

HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA ESTUDOS E REFLEXÕES

*ARNALDO SAMPAIO DE MORAES GODOY e CHRISTINE OLIVEIRA
PETER
(Organizadores)*



Brasília
UniCEUB
2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

História constitucional brasileira : estudos e reflexões / organizadores, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Christine Oliveira Peter – Brasília : UniCEUB, 2019.

367 p.

ISBN 978-65-87823-20-1

1. Direito Constitucional. - Brasil I. Título

CDU 342.4(091)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Todos os direitos reservados ao autor. É expressamente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem prévia autorização do autor (Lei nº 9.610, de 19.02.98, DOU 20.02.98)

SUMÁRIO

Apresentação	5
Mulheres nas Constituições Brasileiras Christine Oliveira Peter Vanessa de Oliveira Rosa	9
O Tribunal de Contas na Tradição Constitucional Brasileira Adrieno Reginaldo Silva.....	31
Do Político ao Jurídico: os Preâmbulos das Constituições Brasileiras como manobra de legitimação Carlos Frederico Santos	45
A Tradição Constitucional Brasileira Sobre o Federalismo Fiscal Daniel Gonçalves Mendes da Costa.....	61
A Tradição Constitucional Brasileira Sobre o Direito Penal Frederico Skora Lieberenz.....	79
A Liberdade Religiosa na Tradição Constitucional Brasileira João de Souza Nascimento Neto	101
Vedação ao Anonimato: uma breve análise à luz do Princípio da liberdade de expressão e das decisões do STF Juliana Magalhães F. Oliveira.....	117
Um Olhar Sobre a Relação entre o Constitucionalismo e a Democracia Júlio Gonçalves Melo	135
A Separação dos Poderes nas Constituições Brasileiras Lucas Schwinden Dallamico	163
A Tradição Constitucional Brasileira da Educação Luciana Rangel da Silva Tyrka.....	173

Tradição Constitucional Brasileira - Controle de Constitucionalidade Marcelo Oliveira	183
A Tradição Constitucional Brasileira: da política urbana e da regularização fundiária Marco Roberto Serra Lyrio	201
Cotas Raciais: o sistema de cotas raciais no Brasil tem funcionado como critério de correção das desigualdades, ou está servindo apenas para acirrar as desigualdades? Maria Margarida Moura da Silva	213
A Tradição Constitucional Brasileira Sobre Educação e Ensino Mariana Amorim Murta.....	239
A Tradição Constitucional Brasileira Sobre a Seguridade Social Mariana Rezende Maranhão da Costa	251
A Família na Tradição Constitucional Brasileira Nathália Maria Marcelino Furtado Galvão.....	265
Análise Histórica do Problema da Repartição da Competência Tributária nas Constituições Brasileiras Renato Cesar Guedes Grilo.....	279
O Direito Urbanístico na Tradição Constitucional Brasileira Roberlei José Resende Belinati	293
Do Sistema Tributário, Princípios Constitucionais e Lançamento Fiscal Rycardo Henrique M. de Oliveira.....	309
História da Constituição de 1824 e a Regularização Fundiária Rural Thiago Cícero Serra Lyrio	321
A Experiência Constitucional Brasileira e o Tema do Estado de Exceção Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	331

APRESENTAÇÃO

Ao longo do primeiro semestre de 2019 conduzi, ao lado de Christine Oliveira Peter, uma disciplina de História Constitucional Brasileira, no programa de pós-graduação em Direito do UniCeub, em Brasília. Discutimos aspectos pontuais de nossa tradição constitucional, com especial atenção para com os temas que os mestrandos e doutorandos aprofundavam em suas dissertações e teses. Desse modo, as leituras originalmente concebidas em um contexto mais geral foram dirigidas para as várias preocupações específicas que havia.

Tomamos a cautela de evitarmos os equívocos (por vezes inevitáveis) que há entre as relações entre o direito e as demais disciplinas. Desconfiamos que alguma pesquisa jurídica acadêmica contemporânea revela quatro problemas metodológicos que exigem enfrentamento. Referimo-nos à utilização de referenciais históricos pouco consistentes, ao superficial conjunto de alusões ao Direito Comparado, à aproximação confusa com outros campos do saber e a técnicas argumentativas e discursivas apoiadas tão somente em argumentos de autoridade, ainda que disfarçados em excertos de jurisprudência. Percebe-se muito pouco de imaginação institucional. É a escravidão para com o passado, a reprodução do que já feito, a apologia da sapiência dos mortos.

