

VANISE LIMA E SILVA CAVALHEIRO

**AS AMEAÇAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM
SITUAÇÕES DE CRISE**

Vitória

2006

VANISE LIMA E SILVA CAVALHEIRO

**AS AMEAÇAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM
SITUAÇÕES DE CRISE**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação das Faculdades de Vitória - FDV, como
requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em
Direito.**

Orientador: Prof.º Dr.º Daury César Fabríz.

Vitória

2006

VANISE LIMA E SILVA CAVALHEIRO

**AS AMEAÇAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM
SITUAÇÕES DE CRISE**

BANCA EXAMINADORA:

Prof.º Dr.º Daury César Fabríz
Orientador

Prof.ª Dr.º Bruno Wanderley Júnior

Prof.º Dr.º Carlos Henrique Bezzerra Leite

Vitória

2006

Este trabalho é dedicado a todos àqueles que na lição de Jean Jacques Rosseau, entendem que renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao Pai Eterno, Soberano em graça e misericórdia por ser o autor e consumidor de minha fé.

Aos meus queridos pais, Luiz e Valdecy, por serem presentes, extremamente amáveis e incentivadores firmes na busca pelo saber desde minha tenra infância.

À irmã Sueli, que com seu olhar crítico percebeu antes de mim que me apaixonaria pela área jurídica. Obrigada também pelas dicas do percurso.

Às sobrinhas, Panmella e Melina guerreiras que já nos fazem admirá-las por estarem plenamente encaminhadas no saber jurídico e médico, respectivamente.

A meu marido, Nilton César, companheiro de todas as horas, verdadeiro presente de Deus na minha vida.

A nosso (a) filho (a) que está a caminho, aguardado com toda expectativa, outro presente de Deus impossível aos olhos dos homens.

Aos meus amigos pelo incentivo diário, aos colegas de turma de mestrado da FDV por tornarem cada encontro menos árduo em virtude do bom humor, em especial à Marianne Rios Martins por sua contribuição acadêmica e amizade, aos Professores pela dedicação e simpatia.

Ao meu orientador, Professor Daury César Fabríz, por ser verdadeiro suporte teórico e exemplo de como aliar saber à prática das transformações sociais.

RESUMO

A proposta deste trabalho é analisar as ameaças aos direitos fundamentais e à própria democracia em situações de crise. Cumpre ressaltar que a crise pode apresentar-se de diversas formas: às vezes crise política, em outros momentos, econômica, às vezes crise de segurança, podendo ser, inclusive, crise constitucional. Desde o fim da ditadura militar, a cada nova crise, ressurgem algumas discussões, como por exemplo: nossas instituições são sólidas? A democracia corre algum risco? É possível a retomada de um novo golpe militar, os direitos fundamentais conquistados sofrem algum risco? Pretende-se analisar o tratamento dado pela Constituição aos direitos fundamentais durante os denominados períodos de exceção. Além disso, verificar como o Estado, enquanto guardião dos direitos fundamentais tem atuado nos momentos de instabilidade que não são tidos como períodos de exceção, até porque não se enquadram nos pressupostos constitucionais, mas que trazem insegurança e instabilidade, como é o caso do crime organizado, do governo paralelo e da crise política. Trata-se de um tema fascinante e abrangente, de importância capital na vida do indivíduo, isoladamente considerado ou da sociedade.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the laxity of the fundamental rights and democracy itself in situations of crisis. It is worthy mentioning that the crisis can be presented in various forms: sometimes political crisis, in some moments economic crisis, sometimes security crisis and even constitutional crisis. Since the end of the military dictatorship, when a new crisis appears some questions come up, for instance: Are our institutions solid? Is democracy at risk? Is it possible the retaking of the military dictatorship? Are the fundamental rights conquered at risk? This paper intends to analyze the treatment given by the Constitution to the fundamental rights during the periods of exception. Furthermore, it intends to verify how the State, while guardian of the fundamental rights, has acted in the moments of instability that are not understood as periods of exception because they are not arranged in the constitutional presuppositions but they bring insecurity and instability, like the case of the organized crime, parallel government and political crisis. It is a broad and fascinating theme of extreme importance in the individual's life, whether isolated or inserted in the society.

SUMÁRIO

RESUMO.....	05
ABSTRACT.....	06
INTRODUÇÃO	10
1 A IDÉIA DE DEMOCRACIA E A LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL.....	15
1.1 PRINCÍPIOS FORMADORES DO ESTADO DE DIREITO.....	19
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	26
2.1 HISTÓRICO.....	26
2.2 CONCEITO.....	28
2.3 CLASSIFICAÇÃO.....	30
2.4 DIREITOS E GARANTIAS.....	31
2.5 DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	34
3.1 A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL.....	34
3.2 A PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA.....	35
3.3 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1934.....	37
3.4 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1937.....	39
3.5 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1946.....	41
3.6 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1967.....	42
3.7 A EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1969.....	45
3.8 A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	48
4 A FRAGILIDADE DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SITUAÇÕES DE CRISE	52
5 DEMOCRACIA E DESIGUALDADE.....	57

6	DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS (TRATADO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA).....	61
7	PRINÍPIOS FORMADORES DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES.....	66
8	A CONSTRUÇÃO DOS SISTEMAS DE EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL.....	68
9	A LEGALIDADE EXTRAORDINÁRIA E O ESTADO DE DEFESA.....	80
9.1	PREVISÃO CONSTITUCIONAL E OBJETIVO DA MEDIDA.....	80
9.2	CONCEITO.....	81
9.3	PRESSUPOSTOS MATERIAIS PARA A DECRETAÇÃO DO ESTADO DE DEFESA	81
9.4	PRESSUPOSTOS FORMAIS.....	82
9.5	DIREITOS E GARANTIAS RESTRINGIDOS PELO INSTITUTO.....	83
9.5.1	O direito de reunião, ainda que exercido no seio das associações.....	83
9.5.2	Sigilo de correspondência.....	85
9.5.3	Sigilo de comunicação telegráfica e telefônica.....	86
9.5.4	Ocupação temporária de bens e serviços públicos.....	88
9.5.5	Prisão por crime contra o Estado.....	88
10	A LEGALIDADE EXTRAORDINÁRIA E O ESTADO DE SÍTIO.....	90
10.1	PREVISÃO CONSTITUCIONAL.....	90
10.2	CONCEITO.....	90
10.3	PRESSUPOSTO MATERIAIS PARA A DECRETAÇÃO DO ESTADO DE SÍTIO.....	92
10.4	PRESSUPOSTOS FORMAIS.....	92
10.5	DIREITOS E GARANTIAS RESTRINGIDOS PELO INSTITUTO.....	94
10.5.1	Obrigação de permanência em localidade determinada.....	95
10.5.2	Detenção.....	95
10.5.3	Sigilo de correspondência e comunicações.....	96
10.5.4	Liberdade de imprensa.....	97
10.5.5	Direito de reunião.....	98
10.5.6	Busca e apreensão em domicílio.....	100

10.5.7 Intervenção em empresas de serviço público.....	101
10.5.8 Requisição de bens.....	101
11 A SEGURANÇA NACIONAL E A QUEBRA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	102
12 AMEAÇAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SITUAÇÕES DE CRISE POLÍTICA.....	107
CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS.....	114

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sempre se constituíram em preocupação, seja por parte das sociedades, seja por parte dos governos.

E desde o início, ao constituir as primeiras sociedades, o Homem percebeu que a vida comum implicava em algumas concessões. Diante dessas relações surgiu a necessidade de se criar regras que possibilitariam a vida em grupo. Na lição de Norberto Bobbio:¹

Encontrando-se [o homem] num mundo hostil, tanto em face da natureza quanto em relação a seus semelhantes, segundo a hipótese hobbesiana do *homo homini lupus*, o homem buscou reagir a essa dupla hostilidade inventando técnicas de sobrevivência com relação à primeira, e de defesa com relação à segunda. Estas últimas são representadas pelos sistemas de regras que reduzem os impulsos agressivos mediante penas, ou estimulam os impulsos de colaboração e de solidariedade através de prêmios.

Neste momento, estava o Homem cedendo seus direitos para poder viver em sociedade, desde então, aprendendo a lição que perdura em nossos dias, que não poderia haver direito absoluto, isto porque, em vários momentos eles entrariam em rota de colisão com os direitos dos demais, e ainda, a liberdade absoluta de um implicaria na não liberdade de outro. Em contrapartida, porém, a sociedade lhe garantiria sua segurança pessoal e de seus bens, restando ainda um pouco dos direitos cedidos.

A proposta deste trabalho é analisar as ameaças aos direitos fundamentais e à própria democracia em situações de crise. Cumpre ressaltar, que as crises podem apresentar-se sob diversas formas: por vezes crise política, em outros momentos, crise econômica, eventualmente, crise de segurança, podendo assumir até mesmo, a forma de crise constitucional.

Brasil e Argentina, por exemplo, comemoraram nesta década, vinte anos de redemocratização, a Argentina em 2003 e o Brasil em 2005. Qual a percepção da população frente a esta conquista? Estariam a democracia e seus institutos consolidados?

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 55.

No Brasil, desde o fim do Regime Militar, a cada nova crise, de fundo político, econômico ou constitucional, ressurgem discussões, tais como: Nossas instituições são sólidas? A democracia corre algum risco? É possível a retomada de um novo golpe militar? Os direitos fundamentais conquistados sofrem algum risco?

Na Argentina, após sete anos de ditadura, em 2003, completados vinte anos de redemocratização, verificou-se a partir dos dados de uma pesquisa realizada pelo Centro de Estudos de Opinião Pública, que analisou a percepção da população sobre o país de 1993 a 2003, que mesmo certos de que a conquista do voto universal é inquestionável, bem como a liberdade de expressão, de imprensa e as liberdades individuais que se constituem selos deste período democrático "mais da metade dos entrevistados estaria disposto a sacrificar liberdades e direitos em troca de segurança econômica e menos pobreza".

Numa perspectiva econômica, efetivamente, existem muitas razões para reflexão. De acordo com a pesquisa:²

O resultado mostra um quadro de pessimismo acerca dos avanços da Argentina. A pesquisa ouviu 600 pessoas e tem margem de erro de 4,5 pontos percentuais para cima ou para baixo. Não foi divulgado o período da consulta. Em 1993, por exemplo, 66,6% dos argentinos acreditavam que o país estivesse melhor do que em 1983, quando terminou a ditadura e houve uma redemocratização. Apenas 18,7% achavam que a situação estivesse igual, e 12,2% consideravam que estava igual.

Neste ano, 48,8% da população pensa que a Argentina está em pior situação que em 1983. Consideram melhor ou igual 24,3% e 23%, respectivamente.

No entanto, seria justificável a partir deste pessimismo ter saudades da ditadura?

Não se pretende fazer um estudo de Direito Comparado, o foco central dessa pesquisa é o Direito brasileiro, no entanto, a situação argentina ilustra muito bem o que se pretende analisar: são dois países da América Latina que comemoraram, nesta década, vinte anos de redemocratização. Muito embora com experiências e histórias diferentes, convergem em um ponto: as crises.

² VILLA-NOVA, Carolina. Para argentinos, democracia tem problemas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 08 dez 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/mundo/ult94u66411.shtml>> Acesso em: 10 jul 2005.

Talvez, a crise seja uma boa oportunidade para se avaliar se os institutos do Estado Democrático de Direito estão firmes o suficiente para não comprometerem as conquistas relativas aos direitos fundamentais. Também se pretende analisar o tratamento conferido pela Constituição aos direitos fundamentais durante os denominados períodos de exceção. Além disso, verificar como o Estado, na qualidade de guardião dos direitos fundamentais tem atuado nos momentos de instabilidade que não são tidos como períodos de exceção, até porque não se enquadram nos pressupostos constitucionais, mas que trazem insegurança e instabilidade, como é o caso do “crime organizado”, do “governo paralelo”.

Trata-se de um tema fascinante e abrangente, de importância capital para a sociedade, bem como, para todos os cidadãos. Cada cidadão deve ter em mente que o poder estatal advém da parcela concedida por ele ao Estado e o que se espera em troca é que o Estado cumpra o pacto acordado, ou seja, assegurar aos membros da sociedade a parcela de direito que restou e pertence a cada um e a segurança expressa pelas garantias.

Considerando o objeto de estudo deste trabalho procede-se a explanação, a título de esclarecimento, sobre o modo pelo qual este se dará.

Tendo em vista que o objeto de estudo desta pesquisa consiste em: Poderiam os pilares da Democracia e do Estado Democrático de Direito, e, por conseguinte, os direitos fundamentais serem ameaçados em situações de crise? Cumpre identificar a metodologia que servirá de base para o estudo em questão: quanto à abordagem optou-se pelo método indutivo, que na lição de Marina de Andrade Marconi³ consiste na “aproximação dos fenômenos caminhando geralmente para planos mais abrangentes, indo das constatações mais particulares às leis e teorias”. Como método de procedimento, optou-se pelo método histórico, que segundo a referida autora⁴ “consiste em investigar acontecimentos, processos, instituições do passado para verificar sua influência na sociedade atual”. Finalmente, quanto à coleta de dados utilizou-se da técnica de documentação indireta por tratar-se de uma pesquisa bibliográfica.

³ MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica para o curso de Direito**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 47.

⁴ Ibid, p. 48.

Cumpra observar, que ainda que a proposta desta dissertação seja a de analisar as ameaças aos direitos fundamentais durante as situações de Exceção Constitucional. E, ainda que a idéia inicial deste tema tenha surgido com a leitura do texto do reconhecido Ronald Dworkin, cujo título, “Depois de 11 de Setembro” refere-se às barbáries cometidas nos EUA sob a alegação de combate ao terrorismo, não se pretende estabelecer um estudo comparado com a realidade americana. E, embora seja utilizada, também a título exemplar a pesquisa realizada pelo Centro de Estudos de Opinião Pública, que analisou a percepção da população argentina sobre o país no período de 1993 a 2003, optou-se pela avaliação e análise do tema à luz do Direito Constitucional brasileiro.

Este recorte metodológico justifica-se por tratar-se de um tema altamente relevante no contexto histórico-político nacional. Com o golpe militar de 1964, o Brasil foi governado por medidas de exceção, se eram legítimas ou não é o que se pretende analisar. Não obstante, a riqueza histórica que circunda o tema, poucos são os autores que lhe emprestam relevância. Nos compêndios de Direito Constitucional, geralmente, não se dedicam muitas páginas ao assunto. Poucos são os autores que enfrentam o tema, na maior parte das vezes o estudo localiza-se na esfera dos manuais de Direito Constitucional, o que justifica o uso constante destes neste trabalho.

Ao desenvolver o tema verificou-se a necessidade de imprimir a idéia de democracia e os princípios norteadores que se constituem em limites à atuação do poder estatal. Além disso, pontuou-se, historicamente, a concepção de direitos fundamentais, bem como seu conceito, classificação e destinatários. A seguir fez-se um resgate histórico dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras com a finalidade de apontar comparativamente a evolução dos mesmos. No capítulo, a fragilidade dos direitos fundamentais em situações de crise econômica, pretendeu-se analisar os dados da pesquisa “para argentinos a democracia tem problemas” como dado ilustrativo da pesquisa. Em democracia e desigualdade, demonstrou-se que, ao ignorar os direitos sociais e os princípios igualitários fragilizou-se a democracia. No capítulo democracia, direitos fundamentais e direitos humanos, apresentaram-se duas importantes situações: primeiramente, a dificuldade de se efetivar estes direitos na esfera internacional e analisar a previsão de suspensão de direitos e garantias

previstos no Tratado de *San José da Costa Rica*. Ao analisar, a construção do sistema de exceção constitucional, percebeu-se a importância de antes, se verificar os princípios formadores do sistema constitucional de crises, a seguir, em capítulo próprio, analisou-se a legalidade extraordinária do estado de defesa e do estado de sítio, bem como os direitos que sofrem restrições. Para finalizar o trabalho, dois casos concretos foram analisados: o primeiro ocorrido no Espírito Santo em abril de 2006, (interceptação telefônica na Rede Gazeta) que relacionou duas vertentes, a questão da segurança nacional e as ameaças aos direitos individuais; o segundo, referiu-se à violação do sigilo bancário do cidadão brasileiro, Francenildo dos Santos Costa, que testemunhou na Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI dos Bingos – em março de 2006, contra o, então, Ministro da Fazenda, Antônio Palocci Filho, caso este que se constituiu em ameaça a um direito fundamental em panorama de crise política nacional.

1 A IDÉIA DE DEMOCRACIA E A LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL

É de verificar-se que a precípua finalidade dos direitos fundamentais é a própria limitação do poder estatal. As liberdades individuais surgiram como conquista da classe burguesa que desejava que o Estado interferisse o mínimo possível nas relações. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho:⁵

A afirmação da liberdade do homem tem, pois, como reverso necessário, a afirmação da opressividade das instituições. E particularmente do Estado, e do Poder, nele estabelecido. O Estado é, pois, inimigo da liberdade. Inimigo porque está nas mãos dos adversários da liberdade, mas inimigo, também, porque, pela natureza das coisas, cumpre não esquecer, “o poder vai até que encontre limites”.

Sendo assim, os direitos fundamentais só encontrariam terreno fértil no Estado que se dobrasse ao império da lei, o Estado legal, ou como passou a ser denominado no século XVIII, o Estado de Direito. E o que seria o Estado de Direito senão um Estado reconhecidamente limitado por um direito inerente ao próprio homem e superior a ele? Constituem limitações deste Estado as próprias liberdades fundamentais.

Não se pode, assim, conceber democracia sem a vinculação de uma imposição de limites ao poder do governante, bem como de seus agentes. Os regimes autoritários não se submetem facilmente à imposição de limites, senão àqueles, que eles mesmos criaram, não propiciando, assim, o fortalecimento de direitos fundamentais. Neste sentido, afirmam Cinthia Robert e José Magalhães:⁶

O regime autoritário que se firmou nas décadas de 60 e 70, em países latino-americanos como o Brasil, Argentina, Uruguai, Bolívia, Chile entre outros, é, sem dúvida o pior campo para a existência dos Direitos Humanos, pois não existe respeito a nenhum dos grupos de direitos, sejam individuais, sociais, políticos ou econômicos.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 3.

⁶ ROBERT, Cinthia ; José Luiz Quadros de Magalhães. **Teoria do Estado, Democracia e Poder local**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.160.

A história testifica que a conquista dos direitos fundamentais não foi branda nem fácil. Sair da condição de súdito para detentor de direitos não foi tarefa das mais simples. Até porque, primeiramente, com a Magna Carta (Carta Magna das Liberdades ou Concórdia entre o rei João Sem-Terra e os Barões) em 1215, por razões e disputas políticas apenas os direitos dos barões eram reconhecidos. Na lição de Fábio Konder Comparato:⁷

Em que pese à sua forma de promessa unilateral, feita pelo rei, a Magna Carta constitui, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões, isto é, privilégios especiais. Ela foi, por conseguinte, antes um foral do que um contrato de senhorio (*Herrschaftsvertrag* do direito medieval germânico; semelhante à constituição das capitânicas hereditárias no Brasil colônia). Os contratos de senhorio, com efeito, eram convenções pelas quais se atribuíam poderes regalianos, individualmente, a certos vassallos. No caso, não se tratou de delegações de poderes reais, mas sim do reconhecimento de que a soberania do monarca passava a ser substancialmente limitada por franquias ou privilégios estamentais, que beneficiavam, portanto, de modo coletivo, todos os integrantes das ordens privilegiadas.

Outro contexto histórico bastante significativo que ampliou a eficácia do *habeas corpus* para os ingleses foi a edição da Lei de 1679 na Inglaterra. Os ingleses que são por excelência, pragmáticos, entendiam que não bastava declarar direitos, era preciso encontrar instrumentos que os efetivassem. Segundo Fábio Konder Comparato:⁸

O *habeas corpus* já existia na Inglaterra, desde há vários séculos (mesmo antes da Magna Carta), como mandado judicial (*writ*) em caso de prisão arbitrária. Mas sua eficácia como remédio jurídico era muito reduzida, em razão da inexistência de adequadas regras processuais.

E ainda, no contexto histórico inglês, não se pode deixar de mencionar o *Bill of Rights* de 1689, promulgado um século antes da Revolução Francesa, que veio fortalecer o poder do Parlamento e restringir o poder, até então, absoluto do monarca. Surgiu em meio a grande intolerância religiosa envolvendo católicos e anglicanos. Segundo Dalmo de Abreu Dallari:⁹

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.75.

⁸ Ibid, p. 83.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.148.

Quanto à Revolução Inglesa, dois pontos básicos podem ser apontados: a intenção de estabelecer limites ao poder absoluto do monarca e a influência do protestantismo, ambos contribuindo para a afirmação dos direitos naturais dos indivíduos, nascidos livres e iguais, justificando-se, portanto, o governo da maioria, que deveria exercer o poder legislativo assegurando a liberdade dos cidadãos.

Através desta Declaração de Direitos, se institucionalizou na Inglaterra a separação de poderes. A competência para legislar e instituir tributos tornou-se prerrogativa do Parlamento e não mais do monarca.

Na América do Norte, a independência das treze colônias britânicas em 1776, constituiu-se em marco histórico para os direitos fundamentais e para a democracia, como analisa Fábio Konder Comparato¹⁰, a independência das treze colônias “representou o ato inaugural da democracia moderna, combinando, sob o regime constitucional, a representação popular com a limitação de poderes governamentais e os respeito aos direitos humanos”.

Diferentemente, a Declaração de Direitos da Revolução Francesa, pretendia assumir um caráter universal. Os direitos declarados não deveriam limitar-se ao povo francês, esses direitos pertenciam a todos os povos.

De acordo com o referido autor¹¹ até a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 muitos outros documentos internacionais foram editados, alguns no contexto nacional como a própria Constituição francesa de 1848, já em matéria internacional a Convenção de Genebra de 1864 que inaugurou o termo direitos humanos outros, o Ato Geral da Conferência de Bruxelas de 1890 (sobre a repressão ao tráfico de escravos africanos), ainda no contexto nacional, a Constituição mexicana de 1917, a Constituição alemã de 1919, voltando à esfera internacional, a Convenção Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra em Genebra, em 1929.

Ainda que a Revolução francesa tivesse a pretensão de tornar os direitos universais, só bem mais tarde com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948,

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.93.

¹¹ *Ibidi*, p.161.

que tais direitos alcançaram parcela maior da sociedade. Na lição de Norberto Bobbio:¹²

É com o nascimento do Estado de Direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de Direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direitos é o Estado de cidadãos.

Percebe-se que o Estado Democrático teve suas raízes proclamadas nas três grandes Revoluções: Inglesa, Americana e Francesa. E por que diante de tantas lutas para se conquistar direitos e liberdades fundamentais que garantiriam a dignidade da pessoa humana, encontramos em dados de uma pesquisa, um povo que já experimentou a amargura de uma ditadura militar disposto a abrir mão destas conquistas em nome de uma segurança econômica? A democracia burguesa representativa teria falhado?

Certamente, o problema não está no regime democrático, mas, em como se estabeleceu a democracia, em suas mais diversas vertentes, em especial, a denominada, democracia liberal que segundo Cinthia e José Magalhães¹³ “mostrou-se ineficaz, posto que, ao respeitar as liberdades individuais ignorando os direitos sociais, inviabilizou o exercício destas liberdades para grande parte da população.”

Liberdade, Igualdade e Fraternidade, três palavras que englobam em seu entendimento toda uma filosofia e uma luta de séculos. Representam a evolução do homem como ser, desde seu estágio mais primitivo, até o momento que alça vôo como indivíduo, quando procurou quebrar as amarras que o subjugavam, não mais às naturais, pois já dominava e controlava cada uma, mas outras criadas pelo próprio homem que escudado na força negava-lhe o que mais lhe parecia fundamental: o ser cidadão.

¹² BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. Para uma Teoria Geral Política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p.61.

¹³ ROBERT, Cinthia ; José Luiz Quadros de Magalhães. **Teoria do Estado, Democracia e Poder Local**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.160.

1.1 PRINCÍPIOS FORMADORES DO ESTADO DE DIREITO

Compreender a importância dos princípios para o ordenamento jurídico é lhes conferir cada vez mais alto grau de importância, isto porque, na lição de Paulo Bonavides:¹⁴

As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.

