. Bauru: Edipro, 1995.
- CARONE, Edgard. *O estado novo (1937-1945)*. Rio de Janeiro: Difel, 1976.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Introdução à análise da constituição de 1967: o esquema político da Constituição. In: _____; BRITO, Luiz Navarro; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1967*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001.
- FAORO, Raymonde. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1977.
- FURTADO, Celso. Obstáculos políticos al crecimiento económico del Brasil. In: OBSTACULOS para la transformación de América latina. Mexico: Fondo de cultura económica, 1969.
- GROFF, Paulo Vargas. *Constitucionalismo brasileiro: uma breve análise crítica da sua evolução*. *Destaque Jurídico: Revista de Estudos Jurídicos*, Porto Alegre, n. 1, 2002.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994. 1 v.
- LIMA SOBRINHO, Barbosa. O direito eleitoral e a constituição de 1946. In: BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- MARTINS, Luciano. *Pouvoir et développement économique: formation et évolution des structures politiques au Brésil*. Paris: Anthropos, 1976.

- MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. Campinas: Bookseller, 1999. 1 t.
- NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- NUNES, Castro. *Teoria e prática do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.
- POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- PORTO, Walter Costa. *Constituições brasileiras: 1937*. Brasília: Senado Federal, 2001.
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TÁCITO, Caio. *Constituições brasileiras: 1988*. Brasília: Senado Federal, 2002.
- TORRES, João Camillo de Oliveira. *Estratificação social no Brasil*. São Paulo: Difusão européia do livro, 1965.
- VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999.
- VIEIRA, José Ribas. *O autoritarismo e a ordem constitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.