Há textos elaborados em âmbito acadêmico, de matéria jurídica, com pretensão científica que são geralmente precedidos por introduções históricas que revelam recorrente reprodução de lugares-comuns, qualificando-se esforço descritivo de bases historiográficas muito duvidosas. Esse pesquisador imaginário tenta comprovar que institutos jurídicos contemporâneos substancializam o cume de longa linha evolutiva. Trata-se de uma técnica empobrecedora. Tem-se apenas exibicionismo de erudição, muito característico de nossos modos bacharelescos. Buscamos evitar essa tentação. Em algumas (ou muitas) páginas, um pesquisador imaginário passa rapidamente do Código de Hamurabi para a Lei das XII Tábuas, retorna para os sábios da Grécia antiga, corre para o Edito de Caracala, encontra alguma curiosidade penal em algum ordálio medieval, faz apologia à Revolução Francesa, retorna à Magna Carta, passa em revista todas as constituições brasileiras, naquilo que todos sabemos.

Há também forte tendência para coleta de exemplos e reflexões no Direito Comparado. Percebe-se deslocamento do contexto dos institutos estudados; não se reconhece a inexistência de um esperanto jurídico. Não se explora a teoria das transposições normativas, que nos indica que a mera cópia de modelo alheio pode provocar resultados inesperados.

É quando vale a pena se lembrar do fato (ou da metáfora) do jogo de cricket nas ilhas Trobriand, como se vê em filme clássico de Gary Kildea, a partir de insumo antropológico de Jerry Leach. Conta-se que na Melanésia

os nativos decidiam disputas de modo cruel. Missionários ingleses teriam ensinado aos melanésios o jogo de cricket, como uma fórmula mais pacífica e educada para resolução de problemas. Voltaram alguns anos depois. Verificaram, felizes, que o cricket estava disseminado na ilha. No entanto, observaram, espantados, que as regras foram transformadas, e que uma bola que saia do campo poderia ser punida com a morte...

A passagem também é encontrada no livro de Direito Administrativo de Marçal Justen Filho, bem a propósito da ingenuidade que decorre de copiarmos institutos de outras culturas, jurídicas até. São da assertiva exemplos muito nítidos o amigo da corte que pode se transformar no amigo da parte (como se intui da brilhante tese de Damares Medina, a propósito da influência de terceiros no processo decisório do STF) e a Medida Provisória, que não se afeiçoa ao modelo presidencialista.

O Direito Comparado não é argumento de exemplo, e nem adereço retórico. É importante insumo à reflexão crítica. Resta questão que persiste, e que não parece suscitar resposta simples e imediata, no sentido de que seria o Direito Comparado um método ou uma disciplina autônoma. Afinal quem tem razão?

Percebe-se também um deslocamento do contexto dos institutos estudados. Neste Direito Comparado macunaímico não se compara, não se atribuem juízos de valor. O Direito Comparado se transforma em curiosidade meramente descritiva. Deve-se reconhecer que não há um esperanto jurídico. O Direito Comparado transita num diálogo entre culturas.

Verifica-se ainda uma permanente metodologia de aproximação do Direito com outros campos do saber, a exemplo de Direito e Economia, Direito e literatura, Direito e Psicanálise. Há graves problemas metodológicos, que decorrem de certo abuso de conhecimento, de quem pretende tratar a Economia, a literatura ou a Psicanálise como estruturas epistemológicas de dever-ser.

Há trabalhos que pretendem explicar o Direito a partir da Economia. Trata-se de uma investida na análise econômica do Direito. O campo é riquíssimo, radica no utilitarismo de Bentham e no pragmatismo norte-americano. Deve-se, no entanto, transcender à métrica do custo e do benefício, bem como do discurso do custo dos direitos, que se tenta impugnar com a metafísica da reserva do possível. É preciso estudar economia com seriedade.

Há trabalhos jurídicos que cotejam a literatura e as técnicas de crítica literária. Repudiado por alguns (Richard Posner), festejado por outros (José Calvo González), o selo “Direito e literatura” aproxima o problema jurídico do argumento das humanidades. Está virando moda. Há o fun factor, como dizem os norte-americanos; isto é, buscar o jurídico no argumento literário é fonte de prazer. Fica gostoso estudar Direito. Mas será que se pode dizer o mesmo de uma tentativa de se percorrer rota inversa, isto é, de se buscar, com obsessão, o argumento literário no Direito?