Cumpra, portanto, analisar quais os pressupostos fundamentais que irão compor o denominado Estado de Direito. Na lição de Norberto Bobbio¹⁵ o Estado de Direito se relaciona com uma pergunta apresentada desde a antiguidade que trata da relação entre direito e poder:

É melhor o governo das leis ou o governo dos homens? Platão, distinguindo o bom governo do mau governo, diz: “onde a lei é súdita dos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade [do Estado]; e onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os desuses costumam dar às cidades.

Este é um dos princípios constitutivos do Estado de Direito, o governo das leis, leis preestabelecidas e genéricas. E, desde as primeiras tentativas de se limitar o poder do governante as Declarações de Direitos se constituíram em importante instrumento limitativo deste poder. É interessante observar no direito brasileiro a inserção dos pressupostos formadores do Estado de Direito entre os direitos e garantias fundamentais.

O princípio da legalidade, por exemplo, está contemplado na atual Constituição Federal¹⁶ no artigo 5º, inciso II, - *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*; No dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁷

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 288.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. Para uma Teoria Geral Política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p.

¹⁶ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 105.

A fórmula vem do Espírito das Leis por intermédio do artigo quinto da Declaração de 1789. Neste, porém, preferiu-se enunciar o princípio, de modo inverso: “Tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, ninguém pode ser constringido a fazer o que ela não ordena”.

O princípio da legalidade se constitui em princípio basilar do Estado que se curva ao direito. E o conceito de lei, até Montesquieu, possuía suas dimensões ligadas à idéia de lei divina, em sua obra “O Espírito das Leis” é que tal distinção se dá em definitivo, como prescreve Francisco C. Weffort:¹⁸

Com o conceito de lei, Montesquieu traz a política para fora do campo da teologia e da crônica, e a insere num campo propriamente teórico. Estabelece uma regra de imanência que incorpora a teoria política no campo das ciências: as instituições políticas são regidas por leis que derivam das relações políticas. As leis que regem as relações políticas, para Montesquieu, são relações entre as diversas em que se divide a população, as formas de organização econômica, as formas de distribuição de poder etc.

Em razão disto, tem-se o rompimento da submissão da Política à Teologia. No direito brasileiro lei está atrelada¹⁹ a “um ato formal, decorrente de um processo especial – o processo legislativo como o chama a Constituição”. Tem-se uma definição a partir do aspecto formal e não material. André Ramos Tavares²⁰ afirma que lei “é a expressão da vontade geral, manifestada por mecanismos preestabelecidos. Afastam-se apenas os atos propriamente administrativos, como, decretos, portarias e instruções, dentre outros, que apenas podem dar cumprimento a mandamentos contidos em lei”.

Cumprir observar, que o princípio da legalidade abarca outro princípio, a reserva de lei, não obstante, estar contido no princípio da legalidade não se confunde com este. Como observa o referido autor:²¹

A expressão reserva de lei assume sentido próprio, que não se confunde com o princípio da legalidade, embora para ele aponte com seu horizonte mais próximo. Pela reserva legal estabelece-se a obrigatoriedade de tratamento de determinadas e específicas matérias por meio de lei. Enquanto o princípio da legalidade revela-se pela previsão geral, no sentido

¹⁸ WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2003, p. 115.

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 107.

²⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 430.

²¹ *Ibid*, p. 431.

de que não se criam deveres ou direitos sem lei, no caso da reserva legal há a previsão expressa e pontual, para uma específica matéria, da necessidade de regulamentação por meio de lei.

Outro princípio norteador do Estado de Direito é o princípio da igualdade perante a lei. Este princípio atendeu aos ideários pregados pela Revolução Francesa: Liberdade – Igualdade – Fraternidade. O que se pretendeu no contexto francês foi pôr fim às três espécies de estado que se distinguia em: povo, clero e nobreza. O artigo 6º da Declaração de 1789 afirma solenemente, segundo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho²² “Todos os cidadãos são iguais a seus olhos (da lei) e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e talentos”.

A precípua finalidade do princípio da igualdade ou isonomia consiste na abolição dos privilégios de poucos, no entanto, há que se ressaltar que nem sempre o tratamento uniforme promove este princípio que consiste em²³ “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam”. Existem critérios e mais critérios de diferenciação que são previstos, exatamente, para compensar as diferenças e ao final promover a igualdade, certamente, isto não poderá ocorrer de forma arbitrária, ao contrário deverá ser colocado como critério racional o que afasta qualquer intenção discriminatória.

Tem-se ainda, o princípio da Justicialidade ou Juridicidade. O artigo 5º, da Constituição Federal, inciso, XXXV, prescreve que: *A lei não excluirá da apreciação do Poder do Judiciário, lesão ou ameaça a direito. Inspirado*²⁴ “no *rule of law* do direito anglo-norte-americano, do qual é peça essencial a sujeição de todos, inclusive autoridades, aos mesmos juízes”. Decorre deste princípio o acesso ao judiciário. Na lição de André Ramos Tavares²⁵

Esse princípio é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito, pois de nada adiantariam leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, fossem elas desrespeitadas, sem que qualquer órgão estivesse legitimado a exercer o controle de sua observância. O próprio princípio da legalidade, portanto como já observado, requer que haja a apreciação da lesão ou ameaça a direito pelo órgão competente.

²² Ibid, p. 110.

²³ Ibid, p. 111.

²⁴ Ibid, p. 113.

²⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 478.

Cumpra observar que o artigo 1º da Constituição Federal²⁶ enuncia expressamente os princípios fundamentais sob os quais o Estado brasileiro se fundamentará:

Art.1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito federal, constitui-se em estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Ressalta-se a inserção do princípio da dignidade da pessoa humana antes mesmo do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Primeiramente, o princípio foi consagrado na Declaração Universal da ONU de 1948, depois vários textos constitucionais nacionais fizeram do princípio norma constitucional. No caso brasileiro, segundo Ingo Wolfgang Sarlet:²⁷

A Constituição de 1988 foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado – em homenagem ao especial significado e função destes – na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. Mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material.

Se por um lado o princípio da dignidade da pessoa humana é abrangente e pode ser considerado como matriz para os demais direitos fundamentais, por outro, sua positivação dentre os princípios formadores do Estado lhe empresta um caráter de concretude bastante peculiar. A partir destes princípios todo ordenamento jurídico deverá pautar-se, seja constitucional ou infraconstitucional. São princípios que tendem impor a harmonia do sistema jurídico nacional. A priorização do mesmo

²⁶ BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 108.

implica em dizer e reconhecer, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet²⁸ “que o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário”.

Para Günter Dürig²⁹, constitucionalista germânico, o conceito de dignidade da pessoa humana consiste em:

cada ser humano ser humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar a sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda.

Convém ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana pode converter-se em prestação negativa por parte do Estado por tornar-se verdadeiro limite de sua própria atuação, isto é, o não-fazer, e também, pode converter-se em prestação positiva, o fazer, propriamente dito, principalmente no caso do Estado brasileiro, que se propõe a efetivar a dignidade da pessoa humana em várias áreas.

O fundamento da soberania tem atraído cada vez mais estudos, como sempre foi ao longo da história. Com a globalização o termo tende a ganhar um novo contorno na esfera do Direito internacional. O que não é negado pelos teóricos que estudam o tema é a relevância do mesmo e o fato deste se constituir na base de estruturação do Estado Moderno. A respeito, afirma Dalmo de Abreu Dallari:³⁰

(...) a soberania continua ser concebida de duas maneiras distintas: como sinônimo de *independência*, e assim tem sido invocada pelos dirigentes dos Estados que desejam afirmar, sobretudo a seu próprio povo, não serem mais submissos a qualquer potência estrangeira; ou como expressão de *poder jurídico mais alto*, significando que, dentro dos limites da jurisdição do Estado, este é que tem o poder de decisão em última instância, sobre a eficácia de qualquer norma jurídica.

Outro princípio fundamental à estruturação do Estado de Direito, que prima pela busca constante do equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos

²⁸ Ibid, p.110.

²⁹ DÜRIG, Günter apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 114.

³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 84.

individuais, é o da proporcionalidade. Tem sua origem no direito anglo-saxão ligado à garantia do devido processo legal. Segundo Luís Roberto Barroso³¹:

Ao lado do princípio da igualdade perante a lei, essa versão substantiva do devido processo legal tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental. É por seu intermédio que se procede ao exame de razoabilidade e de racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

Se o princípio, já referido, da isonomia ou igualdade consiste em dar tratamento diferenciado a pessoas e situações estabelecendo critérios específicos, é através do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade que os parâmetros de diferenciação se tornarão aceitáveis ou justificáveis. Deste tratamento diferenciado depreendem-se as duas acepções do termo igualdade: formal e material. Na igualdade formal pretende-se inibir o Estado de todo tratamento discriminatório negativo, porém, além de se constituir em um não-fazer do Estado requer-se deste uma postura positiva, portanto, um fazer, no sentido de promover a igualdade material, através de políticas públicas que venham implementar ações compensatórias que suprimam as desigualdades, são as denominadas ações afirmativas, como leciona J. J. Gomes Canotilho.³²

A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. (...) Alarga-se [tal função] de igual modo aos direitos a prestações (prestações de saúde, habitação). É com base nesta função que se discute o problema das quotas (ex.: parlamento paritário de homens e mulheres) e o problema das *affirmative actions* tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex.: quotas de deficientes).

Ressalta-se, então, que o princípio da proporcionalidade constitui-se em instrumento importante para se verificar a adequação dos meios aos fins. Tradicionalmente, teve ligação mais direta relacionada aos atos do Poder Executivo (Direito Administrativo) como forma de controle dos atos discricionários do poder público. Na lição de Luís

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.210.

³² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 385.

Barroso³³, “no domínio do Poder Judiciário teve aplicabilidade, notadamente no tratamento das medidas cautelares”. Sua relevância para o ordenamento jurídico consiste no fato deste trazer a harmonização do sistema como um todo. Dele podem-se depreender uma tríplice caracterização, como explica o referido autor³⁴,

(...) dele se extraem os requisitos (a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meios menos gravosos para se atingir os fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.

Isto posto, verifica-se que as bases do princípio da proporcionalidade estão contidas na relação entre fim e meio. A vinculação do princípio ao Direito Constitucional ocorre, geralmente, pela via dos direitos fundamentais e disto decorre sua importância: é através dele que de forma legítima poderá se limitar um direito fundamental.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 221.

³⁴ Ibid, p. 220.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 HISTÓRICO

Se a concepção dos direitos fundamentais é fundada na perspectiva histórica entende-se que os mesmos se constituem em conquistas realizadas pela humanidade ao longo de sua trajetória. Diversamente, a Escola de Direito Natural e das Gentes, cuja laicização pertence a Grócio, na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:³⁵

(...) decorrerem da natureza humana determinados direitos. Estes, portanto, não são criados, muito menos outorgados pelo legislador. Tais direitos são identificados pela “reta razão” que a eles chegava, avaliando a ‘conveniência ou a inconveniência’ dos mesmos em face da natureza razoável e sociável do ser humano.

Os registros históricos mais remotos são os Forais e as Cartas de Franquias³⁶: “nestes os senhores feudais, mormente os reis, outorgavam, inscreviam-se direitos próprios e peculiares aos membros do grupo – direitos fundamentais, sem dúvida – para que, por todo sempre, fossem reconhecidos e respeitados”.

As Declarações modernas de direitos situam-se no século XVIII como fruto das Revoluções francesa e americana, porém, como prescreve José Afonso da Silva³⁷ “Na Inglaterra, elaboraram-se cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais, como a Magna Carta (1215-1225), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1688)”.

Sabe-se que a Magna Carta não se constitui em um instrumento de declaração de liberdades dos cidadãos comuns, é, porém, um instrumento a serviço dos barões e dos homens livres. O *Petition of Rights*, a Petição de Direitos constituía-se num instrumento de transação entre o Parlamento e o rei, isto porque o monarca detinha o poder político, mas o Parlamento controlava suas finanças. O *Habeas Corpus Act* tirou das mãos dos déspotas o direito de prenderem arbitrariamente o indivíduo.

Na mesma direção, já em um contexto mais moderno surgiram as Declarações de Direitos, a primeira delas foi a Declaração de direitos do Bom Povo de Virgínia, que

³⁵ Ibid, p. 11.

³⁶ Ibid, p. 11.

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151.

era uma das treze colônias inglesas na América, como leciona José Afonso da Silva:³⁸

Ambas, contudo, inspiradas nas teorias de Locke, Rosseau e Montesquieu, versadas especialmente nos escritos de Jefferson Adams, e postas em prática por James Madison, George Mason e tantos outros. A Declaração de Virgínia consubstanciava as bases dos direitos do homem, tais como: (1) todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes; (2) todo o poder está investido no povo e, portanto, dele deriva, e os magistrados são seus depositários e servos (...); (3) o governo é, ou deve ser instituído para o comum benefício, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; (4) ninguém tem privilégios exclusivos nem os cargos ou serviços públicos serão hereditários; (5) os Poderes Executivo e Legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do Judiciário (...)"

Por fim, o texto da Declaração de Virgínia tinha a preocupação de fornecer subsídios que estruturassem um governo democrático, limitando e separando os poderes, por exemplo. Já a Declaração Norte-Americana gerou polêmicas na sua aprovação, isto porque não trazia uma declaração de direitos fundamentais, diante disso muitos estados não ratificaram a Convenção da Filadélfia a princípio, mas depois de resolvida a questão mediante o acréscimo das dez emendas as ex-colônias inglesas na América ratificaram-na. Atente-se que as emendas realizadas no texto da Constituição da Filadélfia se constituem no *Bill of Rights* do povo americano, cada emenda corresponde a um direito fundamental elencado, dentre os quais:³⁹

(...) liberdade de religião e culto, de palavra, de imprensa, de reunião pacífica e direito de petição (Emenda 1^a); inviolabilidade da pessoa, da casa, de papéis e posses de objetos (Emenda 4^a); direito de defesa e de um julgamento por juiz natural e de acordo com o devido processo legal, isto é, com garantias legais suficientes (Emenda 5^a).

Três são as fases que demarcam a trajetória do desenvolvimento dos direitos fundamentais, segundo Norberto Bobbio,⁴⁰

(...) num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais

³⁸ Ibid, p. 154.

³⁹ Ibid, p. 155.

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade. Para uma Teoria Geral Política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p.33.

ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer novos valores – como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado.

Percebe-se que há uma crescente e nítida evolução na construção dos direitos. A partir de cada conquista, cada evolução torna-se necessário a reivindicação de novos direitos, essa é uma busca interminável.

2.2 CONCEITO

O conceito de direitos fundamentais relaciona-se com a forma como são concebidos. É a própria base da concepção filosófica que traz fundamentação quando apresenta seus pressupostos pautados no indivíduo e não mais na sociedade. E para compreender o pensamento desses filósofos tem-se que reportar ao estado de natureza, segundo Norberto Bobbio:⁴¹

No estado de natureza, para Lucrécio, os homens viviam *more feracum* (como animais); para Cícero, *in agris bestiarum modo vagabantur* (vagavam pelos campos como animais); e ainda, para Hobbes, comportavam-se, nesse estado natural, uns contra os outros, como lobos. Ao contrário, Locke – que foi o principal inspirador dos primeiros legisladores dos direitos do homem – começa o capítulo sobre o estado de natureza com as seguintes palavras: “Para entender bem o poder político e derivá-lo de sua origem, deve-se considerar em que estado se encontram naturalmente todos os homens; e esse é um estado da perfeita liberdade de regular as próprias ações e de dispor das próprias posses e das próprias pessoas como se acreditar melhor, nos limites da lei de natureza sem pedir permissão ou depender da vontade de nenhum outro.

Desde então, a base da concepção filosófica sobre os direitos fundamentais vem evoluindo. Enquanto direitos já positivados, dentro da concepção de Estado legal, isto é, aquele que se curva ao império do Direito, as declarações de direitos foram inseridas no texto constitucional. A princípio foram contempladas nos preâmbulos das Constituições, depois conquistaram capítulos, desta forma adquiriram um caráter concreto de normas jurídicas positivas constitucionais. No dizer de J.J. Gomes Canotilho:⁴²

⁴¹ Ibid, p.59.

⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 350.

A função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1)constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2)implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.

Vale ressaltar que a escolha da nomenclatura acerca do tema proposto já é bastante reveladora, uma vez que se prefere nomear tais direitos como direitos naturais, já se poderá depreender que tratam-se de direitos inerentes à natureza humana, se por outro lado, entende-se que são direitos positivos se constituirão como frutos de conquista histórica. E ainda, se o tema é abordado numa perspectiva de Direito Internacional prefere-se a expressão direitos humanos, utilizadas nos Tratados e Convenções para designar os direitos compreendidos como universais, sem os quais não seria possível a aplicação do também princípio universal de direitos humanos: a dignidade da pessoa humana.

O termo, *direitos individuais*, fruto das idéias liberais de John Locke, assume a concepção de considerar o indivíduo de forma isolada, na lição de José Afonso da Silva⁴³ “É terminologia que a doutrina tende a desprezar cada vez mais. Contudo, é ainda empregada para denotar um grupo de direitos fundamentais, correspondente ao que se tem denominado direitos civis ou liberdades civis”.

As expressões liberdades fundamentais e liberdades públicas também utilizadas para exprimir os direitos fundamentais são tidas pela doutrina como insuficiente, como explica José Afonso da Silva⁴⁴ “A primeira é ainda mais restrita, referindo-se apenas a algumas liberdades. A última é empregada pela doutrina francesa, onde não faltam esforços para dar-lhe significação ampla e abrangente dos direitos fundamentais (...)”.

⁴³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176.

⁴⁴ Ibid, p. 177.

2.3 CLASSIFICAÇÃO

Cumpra observar, preliminarmente, que a distribuição sistemática em categorias comuns sobre os direitos fundamentais é tão diversificada quanto o número de autores que escrevem sobre o tema. Os critérios utilizados muitas das vezes, sequer, fazem sentido em vez de esclarecer confundem, no entanto, a concepção mais moderna de classificação desses direitos remonta à Revolução francesa o que é não só bastante pertinente como esclarecedor.

Neste sentido, ao classificar os direitos fundamentais alguns autores utilizam o termo “gerações” que segundo Ingo Wolfgang Sarlet,⁴⁵ traduz imprecisão terminológica, uma vez que, “os direitos fundamentais têm o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância. (...) razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões”, posição esta que aqui optamos por perfilhar”(...). Sendo assim, os direitos de primeira dimensão, correspondentes aos direitos civis e políticos referem-se às liberdades individuais, na lição de Paulo Bonavides:⁴⁶

Os direitos de da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o estado.

São exemplos de direitos de primeira dimensão: o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei. Já os direitos de segunda dimensão, correspondentes aos direitos sociais, econômicos e culturais, referem-se à igualdade (compreendem as prestações positivas por partes do Estado o fazer propriamente dito), segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁷ “ nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, de propiciar um direito de participar do bem-estar social”. Correspondem à prestação social devida pelo Estado tais como: saúde, educação, assistência social, trabalho e outras.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.53.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 563.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.55.

No campo semântico da fraternidade ou solidariedade encontram-se os direitos de terceira dimensão, correspondentes aos direitos difusos e coletivos, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet:⁴⁸

A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que se pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.

São exemplos dos direitos de terceira dimensão: os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, dentre outros.

A classificação utilizada na Constituição brasileira de 1988 no dizer de José Afonso da Silva⁴⁹ “é aquela que os agrupa com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela”. A Constituição Federal trouxe em seu Título II os direitos e garantias fundamentais (gênero), subdividiu tais direitos em cinco capítulos (espécies): direitos individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos.

2.4 DIREITOS E GARANTIAS

A distinção entre direitos e garantias é sempre referenciada pelos autores através de Ruy Barbosa⁵⁰

No texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal a fixação da garantia, com a declaração do direito.

⁴⁸ Ibid, p.57.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 182.

⁵⁰ BARBOSA, Ruy apud SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 186.

Inicialmente, quando os direitos fundamentais eram considerados direitos naturais, isto é, direitos inerentes à condição humana, segundo Norberto Bobbio⁵¹,

(...) a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado.

A Constituição brasileira não faz tal distinção, pois enumera juntamente os direitos e garantias, essa distinção entre medidas exclusivamente declaratórias e assecuratórias é trazida pelos doutrinadores.

Em sentido lato o termo “garantias” é entendido e até confundido com os princípios formadores do Estado de Direito. A partir deste modelo de Estado tornou-se possível que garantias gerais fossem concedidas aos cidadãos, pois o Estado Legal compromete-se a resguardar tais direitos. Já as garantias estritamente constitucionais subdividem-se em garantias constitucionais gerais e especiais. Como ensina José Afonso da Silva:⁵²

As garantias constitucionais gerais, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, impedem o arbítrio com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas de garantias e respeito aos direitos fundamentais; são as garantias gerais precisamente porque consubstanciam salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda dimensão; garantias constitucionais especiais, que são as prescrições constitucionais estatuidas técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial;

2.5 DESTINATÁRIOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O caput do artigo 5º da Constituição Federal brasileira apresenta no plano principiológico cinco direitos fundamentais: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, além de reafirmar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Tais direitos, segundo o texto, são assegurados aos brasileiros e

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade. Para uma Teoria Geral Política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p.31.

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 188.

estrangeiros residentes no país. No entanto, é pacífico o entendimento acerca da expressão “residentes no país”: refere-se ao fato do texto constitucional limitar-se ao território brasileiro. No mesmo sentido, é o entendimento de que os estrangeiros residentes ou em trânsito poderão dispor de tais direito.

Muitos destes direitos são extensivos às pessoas jurídicas, como o sigilo das correspondências e das comunicações, a garantia do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e a coisa julgada, e ainda, há direitos próprios da pessoa jurídica como a proteção à propriedade das marcas, nomes de empresas e outros signos distintivos (art. 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal).

Portanto, são destinatários dos direitos fundamentais: o brasileiro nato ou naturalizado, o estrangeiro residente ou em trânsito no país, as pessoas jurídicas, excepcionadas, na lição de José Afonso da Silva⁵³, “as empresas de capital estrangeiro, incluindo as multinacionais, (...), salvo, no que tange as marcas, nomes e signos, proteção de direito internacional”.

⁵³ Ibid, p. 192.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

3.1 A CONSTITUIÇÃO IMPERIAL

O Brasil, desde o Império, tem contemplado os direitos fundamentais em suas Cartas Constitucionais. Verifica-se uma constância em alguns desses direitos, os quais permaneceram inalterados desde 1824, quando a primeira Constituição brasileira foi outorgada, até os dias de hoje.

Uma vez que os direitos fundamentais são valores basilares, as Constituições promovem o enunciado de preceitos que traduzem, na prática, o que eles representam e, ao mesmo tempo formalizam sua garantia, até porque, de que se vale declarar direitos se não há mecanismos para efetivá-los?

A Constituição Política do Império do Brasil de 25 de Março de 1824, outorgada pelo Imperador, D. Pedro I, após a dissolução da Assembléia constituinte, refletia um Estado Unitário, de natureza absolutista, centralizado na Organização dos Poderes e reconhecidamente liberal no que concerne aos direitos fundamentais. Essa faceta era coerente com as circunstâncias da época: uma Europa recém saída da Revolução Francesa e a insistência do discurso pregado pelos iluministas quanto ao respeito aos direitos fundamentais. Na lição de Paulo Bonavides:⁵⁴

O Estado liberal, produto acabado do liberalismo e sua ideologia, teve assim uma infância coroada das esperanças de que vinha mesmo para libertar. Os dogmas eram claros e precisos: na ordem econômica, a livre empresa, a livre iniciativa; o *laisse faire, laisse passer*, a livre troca, a livre competição; na ordem política, o homem-razão, o homem-governante, o homem-cidadão, o homem-sujeito, em substituição do sub-homem ou subser, que fora genericamente aquele súdito e servo das épocas da monarquia e feudalismo.

Esta foi a Constituição de maior duração na História brasileira. Esteve em vigor por sessenta e cinco anos. Pautada nos princípios da Constituição Inglesa, inserindo no

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo ; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 92.

texto Constitucional somente aquilo que lhe devia ser pertinente. A Carta de 1824⁵⁵, em seu art. 178 apresentava de modo claro e objetivo, os limites basilares da Lei Maior:

Art. 178. É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias.

Sendo assim, só era considerado constitucional o que dizia respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes públicos e aos direitos políticos e individuais do cidadão; tudo o que não fosse constitucional poderia ser alterado sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias.

A Carta de 1824 dedicou trinta e cinco incisos à discriminação dos direitos fundamentais, nos quais incluiu alguns direitos sociais, o socorro público e o ensino, os quais deveriam ser assegurados pelo Estado.

3.2 A PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de Fevereiro de 1891 é a mais concisa de todas as Constituições brasileiras, com noventa e um artigos em seu corpo principal e oito artigos nas Disposições Transitórias.

Trata-se da primeira Constituição republicana. Teve forte influência do pensamento positivista de Augusto Comte em seu conteúdo, bem como, do modelo presidencialista norte americano em sua forma. O grupo militar e civil que destituiu o Imperador D. Pedro II era seguidor fiel da corrente filosófica comtiana e muito de suas idéias ficaram traduzidas no texto constitucional, em particular, o fortalecimento do poder executivo.

O Brasil Império, com o bom desempenho de um regime parlamentarista, transformou-se a partir de 1845 em uma monarquia Constitucional nos moldes do

⁵⁵Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>>. Acesso em: 22 Mai 2006.

constitucionalismo britânico e, apesar da figura do Imperador exercer o Poder Moderador, havia uma nítida divisão de Poderes com uma Assembléia eleita e extremamente participativa e ativa. O Poder Imperial era limitado por um Conselho de Estado e pelos partidos políticos os quais, por meio do Gabinete, eram os efetivos agentes do Poder. O êxito do regime Parlamentarista no Império, não impediu que a influência norte americana prevalecesse e que fosse adotado o Presidencialismo na nova República.

Paradoxalmente a República, em tese proclamada para transformar um Estado absolutista (que não o era) em Estado democrático representativo, apresentou-se com um poder central fortalecido, coerente com a formação de seus instauradores: militares profissionais e adeptos de uma doutrina filosófica de cunho centralizador e autoritário.

No que tange aos direitos fundamentais, a filosofia positivista, como seguidora do iluminismo, pugnava pelo respeito ao cidadão e pela garantia de seus direitos. A Declaração de Direitos, constante da Seção II, do Título IV, contava com sete artigos e trinta e três parágrafos, dos quais cinco artigos referiam-se especificamente aos Servidores Públicos civis e militares, um deles com dois parágrafos criando o superior Tribunal Militar. Segundo Paulo Bonavides:⁵⁶

A declaração de direitos trouxe, por sua vez, inovações consideráveis. Explicitou-se que a República não admitia privilégios de berço e desconhecia foros de nobreza. Igualmente extinguiram-se “as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselhos”.

A República instituiu o casamento civil, de celebração gratuita, secularizou os cemitérios, laicizou o ensino nos estabelecimentos públicos, separou o Estado da Igreja, de tal modo que não houvesse subvenção oficial a culto ou igreja nem relações de dependência ou aliança das profissões religiosas com o Governo da União ou dos Estados; aboliu a pena de morte, criou o *habeas corpus*, o mais célebre instrumento de proteção judicial do indivíduo sob iminente perigo de padecer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

Observa-se que mantendo a linha da Constituição de 1824, o texto de 1891 não tabulou no campo dos direitos fundamentais nenhum dispositivo de natureza econômica ou social, para os quais o Estado, eventualmente, poderia não dispor de

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo ; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 251.

meios para oferecer a Garantia. A constituição de 1891 durou quarenta e três anos, sendo reformada em 1926 e substituída em 1934 após a Revolução de 1930.

3.3 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1934

A Constituição de 1934 veio no bojo da Revolução de 1930 como consequência da política que revezava entre São Paulo e Minas Gerais (política do café com leite). Foram crises sucessivas, com ameaças de levantes militares e civis que vinham minando o poder presidencial desde a proclamação da República. As fraudes no processo eleitoral, contra as quais nada se podia fazer, posto que institucionalizadas, a sucessão de administrações funestas e, sobretudo, o impedimento de uma rotatividade de poder na Presidência da República, desembocaram no surgimento da figura de Getúlio Vargas que, apoiado por forte segmento militar, derrubou o governo existente e instalou-se na Presidência da República.

A Constituição de 1934 procurou limitar os poderes do Presidente (considerados excessivos no modelo de 1891, de fundo positivista), porém, aumentou seu alcance de intervenção nos Estados e submeteu as Polícias Militares Estaduais ao controle da União.

Foram trazidas para o texto constitucional matérias de natureza infraconstitucional tais como funcionalismo público, religião, família, cultura, ensino, ordem econômica e social dentre outras. Inserções, representativas dos Direitos Sociais, não existentes nas Constituições anteriores vieram a tornar-se rotina nos futuros textos constitucionais. Do novo Direito Fundamental (à subsistência) derivam normas de natureza social com reflexos econômicos, tal como a fixação de um salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais da vida de um trabalhador chefe de família. Exemplo claro é o disposto no art. 121 do Texto Constitucional:⁵⁷

⁵⁷ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>>. Acesso em 22 Mai 2006.

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

a) proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; b) salário mínimo, capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador; c) trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei; d) 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; e) repouso hebdomadário, de preferência aos domingos; f) férias anuais remuneradas; g) indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa; h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e 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; i) regulamentação do exercício de todas as profissões; j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho.

O texto de 1934 tinha cento e trinta e cinco artigos mais as disposições transitórias. No que tange aos Direitos e Garantias Individuais, o Título III da Declaração de Direitos abrigava dois artigos (art. 113 e 114) e trinta e oito incisos, discriminando os Direitos Individuais e apontando as Garantias que o estado oferecia para assegurá-los. Foi criado o Mandado de Segurança pelo inciso 33 do artigo 113. O caput do artigo 113, na lição de Paulo Bonavides,⁵⁸ “uma conquista fundamental no campo jurídico [...] concedido para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”.

Além de manter os direitos já consagrados nos textos anteriores da liberdade, segurança individual e propriedade, inovou, introduzindo o acima referido, direito fundamental à subsistência.

As circunstâncias nacionais por ocasião da elaboração da Constituição de 1934 explicam alguns aspectos de seu texto: A Constituição de 1891 não impedira a corrupção eleitoral que se instalara no país, e que havia resultado em rodízio dos Presidentes da República entre Minas Gerais e São Paulo; a Revolução de 1930, tendo a frente Getúlio Vargas, assumira o poder com forte apelo popular

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo ; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 320.

nacionalista; sendo um governo oriundo de um movimento revolucionário, era natural que a legitimação fosse buscada por meio de medidas de natureza social que atendessem a anseios populares; o discurso do então Presidente da República, Getúlio Vargas tinha forte apelo populista, sendo necessário a fidelidade dessa base popular por meio de uma legislação adequada. Dadas essas circunstâncias não se deve causar surpresa a inclusão no texto constitucional de uma gama vastíssima de matéria social (saúde, trabalho, educação e outras).

3.4 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1937

A Constituição de 1937 foi fruto do Golpe de Estado levado a cabo pelo próprio Presidente da República, Getúlio Vargas. Alegando infiltração comunista no país, Getúlio, com o apoio de parcela das Forças Armadas assumiu o poder de forma ditatorial e editou uma nova Constituição.

A nova Carta, pautada nos moldes das Constituições fascistas em voga em alguns Estados da Europa, centralizava fortemente o poder nas mãos do Executivo, limitando o campo de ação do Legislativo e dando ao Presidente integral controle sobre os Estados. Como leciona Paulo Bonavides:⁵⁹

A Constituição de 1937 está na base do surgimento de uma burocracia estatal com pretensões legislativas, de um Poder Executivo centralizado e extremamente forte, de um Legislativo pulverizado e convertido em Conselho Administrativo. Ela é o reflexo de uma corrente autoritária de pensamento que subjogou nossas melhores esperanças democráticas. E nos colocou ante o desafio de uma espantosa atualidade, agora que mais um período constituinte se encerra e que as conquistas alcançadas pelo novo texto devem ser defendidas com todos os recursos democráticos de que dispusermos. A Constituição de 37 não respeitou nem mesmo seu próprio texto, concentrando direitos numa única pessoa (o Presidente). Ela foi o biombo de uma ditadura que sequer tinha preocupações com os disfarces.

No campo dos Direitos Individuais as liberdades de expressão e de reunião foram afetadas, com severas restrições, de igual modo à liberdade de imprensa e da formação de associações.

⁵⁹ Ibid, p.333.

Considerando o caráter ditatorial do governo, a Carta abre espaço à ação do estado sobre a vida do cidadão por meio de provisões que lhe concedem o direito de inferir, inclusive, no processo de educação familiar. O texto constitucional insere um capítulo especial para tratar o assunto: Da Família. Em seus artigos 124 e 125 prescreve:⁶⁰

Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Bastante peculiar o texto ao definir que a educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais, porém, afirma que o Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular.

Foram reafirmados os preceitos constantes no texto de 1934 que promoviam impacto na Ordem Econômica, e que poderiam ser objeto de regulamentação infraconstitucional, sem que o Direito Fundamental Constitucional fosse com isso afetado. Esses preceitos, de duvidosa garantia pelo Estado, passaram a ser uma constante nos textos constitucionais futuros.

O aspecto mais curioso da Carta de 1937, no que tange aos direitos individuais, é a dicotomia entre o discurso e a ação. Em sendo uma Constituição outorgada e ditatorial preservou em sua letra praticamente todos os direitos consagrados na Constituição anterior, de feição democrática mesmo sabendo que, na prática, eles não seriam cumpridos.

A Carta de 1937, conhecida como A Polaca, durou apenas oito anos sendo substituída pela Constituição de 1946, logo após a queda de Getúlio Vargas.

⁶⁰Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>>. Acesso em: 22 jun 2006.

3.5 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1946

A constituição de 1946 retornou, em seu texto, aos ideários da Carta de 1934. Há uma coerência nessa volta, pois se em 1934 a Constituição foi alterada para reduzir os poderes de um Executivo forte, o texto de 1946 buscava modificar e substituir um texto de cunho fascista e que delegava ao Presidente poderes ditatoriais. Tudo isso dentro de um movimento pendular que já se tornou rotina na vida política nacional.

Em discordância com a lei da física que demonstra que toda ação corresponde uma reação de igual intensidade em sentido contrário, as Constituições brasileiras têm adotado um procedimento progressivo: ao contrapor-se a uma Carta que restringe as Liberdades, a nova Carta não apenas restaura os direitos restringidos como os estende de uma forma idealista, como se fizesse uma tentativa de purgar e compensar as limitações impostas pelo texto que irá substituir. A reação é sempre muito maior que a ação que a originou.

Há que se fazer uma análise das circunstâncias em que a Constituição de 1946 foi elaborada para que se tenha um entendimento quanto aos motivos geradores dessa posição humanista, dentre os quais: a existência de uma Constituição outorgada em 1937, de cunho fascista e arbitrário, que entendia o Estado acima da sociedade; as ações do Governo Vargas que, no Estado Novo, promoveu uma caça aos adversários do regime com fortes afrontas aos Direitos Individuais; os julgamentos políticos a que foram submetidos opositores do regime, com condenações e mortes; a necessidade de ressaltar em um mundo que havia destronado recentemente a tirania nazi-fascista – a importância que o Brasil dava ao Cidadão e à sua liberdade; a participação na Assembléia Constituinte, de representantes do Partido Comunista (colocado na clandestinidade no Estado Novo) que teve militantes mortos naquele período. Esse conjunto de circunstâncias, entre outras, levaram a um texto ostensivo e amplamente democrático que tenta conciliar duas espécies de Estado: Liberal e Social. Segundo Paulo Bonavides:⁶¹

⁶¹ BONAVIDES, Paulo ; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p.415.

A Constituição de 1946, relativamente à Declaração de Direitos, há-de ser compendiada na desarmonia ainda observada quanto aos dois princípios que bracejam por impor-se desde 1934: o individualista e o social. Deram amostras os constituintes de generoso esforço, mal sucedido, embora, ao querer conciliar o Estado Liberal com o Estado Social. Teve este quinhão mais mesquinho quem em 1934, se o pesarmos na balança das concessões individualistas feitas pela Constituição de 1946.

O texto de 1946 dispunha de duzentos e dezoito artigos em seu corpo principal e mais trinta e seis artigos nas Disposições Transitórias. A composição da Assembléia constituinte, além de incluir os membros eleitos do Partido Comunista, apresentava o predomínio de conservadores com tendências liberais, abertos a concessões ao proletariado numa tentativa de encontrar soluções que evitassem uma propalada luta de classes.

A Constituição de 1946 durou vinte e um anos, sendo substituída em 1967 após a Revolução de 1964. Uma estrutura partidária corrompida, dando margem a alianças de oportunidades para chegar ao poder, promoveu a permanência de uma corrente política única que elegeu quase todos os Presidentes da República entre 1946 e 1964.

Seria leviano e incorreto afirmar que a demagogia e populismo, marcas registradas do período 1946 a 1964, foram devidos à expansão dos Direitos Individuais constantes do texto de 1946. Por outro lado, não se pode questionar o fato de que o volume de preceitos, deles decorrentes, abriu espaço para concessões na área social, não condizentes com os meios que de que o Estado dispunha para Garantia, e para distorções na área política ensejando barganhas partidárias para controle do Poder por determinados grupos.

3.6 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1967

A Constituição de 1967 surgiu no seio de um movimento revolucionário de cunho direitista e reduziu o poder dos Estados e Municípios centralizando o comando da política econômica e financeira nas mãos da União, permitindo ao Estado exercer um forte papel como agente econômico direto. Este último fato ilustra o paradoxo entre a conduta esperada e a conduta real: uma Revolução, de natureza direitista, em tese com feição capitalista apresenta-se quando no comando do país mais

estatizante e intervencionista na economia do que qualquer outro governo que tenha assumido o Poder com o discurso socialista. Na lição de Paulo Bonavides:⁶²

Nada poderia definir melhor a “intervenção cirúrgica”. Queremos devolver o Brasil à democracia, diziam os militares, mas antes vamos aproveitar o momento para introduzir algumas reformas e mudanças que possam garantir a longevidade de nossa democracia e a articulação do Brasil com a economia mundial. E, como todos sabemos, não havia prazo para o término da intervenção. Como argumentavam os militares, há sempre o perigo de retrocesso presente em todo processo revolucionário, sendo preciso tempo para que a revolução se consolidasse e apresentasse resultados (uma idéia que Francisco Campos introduziu na Carta de 37 e que, como co-autor do AI -1, manteve no movimento militar).

No que tange aos Direitos e Garantias Individuais, o texto de 1967 respeitou praticamente todos os mandamentos da Constituição de 1946 indicando, entretanto, mecanismos restritivos aos mesmos, com alegação da proteção do Estado contra ações consideradas danosas à segurança Nacional, instituto novo que surgia no cenário constitucional. Foram destinados três artigos para o tema “Da Segurança Nacional”. O texto cuidou de definir os responsáveis pela Segurança Nacional – art. 89⁶³ – “Toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei”. Criou o Conselho de Segurança Nacional composto do Presidente, Vice-Presidente e Ministros de Estado – art. 90 e estabeleceu sua competência – art. 91.

Dentre as circunstâncias que envolveram a edição da Constituição de 1967 encontram-se: a existência de um Governo de fato, oriundo de uma Revolução deflagrada contra a Lei Maior vigente e que procurava a legalidade e legitimação; Porém, com leciona Daury César Fabríz:⁶⁴

A Constituição do período militar nasceu sem os fundamentos que pudessem lhe conceder legitimidade. Votada por um Congresso pressionado pelos baionetas, que ao mesmo tempo silenciava e cassava os direitos políticos de centenas de cidadãos, foi emendada em 1969, via *manus militari*, através de ato assinado em conjunto pelos ministros militares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

⁶² BONAVIDES, Paulo ; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p.429.

⁶³ Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em:< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em 22 jun 2006.

⁶⁴ FABRIZ, Daury César. **A estética do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.158.

Outra circunstância a ser observada, diz respeito à inexistência de uma Assembléia Constituinte para elaborar a nova Constituição, ficando a mesma a cargo de um grupo de juristas; a necessidade de a Revolução e seus condutores afirmarem perante o país e porque não dizer o mundo, a permanência e continuidade de uma ordem democrática na qual o respeito ao indivíduo seria preservado; a rejeição nacional a qualquer tipo de Lei Maior similar à Carta de 1937, associada a um Governo que primara pelo desrespeito aos Direitos do Homem; a divisão do poder mundial entre o comunismo da União Soviética (classificado como totalitarista) e capitalismo dos Estados Unidos (visto como democrático), corrente com a qual os revolucionários se alinhavam e finalmente, o perfil democrático de alguns líderes da Revolução de 1964, os quais não pactuariam com um texto que ignorasse Direitos Fundamentais já consagrados.

Essas condições fizeram com que fossem praticamente repetidos os termos do artigo 141 do texto de 1946, no caput do artigo 153 da Carta de 1967. O número de incisos na Constituição de 1967 era de trinta e seis contra trinta e oito existentes no texto de 1946, estando ambas as Constituições com sua redação bastante parecida, apesar das diferentes circunstâncias em que foram escritas.

Deve-se ressaltar que a Carta de 1967, em seu Título II – Da declaração dos Direitos, introduziu três novos capítulos que promoviam restrições aos Direitos concedidos.

O Capítulo II - Dos Direitos Políticos, fixava condições expressas de elegibilidade e inelegibilidade interferindo e criando óbices à integral e livre participação no processo político.

O Capítulo III – Dos Partidos Políticos, estabelecia regras para disciplinar a criação e funcionamento dos Partidos Políticos no Brasil. Apesar de ser matéria infraconstitucional a ação de levá-la ao texto da Lei Maior visava forçar a organização de uma estrutura político-partidária que, não apenas evitasse os desmandos ocorridos entre 1946 e 1964, mas que também, fortalecesse o Poder revolucionário pela limitação na formação das Agremiações Políticas.

O Capítulo V – Das Medidas de emergência, do Estado de Sítio e do estado de Emergência abriu ao Executivo a possibilidade de adoção de medidas coercitivas, fora do já consagrado Estado de Sítio, que colocavam em cheque os direitos Individuais e Coletivos alinhados no Capítulo IV anterior. A amplitude do poder constitucional conferido ao Executivo, por esse Capítulo, abriu caminho para a “legalização” de atos de força não compatíveis como um estado Democrático de Direito e que afrontavam os Direitos do Cidadão.

Fora do âmbito do Título II – Da Declaração dos Direitos, o novo texto apresentou a figura do Decreto Lei⁶⁵ que assim se apresentava:

Art 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas. Parágrafo único - Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado.

A possibilidade de ação direta do Executivo sobre os Direitos Individuais e Coletivos ficava amparada legalmente pela figura genérica e discricionária da Segurança Nacional.

Note-se a diferença de procedimentos entre a Constituição de 1937, destinada a suportar um Governo fascista, que, em seu texto, garantias os Direitos Individuais apesar de saber que iria afrontá-los, e a Constituição de 1967, destinada a sustentar um Governo revolucionário de feição ditatorial, que, em seu texto também garantia os Direitos Individuais, porém, sabedor da eventual necessidade de violá-los, fez inserir na Constituição provisões para legalizar a violação.

3.7 A EMENDA CONSTITUCIONAL DE 1969

Não é pacífico o entendimento se a Emenda Constitucional de 1969 pode ser considerada Emenda ou novo Texto Constitucional em razão da falta de legitimidade

⁶⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em 22 jun 2006.

que circunda o período histórico. Para Paulo Bonavides⁶⁶ em assonância com Pontes de Miranda e Pinto Ferreira, “não há, pois, Constituição de 1969, mas de 1967, cujo sistema não foi alterado pela Emenda nº1, embora esta tenha promovido algumas alterações em seu texto”.

Cumprido ressaltar que desde 1964 o país vinha sendo governado pelos Atos Institucionais que surgiam conforme a necessidade de se legitimar as ações do governo dos militares. O Ato de número Um foi baixado em 9 de abril de 1964 pela junta militar⁶⁷ “composta por General do Exército Arthur da Costa e Silva Tenente-Brigadeiro Francisco de Assis Correia de Mello e pelo Vice-Almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald”. Através deste o Regime Militar poderia:

(...) cassar e suspender os direitos políticos de cento e dois cidadãos contrários à implantação da ditadura que estava se iniciando. O mecanismo do AI-1 era simples, eliminava a oposição que porventura poderia vir enfrentar ao regime, dando ao presidente poderes para escolher os congressistas que ficariam na casa, e estes o elegeriam, dando suposta legitimidade democrática ao regime, contentando a opinião pública internacional, pois seria uma democracia, onde o presidente eleito por um colégio eleitoral que teria sido eleito pelo povo. Há de se lembrar que o colégio eleitoral havia sido mutilado pelo próprio AI-1.

Para chegar se chegar a um entendimento do processo de reforma do texto constitucional que culminou na Emenda de 1969 é preciso compreender as tensões internas pelas quais passava o Regime Militar. Dois grupos se distinguiram, de um lado os “moderados”, do outro os denominados “linha dura”. Segundo Caetano Ernesto Pereira de Araújo e Eliane Cruxên Barros de Almeida Maciel: ⁶⁸

A linha dura considerava prioridade o combate à esquerda, que justificaria a adoção de inúmeras medidas “revolucionárias” de restrição progressiva da democracia. Os moderados defendiam a intervenção cirúrgica, não continuada e o retorno breve a uma situação de normalidade.

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo ; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p.443.

⁶⁷ Ato Institucional Número Um. Disponível em:< <http://pt.wikipedia.org/wiki/AI-1>>. Acesso em 22 mar 2006.

⁶⁸ ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira & MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. A comissão de alto nível – História da emenda constitucional nº 1, de 1969. Disponível em:< <http://www.senado.gov.br/conleg/artigos/direito/AComissaodeAltoNivel.pdf>>. Acesso em 22 jun 2006.

A tensão proposta por estas duas vertentes marcou todo o período. A violação de cada princípio democrático era defendida pelos militares como medidas de urgência e necessidade para preservar o regime que intitulavam de democrático, ou seja, em nenhum momento assumiam o caráter ditatorial que impunham.

No dia 27 de outubro de 1965 foi baixado o Ato Institucional Número Dois, isto porque⁶⁹, “a Constituição de 1946 não era compatível com o regime de exceção que estava sendo adotado”. Com a edição deste Ato fortaleceu-se ainda mais o poder presidencial e além disso, extinguiu-se o pluralismo político.

A cada novo Ato Institucional era fortalecido o poder ditatorial. O Ato Número Três⁷⁰ em seu art.6º determinava “Ficam excluídos de apreciação judicial os atos praticados com fundamento no presente Ato institucional e nos atos complementares dele”. Além disso ficou estabelecido as eleições indiretas para governadores e nomeação dos prefeitos pelos governadores. O Ato Número Quatro foi editado em dezembro de 1966 e tinha como objetivo revogar definitivamente a Constituição de 1946 que encontrava-se totalmente descaracterizada. Em 1968, ano que portanto, antecede à Emenda Constitucional em questão, Costa e Silva edita o mais drástico dos Atos Institucionais, aquele que não seria facilmente esquecido pelo povo brasileiro, o AI-5, o que reforçou ainda mais o estado de exceção em que o país se encontrava. Isto posto, verifica-se que, na lição de Paulo Bonavides⁷¹, que:

(...) durante a ditadura dos militares o Brasil testemunhou a ação de de dois poderes constituintes paralelos: um tutelado, fez sem grande legitimidade a Carta semi-autoritária de 24 de janeiro de 1967; o outro, derivado da plenitude do poder autoritário e auto-intitulado de poder revolucionário, expediu, à margem da legalidade formalmente imperante, os Atos Institucionais, bem como a Emenda n.1 à Constituição de 1967, ou seja, a “Constituição” da Junta Militar, de 17 de outubro de 1969.

O que de fato fica evidenciado com o novo texto, seja ele considerado emenda ou constituição, são as reais intenções do poder arbitrário e autoritário que se instalou

⁶⁹ Ato Institucional Número Dois. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato Institucional Número Dois](http://pt.wikipedia.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Dois)>. Acesso em 22 mar 2006.