Pode-se verificar também alguma (embora tímida) incursão na teoria psicanalítica, ainda que fora de um contexto de psicopatologia forense, mais afeta à

medicina legal, como se estudava a não muito tempo atrás. A teoria psicanalítica pode-se aproximar de problemas hermenêuticos (em sentido estrito) e de teoria social (o que também intrigante). Verifica-se também o uso de referenciais discursivos que desprezam pesquisas em fontes primárias (jurisprudência e textos legais, contemporâneos ou antigos) em favor de mera recolha de autores. A jurisprudência transforma-se em mero argumento, em favor de uma tese, uma prestação de contas entre conceitos defendidos e soluções institucionais declaradas pelo Judiciário. As fontes primárias são desprezadas, ainda que se possa alcançá-las, sem muito esforço de pesquisa de bibliografia ou de arquivos.

Por fim, estratégias retóricas também chamam a atenção. Que técnicas de hermenêutica são propaladas? Qual a força do argumento doutrinário? Será que se percebe que o chamado argumento de doutrina não seria uma demão de metodologia de teologia sistemática nas ciências sociais aplicadas, a começar pela designação?

Que peso tem a jurisprudência? E o que se dizer do frenesi em torno dos princípios de direito, que ganha foros de religião civil, inclusive com hagiografia que cultua um pensador alemão e outro norte-americano? Por que tudo precisa ser explicado a partir de uma imaginária distinção entre princípios e regras? Por que se tratam regras como interruptores de luz (tudo ou nada) e princípios como transístores (mais ou menos energia), como insinuou autor espanhol em estudo aliciente. Não haveria nesse sonambulismo dogmático disfarçado de técnica pragmática de solução de problemas retomada do argumento do direito natural que remonta a clivagem entre real e ideal que se perde em alguma caverna de Platão, onde sombras e vida se confundiam?

Há, sem dúvida, muita pesquisa inteligente, imaginativa e conclusiva no ambiente acadêmico jurídico contemporâneo. No entanto, multiplicam-se teses panorâmicas que, muitas vezes, concluem pela necessidade de tal ou qual lei, como se a normatização da existência fosse a grande lição que se leva da faculdade de Direito.

São essas algumas das preocupações que conduziram as discussões desse curso que dividimos em 2019. O resultado se encontra nos textos que seguem. Respeitamos, integralmente o modo como os textos foram redigidos, firmes no respeito acadêmico e na fé de que o estilo é o homem. E porque as palavras ficam e os escritos ficam, registramos, no livro que segue, as pesquisas e as discussões de um curso memorável, que, como diriam os romanos, deveria ser marcado com uma pedrinha branca.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP, Professor titular do programa de pós-graduação do Centro Universitário de Brasília-UniCeub.

MULHERES NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Christine Oliveira Peter

Doutora e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB; Professora Associada do Mestrado e Doutorado em Direito das Relações Internacionais do Centro Universitário de Brasília (UniCeub); Pesquisadora do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais ICPD/UniCeub; Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Vanessa de Oliveira Rosa

Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCeub); Discente pesquisadora do Núcleo de Estudos Constitucionais (NEC/UniCeub).

SUMÁRIO: Considerações preliminares; 1 Constituição de 1824; 2 Constituição de 1891; 3 Constituição de 1934; 4 Constituição de 1937; 5 Constituição de 1946; 6 Constituição de 1967 e Emenda Constitucional 1/1969; 7 Constituição de 1988; 8 Considerações Finais; Referências.

Considerações preliminares

A história das constituições brasileiras revela-se essencial para a compreensão não apenas do passado, mas, e principalmente, do futuro do constitucionalismo brasileiro. A história é reveladora de pontos que, muitas vezes, ficam cegos aos olhos dos transeuntes contemporâneos, de forma que apresentamos este pequeno trabalho para tentar contribuir com uma lacuna na literatura jurídica pátria.