⁷⁰ Ato Institucional Número Três. Disponível em: <[http://pt.wikisource.org/wiki/Ato Institucional Número Três](http://pt.wikisource.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Tr%C3%AAs#Artigo_6.C2.BA)>. Acesso em 22 jun 2006.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.367.

no país, quando suprimiram os dispositivos que garantiam as liberdades de imprensa e reunião, por exemplo.

3.8 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Finalmente, a Constituição de 1988, considerada a mais extensa já editada no Brasil, traz em seu preâmbulo uma nítida intenção humanista: “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)”.

Há uma coerência na adoção desse discurso, que veio pautar grande parte do texto do texto de 1988. A Revolução de 1964, amparada pela Carta de 1967, perdurou no poder até 1986, quando o primeiro Presidente da República, civil e eleito (indiretamente) tomou posse. Dentro do movimento pendular, característico do processo constitucional brasileiro, um novo texto alterando o anterior deveria ser promulgado. Segundo Daury César Fabríz,⁷²

Com o processo de redemocratização do Brasil houve a motivação em torno da elaboração de uma nova Constituição, por uma assembléia constituinte que além de legítima também fosse livre, soberana, autônoma e exclusiva. Tal motivação, partindo dos vários setores da sociedade civil brasileira, pôs em relevo o debate, que ocorreu em todos os níveis da sociedade.

O novo texto não só remontaria ao texto que antecedeu a Constituição de 1967, mas desejava ir além, para marcar seu questionamento e repúdio àquilo que foi entendido como prática abusiva do Poder no período em que vigorou: o pouco respeito ao homem e máxima atenção ao desenvolvimento econômico.

Apesar dos Direitos Individuais da Carta de 1967 pouco se diferenciarem daqueles listados na Constituição de 1946, a prática no período de 1967 a 1986, não guardou muita consistência com a letra da lei. Dessa forma, em 1988, além de procurar estabelecer Fundamentos que impedissem o Estado de agir contra o homem ao arrepio da Lei, a Constituição adentrou numa série de preceitos que abrangiam não

⁷² FABRIZ, Daury César. **A estética do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.158.

apenas as Garantias Individuais, mas extrapolavam para concessões na área social e econômica de difícil ou impossível cumprimento pelo Estado.

Aceita-se que o natural conflito existente entre fundamentos que se completam, deva conduzir as formulações genéricas, no nível mais elevado, evitando preceitos particulares que venham a privilegiar um fundamento particular em detrimento de outro.

O Fundamento da igualdade, em uma sociedade comunista, justificaria o detalhamento em alto nível de preceitos de natureza igualitária, no intuito de promover uma justiça social à base de nivelamento social, político e econômico.

Esses preceitos, colocados em instância constitucional, terminariam por afetar o Fundamento da liberdade, posto que, sujeitariam o indivíduo a um Estado onde, em proveito da Igualdade constitucional, a sua capacidade de desenvolver-se e diferenciar-se social, econômica e politicamente – direitos inerentes à Liberdade – seria tratada a nível inferior e evidentemente tolhida.

Eis o papel maior do Legislador Constituinte: a busca do equilíbrio entre os direitos fundamentais que decorrem dos princípios destinados a garantir a dignidade humana, formulando preceitos gerais que assegurem de forma harmônica esses direitos. Tendo sempre em mente que, para cada direito deve corresponder uma garantia, de consecução exequível e que, à medida que se regulamenta o detalhe da Lei Maior, cresce a possibilidade do desequilíbrio e a dificuldade de sua correção posterior.

Essa posição de equilíbrio, evitando a inserção de detalhamentos, deixando que a legislação infraconstitucional, mais dinâmica, administrasse e harmonizasse a relação social, não foi atingida pelo texto de 1988 no que tange aos Direitos Individuais.

Em 1988, a Assembléia Constituinte encarregada de elaborar o texto constitucional vivia em um país recém saído de um Governo militar, após vinte e cinco anos de um Estado de feição autoritária, essencialmente voltado para o desenvolvimento e a

segurança, onde os direitos fundamentais, apesar de estabelecidos na Constituição vigente, tinham sua garantia de proteção abalada por outros preceitos constitucionais particulares.

Podem-se enumerar as seguintes circunstâncias que cercavam a elaboração do texto de 1988: a existência de uma Constituição promulgada em 1967, por um Governo militar oriundo de uma Revolução, cuja legitimidade era questionada por não ter sido elaborada no âmbito de uma Assembléia Constituinte; o clamor público pela redação de um texto que restaurasse a Democracia no país; a expectativa junto à população, particularmente pela mídia e pelos Partidos Políticos, quanto ao aspecto de salvação nacional e garantia de bem estar a todos que a nova Constituição traria; a notória aversão de grande parte dos Constituintes para alguns preceitos, dados como autoritários da Constituição de 1967, que deveriam ser expurgados (como por exemplo, a figura do Decreto Lei); a legislação dos Partidos Políticos, ensejando o surgimento de um grande número de parlamentares que tinham sido alvo da repressão política durante o regime anterior e que se elegeram com o discurso de restauração da liberdade política e individual; o populismo e a demagogia largamente empregados nas eleições para a Assembléia Constituinte (na verdade não foram eleitos com esse fim específico) levaram àquele fórum parlamentares cujo compromisso único era produzir preceitos que criassem Direitos, sem preocupação com contrapartida de Deveres ou avaliação das possibilidades de Garantia que assegurassem, no futuro, os Direitos criados; o natural movimento pendular a que toda sociedade está sujeita quando se altera seu regime: se o Estado era autoritário o clamor será sempre por liberdades, se as liberdades deram margem a uma situação de anarquia, clama-se por um ordenamento mais rígido. Esse movimento exacerbado por uma mídia engajada no processo político e a forte presença dos grupos de pressão, levou a Assembléia Constituinte de 1988 a pendular muito fortemente para a expansão dos Direitos Individuais.

A semelhança com o cenário da Assembléia Constituinte de 1946 era notável e o texto constitucional deveria, necessariamente, verter para aquele leito.

A simples verificação do número de artigos, alíneas, parágrafos e incisos dedicados ao Capítulo I – Dos Direitos Individuais e Coletivos, indicam uma expansão nessa

matéria. Considere-se, ainda, que sob o Título II – Dos Direitos e Garantias fundamentais em que o Capítulo I está inserido foram abrigados os Capítulos II – Dos Direitos Sociais, III – Da Nacionalidade, IV - Dos Direitos Políticos e V – Dos Partidos Políticos, numa proliferação de preceitos tipicamente infraconstitucionais e até mesmo de Regulamentos associativos, alçados ao mais alto nível da legislação nacional.

Não causa muita admiração que, após dezoito anos de vida, o texto constitucional de 1988 tenha sido alvo de 52 Emendas Constitucionais, isto porque, quanto mais analítico o texto maior será a necessidade de reformas.

Pelo exposto, os Direitos Individuais, ao serem codificados e inseridos no texto constitucional, transformaram-se de maneira taxativa em regras não sujeitas à discussão no Contrato que a Sociedade faz com o Estado, buscando a defesa e garantia daquilo que é inalienável ao Homem: a sua Dignidade.

Não podem e não devem ser considerados como simples declarações de princípios e intenções, em que o contratante mais forte promete, mas, não cumpre, omitindo-se ou, mais grave, afrontando o indivíduo e rasgando o compromisso que com ele assumiu. São eles a base de toda a legislação que disciplina e ordena a vida de uma Sociedade em seus múltiplos aspectos: econômico, social, cultural e político. Nenhuma lei pode ser considerada justa ou aceitável pelos cidadãos se, na sua confecção, não levou em conta os Princípios Fundamentais que suportam o Direito do Homem. Atuam como infra-estrutura ética e moral sobre a qual o Estado edifica e, caso assim não seja, caberá ao Cidadão refazer seu Contrato com o Estado posto que a ele, Cidadão, é lesivo. As Constituições, guardiãs desses Princípios, representam marco na vida de uma Nação.

4 A FRAGILIDADE DA DEMOCRACIA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SITUAÇÕES DE CRISE

Certamente, este foi um período crítico para os argentinos, os dados econômicos revelaram um terrível retrocesso. Foram quatro anos tenebrosos de recessão, de 1998 a 2002, os planos econômicos foram catastróficos, sem considerar a queda do ex-presidente Fernando de la Rúa em 2001. O que se pode perceber a partir deste cenário foi uma concessão de poderes “especiais” ao Ministro Cavallo, e conseqüentemente, o que era a crise econômica converteu-se em crise política.

E a grande questão que surge destes fatos é o que se pretende discutir neste trabalho: Poderiam os pilares da Democracia e do Estado Democrático de Direito (os direitos fundamentais) serem abalados quando se prioriza, por exemplo, a economia em detrimento das questões políticas ou até mesmo questões institucionais?

Roberto Bueno⁷³ responde esta questão com autoridade de cientista político que é:

(...) Esta crise em seus primórdios foi econômica hoje atingiu patamares institucionais. É política na medida em que atinge um dos pilares do estado Democrático de Direito, ou seja, a independência de um dos poderes do Estado, no caso o Legislativo. Ali se deseja submete-lo às normas criadas em estado de exceção pelo superministro Cavallo. Este, estando o país imerso em crise de considerável magnitude em razão da fraqueza política do Presidente de la Rúa, valeu-se do momento para condicionar a assunção dos cargos de Ministro da Economia à atribuição pelo Congresso de “poderes especiais” para que possa implementar seus projetos econômicos que devem atingir amplos setores da sociedade Argentina (...)

É provável, que diante de uma crise há que se ter o envolvimento coletivo do Legislativo, Executivo e Judiciário na busca de soluções, o grande problema, porém, é encontrar soluções fora do princípio básico do Estado de Direito, o princípio da legalidade, no caso em questão, o erro evidente esteve na falta de legitimidade dos atos do “superministro” Cavallo, pois em plena crise, ou em pleno estado de exceção, foram atribuídos poderes que até então não possuía, altera-se a regra do jogo em pleno jogo, ou pior quando o povo está perdendo.

⁷³ PINTO, Roberto Bueno. **Manual de Ciências Políticas: a vida na sociedade democrática globalizada contemporânea**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 171.

Não é por acaso, então, que retomando a reveladora pesquisa⁷⁴ os quesitos analisados que mais surpreendem são economia e corrupção:

Nos quesitos economia e corrupção, a diferença entre os resultados de 1993 e de 2003 é ainda maior. Atualmente, 64,5% pensam que a economia argentina está pior, contra 32,6% que faziam essa mesma avaliação há dez anos. Enquanto 47,9% pensavam que a economia estava melhor em 1983, apenas 10% concordam com análise hoje.

Em relação à corrupção, 72,9% opinam que o país está pior hoje que em 1983, enquanto 19,7% tinham essa opinião em 1993. Naquele ano, 74,2% pensavam que a situação estava melhor ou igual nesse aspecto. Hoje, os argentinos que compartilham essa opinião somam apenas 25,3%.

O pessimismo é inquestionável. Chega-se à triste conclusão que a democracia não solucionou os problemas mais graves da população, mas teria a democracia este compromisso?

Para Alexy Tocqueville⁷⁵, sim. “A Democracia é um elemento que favorece o aumento dos recursos internos do Estado tanto quanto serve para melhor repartir o bem-estar e desenvolver o espírito público (...)”. O cerne da questão talvez resida em “repartir o bem-estar”, o que também pode ser traduzido pelo princípio da isonomia. Questiona-se o princípio democrático porque vive-se com desigualdade e pobreza, porque não se avançou o quanto se desejava no crescimento econômico ou porque a crise econômica converteu-se em crise política. Se assim caminhou a Argentina, e assim também caminha o Brasil, não é culpa de um dos fundamentos do Estado, a democracia, mas da incompetência administrativa de seus governantes que diante das liberdades próprias deste tipo de Estado não avançaram nas conquistas que poderiam ou deveriam. Declara-se a igualdade, mas não se visualiza isto na distribuição de rendas, não se investe em educação.

⁷⁴ VILA-NOVA, Carolina. Para argentinos, democracia tem problemas. **Folha de São Paulo**, São Paulo. 08 dez 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u66411.shtml>>. Acesso em: 10 jul 2005.

⁷⁵ TOCQUEVILLE, Alexy apud PINTO, Roberto Bueno. **Manual de Ciências Políticas: a vida na sociedade democrática globalizada contemporânea**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 171.

Vive-se, então, o dilema entre a supremacia da liberdade, herança do Estado Liberal, ou da igualdade como valor supremo, proposta do Estado Social. Dois pólos bem distintos que se converteram em correntes políticas ao longo da história. Deixar os indivíduos livres, sem interferência estatal, segundo a corrente política que prega o Estado Social, trouxe desigualdade e injustiça social. É exatamente por esta razão que os mais pessimistas na lição de Dalmo de Abreu Dallari⁷⁶, chegaram:

(...) à conclusão de que a democracia é utópica, porque na prática encontra obstáculos intransponíveis, emaranhando-se em conflitos insuperáveis. O povo, julgado incapaz de uma participação consciente, deveria ser afastado das decisões, ficando esta a cargo de indivíduos mais preparados, capazes de escolher racionalmente o que mais convém ao povo. A liberdade considerada um mal, porque é fonte de abusos, devendo, portanto, ser restringida, a bem da ordem e paz social. A igualdade por sua vez, não poderia ser aceita, pois os governantes, que sabem mais do que o povo e trabalham para ele, devem gozar de todos os privilégios, como reconhecimento por seus méritos e dedicação (...).

Mas, evidentemente, aceitação desses argumentos representa a rejeição da democracia e aceitação da ditadura. E a experiência já comprovou amplamente que a melhor ditadura causa mais prejuízos do que a pior democracia.

Para consolo daqueles que defendem os ideários de liberdade, a pesquisa argentina⁷⁷ termina com a análise da percepção do povo sobre a democracia:

Apesar do pessimismo, 80% dos argentinos dão "muito valor" à democracia, contra 12,3% que dão "pouco valor". Os que não dão "nenhum valor" à democracia somam 4,5%.

Entre as maiores conquistas do sistema democrático, os entrevistados citam a liberdade de expressão (56,5%), a liberdade de imprensa (37,8%) e as liberdades individuais (33,8%).

O fato dos argentinos declararem que dão muito valor à democracia já ameniza um pouco, mas não se pode minimizar os outros dados da pesquisa que comprometem os pilares do Estado Democrático de Direito.

⁷⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.303.

⁷⁷ VILA-NOVA, Carolina. Para argentinos, democracia tem problemas. **Folha de São Paulo**, São Paulo. 08 dez 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u66411.shtml>>. Acesso em: 10 jul 2005.

No caso brasileiro, a situação ainda se agrava mais. De acordo com os dados coletados pelo Instituto Latinobarômetro⁷⁸, Instituição sem fins lucrativos, localizada no Chile, em pesquisa realizada pela América Latina, envolvendo dezessete países (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragüa, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela), no período entre janeiro e março de 1999, apenas 39% dos brasileiros preferem a democracia a qualquer outra forma de governo. Cumpre observar, que a amostra representa 480 milhões de pessoas.

Apenas 39% dos brasileiros dizem que preferem democracia a qualquer outra forma de governo

Pesquisa mostra que percentual é o menor entre 17 países da América Latina

Entre os povos da América Latina, os brasileiros são os que menos preferem a democracia como forma de governo. A constatação é da organização Latinobarômetro, uma instituição sem fins lucrativos localizada no Chile. Todos os anos, esta entidade organiza uma pesquisa de opinião pública em 17 países do continente. No Brasil, a pesquisa é feita pelo IBOPE OPP (Opinião Pública e Política).

A quantidade de brasileiros que diz preferir a democracia a qualquer outra forma de governo é a menor entre todos os países pesquisados: 39%. O percentual está 21 pontos abaixo da média na América Latina. Em cinco anos de pesquisa, foi o menor apoio dos brasileiros ao regime democrático.

A pesquisa mostra ainda que apenas 18% dos brasileiros estão satisfeitos com a democracia. O percentual é o terceiro mais baixo entre os 17 países pesquisados. Está acima apenas dos 12% verificados no Paraguai e 16% na Nicaragüa. A média da América Latina é de 37%.

Os dados são bastante reveladores. Apenas 18% dos brasileiros estão satisfeitos com a democracia. Estaria o Estado Democrático em crise? Seria esta espécie de Estado viável? Na lição de Daury César Fabriz⁷⁹, tem-se teorizado bastante o conceito de cidadania,

No entanto, apesar da tentativa de uma nova teorização ou ampliação do conceito em torno dos direitos de cidadania, verificamos que em países como o Brasil, esses direitos não são efetivados na prática, portanto

⁷⁸ Apenas 39% dos brasileiros dizem que preferem democracia a qualquer outra forma de governo. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/calandraWeb/servlet/CalandraRedirect?temp=5&proj=PortalIBOPE&pub=T&db=cald&comp=Opinião+Pública&docid=11A0B1FAB40F775483256EA5004D22CD>>. Acesso em: 27 jun 2006.

⁷⁹ FABRIZ, Daury César. **A estética do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.218.

inexistentes. Essa situação deve-se ao ranço deixado pelo nosso histórico passado marcado pelo autoritarismo, operando sempre na canalização dos conflitos como forma de conceder uma cidadania tipo desfocada, cujo significado fica condicionado à vontade daqueles que exercem o poder em determinados momentos.

No mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari⁸⁰, afirma: “O Estado Democrático é um ideal possível de ser atingido”. Mas, para isso há que se observar quatro pressupostos que devem fundamentá-lo: eliminação da rigidez formal; supremacia da vontade do povo; preservação da liberdade e preservação da igualdade. Na lição do referido autor⁸¹, isto significa dizer que os valores fundamentais do Estado são variáveis de época para época e de povo para povo, ainda que a “idéia de Estado Democrático seja universal (...), não é possível fixar uma forma de democracia válida para os tempos e todos os lugares”; o segundo pressuposto, a supremacia da vontade do povo, significa dizer que⁸² “democracia implica autogoverno, e exige que os próprios governados decidam sobre as diretrizes políticas fundamentais do Estado”; o terceiro pressuposto, a preservação da liberdade, não exaltada de forma individualista, mas compreendida no contexto do homem como ser social o que implica em deveres e responsabilidades; finalmente o quarto pressuposto, a preservação da igualdade, dentro da concepção de igualdade de possibilidades, isto é, admitindo-se a possibilidade de possíveis desigualdades decorrentes de mérito pessoal o que não se admite são as desigualdades no ponto de partida. Dentro desta concepção, provavelmente os dados das referidas pesquisas seriam outros bem mais otimistas.

⁸⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.304.

⁸¹ Ibid, p. 304.

⁸² Ibid, p. 305.

5 DEMOCRACIA E DESIGUALDADE

Ignorar os direitos sociais e os princípios igualitários fragilizou a Democracia, por isso, parece que a grande indagação da população está ao redor deste binômio: democracia e desigualdade. De que vale viver em um Estado Democrático de Direito, ter garantidas as liberdades fundamentais, como por exemplo, o princípio da igualdade consagrado no texto constitucional brasileiro, se na prática, se depara com tantas desigualdades? Desigualdade econômica, educacional, social, cultural, dentre tantas outras.

Quando se faz um resgate histórico percebe-se que a democracia nasceu em meio às desigualdades, na lição de Pontes de Miranda:⁸³

Na Grécia e em Roma, eram excluídos os escravos, os bárbaros e os estrangeiros, portanto a maior parte da população. A minoria reunia-se na agora ou nos comícios – para resolver. Democracias deficientes, oligocracias talvez. Em todo caso, ponto de partida para ulteriores desenvolvimentos.

Porém, como bem sinaliza o autor não se poderia requerer que a democracia nascesse em sua plenitude, tem-se na Grécia e em Roma o berço deste instituto. Era de se esperar sim, que com o passar dos anos a humanidade aperfeiçoasse cada vez mais este instituto.

Além da democracia como forma de governo (democracia formal) tem-se a democracia como regime caracterizado pelos fins ou valores de determinado grupo político (democracia substancial). Segundo Norberto Bobbio:⁸⁴

O princípio destes fins ou valores, adotado para distinguir não mais apenas formalmente, mas também conteudisticamente um regime democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzidas nas Constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, mas a igualdade social ou econômica (ao menos em parte).

⁸³ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 191.

⁸⁴ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. Para uma Teoria Geral Política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p. 157.

Tem-se, então, a distinção entre a democracia formal e substancial, sendo que a plenitude do instituto consiste na junção destes dois elementos.

Para John Rawls⁸⁵ existem dois princípios de justiça:

- (1) Cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades básicas iguais para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdades para todos.
- (2) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições: (a) elas devem primeiro ser ligadas a funções e posições abertas a todos, em condições de justa (fair) igualdade de oportunidades e (b) devem proporcionar o maior benefício aos membros mais desfavorecidos da sociedade.

As liberdades denominadas básicas, pelo autor, são entendidas como as liberdades individuais constitutivas do próprio Estado de Direito que teriam como fundamento principal permitir que cada um crie sua independência pessoal autonomia e auto-respeito. Em segunda análise considera-se a pessoa na perspectiva política e social, uma vez que o cidadão não vive isolado e suas liberdades são exercidas no seio da coletividade, daí a necessidade de um vínculo de cooperação social.

A realidade é que, historicamente, os modelos de estados apresentados não deram conta das desigualdades. O Estado Liberal, através do modelo abstencionista, apregoou as liberdades, principalmente, as individuais, e como consequência as liberdades econômicas, como a livre iniciativa, por outro lado, como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho:⁸⁶

(...) esse processo provocou um acréscimo súbito de riqueza, que atingiu níveis jamais vistos. Mas esta riqueza ficou concentrada nas mãos dos empresários, ou da classe burguesa se preferir. É verdade, porém, que isto vale globalmente falando, pois os ciclos econômicos, as crises, freqüentemente retiravam tudo daqueles que num momento haviam sido imensamente ricos. Tudo isto é sabido.

Como consequência desta concentração de riquezas nas mãos de poucos surgem as muitas desigualdades.

⁸⁵ RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução de Irene A. Paternot: seleção,apresentação e glossário Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.144.

⁸⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo:Saraiva, 1999, p.42.

Torna-se bastante complicado pensar nos fundamentos da Democracia, se esta encontra-se desassociada de princípios igualitários, trata-se de um binômio totalmente interligado e até dependente. Em Tocqueville⁸⁷ já encontramos esta preocupação:

(...) democracia para Tocqueville está sempre associada a um processo igualitário que não poderá ser sustado, desenvolvendo-se também diversamente em diferentes povos, conforme suas variações culturais. Porém será sobretudo a ação política deste povo que irá definir se essa democracia será liberal ou tirânica.

As desigualdades sociais podem sim, colocar a Democracia em xeque, na verdade, elas se constituem em ameaças aos institutos democráticos, é como se a Democracia tivesse fracassado.

Com o fim da primeira Guerra Mundial na Alemanha surge um novo modelo estado a partir da Constituição de Weimar, um texto constitucional que tenta se adequar a um novo momento de crise social. Assim define Ferreira Filho:⁸⁸

Nela destacam-se a sujeição da propriedade à função social, com a célebre fórmula: “A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve visar o interesse geral” (art. 153), a repartição das terras (reforma agrária) (art. 155), a possibilidade da “socialização” de empresas (art. 156), a proteção ao trabalho (art. 157), o direito de sindicalização (art. 159), a previdência social (art.161), a co-gestão de empresas (art.165).

Estava assim estabelecido um novo modelo. Foi ele seguido e imitado nas constituições que pouco mais tarde se editaram na Europa(especialmente a espanhola de 1931), e pelo mundo afora, chegando ao direito positivo brasileiro com a Carta de 1934.

Esta é a primeira das nossas que enuncia uma Ordem Econômica e Social (Título IV).

Se com o modelo de estado liberal pretendia-se uma intervenção mínima por parte do estado na vida e liberdades do cidadão, com o estado social, pretende-se uma atuação bem mais direta, é exatamente por isso, que os direitos sociais se constituem em prestação positiva, isto é, um fazer do estado, e os direitos fundamentais uma prestação negativa, um não fazer. Direito à saúde, ao lazer, à cultura, à educação, à previdência é “dever” do Estado neste tipo de modelo. O Estado assume para si prestações de alto custo, são encargos bastante pesados

⁸⁷ WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 1999, p.155.

⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo:Saraiva, 1999, p.49.

que são divididos com os cidadãos através dos impostos. Hoje, percebe-se claramente, principalmente observando a realidade brasileira, que este modelo de estado intervencionista não deu conta das tarefas a que se propôs. Basta sair às ruas para perceber que as desigualdades no Brasil gritam como se fossem manchetes de jornais, desde o senhor que está à porta do condomínio revirando o lixo para se alimentar ou dele ganhar uns trocados até as crianças que ora se apresentam como donos da rua e através do medo impõe a guarda e vigilância do carro ou simplesmente batem no vidro do carro pedindo dinheiro. Até porque, não basta o Estado tomar para si a responsabilidade, declarar tais direitos sociais e não possuir recursos ou programas que os efetivem.

6 DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS (TRATADO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA)

A concepção moderna de Direitos Humanos desenvolveu-se a partir da Segunda Guerra Mundial, pois a partir desse momento histórico para a humanidade tornou-se necessário encontrar mecanismos que se convertessem em direitos de proteção ao ser humano internacionalmente considerado.

Observe-se, então, que os direitos fundamentais quando tratados na órbita internacional assumem a nomenclatura de Direitos Humanos. Pretende-se alcançar com isso uma percepção universalista desses direitos que já foram reconhecidos na esfera nacional de cada Estado.

Segundo o eminente Juiz da Corte Internacional de Direitos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade.⁸⁹

O Direito dos Direitos Humanos não rege as relações entre iguais; opera precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos. Nas relações entre desiguais, posiciona-se em favor dos mais necessitados de proteção. Não busca obter um equilíbrio abstrato entre as partes, mas remediar os efeitos do desequilíbrio e das disparidades. Não se nutre das barganhas da reciprocidade, mas se inspira nas considerações de *ordre public* em defesa de interesses superiores, da realização de justiça. É o direito de proteção dos mais fracos e vulneráveis, cujos avanços em sua evolução histórica se têm devido em grande parte à mobilização da sociedade civil contra todos os tipos de dominação, exclusão e repressão. Neste domínio de proteção, as normas jurídicas são interpretadas e aplicadas tendo sempre presentes as necessidades prementes de proteção das supostas vítimas.

Entretanto, cumpre observar, que não é suficiente implementar regras na tentativa de construir um arcabouço jurídico de Direito Internacional para proteger os Direitos Humanos, o grande desafio ainda se constitui em encontrar mecanismos que sejam eficazes como controladores dos países signatários que infringem os acordos estabelecidos em Tratados ou Convenções. Neste raciocínio, os Direitos Humanos declarados devem conjugar os valores da igualdade e as liberdades civis.

⁸⁹ TRINDADE, Cançado apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 21.

Mas no que consiste um Tratado? Na lição de Louis Henkin⁹⁰ “O termo “tratado” é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional. Além do termo “tratado”, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, como também Tratado ou Acordo Internacional”. Sendo assim, os tratados só se aplicam aos Estados que expressamente consentiram em tais termos, criando obrigações apenas entre esses que estabeleceram um consenso⁹¹, aliás, “ a exigência de consenso é prevista pelo art. 52 da Convenção de Viena, quando dispõe que o tratado será nulo se a sua aprovação for obtida mediante ameaça ou uso da força, em violação aos princípios de Direito Internacional consagrados pela Carta da ONU”.

Os precedentes históricos do processo de internacionalização e universalização dos Direitos Humanos, no dizer de Flávia Piovesan⁹², situam-se:

Ao lado do Direito Humanitário e da Liga das Nações, a Organização Internacional do Trabalho (International Labour Office, agora denominada International Labour Organization) Também contribuiu para o processo de internacionalização dos direitos humanos. Criada após a Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem estar. Sessenta anos após a sua criação, essa Organização já contava com mais de uma centena de Convenções internacionais promulgadas, às quais Estados-partes passavam a aderir, comprometendo-se a assegurar um padrão justo e digno nas condições de trabalho”.

Contudo, há consenso entre os estudiosos do tema que a consolidação dos Direitos Humanos, na esfera internacional, deu-se em decorrência da Segunda Guerra Mundial, como resposta às atrocidades cometidas pelo nazismo contra o princípio maior dos Direitos Humanos, a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, afirma Thomas Buergenthal⁹³, “Seu desenvolvimento (Direitos Humanos), pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de

⁹⁰ HENKIN, Louis apud PIOVESAN, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 65.

⁹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 67.

⁹² Ibid, p. 125.

⁹³ BUERGENTHAL, Thomas apud PIOVESAN, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 129.

que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse”.

A discussão, a partir dos fenômenos suscitados após a Segunda Guerra Mundial alcançou outro tema de profunda relação como os direitos humanos: a doutrina da soberania estatal. O século XX tornou-se um marco no sentido de se questionar a soberania ilimitada dos Estados nacionais. Richard Pierre Claude e Burns H. Weston⁹⁴ entendem que a “soberania estatal não é um princípio absoluto, mas deve estar sujeita a certas limitações em prol dos direitos humanos”.

Em 1945 com a criação das Nações Unidas e a conseqüente Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 instaurou-se uma nova ordem internacional. Como objetivo de alcançar seus intentos as Nações Unidas estruturam-se nos seguintes órgãos⁹⁵: “Assembléia Geral, o Conselho de segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social, o Conselho de Tutela e o Secretariado, nos termos do art.7º da Carta da ONU”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, segundo René Cassin⁹⁶ (...) “caracteriza-se, primeiramente, por sua amplitude. Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem as quais um ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: e aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide”. O Artigo 55 da Declaração evidencia seus objetivos principais

Com vistas à criação de condições de estabilidade e bem-estar necessárias para o desenvolvimento de relações pacíficas e amistosas entre as nações, baseada no respeito pelo princípio de direitos igualitários e autodeterminação dos povos, a Organização das Nações Unidas deverá promover: a. padrões mais altos de vida, oportunidades de emprego para todos e condições para o progresso e desenvolvimento econômico e social; b. soluções de problemas econômicos, sociais, da saúde e afins; e cooperação internacional nas áreas culturais e educacionais; e c. respeito

⁹⁴ PIERRE, Richard Claude ; WESTON, Burns H. apud PIOVESAN, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 131.

⁹⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 137.

⁹⁶ CASSIN, René apud PIOVESAN, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 142.

universal e obediência aos direitos humanos e liberdades fundamentais para todos sem distinção de raça, sexo, idioma ou religião.

Com a elaboração da Carta Internacional dos Direitos Humanos inaugurou-se o sistema de proteção global dos direitos Humanos, na lição de Flávia Piovesan⁹⁷,

Esse processo de “juridicização” da Declaração, começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos – o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que passavam a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, esses dois Pactos Internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos.

O Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos enumera prestações negativas e positivas por parte dos Estados-membros no sentido de proteger direitos individuais, já o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece medidas econômicas e técnicas que devem ser adotadas de forma progressiva pelos países signatários a fim de alcançarem a realização dos direitos descritos na esfera dos direitos sociais.

O Brasil desde o processo de abertura democrática que culminou com a Constituição de 1988 adotou importantes medidas protetivas na esfera de Direito Internacional. O texto de 1988 estabeleceu como princípio fundamental do Estado a dignidade da pessoa humana, e, ao descriminar os direitos e deveres individuais, no Artigo quinto, estabeleceu um rol exemplificativo deixando expresso no parágrafo segundo que “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”.

Desde então, importantes tratados internacionais foram ratificados pelo Brasil, como leciona Flávia Piovesan:⁹⁸

Dentre eles, destaque-se a ratificação: a) da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes,

⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 160.

⁹⁸ Ibid, p.236.

em 28 de setembro de 1989; c) da Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; d) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a mulher, em 27 de novembro de 1995; h) do Protocolo à Convenção Americana referente à abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996 e i) do Protocolo à Convenção americana referentes aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1986.

Ainda que seja bastante expressiva a participação nacional ratificando vários dos instrumentos internacionais existentes, outros ainda aguardam a ratificação do Estado brasileiro.

Cumprido ressaltar no contexto dos Tratados Internacionais a previsão normativa de suspensão de direitos e garantias fundamentais em caso de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou a segurança do Estado-membro, feita pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) em seu artigo vinte e sete:

Artigo 27 – Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 6º (proibição da escravidão e da servidão), 9º (princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (liberdade de consciência e religião), 17 (proteção da família), 18 (direito ao nome), 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade) e 23 (direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

Finalmente, determina o referido artigo que o Estado-parte que se enquadrar nessa situação deverá comunicar imediatamente aos outros Estados-partes, através do Secretário Geral da Organização dos Estados Americanos, os direitos que foram suspensos e as razões que fundamentaram tal suspensão, além da data em que esta se findará.

7 PRINCÍPIOS FORMADORES DO SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CRISES

O regime de normalidade é imprescindível ao Estado que se curva ao Império do Direito, contudo, em dado momento esta normalidade pode ser fragilizada, e, a sua previsão, já se constitui em fator importante para se restabelecer a ordem.

Sabe-se que o Estado de Direito é reconhecido como tal na medida em que os indivíduos que lhe pertencem têm suas liberdades garantidas pela própria limitação que impõe ao poder estatal. Requer-se que tais limitações estejam presentes, inclusive, quando este Estado passa por crise, seja esta de ordem econômica, política, social ou até mesmo aquelas definidas na Constituição Federal como crise constitucional.

O legislador originário fez a previsão de medidas destinadas à defesa do Estado de Direito, bem como de suas instituições democráticas para os tempos de instabilidade constitucional, isto é, tempos de crise.

Mas no que consiste o sistema constitucional de crises? Kildare Gonçalves Carvalho⁹⁹ assim define:

O conjunto de normas constitucionais estruturadas, ordenadas e coerentes, tendo como ponto comum as crises, é fundado nos princípios da necessidade e temporariedade. O primeiro caracteriza-se pela ocorrência de situações que, pela sua gravidade, colocam em risco a estabilidade do regime, objetivando, por isso mesmo, a manutenção e a preservação da ordem constitucional e das instituições. O princípio da temporariedade significa que a exceção constitucional terá duração e prazos determinados.

Com isto, o autor ressalta a excepcionalidade deste período. As medidas adotadas para restaurar a ordem são medidas de exceção, por isso, estão condicionadas a um tempo (temporariedade) e a sua real necessidade (conveniência). Sendo assim, todos os atos estão sujeitos ao controle judicial para apreciar possíveis desvios e abusos.

O grande objetivo das medidas de exceção constitucional não é o de suspender os direitos fundamentais do cidadão, mas o de defender o próprio Estado Democrático

⁹⁹CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.550.

de Direito. Segundo Nagib Slaib Filho¹⁰⁰ “Os direitos individuais são prevalecentes ainda quando em situação de poderes de crise e a suspensão das garantias do exercício de tais direitos, é sempre, eventual, excepcional e de aplicação restrita.”

Sendo assim, o sistema de crises só poderá ser evocado mediante a real necessidade que justifique sua decretação. Ressalta-se que a verificação do princípio da necessidade deve encontrar amparo no texto constitucional uma vez que seria muito subjetivo e discricionário se ficasse a critério de cada Presidente o que certamente comprometeria a estabilidade das instituições públicas. Outro princípio já mencionado é o da temporariedade uma vez que os institutos têm limitação temporal prevista na Lei Maior.

E, finalmente, o princípio da proporcionalidade, que segundo Uadi Lammêgo Budos¹⁰¹ é fundamental, pois “para serem adotadas tais medidas, elas devem ser proporcionais aos fatos que justificam a sua adoção. Esse vetor é um desdobramento do princípio da necessidade”. Ora, o princípio da proporcionalidade vem corroborar com os demais princípios, porque se constitui em instrumento importante para avaliar os atos do Poder Público.

¹⁰⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.776.

¹⁰¹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1126.

8 A CONSTRUÇÃO DOS SISTEMAS DE EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL

Ao contrário do que pode se pensar, prever situações de anormalidade e mecanismos de defesa não é tema das constituições contemporâneas. Desde a antigüidade tais institutos se fizeram presentes com o objetivo de estabelecer leis de autodefesa a fim de preservar o *status quo* com medidas de profilaxia.

Na Grécia antiga, as medidas excepcionais eram exercidas por um tirano, que segundo Kildare Gonçalves Carvalho¹⁰² tinha,

(...) poderes discricionários a serem exercidos em situações de anormalidade, caracterizadas pelas lutas internas. Eleito por tempo certo, o tirano demitia-se após a normalização do estado de guerra e a restauração da paz.

Interessante observar a previsão do princípio da temporariedade do tirano neste poder, sendo legítimo apenas enquanto durasse a instabilidade, e ainda, sendo este fruto de eleição.

Da mesma forma, através da figura de um ditador, Roma resolvia suas crises, isto porque, no dizer de Kildare Gonçalves Carvalho:¹⁰³

(...) as situações de emergência determinavam a adoção de providências enérgicas, com a supressão de algumas instituições jurídico-constitucionais, tais como, *intercessio*, a fim de que os demais magistrados não se opusessem às decisões superiores do ditador, e a *provocatio ad populum*, vedando-se qualquer apelação das sentenças do ditador romano, que por isso mesmo, era considerado irresponsável por seus atos. Note-se que a ditadura romana compreendeu o período de 501 a.C a 216 a.C, antes de se degenerar em instrumento de poder pessoal dos ditadores perpétuos (César e outros) (...)

A ditadura romana em nada se identifica com a concepção semântica que temos hoje da palavra, governo autoritário, tratava-se do exercício do poder previsto legalmente, por tempo determinado, isto é, seis meses.

¹⁰² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 766.

¹⁰³ *Ibid*, p.252.

O instituto denominado lei marcial foi o escolhido pela Inglaterra e Estados Unidos para nortear estes períodos de turbulência constitucional. Segundo Carvalho:¹⁰⁴

(...) a lei marcial, embora possibilite a utilização da força para a repressão de tumultos ou outras desordens, não exclui a responsabilidade pelos atos abusivos ou excessivos eventualmente praticados pelos agentes do Executivo, militares ou simples cidadãos, que deverão responder perante o Judiciário.

Cumprir observar, que a previsão do controle dos atos abusivos durante a vigência do instituto, sejam do Executivo, militares ou até mesmo cidadãos, pelo Judiciário. Este controle, sem dúvida, confere maior legitimidade ao instrumento, até porque, nenhum texto constitucional fará previsão de golpes e nenhum de seus dispositivos tem força capaz de impedi-lo. Surgem assim duas possibilidades prescritas por Oscar Dias Corrêa in Carvalho:¹⁰⁵

(...) a hipótese de prever a emergência e vê-la utilizada com ou sem real necessidade e conveniência, o que será sempre difícil distinguir, na realidade, e correndo o risco de não retornar, facilmente à normalidade; e a hipótese de não a prever, com o risco da subversão e dissolução do regime, pela vitória sobre ele, das forças internas ou externas, que o enfrentam e minam, claro que a Democracia só poderia optar pelo risco menor, a primeira alternativa.

Em suma, em diferentes épocas, diferentes povos cuidaram de se precaverem através de institutos legislativos contra as possíveis ameaças às instituições públicas em nome da segurança nacional. No Brasil, segundo Orlando Soares:¹⁰⁶

[...] durante a fase colonial, os instrumentos legais que disciplinavam o assunto se encontravam, cronologicamente, nas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603), sendo que estas últimas vigoraram aqui, como fontes subsidiárias do ordenamento jurídico, até 1916, visto que a 1º de janeiro de 1917 entrou em execução o novo Código Civil, que as revogou expressamente (artigo 1807). Foi sob a égide dessa legislação que se instauraram os respectivos processos contra o precursor da Independência do Brasil, ou seja, Manuel Beckman (Maranhão, 1685), cuja condenação à morte “iniciara no calendário cívico, a cronologia dos antecedentes da liberdade. Seria considerado um profeta da sublevação nacional” (Pedro, Calmon, Histórias das Américas, Vol. IV, p. 75), e Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, condenado à morte na forca, em consequência de sua participação no episódio heróico da Inconfidência Mineira (1789), sendo degolada a sua cabeça, após a execução, e levada à Vila Rica, onde foi exposta em lugar público [...]

¹⁰⁴ Ibid, p. 767.

¹⁰⁵ Ibid, p. 766.

¹⁰⁶ SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.515.

Pelo que constam os relatos históricos, o Brasil também possuiu mecanismos de controle e autodefesa desde longa data. A princípio, como acima referido, a fonte legislativa que servia de base para a aplicação dos instrumentos defensivos era a legislação estrangeira, já na fase Imperial, o suporte legislativo ficou por conta do Código Criminal de 1830 e de várias Leis infraconstitucionais, como por exemplo, Lei n. 23, de 04.04.1835 que tratava dos Crimes contra a Ordem Política e Social. A Constituição Imperial de 1824, segundo Raul Machado Horta:¹⁰⁷

[...] consagrou o Governo monárquico hereditário, constitucional e representativo (art. 3º), atendeu à definição proposta no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. É documento que se destinava à organização dos poderes políticos do Império e a garantir os direitos individuais.

O texto constitucional em seu Capítulo VII, determinava a criação de um Conselho de Estado compostos por dez membros (que não se confundiam com os Ministros de Estado) nomeados pelo Imperador. O artigo 142 da referida Constituição esclarecia que os membros do Conselho seriam ouvidos em todos os negócios graves e medidas gerais da Administração Pública, principalmente em caso de declaração de guerra ou ajustes de paz. Cumpre observar que a Constituição não é explícita, nem se refere declaradamente ao estado de defesa ou estado de sítio.

Como fruto de um Congresso Constituinte em 1891 surgia a primeira Constituição republicana do Brasil, segundo Raul Machado Horta [...] “é fundamentalmente uma Constituição de organização de Poderes e da garantia dos direitos individuais, tal qual a Constituição do Império de 1824, não obstante a individualidade de cada uma no campo das decisões fundamentais das formas políticas”.

Com o advento da República e da nova Constituição paralelamente tem-se uma lei infraconstitucional, a Lei n. 244 de 11.09.1936, cujo objetivo é instituir o Tribunal de Segurança Nacional.

A Constituição Republicana de 1891 trouxe no Título V – Das Disposições Gerais – artigo oitenta - a previsão do estado de sítio que poderia ser decretado em qualquer

¹⁰⁷ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 53.

parte do território suspendendo as garantias constitucionais por tempo determinado (até quando a segurança da República exigir) em caso de agressão estrangeira ou comoção intestina. Convém notar que o texto já trazia um pequeno rol de direitos que poderiam sofrer restrição: detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns e o desterro para outros sítios do território nacional. E ainda, evidencia o texto a necessidade de uma fundamentação por parte do Presidente da República acerca das medidas de exceção que foram tomadas. Finalmente, como medida bastante republicana responsabiliza as autoridades por possíveis abusos cometidos durante a vigência do instituto.

Em termos constitucionais a doutrina sobre a Segurança Nacional não diz respeito à atualidade, ela remonta à Constituição de 1934 que estabeleceu um Título, VI, para tratar o assunto. O texto estabelecia a criação de um Conselho Superior de Segurança Nacional, que deveria ser presidido pelo Presidente da República e teria como membros os Ministros de Estado, o Chefe de Estado-Maior do Exército e o Chefe de Estado-Maior da Armada.

Não é por acaso que o texto constitucional reservaria na década de trinta um capítulo exclusivo à Segurança Nacional. Em toda Europa crescia a ideologia imperialista do nazifascismo, ideologia essa que tão logo chegaria ao Brasil e como obstáculo a estes ideais imperialista afirma Orlando Soares¹⁰⁸ surgiu

[...] a denominada Intentora Comunista, liderado por Luiz Carlos Prestes, movimento esse que não impediu, no entanto, o advento do estado Novo, em 1937, sob a inspiração dos regimes instalados na Alemanha, Itália e Japão – os chamados Países do Eixo – cuja ação imperialista desencadeou a Segunda Guerra Mundial (1939-1945).

De fato, após 1930, começou a expandir-se o integralismo, movimento político de índole nazifacista, coordenado pela Ação Integralista Brasileira liderada pelo escritor Plínio Salgado, em cujo auge da campanha chegou a promover um desfile popular no Rio de Janeiro, contando com quatro mil participantes e outro em São Paulo com três mil [...]

Tempo de muitas turbulências, de um lado grupos e movimentos que apoiavam Getúlio Vargas, do outro lado, alguns poucos heróis tentando resistir a implantação de uma ditadura que chegaria através de um Golpe Político-Militar em 1937

¹⁰⁸ SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.517.

fundamentado em uma doutrina: Segurança Nacional. A partir de então todos os atos arbitrários do governo se justificariam, tudo em nome da defesa da Nação.

O texto de 1937 trouxe assim, um Capítulo especial reservado à Defesa do Estado. O artigo 166 prescrevia o estado de emergência que poderia ser evocado em caso de ameaças externas ou iminência de perturbação interna, ou ainda, muito a propósito, em caso de “plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos”.

A tentativa de fortalecimento do Poder Executivo e a falta de controle e fiscalização de seus atos pelo Legislativo fica evidenciada quando o texto expressamente diz no parágrafo único do artigo 166 que “Para nenhum desses atos será necessária a autorização do Parlamento nacional, nem este poderá suspender o estado de emergência ou o estado de guerra declarado pelo Presidente da República”.

O texto também estabelece um rol das medidas que poderiam ser tomadas pelo Presidente da República durante o estado de emergência, a saber: “detenção em edifício ou local não destinados a réus de crime comum; desterro para outros pontos do território nacional ou residência forçada em determinadas localidades do mesmo território, com privação da liberdade de ir e vir; censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas; suspensão da liberdade de reunião; busca e apreensão em domicílio”. Muito interessante, diria o leitor desatento, porém de que adiantaria estabelecer um rol, a princípio restrito, se está negado o acesso ao Judiciário, é o que determina o artigo 170 “Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juízes e Tribunais”. E como se tudo isso não bastasse, na vigência do estado de guerra o Presidente poderia estabelecer as partes da Constituição que continuariam em vigor.

A Constituição de 1946 tratou do tema das medidas de exceção em sua parte final, no Título IX, Das Disposições Gerais, em seu artigo 206 “ O Congresso Nacional poderá decretar o estado de sítio nos casos: I - de comoção intestina grave ou de fatos que evidenciem estar a mesma a irromper;II - de guerra externa”. Deixando a critério da lei que viesse a instituir o Estado de Sítio no caso do inciso II, as diretrizes para a sua aplicação bem como os Direitos e Garantias que seriam suspensos. No

caso do inciso I, os Direitos que poderiam ser suspensos já foram elencados no próprio texto constitucional, a saber:” I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a réus de crimes comuns; III - desterro para qualquer localidade, povoada e salubre, do território nacional”. Sendo que O Presidente da República poderia determina ainda a suspensão de outros Direitos: “I - a censura de correspondência ou de publicidade, inclusive a de radiodifusão, cinema e teatro; II - a suspensão da liberdade de reunião, inclusive a exercida no selo das associações;III - a busca e apreensão em domicílio; IV - a suspensão do exercício do cargo ou função a funcionário público ou empregado de autarquia, de entidade de economia mista ou de empresa concessionária de serviço público;V - a intervenção nas empresas de serviços públicos”.

O texto constitucional também garantia o critério da temporariedade, visto que, estabelecia o prazo de trinta dias para a vigência do estado de sítio e o limite para sua prorrogação, não poderia ser prorrogado de cada vez, por prazo superior a esse.

Muito embora não houvesse no texto expressa responsabilização do Poder Público pelas arbitrariedades cometidas, reservou-se a possibilidade do acesso ao Poder Judiciário, uma vez comprovada a inobservância das prescrições determinadas pela Constituição.

Desde então, muitos outros fatores históricos contribuíram para o fortalecimento da política de implantação da Doutrina de Segurança Nacional no Brasil que para alguns pensadores, como Orlando Soares, se constituiu em fator de desestabilização das instituições brasileiras. Para o referido autor¹⁰⁹

Após a Segunda Guerra Mundial, que guindou os EUA à condição de principal país capitalista, centro do imperialismo, era de se esperar que dali partissem as novas concepções da Doutrina de Segurança Nacional, que se irradiariam pelos países sob a sua ótica de influência.