Perguntar-se sobre o lugar das mulheres nos textos constitucionais sucessivos da história do Brasil é renovar os esforços para a edificação, também em solo brasileiro, do constitucionalismo feminista¹. Estar ao lado do Professor Arnaldo Godoy e seus alunos de mestrado, no curso História Constitucional, durante todo o primeiro semestre de 2019, foi não apenas um privilégio, mas um verdadeiro luxo acadêmico.

As sete constituições brasileiras foram pesquisadas em busca dos direitos fundamentais das mulheres, ou seja, da visão dos constituintes sobre parcela da população excluída, durante boa parte da nossa história, das proteções constitucionais típicas.

A pretensão aqui é muito modesta, pois, por meio de pesquisa exploratória, de cunho meramente descritivo, vai-se apresentar as principais normas constitucionais, que de forma mais ou menos linear cuidaram de direitos tipicamente femininos nos diversos textos constitucionais.

As normas constitucionais serão transcritas tais como eram grafadas à época para que não se perca a dimensão histórica dos registros aqui feitos. Esperamos, com esse singelo trabalho, avançar em busca de um olhar histórico para o Direito, em geral, e para o Direito Constitucional em particular.

1 Constituição de 1824

A expressão ‘mulher’ não foi encontrada no texto constitucional imperial. A expressão ‘feminino’ está no art. 117, capítulo IV, da Constituição do Império, que tratava da sucessão do imperador:

Art. 117. Sua Descendencia legitima succederá no Throno, Segundo a ordem regular do primogenitura, e representação, preferindo sempre a linha anterior ás posteriores; na mesma linha, o gráo mais proximo

¹ A expressão constitucionalismo feminista tem sido usada tanto no Brasil, quanto em outros países, por autoras que defendem a perspectiva de gênero como um método integral que indica e dá destaque para aspectos que o Direito Constitucional Contemporâneo sombria ou até mesmo exclui e marginaliza. Trata-se, portanto, de uma postura hermenêutica do constitucionalismo inclusivo, ou seja, de um modo de lidar com os problemas jurídico-constitucionais típicos a partir de uma visão plural, aberta e tolerante.

ao mais remoto; no mesmo gráo, o sexo masculino ao feminino; no mesmo sexo, a pessoa mais velha á mais moça.

Outros dispositivos, de mesma índole, reconheciam o direito das mulheres da família imperial:

Art. 108. A Dotação assignada ao presente Imperador, e á Sua Augusta Esposa deverá ser augmentada, visto que as circumstancias actuaes não permitem, que se fixe desde já uma somma adequada ao decoro de Suas Augustas Pessoas, e Dignidade da Nação.

‘Art. 112. Quando as Princezas houverem de casar, a Assembléa lhes assignará o seu Dote, e com a entrega delle cessarão os alimentos.

Art. 120. O Casamento da Princeza Herdeira presumptiva da Corôa será feito a aprazimento do Imperador; não existindo Imperador ao tempo, em que se tratar deste Consorcio, não poderá elle effectuar-se, sem approvação da Assembléa Geral. Seu Marido não terá parte no Governo, e sómente se chamará Imperador, depois que tiver da Imperatriz filho, ou filha.

‘Art. 124. Em quanto esta Rogencia se não eleger, governará o Imperio uma Regencia provisional, composta dos Ministros de Estado do Imperio, e da Justiça; e dos dous Conselheiros de Estado mais antigos em exercicio, presidida pela Imperatriz Viuva, e na sua falta, pelo mais antigo Conselheiro de Estado.

‘Art. 130. Durante a menoridade do Successor da Corôa, será seu Tutor, quem seu Pai lhe tiver nomeado em Testamento; na falta deste, a Imperatriz Mãi, em quanto não tornar a casar: faltando esta, a Assembléa Geral nomeará Tutor, com tanto que nunca poderá ser Tutor do Imperador menor aquelle, a quem possa tocar a successão da Corôa na sua falta”.

A Constituição de 1824 era formada por 179 artigos e 8 títulos, sendo 164 artigos referentes à organização dos poderes políticos e apenas os últimos 7 artigos sobre direitos fundamentais (arts. 173 a 179), devendo-se ressaltar que o art. 179 compunha-se de 35 incisos.²

² BRASIL. *Constituição de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 25 out. 2019.