A estreita ligação, então surgida entre os oficiais norte-americanos e militares brasileiros, que participaram da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), chegou mesmo a fazer com que esses militares partilhassem da expectativa de continuação da guerra – ou de início de uma terceira – opondo desta vez os aliados ocidentais à União Soviética, em face da expansão imperialista desta.

¹⁰⁹Ibid, p.517

Fruto dessa influência americana no Brasil, neste período, surge a Escola Superior de Guerra (ESG). Em seu interior foram elaborados os princípios que norteariam a doutrina de Segurança Nacional que em 1968 se converteria em Decreto Lei 314/68 e como subproduto da Escola surgiram vários órgãos de repressão como, por exemplo, o Serviço Nacional de Informação (SNI). De forma organizada e estruturada o Estado atuava com uma rede integrada de informações.

Até a edição da Constituição que se seguiria a de 1967, o poderio militar fortaleceu-se incomensuravelmente. Com a derrubada do Governo João Goulart, o presidente da Câmara assumiu o poder em caráter provisório, no entanto, a denominada junta governativa formada pelos ministros militares, foi que efetivamente governou o país durante este árduo período, através dos Atos Institucionais. Mais uma vez em nome da Segurança Nacional, contra a subversão, a corrupção, a infiltração comunista, de forma arbitrária e ao arrepio do texto Constitucional os “representantes do Executivo” legislaram normas altamente opressivas para impor a qualquer custo um regime puramente militar.

Conforme prescreve Paulo Bonavides:¹¹⁰

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constitucional. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Esse texto pode ser lido no preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, bem como o que se segue: “Fica, assim, bem claro que a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é o que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerentes a todas as revoluções, a sua legitimação.”

Sendo assim, de posse da referida legitimidade foram editados 17 Atos Institucionais entre os anos de 1964 a 1969. O primeiro que a princípio nem possuiu número destinou-se a implantar o novo regime e justificá-lo. Contendo inclusive preâmbulo, tal qual texto constitucional, destinou-se¹¹¹ “A assegurar ao novo Governo a ser

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo ; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**.3 .ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra,1991, p.429.

¹¹¹Ato Institucional Número Um. **Wikipédia**. Disponível em: <http://pt.wikisource.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Um>. Acesso em: 22 mar 2006.

instituído os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional de nossa Pátria”.

E assim se sucederam as arbitrariedades, cassação de mandatos de deputados federais, suspensão de direitos políticos de civis e militares considerados subversivos, extinção de Partidos Políticos, eleições indiretas para Presidência da República e com o objetivo de revestir o Presidente de poderes especiais permitia que o mesmo decretasse estado de sítio por cento e oitenta dias sem consulta prévia ao Congresso. Assim determinava o artigo 13 do Ato Institucional Número Dois¹¹²: “O Presidente da República poderá decretar o estado de sítio ou prorrogá-lo pelo prazo máximo de cento e oitenta dias, para prevenir ou reprimir a subversão da ordem interna”. O artigo seguinte, 14, suspendia as garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como permitia ao Poder Público demitir, remover, dispensar, aposentar, reformar (no caso de militares) aqueles que se mostrassem incompatíveis “com os objetivos da Revolução”.

O Ato Institucional Número Quatro baixado por Humberto de Alecar Castello Branco em 1966 tentava justificar seu objetivo maior: editar um novo texto constitucional que viesse substituir a então fora de contexto (Constituição de 1946). Tal justificativa se apresentou em forma de Considerandos:¹¹³

CONSIDERANDO que a Constituição federal de 1946, além de haver recebido numerosas emendas, já não atende às exigências nacionais;

CONSIDERANDO que se tornou imperioso dar ao País uma Constituição que, além de uniforme e harmônica, represente a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução;

CONSIDERANDO que somente uma nova Constituição poderá assegurar a continuidade da obra revolucionária;

CONSIDERANDO que ao atual Congresso Nacional, que fez a legislação ordinária da Revolução, deve caber também a elaboração da lei constitucional do movimento de 31 de março de 1964;

¹¹² Ato Institucional Número Dois. **Wikipédia**. Disponível em: <http://pt.wikisource.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Dois>. Acesso em: 22 mar 2006.

¹¹³ Ato Institucional Número Três. **Wikipédia**. Disponível em: <http://pt.wikisource.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Quatro>. Acesso em: 22 mar 2006.

CONSIDERANDO que o Governo continua a deter os poderes que lhe foram conferidos pela Revolução;

Isto posto, em 1967 é “promulgado” um novo texto constitucional para atender as exigências do regime ditatorial que se instalara no país. Além disso, o Governo também editou um Decreto-Lei, o de número 314 para reforçar a Doutrina de Segurança Nacional.

O texto de 1967 estabeleceu uma seção para o tem Segurança Nacional (seção V), definiu a composição e competência do Conselho de segurança Nacional em seu Artigo noventa e um:¹¹⁴

Artigo 91 compete ao Conselho de Segurança Nacional:

I - o estudo dos problemas relativos à segurança nacional, com a cooperação, dos órgãos de informação e dos incumbidos de preparar a mobilização nacional e as operações militares;

II – nas áreas indispensáveis à segurança nacional, dar assentimento prévio para:

a) concessão de terras, abertura de vias de transporte e instalação de meios de comunicação;

b) construção de pontes e estradas internacionais e campos de pouso;

c) estabelecimento ou exploração de indústrias que interessem à segurança nacional;

III – modificar ou cassar as concessões ou autorizações referidas no item anterior.

Parágrafo único. A lei especificará as áreas indispensáveis à segurança nacional, regulará sua utilização e assegurará, nas indústrias nelas situadas, predominância de capitais e trabalhadores brasileiros.

No Capítulo V fez a previsão da decretação do estado de sítio que poderia ocorrer em caso de grave perturbação da ordem ou em caso de guerra especificando as seguintes medidas coercitivas: obrigação de residência em localidade determinada, detenção em edifícios não destinados aos réus de crimes comuns, busca e apreensão em domicílio, suspensão da liberdade de reunião e de associação, censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas, uso ou ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviços públicos , assim

¹¹⁴Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 22 jun 2006.

como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades.No entanto este não pode ser considerado um rol que pudesse restringir a atuação do Poder Público, porque o parágrafo terceiro do artigo cento e cinquenta e dois prescrevia amplos poderes ao Presidente¹¹⁵: § 3º - “A fim de preservar a integridade e a independência do País, o livre funcionamento dos Poderes e a prática das instituições, quando gravemente ameaçados por fatores de subversão ou corrupção, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá tomar outras medidas estabelecidas em lei.”

No início de 1968 se intensificaram as manifestações contra o regime militar, estudantes foram às ruas clamar pelo fim da ditadura, simultaneamente greves eram deflagradas, estava instalada uma comoção nacional. O Governo se sentia cada vez mais ameaçado, segundo pregavam seus líderes ocorrera a união do comunismo com a oposição. Sentindo-se fragilizado e com a justificativa de que existia no país um processo bem adiantado de guerra revolucionária, o Conselho de segurança Nacional adota medidas repressivas bem mais radicais: em 13 de dezembro de 1968 o Presidente Costa e Silva decreta o mais radicais de todos os Atos Institucionais, o AI-5.

O AI-5 deu poderes absolutos ao Executivo na pessoa do Presidente da República e seu primeiro artigo confirmou a vigência da Constituição de 1967.e instituiu de forma clara e objetiva a tortura contra os opositores do regime. Amparado pelo art.2º o Presidente decretou o recesso do Congresso Nacional por tempo indeterminado¹¹⁶ (“Art.2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República”).

Outra vez o povo brasileiro experimentava o gosto amargo de um regime ditador. O domínio era total inclusive nos estados e municípios através das intervenções, os

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ato Institucional Número Cinco. **Wikipédia** Disponível em: <[http://pt.wikisource.org/wiki/Ato Institucional N%C3%BAmero Cinco](http://pt.wikisource.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Cinco)>. Acesso em: 23 mar 2006.

mandatos eleitorais foram cassados e os direitos políticos daqueles que foram considerados subversivos foram suspensos por dez anos.

As liberdades individuais do cidadão comum, fruto de conquista, foram suspensas pelo regime. Era possível e previsto inclusive o confisco de bens. Assim prescrevia o Artigo oitavo¹¹⁷ “O Presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis”.

Mais uma vez em nome da proteção à Pátria foi possível, inclusive, suspender o *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

E assim depois deste vieram mais doze Atos Institucionais, todos alcunhados de legislação de exceção para legitimar os atos do Governo Militar. O Ato Institucional número seis, editado em 1969, além de reduzir de dezesseis para onze o número de ministros do Superior Tribunal Federal e estabelecer outras aposentadorias compulsórias, bem como novas cassações definiu mais detalhadamente os crimes contra a Segurança Nacional e a competência para julgá-los: a Justiça Militar. E assim, prosseguia o regime a cada novo ato uma nova lista de cassações e mais restrições de direitos e mais poder ao Executivo, o Ato Institucional sete¹¹⁸ “anulou o calendário eleitoral, suspendendo todas as eleições parciais para cargos executivos ou legislativos da União, dos estados, dos territórios e dos municípios até novembro de 1970”. O Ato Institucional número oito acelerou as reformas administrativas, o nove, decretou a aposentadoria de¹¹⁹ “219 professores universitários e pesquisadores”, bem como tratou de reforma agrária.

Com o AI-10 mais cassações de mandatos eletivos federais, estaduais e municipais. Com o AI-11 estabeleceu-se um novo calendário eleitoral (15 de novembro de 1969), era a tentativa de uniformizar o fim dos mandatos de prefeitos e vereadores.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ **Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro**. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/dhbb/verbetes_htm/5744_1.asp>. Acesso em: 20 abr 2006.

¹¹⁹ Ibid.

Mesmo que os militares ainda estivessem no controle da situação crescia a tensão nestes períodos, isto porque os movimentos cresciam e com isso¹²⁰

a repressão se intensificou, sendo efetuadas numerosas prisões sob a acusação de envolvimento com a Vanguarda Popular Revolucionária (VPR), dirigida pelo ex-capitão Carlos Lamarca. O governo desmantelou também o Movimento Revolucionário 8 de Outubro (MR-8) e liquidou focos de guerrilhas.

Neste ínterim, o Presidente da República é afastado por razões de enfermidade (uma trombose cerebral) e assume interinamente o Governo, apoiados no Ato Institucional número doze uma junta militar¹²¹ “constituída pelos ministros militares o general Aurélio Lira Tavares, do Exército, o brigadeiro Márcio de Sousa Melo, da Aeronáutica, e o almirante Augusto Rademaker Grunewald, da Marinha”. Não demorou muito para que o exercício do poder pela junta militar produzisse mais frutos (próprios do regime), no dia seguinte, mais dois atos foram editados: AI-14 e AI-15. O primeiro instituiu¹²² “banimento do território nacional de pessoas perigosas para a segurança nacional”, o segundo, “modificava o artigo 150 do texto constitucional de 1967” admitia a pena de morte ou prisão perpétua “em casos de guerra externa, psicológica adversa, revolucionária ou subversiva”.

Cabe ainda considerar que embora o período fosse de profunda repressão e agressão às liberdades individuais, o país passava por crescimento econômico o que projetava nas pessoas mais alheias um sentimento de “segurança” no plano econômico, além disso, o Governo fazia um bom “marketing” de si mesmo ganhando com isso prestígio diante das camadas mais populares.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid.

¹²² Ibid.

9 A LEGALIDADE EXTRAORDINÁRIA E O ESTADO DE DEFESA

9.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL E OBJETIVO DA MEDIDA

O texto Constitucional brasileiro¹²³ de 1988 prevê no artigo 136 que:

O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grande proporções na natureza.

Celso Ribeiro Bastos¹²⁴ entende que “tem este instituto o objetivo de restabelecer, numa área restrita, a ordem pública ou a paz social que estejam sendo ameaçadas por razões político-sociais ou razões da própria natureza, como calamidades de grande proporção”.

Sendo medida emergencial o estado de defesa irá pautar-se no princípio da temporariedade quando o legislador estabelece que este não será superior a trinta dias, prorrogáveis uma vez(CF, art.136, §2º).

A competência para sua decretação é do Presidente da República, que precederá sua reunião com os Conselhos da República e de Defesa Nacional, e ainda, depois de decretado deverá ser submetido ao Congresso Nacional, que poderá decidir por maioria absoluta.

Os direitos individuais que poderão sofrer restrições são: direito de reunião, sigilo de correspondência, de comunicação, e a possibilidade de ocupação e uso, temporário, de bens e serviços públicos (se a hipótese aventada for a de calamidade pública).Ao enumerar em rol taxativo os direitos que poderão sofrer restrições, a Constituição Federal enquadra-se no sistema rígido, como prescreve Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹²⁵ “Rígidos são todos os sistemas em que o rol de medidas extraordinárias que

¹²³ BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.

¹²⁴BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.437.

¹²⁵FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A reconstrução da democracia**. São Paulo: Saraiva,1979, p.215-216.

a declaração de emergência consente, é predeterminado, sendo taxativamente enumerado na lei.” Com isto pretende o legislador limitar as ações do poder estatal, porém, mesmo assim, é possível que haja abuso. Ao contrário disto, se o sistema fosse flexível não determinaria rol, autorizando assim as medidas necessárias, a partir de cada caso concreto.

9.2 CONCEITO

Defender o Estado é proteger, de modo incondicional, o território brasileiro contra as invasões estrangeiras como prescreve o texto Constitucional em seus artigos 34, inciso, II: “repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da federação”; e 137, inciso, II, “declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira”. E ainda, é defender a soberania nacional, (artigo 91 da Constituição Federal), bem como defender a Pátria através da Forças Armadas (artigo 142 da Constituição Federal).

Trata-se de uma modalidade mais branda de estado de sítio e corresponde às antigas medidas de emergência do direito constitucional anterior e não exige para sua decretação, por parte do Presidente da República, autorização do Congresso Nacional. Neste sentido, Uadi Lammêgo Budos¹²⁶, afirma que a sobrevivência da democracia: “é a garantia da própria Constituição, porque o equilíbrio relativo é o traço característico dos Estados democráticos. Isso envolve o respeito da soberania, da separação de Poderes, do federalismo, da República, da livre concorrência, das liberdades pública etc”.

9.3 PRESSUPOSTOS MATERIAIS PARA A DECRETAÇÃO DO ESTADO DE DEFESA

Depreendem-se como pressupostos materiais para a legítima decretação do estado de defesa a grave perturbação da ordem pública ou da paz social decorrentes da instabilidade institucional ou de calamidades de grande proporção na natureza.

¹²⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1118.

9.4 PRESSUPOSTOS FORMAIS

A condição básica para a decretação do estado de defesa é a prévia oitiva dos Conselhos da República e de defesa Nacional.

A Constituição Federal faz previsão do conselho da República em seu art. 89 e diz tratar-se de órgão superior de consulta do Presidente da República e através de seus incisos determina quem são seus componentes a saber: o Vice-Presidente da República; o Presidente da Câmara dos deputados; o Presidente do Senado Federal; os líderes da maioria e minoria na Câmara dos Deputados; os líderes da maioria e minoria no Senado Federal; o Ministro da Justiça; seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução.

Outro pressuposto formal é o decreto presidencial que deverá estabelecer o tempo de duração da medida, as áreas abrangidas e as providências a serem adotadas, as quais poderão restringir nos termos da lei ordinária: o direito de reunião, o sigilo de correspondência e o sigilo de comunicação telegráfica e telefônica.

Finalmente, o terceiro e último pressuposto formal que é a submissão do ato, com sua respectiva justificativa, ao Congresso Nacional, no prazo de vinte e quatro horas. Se o Congresso não estiver reunido, deverá ser convocado em cinco dias, cabendo-lhe apreciar o decreto em dez dias. Se o decreto for rejeitado deverá ocorrer a cessação imediata do estado de defesa.

Cumprir observar que o tempo de duração do estado de defesa é de trinta dias sendo este período prorrogável apenas uma vez. Se ao término de sessenta dias, as medidas adotadas forem insuficientes, dependendo das circunstâncias, ser decretado o estado de sítio.

Cumprir observar, que a competência para a decretação do estado de defesa é o do Presidente da República, sendo pacífico o entendimento que os pareceres emitidos pelos Conselhos da República e da Defesa Nacional não são vinculantes.

9.5 DIREITOS E GARANTIAS RESTRINGIDOS PELO INSTITUTO

Conforme prescrição do art.136, § 1º, da CF, os limites constitucionais de atuação do poder estatal estão adstritos aos termos e limites da lei. Não se pode pensar, então que haveria um poder discricionário ampliando o rol de direitos restringidos durante o estado de defesa, isto porque a discricionariedade limita-se ao rol exposto pelo legislador originário.

Isto posto, segue o art.136 apresentando as medidas coercitivas que podem ser invocadas pelo poder público, a saber:

9.5.1 O direito de reunião, ainda que exercido no seio das associações

Na lição de Flávia Piovesan¹²⁷, o direito de reunião garante a existência e organização da sociedade civil, instituto próprio e imprescindível ao Estado Democrático de Direito:

As liberdades de reunião e de associação garantem a existência da sociedade civil, que, por sua vez, assegura a vigência de um regime democrático. O exercício destas liberdades revelam assim a capacidade de organização de uma sociedade civil e o grau de amadurecimento democrático. Os direitos de reunião e de associação, a existência de uma sociedade civil e a vigência de um regime democrático são pressupostos fundamentais ao exercício pleno da cidadania, sem o qual os demais direitos fundamentais não podem ser verdadeiramente implementados .

No seio das liberdades públicas está o direito público subjetivo tutelado pelo texto constitucional¹²⁸ que assegura em seu artigo 5º, inciso XVI:

XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

¹²⁷ PIOVESAN, Flávia. **Enciclopédia Digital de Direitos Humanos II**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_liberdadereuniao.html. Acesso em 25 jun 2006.

¹²⁸ BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.

O próprio texto constitucional estabelece algumas condições para o exercício pleno deste direito: primeiramente, a sua finalidade que deverá ser lícita e pacífica, portanto, sem o uso de armas; em seguida tem-se outra condição, o local deverá ser aberto ao público e determinado, isto porque, reunião anteriormente convocada para o mesmo local não poderá ser frustrada, ainda que o percurso seja móvel no caso de passeatas, que nada mais é do que uma reunião em movimento; exige-se ainda, que a autoridade competente seja comunicada. Ressalta-se que o inciso não prevê a necessidade de autorização, mas de comunicação, sendo assim, cabe às autoridades o dever de zelar pela ordem pública, não cerceando, porém, o direito de reunião. Qualquer ação que se converta em obstáculo ao exercício pleno deste direito deverá ser entendido como abuso de autoridade, sendo cabível o instrumento constitucional processual que tutela este direito: Mandado de Segurança.

Na lição de André Ramos Tavares¹²⁹ a liberdade reunião compreende o direito de: "1º) convocar, 2º) organizar ou liderar reunião e 3º) efetivamente participar desta, agrupando-se com outras pessoas".

Neste sentido, se posicionou o supremo Tribunal Federal em sede de ADI-MC nº1969-DF:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - OBJETO - DECRETO. Possuindo o decreto característica de ato autônomo abstrato, adequado é o ataque da medida na via da ação direta de inconstitucionalidade. Isso ocorre relativamente a ato do Poder Executivo que, a pretexto de compatibilizar a liberdade de reunião e de expressão com o direito ao trabalho em ambiente de tranqüilidade, acaba por emprestar à Carta regulamentação imprópria, sob os ângulos formal e material. LIBERDADE DE REUNIÃO E DE MANIFESTAÇÃO PÚBLICA - LIMITAÇÕES. De início, surge com relevância ímpar pedido de suspensão de decreto mediante o qual foram impostas limitações à liberdade de reunião e de manifestação pública, proibindo-se a utilização de carros de som e de outros equipamentos de veiculação de idéias.¹³⁰

Como nenhum direito é absoluto, o texto constitucional estabelece, também, exceções ao exercício desta liberdade. No caso do estado de defesa, o direito pode sofrer restrição: a alínea "a" do art. 136, I, da CF, prevê a restrição da liberdade de

¹²⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 415.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de Medida Cautelar. ADI-MC 1969-DF. Partido Trabalhista (PT), Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE), Central Única dos Trabalhadores (CUT). Relator: Marco Aurélio. 24 mar. 1999. Disponível em : <www.stf.gov.br> Acesso em : 05 jun. 2006.

reunião ainda que exercida no seio das associações. Observa-se que a liberdade associar-se está mantida.

9.5.2 Sigilo de correspondência

No bojo das liberdades públicas está o direito à inviolabilidade do sigilo da correspondência contemplado no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal¹³¹:

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

O sigilo de correspondência tem relação direta com outros direito também garantidos constitucionalmente, como: a liberdade de expressão, liberdade de comunicação do pensamento, a intimidade, a honra e a dignidade da pessoa humana. No entanto, como já se acentuou em relação a outros direitos não há direito que seja absoluto. Neste sentido, ensina André Ramos Tavares¹³²:

Admiti-se que haja também a interceptação das correspondências e das comunicações telegráficas e de dados, sempre que a proteção constitucional seja invocada para acobertar a prática de ilícitos. É por isso que há previsão no Estatuto do Ministério Público, da competência deste (art.6º) para “XVIII – representar: a) ao órgão judicial competente para a quebra do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins”.

Em assonância com o referido autor, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de *Habeas Corpus*, verificou-se, inclusive, a possibilidade de interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, visto que, neste caso, a inviolabilidade do sigilo poderia acobertar práticas ilícitas.

E M E N T A: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRAFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANALISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. - A estrutura formal da sentença deriva da fiel observancia das regras inscritas no art. 381

¹³¹ BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.

¹³² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 442.

do Código de Processo Penal. O ato sentencial que contém a exposição sucinta da acusação e da defesa e que indica os motivos em que se funda a decisão satisfaz, plenamente, as exigências impostas pela lei. - A eficácia probante das cópias xerográficas resulta, em princípio, de sua formal autenticação por agente público competente (CPP, art. 232, parágrafo único). Peças reprográficas não autenticadas, desde que possível a aferição de sua legitimidade por outro meio idôneo, podem ser validamente utilizadas em juízo penal. - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de *habeas corpus*.¹³³

Outra exceção que se constitui em restrição a este direito é o artigo 240, § 1º, f, do Código de Processo Penal brasileiro¹³⁴ que prescreve:” § 1º *Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;*

Da mesma sorte, no estado de defesa tem-se a restrição ao sigilo de correspondência. Abre-se assim, o precedente de um controle por parte do Estado no sentido de verificar previamente se o texto enviado (carta ou postal), ou a encomenda postal tem alguma relação com a atividade perturbadora que gerou a decretação do estado de defesa.

9.5.3 Sigilo de comunicação telegráfica e telefônica

No contexto do direito à intimidade, que segundo André Ramos Tavares¹³⁵:”significa tudo quanto diga respeito única e exclusivamente à pessoa em si mesma, a seu modo de ser e agir”, está o sigilo das comunicações telefônicas. O próprio texto constitucional no artigo 5º, inciso XII, prevê a exceção ao direito desde que observadas as seguintes condições: ordem judicial, para fins de investigação

¹³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. HC nº 70.814-5-SP. Ulisses Azevedo Soares e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Celso de Mello. 1 mar. 1994. Disponível em : <www.stf.gov.br>. Acesso em : 05 jun. 2006.

¹³⁴ BRASIL, **Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal**. Organizador Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹³⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 438.

criminal ou instrução processual penal, e, nas hipóteses e forma que a lei estabelecer. A lei que veio regulamentar as interceptações telefônicas foi a n.9.296, de 24/07/1996. Na lição do referido autor:¹³⁶

(...) a lei exige que a autorização seja feita pelo juiz competente para o conhecimento da ação principal, e sob sigilo de justiça. Requer ainda que haja *fumus boni iuris* da autoria ou da participação em infração penal. Impede a interceptação quando para a prova judicial for possível se valer de outros meios menos gravosos. (...) só admite a interceptação para casos referentes a crimes punidos com reclusão. Pode ser determinada pelo juiz, *ex officio*, ou a requerimento da autoridade policial (no caso da investigação criminal apenas), ou ainda a requerimento do representante do Ministério Público (tanto durante a investigação policial quanto no curso do processo judicial). É preciso que haja a descrição precisa e clara dos fatos, sob investigação, a serem apurados.

Entende-se que a interceptação telefônica é a captação e gravação de conversa telefônica, no mesmo momento em que ela se realiza, por terceira pessoa sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores. Sobre o referido tem posicionou-se o Ministro Joaquim Barbosa:¹³⁷

DESPACHO: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício próprio por CÉSAR HERMAN RODRIGUEZ, em que se aponta como autoridade coatora o relator da APN 306 do Superior Tribunal de Justiça. A petição inicial - que se apresenta confusa e excessivamente longa - relata que o paciente é réu na ação penal em referência, cuja instauração se deu com base em provas emprestadas e interceptações telefônicas. Informa que tais documentos deram também origem a diversos outros procedimentos criminais, sustentando a necessidade de unificação de todos eles por conexão processual, pois decorrentes da mesma "Operação Anaconda". Alega que seu direito constitucional à intimidade foi violado, em face da devassa em sua vida privada e profissional, quando houve a determinação de busca e apreensão, tanto em sua residência, como em seu antigo escritório de advocacia. Faz um extenso relato das diversas interceptações telefônicas, buscando apontar irregularidades e nulidades desses procedimentos investigatórios, além da falta de fundamentação das decisões que autorizaram tais interceptações, em descumprimento ao art. 93, IX, da Constituição Federal. (...). Requer, em síntese, o trancamento da ação penal em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, a reunião por conexão ou continência de todos os procedimentos derivados das investigações da denominada "Operação Anaconda" e, em sede liminar, "a suspensão dos processos TRF3 ns. 2003.03.00.065344-4, 2003.03.00.065345-6 e APN 306, até que sejam verificadas as nulidades processuais ou na pior das hipóteses a conexão e a continência de causas, a unidade de processos e de julgamento, para submeter à apreciação das lides penais múltiplas a

¹³⁶ Ibid, p.443.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Pedido Liminar. HC 86.153-9-SP. César Herman Rodrigues e Relator da APN 306 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Joaquim Barbosa. 01 jul. 2005. Disponível em : <www.stf.gov.br> Acesso em : 05 jun. 2006.

'simultaneus processus', evitando-se decisões conflitantes e inversões tumultuárias" (fl. 73). (...) É o relatório. Decido. Não vislumbro, em cognição sumária, a presença do requisito do *fumus boni iuris*, imprescindível para a concessão da medida, tendo em vista que, em primeira análise, não houve ilegalidade nas autorizações judiciais de interceptações telefônicas, nem tampouco há como aferir de pronto a existência de conexão ou continência entre os diversos procedimentos criminais apontados pela impetração. Ressalte-se que a suspensão liminar da ação penal só se justifica em hipóteses excepcionais, quando inclusive se vislumbra a possibilidade de ocasionar o trancamento da ação penal, viável somente quando se tratar de denúncia inepta, não houver justa causa para sua instauração ou mostrar-se evidente a atipicidade da conduta. (...) Do exposto, indefiro o pedido de liminar. Solicitem-se informações ao Superior Tribunal de Justiça. Após, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República. Publique-se.

Com a decretação do estado de defesa este direito também sofrerá restrições (Art.136, I, alínea “c” da Constituição Federal).

9.5.4 Ocupação temporária de bens e serviços públicos

O inciso II, do art. 136 da CF estabelece a possibilidade de “ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos decorrentes”.

Tem-se a possibilidade de requisição de um bem ou serviço público pertencente a qualquer esfera inferior, estadual ou municipal, pela União, através do executor da medida excepcional, que não se eximirá da responsabilização por danos e custo recorrentes.

9.5.5 Prisão por crime contra o Estado

Tem-se aqui outra exceção ao art. 5º, inciso LXI, da CF, que prescreve que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Ao permitir a prisão por crime contra o Estado, não afastou o legislador, o controle judicial, porque determinou que o executor da medida deverá comunicar a prisão, imediatamente , ao juiz competente que poderá relaxar a prisão, inclusive, se

considera-la ilegal, facultando ainda ao preso requerer o exame de corpo delito à autoridade policial. Trata-se de uma prisão de natureza administrativa, porque será decretada pelo executor da medida excepcional na tutela do interesse público, o que não significa que possa ser infundada ou não conter os elementos da motivação da mesma.

A prisão ou detenção regular poderá ser mantida pelo prazo máximo de dez dias, e para prorrogá-la só o juiz em caso concreto, em decisão fundamentada. Na lição de Nagib Slaibi Filho:¹³⁸

A razoabilidade do decreto de prisão emerge de seus elementos de indícios de autoria, existência de delito cujo objeto seja a tutela jurídica de bem ou serviço estatal (a Constituição diz: crime contra o Estado, o que abrange os tipos penais do Título XI do CP, arts. 312 a 359, os delitos contra a segurança nacional, os previstos em outras leis, mas não os delitos contra a sociedade e os indivíduos), bem como de situações que devam ser vencidas caso o imputado continue em liberdade.

A referida prisão não poderá em hipótese alguma ultrapassar o prazo da decretação do estado de defesa poderá, no entanto, ser convertida em prisão processual.

Ficam assegurados ao preso os direitos pertinentes como, por exemplo, o direito de se comunicar com a família, ter assistência jurídica e religiosa. Fica vedado expressamente, a incomunicabilidade do preso, art. 136, §3º, IV, o que não exclui o poder da autoridade no sentido de organizar as visitas.

¹³⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.790.

10 A LEGALIDADE EXTRAORDINÁRIA E O ESTADO DE SÍTIO

10.1 PREVISÃO CONSTITUCIONAL

O artigo 137 do texto Constitucional prescreve que:

O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

- I – comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medidas tomadas durante o estado de defesa;
- II – declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

10.2 CONCEITO

No dizer expressivo de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹³⁹ “o estado de sítio consiste na suspensão temporária e localizada de garantias constitucionais.” Ao apresentar a referida definição o autor cuida em alertar que a expressão “garantias constitucionais” deve ser entendida em sentido restrito, isto porque, mesmo nas situações de emergência outras garantias não estarão suspensas, como o direito de petição ao poder público, o acesso ao Judiciário e outras, pois se assim não fosse¹⁴⁰ “o estado de sítio equivaleria à suspensão da Constituição, que é repelida sem discrepância, por todos os que estudaram.”

Em assonância, Nagib Slaib Filho apresenta paralelamente a definição de estado de defesa e estado de sítio, denominando-os de salvaguardas constitucionais. Assim prescreve o referido autor¹⁴¹ (...) “institutos constitucionais de defesa do Estado e das instituições democráticas, através de garantia da ordem pública pela exacerbação do poder de polícia, restringindo, excepcional e temporariamente, o exercício de algumas garantias constitucionais.”

¹³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 130.

¹⁴⁰ Ibid, p. 130 e 131.

¹⁴¹ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.778.

Kildare Gonçalves Carvalho apresenta em sua obra, *Direito Constitucional Positivo*, a definição outrora citada por Ferreira Filho e acrescenta importantes considerações sobre a origem do instituto¹⁴²

O estado de sítio, previsto na França por um Decreto de 10 de Julho de 1791, como instrumento excepcional de defesa do Estado (sua origem remonta-se à cidade sitiada, cercada que, para a defesa comum, levava a autoridade militar a praticar atos arbitrários que excediam o respeito aos direitos individuais), constitui-se no mecanismo preferido das Constituições liberais.

Diferentemente, hoje, as medidas que podem ser suscitadas pelo poder público para resolver a instabilidade destes períodos foram previstas pelo legislador e estão em rol taxativo no texto Constitucional. Neste sentido, Ferreira Filho divide o sistema de emergência em dois grupos: rígido e flexível.

Para o autor¹⁴³(...) “consideram-se flexíveis todos os sistemas de emergência que não predeterminam as ações de resposta por ocasião de grave crise. Rígidos são todos os sistemas em que o rol de medidas extraordinárias que a declaração da emergência consente, é predeterminado, sendo taxativamente enumerado na lei.”

Como se pode notar pela própria nomenclatura o sistema flexível autoriza o Poder Público a adotar as medidas que julgar necessárias, diante do caso concreto, para retomar a ordem, exemplo clássico é a lei marcial. Certamente, diante desta previsão legal os direitos individuais estão em situação bem mais frágil, pois não haverá limites para o Executivo, o que é bastante perigoso para o cidadão.

Há ainda autores que apresentam uma classificação do estado de sítio a partir da finalidade expressa no artigo 137 da Constituição Federal de 1988. O Inciso I, corresponde ao estado de sítio repressivo que no dizer de Uadi Lammêgo Budos¹⁴⁴ “tem como pressuposto material a ocorrência de uma comoção grave, cuja repercussão é nacional, não podendo ser debelada com os instrumentos normais de segurança”. O Inciso II, do referido artigo corresponde ao estado de sítio defensivo, tendo como pressuposto material a declaração de guerra ou agressão armada

¹⁴² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 767.

¹⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A Reconstrução da Democracia**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 216.

¹⁴⁴ BUDOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1126.

estrangeira, segundo o mencionado autor¹⁴⁵ “Nessa espécie, toda e qualquer garantia constitucional pode ser suspensa. Não há limites a esse respeito. Enquanto perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira ele poderá ser decretado”.

10.3 PRESSUPOSTO MATERIAIS PARA A DECRETAÇÃO DO ESTADO DE SÍTIO

Constitui-se em pressuposto material para a decretação do estado de sítio a comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa.

Certamente a expressão “comoção grave” não pode ser entendida como agitações corriqueiras, ou até mesmo, agitações relevantes que não tenham alcance nacional e que também possam ser solucionadas de forma ordinária e eficaz pelo próprio poder de polícia.

O legislador também estabelece um critério de grau que diferenciará o estado de sítio do estado de defesa, isto é, se as medidas adotadas no estado de defesa não forem suficientes poderá ser decretado o estado de sítio.

O segundo pressuposto material refere-se à declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Cumpra observar, que os pressupostos que ensejam o estado de sítio consubstanciam-se em situações que reclamam a implantação de um regime de exceção.

10.4 PRESSUPOSTOS FORMAIS

Outra condição prevista no texto constitucional, é que a solicitação deverá ser feita pelo Presidente da República que está condicionado à audiência dos Conselhos da República e da Defesa Nacional sendo a medida decretada pelo Congresso Nacional conforme também determina o art.49, IV da CF¹⁴⁶ “É da competência

¹⁴⁵ Ibid, p. 1126.

¹⁴⁶ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.

exclusiva do Congresso Nacional: IV – aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas.”

Oportuno se torna dizer, que as causas para a decretação do estado de sítio foram predeterminadas pelo legislador. O Congresso Nacional estará cercado pelas condições previstas, porém, não se pode negar que mesmo restrito o juízo político restará um grau de discricionariedade reservada a este poder.

No entendimento do autor Nagib Slaib Filho, a decretação do estado de sítio¹⁴⁷ (...) “é ato jurídico complexo, pois só no concurso das vontades do órgão executivo e legislativo é que há os elementos essenciais para sua existência: ato jurídico anterior é o do Poder Legislativo e ato jurídico posterior o do Presidente da República.”

O art. 138 da CF especifica as condições para o decreto:

Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas.

§ 1º. O estado de sítio, no caso do art.137, I, não poderá ser decretado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; no do inciso II, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou a agressão armada estrangeira.

§ 2º. Solicitada autorização para decretar o estado de sítio durante o recesso parlamentar, o Presidente do Senado Federal, de imediato, convocará extraordinariamente o Congresso Nacional para se reunir dentro de cinco dias, a fim de apreciar o ato.

§ 3º. O Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas.

Ao determinar que o decreto indicará sua duração verifica-se o que a doutrina chama de critério temporal, isto é, no caso do inciso I, art. 137, não poderá ultrapassar o prazo de trinta dias, nem ser prorrogado por prazo superior, de cada vez. Quanto à segunda possibilidade, inciso II, o tempo é fator atrelado à duração da guerra ou agressão armada.

¹⁴⁷ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.792.

A previsão de uma convocação extraordinária do Congresso Nacional está intrinsecamente relacionada à dependência que o Presidente tem do mesmo no sentido de autorizar a decretação ou até mesmo a prorrogação.

10.5 DIREITOS E GARANTIAS RESTRINGIDOS PELO INSTITUTO

O próprio texto constitucional vai enumerar os direitos que poderão sofrer restrições no caso de decretação do estado de sítio por “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa.” Isto significa dizer que se a causa da decretação é interna, artigo 137 da CF, inciso I, só poderão ser suspensos os direitos relacionados no art. 139, a saber:

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

- I – obrigação de permanência em localidade determinada;
- II – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
- III – 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;
- IV – suspensão da liberdade de reunião;
- V - busca e apreensão em domicílio;
- VI – intervenção nas empresas de serviços públicos;
- VII – requisição de bens.

Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.

Percebe-se com o art. 139 da CF que o legislador, na função de Poder Constituinte Originário, arrolou em *numerus clausus* os direitos que poderão sofrer alguma espécie de restrição, isto é, fica vedado ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo (Poder Constituinte Derivado) alterar esta relação.

Cumprido analisar, então, cada um dos direitos que poderão sofrer restrições na vigência do referido decreto:

10.5.1 Obrigação de permanência em localidade determinada

O inciso I trata de uma espécie de confinamento, obrigação de permanência em localidade determinada. Conforme leciona Nagib Slaibi Filho¹⁴⁸, “Não se trata de detenção (o que, aliás, é previsto no inciso seguinte), mas de fixação do local de residência, o que pode abranger desde a área espacial de determinado Estado-membro indo até a limitação de permanência a bairro ou distrito”.

Como se há de verificar, o inciso I restringe o direito de locomoção também previsto no texto constitucional (art. 5º, XV) que faz inclusive a previsão de tal exceção, quando diz que “é livre a locomoção em território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

A pretensão legislativa é entregar ao Estado exatamente o controle da locomoção das pessoas no território para facilitar o exercício do poder de polícia, o que é justificável em tais circunstâncias.

O não atendimento por parte do cidadão à ordem de permanência, segundo Nagib Slaibi Filho¹⁴⁹, “implica, ao menos, crime de desobediência, e fundamentada a detenção”.

10.5.2 Detenção

O inciso II trata da detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns. Este inciso excepciona outro do art. 5º da CF, o LVII, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Tem-se, então, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Para Nagib Slaibi Filho¹⁵⁰, detenção “é a apreensão física da pessoa, limitando o seu direito de locomoção”.

¹⁴⁸ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.795.

¹⁴⁹ Ibid, p.795.

¹⁵⁰ Ibid, p.795

Interessante é observar que a referida detenção só será possível em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns. Pretende-se preservar a integridade física da pessoa detida por razões relacionadas à crise e não àquelas que na crise cometem crimes comuns.

10.5.3 Sigilo de correspondência e comunicações

O sigilo de correspondência, bem como, das comunicações também se constituem em mecanismos de proteção de outros direitos fundamentais, a liberdade de expressão e a intimidade, direitos próprios de um Estado Democrático. No entanto, ainda que garantidos constitucionalmente, não podem ser entendidos como absolutos, como nenhum outro direito.

Sendo assim, o inciso III, enumera várias restrições no campo do sigilo de correspondência e comunicações que são tidas pelo art.5º, XII, como invioláveis. Assim diz o art. 5º, XII, da CF, “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Quanto à interceptação telefônica, o inciso XII do art.5º da CF estabelece as hipóteses em que poderá ocorrer: ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal e ainda, nas hipóteses que a lei estabelecer. Conforme já mencionado, a Lei n. 9.296/96 veio regulamentar o inciso XII do art. 5º da CF. A referida lei determina que a interceptação, seja ela de qualquer natureza, sempre dependerá de ordem judicial. De igual forma a lei requer que haja indícios de autoria ou participação em infração penal, e ainda que a prova não possa ser realizada por outros meios disponíveis.

A inviolabilidade do sigilo de dados, no que concerne à prestação de informações, relaciona-se com os incisos X e XII do art.5º da CF, eles complementam o direito à intimidade e vida privada.

10.5.4 Liberdade de imprensa

A liberdade de imprensa se constitui em um dos principais pilares do Estado Democrático de Direito, pois é através deste que a liberdade de expressão se manifesta de forma individual ou coletiva.

Exatamente por isso, a restrição a este direito deve ser analisada com cautela. A restrição à prestação de informações bem como, “à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão na forma da lei”. Como se pode notar, os direitos fundamentais são relativos, e muitos dependem de lei regulamentadora. Não é diferente no campo das liberdades de expressão e da manifestação do pensamento. Muitas vezes, inclusive, os direitos referentes às liberdades entram em rota de colisão, a liberdade de pensamento poderá colidir com a intimidade, a honra de outrem.

Há que diferenciar, porém, a liberdade de imprensa da imprensa livre. A liberdade de imprensa como os demais direitos sofrerá restrições que serão regulamentadas pela legislação infraconstitucional (Lei de Imprensa n. 5.250/67) e ainda encontrará limites em outros direitos como a honra, a dignidade da pessoa humana, a imagem, por exemplo, a imprensa livre se constitui em direito decorrente dos princípios formadores do Estado de Direito, o direito de se buscar a notícia e não haver um monopólio ao redor desta.

Convém notar, que no caso em questão (período de exceção), a finalidade da restrição de direitos é tida como uma forma emergencial e temporal para solucionar a crise. Insta questionar qual a finalidade de se restringir o direito à informação neste caso.

Coibir a liberdade de imprensa significa restaurar a censura prévia. Os brasileiros conheceram bem de perto este instituto antidemocrático que fez parte de nossa história no período de ditadura militar. No dizer de Alexandre de Moraes¹⁵¹, a censura prévia,

¹⁵¹ Ibid, p. 46.

(...) significa o controle, o exame, a necessidade de permissão a que se submete, previamente e com caráter vinculativo, qualquer texto ou programa que pretende ser exibido ao público em geral. O caráter preventivo e vinculante é o traço marcante da censura prévia, sendo a restrição à livre manifestação de pensamento sua finalidade antidemocrática. O texto constitucional repele frontalmente a possibilidade de censura prévia. Essa previsão, porém, não significa que a liberdade de imprensa é absoluta, não encontrando restrições nos demais direitos fundamentais (...)

Ora, são fatos interligados, se a pretensão é restringir a liberdade de imprensa automaticamente se instituirá o controle, o exame, o caráter preventivo, com que vem junto, a censura prévia.

Para Nagib Slaibi Filho¹⁵², “não tem o decreto legislativo, nem o presidencial, competência para fazer incidir as restrições ao inciso III, que dependem de lei formal, que pode ser lei preexistente ao estado de crise, ou lei temporária ou excepcional vigente durante o estado de sítio”. Ora, se a regulamentação poderá ser feita por lei excepcional elaborada exclusivamente para o momento de crise, que garantia terá o cidadão de não ver seu direito fundamental constitucional expurgado por completo? Pelo exposto, há que se refletir sobre a real necessidade da restrição do direito à informação nesta situação de crise e ainda que lei predefinida estabeleça limites à liberdade de imprensa não se poderá confundir tais limites com a imprensa livre que se constitui em verdadeiro pilar do Estado Democrático de Direito.

10.5.5 Direito de reunião

Trata-se de um direito assegurado, inclusive, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 em seu artigo XX. Desde então, estabeleceu-se universalmente o direito das pessoas se reunirem e formarem suas associações, desde que pacificamente.

¹⁵² SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.796.

Na lição de Flávia Piovesan¹⁵³:

Os direitos de reunião e de associação possibilitam a dinâmica de organização e articulação da sociedade civil, mediante a participação ativa de indivíduos. Permitem o intercâmbio de idéias, a defesa de interesses, bem como ações conjuntas destinadas à implementação de propostas e reivindicações, doando um novo sentido de ação coletiva e social.

Na história brasileira, desde a Constituição do Império, ainda que não explicitamente o direito de reunião, mas a liberdade de expressão foi estabelecida como inviolável pelo artigo 179, inciso IV, conforme transcrito a seguir:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publicar-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fórma, que a Lei determinar.

Já na fase republicana, o direito foi inserido no texto de forma mais explícita no artigo 72, §8º¹⁵⁴, “A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública”. Este preceito constitucional foi invocado por Rui Barbosa, através de seu procurador legal, Artur Pinto da Rocha, ao impetrar *Habeas Corpus Preventivo* (N. 4.781) em favor do então candidato à presidência da República (Rui Barbosa) e de seus correligionários políticos ameaçados por abuso de autoridades estaduais da Bahia que manifestamente se opunham à liberdade de reunião dos referidos em praças públicas, ruas e teatros¹⁵⁵.

Trata-se de um direito individual exercido de forma coletiva tendo como requisitos: a finalidade lícita e pacífica, isto é, sem uso de armas; o local aberto, isto é, acessível ao público; outro pré-requisito é a temporariedade e a diversidade de participantes.

¹⁵³ PIOVESAN, Flávia. Enciclopédia Digital de Direitos Humanos II. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_liberdadereuniao.html. Acesso em: 25 jun 2006.

¹⁵⁴ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 22 Mai 2006.

¹⁵⁵ Direito de Reunião e de livre manifestação do pensamento. Disponível em: http://www.soleis.com.br/julgamentos_historicos5.htm. Acesso em: 25 jun 2006.

Porém, como não há direito que seja absoluto, estando o país em estado de sítio poderá este direito ser suspenso, como prevê o artigo 139, IV, da Constituição Federal. Convém ressaltar que o art. 139, da CF, não menciona que a suspensão deste direito alcançará as associações, como estabelece o art.136, no inciso, I, alínea a.da CF, “Restrição ao direito de reunião, ainda que exercida no seio de associações”.

10.5.6 Busca e apreensão em domicílio

A Constituição Federal afirma que a casa se constitui no asilo inviolável do indivíduo e que ninguém poderá nela penetrar sem o consentimento do morador (Artigo 5º, XI, CF). Segundo André Ramos Tavares:¹⁵⁶

(...) o termo casa tem significado em parte diverso daquele que lhe confere a linguagem comum, ou até mesmo o Direito Privado. Para fins constitucionais, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, considera-se domicílio todo local delimitado que seja ocupado por alguém com exclusividade (não aberto ao público), a qualquer título. Entende-se que a relação estabelecida entre a pessoa e o espaço que ocupa implica uma expressão da própria personalidade, que há de ser resguardada em função da vida privada da pessoa. Assim, em verdadeira aplicação analógica da proteção conferida pela Constituição, o Supremo Tribunal entendeu que também os locais em que se exerce a profissão fazem jus ao benefício constitucional da privacidade.

O artigo 139, V, da Constituição Federal, também traz exceção à regra norteadora de outro direito fundamental previsto no art.5º, inciso XI, da CF, a inviolabilidade do domicílio. Assim diz o texto: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”.

Mais uma vez é o próprio texto constitucional que traz exceção à violação do domicílio, esta torna-se legal, sem o consentimento do morador, de dia, se houver flagrante delito, ou desastre ou prestar socorro, ou ainda, por determinação judicial e, à noite, se houver flagrante delito ou desastre ou para prestar socorro.

Na lição de Pontes de Miranda¹⁵⁷ o poder de busca e apreensão só incide sobre coisa e não sobre pessoa:

¹⁵⁶ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 438.

A lei não pode estabelecer o poder de penetração para deter alguém, durante estado de sítio, porque seria criar novo inciso ao art. 155, § 2º, ou ao art. 147 e parágrafo único. O que as autoridades executoras do estado de sítio podem fazer é deter por fora da casa, isto é, não permitir que seja e volte (detenção na rua ou alhures), ou convidar a que compareça a algum lugar para ser detido. É ilegal convidar para ato de dever jurídico ou dever moral, somente para ter ensejo de deter fora da casa.

Isto posto, verifica-se como nos demais casos que a regra da inviolabilidade traz sua exceção no próprio texto constitucional.

10.5.7 Intervenção em empresas de serviço público

O art. 173 da CF reserva a atividade econômica ao particular permitindo que o Estado intervenha quando houver relevante interesse coletivo ou em caso imperativo de segurança nacional. Sendo assim, o inciso VI estabelece exceção a este preceito constitucional quando possibilita a intervenção nas empresas de serviços públicos.

10.5.8 Requisição de bens

O inciso VII do artigo 139 da Constituição Federal torna-se desnecessário, uma vez que, a previsão da possibilidade de requisição por parte do poder público já fora contemplada no inciso XXV do art. 5º da CF, que prescreve: “no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

¹⁵⁷MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade , igualdade**. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002,p. 58.

11 A SEGURANÇA NACIONAL E A QUEBRA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O termo segurança na teoria jurídica, segundo José Afonso da Silva¹⁵⁸, "assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependentes do adjetivo que o qualifica". Diante disto, pode-se deparar com várias espécies do gênero segurança: a jurídica, a social, a pública, dentre outras.

Este capítulo pretende analisar a trajetória da doutrina de segurança nacional no Brasil e a violação do sigilo das comunicações telefônicas envolvendo a Rede Gazeta no Estado do Espírito Santo em nome da segurança e do combate ao crime organizado.

A Constituição de 1988 destinou um capítulo ao tema: Da Segurança Pública. O art. 144 da Constituição Federal¹⁵⁹ estabelece que "A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (...). Na lição de José Afonso da Silva¹⁶⁰ a segurança pública,

(...) consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permitem que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses.

O texto constitucional ao tratar o tema estabelece que têm competência para o exercício da segurança pública os seguintes órgãos: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, as polícias civis, as polícias militares e os corpos de bombeiros militares. No entanto, percebe-se com o artigo 144 que o legislador constituinte repartiu com todos o "direito e a responsabilidade" da segurança pública, tamanha sua complexidade. Ressalta-se ainda, muito embora não esteja no capítulo referente à segurança pública, mas em capítulo especial o

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 777.

¹⁵⁹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 778.

papel das Forças Armadas que de acordo com o que prescreve o artigo 142 da Constituição Federal¹⁶¹ “destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

Historicamente, de acordo com cada momento, as constituições brasileiras deram tratamento diferenciado ao tema, segundo José Afonso da Silva:¹⁶²

A do Império destacou-lhes um capítulo com seis artigos, em que se lhes traçam as linhas mestras (arts. 145 a 150). A primeira Constituição republicana não lhes abriu um capítulo especial, mas delas cuidam vários dispositivos esparsos, reconhecendo-lhes a mesma destinação e relevo (arts. 14, 34, ns.17 e 18, 48, ns.3, 4 e 5, e arts. 73, 74,76, 77 e 78). A constituição de 1934 volta a destinar-lhes título específico denominado Da Segurança Nacional (Tit. VI) e a de 1937 desdobra a matéria em dois capítulos: um sobre os Militares da Terra e Mar (art. 160) e outro sobre a segurança nacional, técnica que tornou a ser adotada pelo constituinte de 1967 e 1969, que em seções diferentes, cuidaram da segurança nacional e das Forças Armadas (arts. 89 a 91 e 92 a 94, e 86 a 89 e 90 a 93), enquanto a Constituição de de 1946 incluíra num só título as Forças Armadas e o conselho de Segurança Nacional (Tít. VII, arts. 176 a 183).

No entanto, a doutrina de Segurança Nacional no Brasil sempre esteve associada ao regime militar, pois foi neste instrumento que o governo encontrou guarida para fortalecer suas ações de repressão ao comunismo promovendo de forma intensa a militarização do Estado Nacional. Não é por acaso que a Lei de Segurança Nacional mais severa esteja contextualizada em 1969, período este, que o país praticamente esteve em constante estado de sítio.

Segundo Heleno Cláudio Fragoso¹⁶³ “em dezembro de 1983, (ainda sob o último Governo Militar, João Batista Figueredo) foi sancionada a Lei n. 7.170 que (veio) alterar substancialmente a filosofia das leis de segurança nacional que estiveram em vigor entre nós desde 1967”.

¹⁶¹ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1988.

¹⁶² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed.São Paulo: Malheiros, 2005, p. 771.

¹⁶³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A nova lei de segurança nacional**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_58/PANTE%C3O/Heleno%20Cl%C3%A1udio%20Fragoso.pdf>. Acesso em : 17abr 2006.

Ressalta-se que a década de oitenta se constituiu no início da redemocratização no país, portanto era imprescindível alterar a lei de segurança nacional, segundo o autor supracitado¹⁶⁴ “nos últimos tempos a lei de segurança vinha sendo aplicada pela Justiça Militar de forma draconiana o que possibilitava a perseguição de pessoas que se manifestavam contra o Governo, por fatos que nada tinham a ver com segurança de Estado”. Sabe-se, porém, que só em 1986 através dos novos anteprojetos de lei, da pressão popular e de instituições como a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e toda discussão ao redor da necessidade inclusive de um novo texto constitucional é que de fato o cenário político começou a mudar.

O ponto central da discussão deste capítulo a partir da referida lei diz respeito à liberdade de manifestação do pensamento, bem como a liberdade imprensa associada com segurança nacional, na lição de Heleno Cláudio Fragoso:¹⁶⁵

Os crimes de manifestação do pensamento constituem o ponto nevrálgico de uma lei desse tipo. Pode-se dizer sem medo de errar que a quase totalidade dos processos movidos com base na lei de segurança, depois da revogação do Ato Institucional nº. 5 refere-se a crimes de manifestação do pensamento.

Ora como construir um processo de redemocratização sem uma imprensa livre? Cumpre ressaltar, que mesmo hoje, sob um regime democrático fundamentado, inclusive, em um texto constitucional, a liberdade de imprensa (ainda que se constitua em direito fundamental - inciso IX, artigo 5º da Constituição Federal) encontrará limites tanto na lei que a regulamenta quanto em outros direitos fundamentais, como a intimidade, a honra, a vida privada, a imagem das pessoas. Porém, há que se distinguir a imprensa livre da liberdade de imprensa.

O exercício profissional do jornalismo contempla o princípio do compromisso de preservação da fonte, consagrado no Código de Ética Profissional e no texto Constitucional vigente em seu artigo 5º, inciso, XIV. Além disso, existe a previsão no artigo 10 da Lei 9.296/96 “Constitui-se crime realizar interceptação de comunicação telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de justiça, sem

¹⁶⁴ Ibid

¹⁶⁵ Ibid

autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”. Sendo assim, é imprescindível ao exercício desta profissão a proteção do sigilo das fontes.

Como tratado no início desse trabalho, as pessoas jurídicas também são destinatárias dos direitos fundamentais. Sobre isso não restam dúvidas. Em abril de 2006, a Rede Gazeta (A Gazeta do Espírito Santo Rádios e TV Ltda.) sofreu uma interceptação telefônica indevida. A notícia ganhou repercussão nacional diante do absurdo e da proporção que envolveu o caso.

De acordo com as notícias divulgadas houve um erro por parte de um funcionário da Operadora Vivo que em lugar de relacionar o telefone da empresa Telhauto (sobre o qual havia concessão judicial para a quebra de sigilo) foi relacionado o telefone da Rede Gazeta. Até então, um erro de um funcionário o que resultaria em culpa, mas precisamente *culpa in vigilando*, no entanto, o que a princípio parecia se constituir em culpa aos olhos de qualquer leigo converteu-se em dolo, isto porque, em primeiro lugar¹⁶⁶:

O número interceptado pela Justiça e que pertence à Gazeta desde 2001, apesar de se tratar de uma linha de telefonia celular, pertence na verdade à central telefônica da Rede e através dele é possível ter acesso a todos os ramais de todos os veículos: Rádio CBN, Gazeta AM, Gazeta Online, TV Gazeta, Jornal "A Gazeta" e Notícia Agora.

Um número bastante interessante para ser interceptado! Mas, o suposto erro não se limitou a isso, segundo matéria publicada¹⁶⁷ “a Rede Gazeta foi grampeada não apenas uma, mas três vezes”. Ora, se houve erro, persistiu-se bastante nele e mais, qual o controle que o órgão responsável tem sobre uma interceptação telefônica? E ainda, qual a importância que estava sendo dada à investigação de um crime que até hoje não foi devidamente esclarecido, a morte do eminente juiz Alexandre Martins de Castro Filho? Coincidência ou não o secretário de segurança do estado, Rodney Miranda, foi exonerado três dias após a descoberta do escândalo.

¹⁶⁶ Grampo na Rede Gazeta: Vivo diz que não houve falha na identificação. **O Globo**, Rio de Janeiro, 12 dez 2005. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/online/plantao/2005/12/12/189612354.asp>> Acesso em: 28 Abr 2006.

¹⁶⁷ Ibid.

Há no estado do Espírito Santo, hoje, toda uma especulação ao redor da potente aparelhagem que efetua as interceptações, o popularmente denominado “guardião”. Certamente, o estado precisa modernizar-se, a polícia tão desprovida de recursos que facilitem as investigações precisa se equipar para alcançar melhores resultados, porém, é preciso que os cidadãos estejam seguros de que esses instrumentos sejam efetivamente utilizados para punir criminosos. Não se pode mais admitir, hoje, em pleno Estado Democrático de Direito, que em nome da segurança, ou do combate ao crime organizado que os direitos fundamentais duramente conquistados sejam maculados dessa forma. Aguarda-se a solução deste caso.

12 AMEAÇAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM SITUAÇÕES DE CRISE POLÍTICA

Este capítulo pretende analisar a relação da fragilidade dos direitos fundamentais (a partir de um caso concreto – a quebra de sigilo bancário de um cidadão brasileiro: Francenildo dos Santos Costa) mediante as crises políticas deflagradas no atual governo brasileiro.

O termo crise, na lição de Marco Aurélio Nogueira ¹⁶⁸ “do grego *krinein* (significa) separar, romper”. Geralmente o termo é associado a algo negativo, trata-se de uma situação-limite que evidencia a gravidade em que se insere o fato. Porém, para o referido autor¹⁶⁹ trata-se de um termo

(...) com múltiplos significados. Uma crise sempre destrói e desorganiza: caracteriza-se precisamente por modificar o peso relativo das coisas, tirá-las do lugar ou do fluxo rotineiro, alterar seu sentido, dispô-las de um outro modo. Numa fase da crise, são suspensos ou postos em xeque os conceitos e idéias com que interpretamos o mundo. Tendemos a nos angustiar porque nos sentimos ameaçados em nossos próprios fundamentos, naquilo que dominamos e conhecemos que nos sustenta.

Sendo assim, há que se verificar o lado positivo de toda crise, pois sempre haverá uma dimensão virtuosa, no entanto, há um certo perigo quando a crise é política, isto porque, ela alcança o coletivo, as instituições e o próprio governo. Coloca-se em xeque não só uma determinada classe ou um determinado partido político, mas as próprias instituições. Se em decorrência disso o processo gera a desconstrução dos conceitos, valores e das próprias instituições, significa que o novo está por ser construído, ao contrário, pode-se verificar um processo de apatia e total desinteresse, o que seria bastante negativo. Faltam aos brasileiros, em especial, diante de tantos pragmatismos do tempo atual a real associação do tema com seu dia-a-dia, como se fosse possível ser “apolítico”. Como corrobora Marco Aurélio Nogueira¹⁷⁰

¹⁶⁸ NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Em defesa da política** .2. ed. São Paulo: Senac São Paulo, 2004, p.16.

¹⁶⁹ Ibid, p.16.

¹⁷⁰ Ibid, p.24.

¹⁷⁰ Ibid, p.16.

Em países como o Brasil, marcados por grandes separações e fraturas internas, a perda de confiança na política faz com que se expanda a marginalização de boa parte da população: prolonga, ao invés de encurtar, a situação de miséria e injustiça em que vivemos, pois deixa aberta uma única porta para a transformação social – a porta da violência e do confronto- fechando a passagem principal, a das mudanças progressivas decorrentes de lutas e pressões diuturnas, fundadas na mobilização de massas organizadas e habilitadas para negociar, impor e garantir conquistas.

Ressalta-se ainda que estes processos de transformação são bem lentos.

Outro fator a ser levado em consideração que muito se relaciona com o tema é a questão do poder. Jean Jacques Rousseau citado por Nogueira¹⁷¹ lembrou “que os bárbaros não dobravam a cabeça ao jugo que o homem civilizado carregava sem murmurar e preferiam a mais tempestuosa liberdade a uma tranqüila dominação”. É por causa do poder e em nome deste que a política existe e move-se. Não há política sem poder, manter-se no poder é sinônimo de sucesso político. Não é preciso temer o Príncipe que deseja manter-se no poder, assim prescreve Nicolau Maquiavel¹⁷² “É necessário, portanto, que o príncipe que deseja manter-se aprenda a agir sem bondade, faculdade que usará ou não, em cada caso, conforme seja necessário”. Sendo assim, o príncipe sábio deve guiar-se pela necessidade, aprender os meios de não ser bom e adequar-se às necessidades, agir de acordo com as circunstâncias. É preciso contextualizar as palavras de Maquiavel, aliás, palavras estas tão distorcidas. Maquiavel apresenta o jogo entre a aparência e a essência, virtude e vício.

E o que significa isso? Na lição de Francisco C. Weffort¹⁷³, significa que

A política tem uma ética e uma lógica próprias. Maquiavel descortina um horizonte para se pensar e fazer política que não se enquadra no tradicional moralismo piedoso. A resistência à aceitação da radicalidade de suas proposições é seguramente o que dá origem ao “maquiavélico”. A evidência fulgurante deste adjetivo acaba velando a riqueza das descobertas substantivas.

¹⁷¹ Ibid, p.26.

¹⁷² MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Pietro Nassentti. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 97.

¹⁷³ WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 1999, p. 24.

É através da política que se administra o poder, é também através dela que é possível tornar-se sujeito ativo e não passivo da história. Sua maior dimensão é ultrapassar o individual e focar o coletivo, o bem de todos.

O Brasil, hoje, consolidado em um texto Constitucional que explicitamente se diz Estado Democrático e de Direito, pautado nos princípios da justicialidade e legalidade precisa refletir sobre os fatos que cercam a crise política atual: violar o direito fundamental de um cidadão brasileiro em nome do poder, não é justificável.

O caso em tela refere-se à violação do sigilo bancário do caseiro Francenildo dos Santos Costa que testemunhou contra o Ministro da Fazenda, Antônio Palocci Filho. Francenildo afirmou (na CPI dos Bingos – Comissão Parlamentar de Inquérito que investiga a participação de Palocci em esquema de lobby) ter visto o Ministro numa casa alugada por ex-assessores que conjugava festas pessoais, dinheiro e conchavos. O caseiro teve seu depoimento na CPI suspenso por uma liminar requerida ao Supremo Tribunal Federal pelo Senador Tião Viana (PT – AC). Dois dias depois, dados bancários foram divulgados pela imprensa (um depósito de R\$ 25 mil reais), seguidos de comentários de políticos da oposição afirmando que o caseiro teria recebido dinheiro pago por opositores do governo. Ficou comprovado que o depósito foi feito pelo suposto pai biológico de Francenildo, um empresário do Piauí.

No dia 02 de abril de 2006, o jornal Folha de São Paulo divulgou matéria revelando que Antonio Palocci ordenou diretamente ao então presidente da Caixa Econômica Federal, Jorge Mattoso, a violação do sigilo bancário de Francenildo. Restou assim ao ministro apenas o pedido de demissão. De fato a conclusão do inquérito da Polícia Federal¹⁷⁴ “apontou o ex-ministro da Fazenda Antonio Palocci como mandante da quebra ilegal do sigilo bancário do caseiro Francenildo Costa” (...).

A legislação pátria consagra o sigilo bancário e fiscal como direito fundamental, constitucionalmente protegido, podendo ser excepcionado apenas por ordem judicial

¹⁷⁴ GERMANO, Áureo. **PF aponta Palocci como mandante da quebra de sigilo**. UOL. 19 abr 2006. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/2006/04/19/ult27u55057.jhtm>> Acesso em: 19 abr 2006.

fundamentada ou por Comissões Parlamentares de Inquérito desde que apresentem requisitos razoáveis sobre a necessidade do mesmo. O caso analisado, portanto, não se enquadra no que diz a lei, agiu-se impulsionado por razões arbitrárias e ilegais, incompatíveis com a ordem de um Estado que se diz Democrático e de Direito.

CONCLUSÃO

É certo que a crise pode converter-se em uma boa oportunidade para se avaliar a democracia, seus institutos, suas instituições.

Vinte anos para a história é um tempo muito pequeno, Brasil e Argentina ainda estão aprendendo o que é democracia. O que não se pode permitir é que diante das crises seja o povo tomado de pessimismo e volte a sonhar com retrocessos. Os direitos conquistados não podem ser disponibilizados sob a justificativa de que há crise, seja ela de qual cunho for, política, de segurança pública ou mesmo, econômica.

Desigualdade não se conjuga com democracia, e, se isto ocorre, os institutos democráticos se comprometem e se abalam. Há que se vigiar constantemente ambos. A igualdade de oportunidades é fundamental para a promoção da democracia. Um país que não investe na educação básica de suas crianças não tem pretensão de promover igualdade e democracia. Fala-se muito em exercício de cidadania quando se está em período eleitoral, de fato, é um momento importante, no entanto, não há vontade política por parte daqueles que estão no poder para associar exercício de cidadania com sérios investimentos em escolas públicas, sejam federais, estaduais ou municipais. Um assistencialismo que oferece “bolsa escola”, dentre tantos outros não é suficiente para alterar o quadro caótico em que o País se encontra.

É certo que, qualquer cidadão em sã consciência, vai primar por suas liberdades fundamentais, no entanto, que estejam conjugadas com os princípios de igualdade, pois, de que adiantariam tantas liberdades desassociadas dos direitos sociais? Por outro lado, já se percebeu, nitidamente, que o Estado não deu conta de garantir todos estes direitos. Se democracia é repartir o bem-estar, como vimos em Tocqueville, a sociedade civil organizada tem dado bom sinal de que é capaz de aliada ao Estado¹⁷⁵ (...) “expandir nossa noção da própria política para incluir modos não-estatais de governança.”

¹⁷⁵ WAPNER Paul apud VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 163.

Na lição de Norberto Bobbio¹⁷⁶, “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”. Muitas são as declarações de direitos e os que ainda não foram declarados (porque como fruto de evolução histórica, certamente, ainda estão por vir) não encontrarão obstáculos propriamente na declaração, essa fase já foi superada, no entanto, muito tem-se que caminhar na busca de mecanismos que obriguem ao poder público efetivá-los.

Percebe-se nitidamente que há uma crise cercado os direitos já declarados e até garantidos constitucionalmente no Brasil. O cidadão brasileiro deve estar atento, a sociedade civil organizada não pode compactuar, nem mesmo se acomodar com as aberrações que se tem presenciado, isto porque, um suposto conformismo nesta área pode traduzir-se em renúncia às liberdades e, segundo Jean Jacques Rousseau,¹⁷⁷ “renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres. Não há recompensa possível para a quem tudo renuncia”.

Há que se ter um cuidado todo especial aos se tocar nos direitos fundamentais, ainda que em períodos de emergência. A harmonia do sistema jurídico deve ser preservada, inclusive nessas situações. O que aconteceu nos Estados Unidos foi no mínimo assustador: um país firmado constitucionalmente em princípios liberais, considerado o berço das liberdades individuais, através de uma lei emergencial o *USA Patriot Act* modificou o sistema penal e processual em menos de dois meses depois dos ataques terroristas.

Há que se repensar continuamente nos princípios que sustentam o Estado Democrático de Direito. Não se pode mais admitir, por exemplo, a liberdade individual de forma egoísta, esta deve sim, estar intimamente associada com o ser social o que implica em envolvimento recíproco de deveres e responsabilidades. De igual forma a igualdade, na perspectiva de igualdade de oportunidades, através das ações afirmativas que elevam este princípio.

¹⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. Para uma Teoria Geral Política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999, p.24.

¹⁷⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 27.
WEFFORT, Francisco C.. **Os clássicos da política**. São Paulo: Ática, 2003, p.195.

Historicamente, percebe-se que o País ainda que em período de profunda crise institucional como o foi com o regime militar, sempre contemplou os direitos fundamentais em seus textos constitucionais, porém, muitas das vezes o que se percebeu foi que a letra da lei esteve, extremamente, desassociada das práticas governamentais, portanto, não basta declarar direitos, é preciso que se encontrem instrumentos adequados para efetivá-los, isto é, é preciso que estes sejam garantidos.

Os dados reveladores das pesquisas argentina e brasileira demonstram a insatisfação de dois povos que experimentaram a amargura de regimes militares quando tiveram suas liberdades suprimidas diante do atual quadro da democracia. Entende-se que o problema não está na democracia, muito menos nos pressupostos que a sustentam. O certo é que não se pode mais conjugar democracia com desigualdade social, igualdade sem liberdade, liberdade individual desassociada de responsabilidade social. Refletir acerca deste tema deve ser questão recorrente, pois, não se pode admitir que depois de tantos avanços e retrocessos na história brasileira encontre-se, ainda, em dados de uma pesquisa um povo que tenha saudades da ditadura.

REFERÊNCIA

ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira & MACIEL, Eliane Cruxên Barros de Almeida. A comissão de alto nível – História da emenda constitucional nº 1, de 1969. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/conleg/artigos/direito/AComissaodeAltoNivel.pdf>>. Acesso em: 22 jun 2006.

Ato Institucional Número Um. **Wikipédia**. Disponível em: <http://pt.wikisource.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Um>. Acesso em: 22 mar 2006.

Ato Institucional Número Dois. **Wikipédia**. Disponível em: <http://pt.wikisource.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Dois>. Acesso em: 22 mar 2006.

Ato Institucional Número Três. **Wikipédia**. Disponível em: <http://pt.wikisource.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Quatro>. Acesso em: 22 mar 2006.

Ato Institucional Número Cinco. **Wikipédia**. Disponível em: <http://pt.wikisource.org/wiki/Ato_Institucional_N%C3%BAmero_Cinco>. Acesso em: 23 mar 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Estado, Governo, Sociedade.** Para uma Teoria Geral Política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília. DF: Senado, 1988.

BRASIL, **Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal.** Organizador Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Habeas Corpus. HC nº 70.814-5-SP. Ulisses Azevedo Soares e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Celso de Mello. 1 mar. 1994. Disponível em : <www.stf.gov.br>. Acesso em : 05 jun. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de Medida Cautelar. ADI-MC 1969-DF. Partido Trabalhista (PT), Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG), Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE), Central Única dos Trabalhadores (CUT). Relator: Marco Aurélio. 24 mar. 1999. Disponível em : <www.stf.gov.br> Acesso em : 05 jun. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Indeferimento de Pedido Liminar. HC 86.153-9-SP. César Herman Rodrigues e Relator da APN 306 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Joaquim Barbosa. 01 jul. 2005. Disponível em : <www.stf.gov.br> Acesso em : 05 jun. 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada.** São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>>. Acesso em: 22 Mai 2006.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>>. Acesso em: 22 Mai 2006.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>>. Acesso em: 22 jun 2006.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 22 jun 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/dhbb/verbetes_htm/5744_1.asp>. Acesso em: 20 abr 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A reconstrução da democracia**. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da Política**. São Paulo: Ática, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A nova lei de segurança nacional**. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_58/PANTE%C3O/Heleno%20Cl%C3%A9udio%20Fragoso.pdf>. Acesso em: 17 abr 2006.

GERMANO, Áureo. **PF aponta Palocci como mandante da quebra de sigilo**. UOL. 19 abr 2006. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/2006/04/19/ult27u55057.jhtm>> Acesso em: 19 abr 2006.

Grampo na Rede Gazeta: Vivo diz que não houve falha na identificação. **O Globo**, Rio de Janeiro. 12 dez 2005. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/online/plantao/2005/12/12/189612354.asp>> Acesso em: 28 Abr 2006.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Pietro Nassentti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica para o curso de Direito**. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Em defesa da política**. 2. ed. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2004.

PINTO, Roberto Bueno. **Manual de Ciências Políticas: A vida na sociedade democrática globalizada contemporânea**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Enciclopédia Digital de Direitos Humanos II**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_liberdadereuniao.html. Acesso em 25 jun 2006.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução de Irene A. Paternot: seleção, apresentação e glossário Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROBERT, Cinthia ; José Luiz Quadros de Magalhães. **Teoria do Estado, Democracia e Poder Local**. 2. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, Orlando. **Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

VILA-NOVA, Carolina. Para argentinos, democracia tem problemas. **Folha de São Paulo**, São Paulo. 08 dez 2003. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u66411.shtml>. Acesso em: 10 jul 2005.

VIEIRA, Liszt. **Os argonautas da cidadania**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. São Paulo: Editora Ática, 1999.