Segundo Tânia Maria Santos, a Constituição imperial não tem nenhuma relevância para o reconhecimento constitucional da cidadania das mulheres. Anota:

Nesse momento constitucional, eram os cidadãos homens com 25 anos ou mais e todos que tivessem renda de 100 mil-réis, mas em 1881 foi proibido o voto dos analfabetos. As mulheres e os escravos não eram considerados cidadãos, sendo os excluídos políticos no período imperial.³

Condizente com sua época, a Constituição imperial não rompeu com a tradição patriarcal herdada no período colonial, sendo importante lembrar que havia no Brasil estratégico isolamento das mulheres em relação ao movimento feminista norte-americano⁴, por exemplo. Somente em 1879, as mulheres tiveram reconhecido seu direito a frequentar o ensino superior, sendo muito criticadas aquelas que optavam por fazê-lo.⁵

Observa Ana Paula de Sá que as mulheres brasileiras, no período de vigência da Constituição imperial, cumpriam apenas as tarefas domésticas e estavam confinadas ao âmbito de seus lares, de modo que o texto constitucional sequer preocupou-se em negar-lhe direitos:

Não há exclusão expressa nessa Constituição a direitos políticos às mulheres. Todavia, não houve, à época, quem reivindicasse tal atuação política. A certeza de exclusão da mulher do que se compreendia como cidadão bastava para excluir esses direitos às pessoas do gênero feminino.⁶

3 SANTOS, Tânia Maria. *A mulher nas Constituições brasileiras*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/Mulher%20e%20CF%20-%20Final%20tania.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2019. p. 3.

4 Lembra Tânia Maria Santos: “A primeira Convenção feminista foi em Sêneca Falls, nos Estados Unidos da América, em 1848, denominada a Convenção dos Direitos da Mulher, na qual a congressista Elizabeth Candy Stanton enumerou, com clareza, os direitos humanos das mulheres, negados pelo sistema patriarcal.” Cfr: SANTOS, Tânia Maria. *A mulher nas Constituições brasileiras*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/Mulher%20e%20CF%20-%20Final%20tania.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2019, p. 4.

5 SANTOS, Tânia Maria. *A mulher nas Constituições brasileiras*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/Mulher%20e%20CF%20-%20Final%20tania.pdf> Acessado em 25.10.2019, p. 4. Citando Sidney Santos, afirma: Apenas em 1879 o governo brasileiro possibilitou às mulheres cursarem o ensino de terceiro grau, mas as que buscaram este caminho estavam sujeitas ao preconceito social por seu comportamento contra a “natureza”. Vide: SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. *Mulher: sujeito ou objeto de sua própria história?* Florianópolis: OAB/SC, 2006, p. 119.

6 SÁ, Ana Paula Suitsu de. A questão da igualdade de gênero nas constituições brasileiras. *Revista Âmbito Jurídico*, 01.11.2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-questao-da-igualdade-de-genero-nas-constituicoes-brasileiras/>>. Acesso em: 25 out. 2019.

2 Constituição de 1891

A expressão ‘mulher’ não foi encontrada no texto da primeira Constituição da República, tampouco a expressão ‘feminino’. Os tempos, entretanto, já eram outros e o século XX fez as mulheres brasileiras, já mais organizadas e engajadas em movimentos feministas, reivindicarem o direito ao voto, em face do princípio da isonomia constante do art. 72, §2º, da Constituição de 1891:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)

§ 2º Todos são iguaes perante a lei.

Vários pedidos foram dirigidos ao Poder Judiciário brasileiro para fazer valer o direito fundamental à isonomia, especialmente na seara dos direitos políticos, mas tais pedidos eram sistematicamente rejeitados, por não se reconhecer, no Brasil, a capacidade social da mulher para o voto. Anota Marly Cardone:

Não há, pois, nesse diploma constitucional, uma concessão ou uma negação do direito de voto à mulher. Todavia, um juiz de primeira instância, em São Paulo, indeferiu em 1922, petição de uma interessada, em sentença do seguinte teor: “As mulheres não podem alistar-se como eleitores. Não se reconhece ainda, no Brasil, a capacidade social da mulher para o exercício do voto. As restrições que se lhe impõem na ordem civil têm um reflexo na ordem política. E’ certo que não existe em nossas leis uma exclusão expressa a êsse respeito. Mas também o é que várias tentativas surgiram, na discussão de nosso pacto fundamental, para precisamente tornar expresso o direito do voto feminino, sem que lograsse aprovação qualquer das emendas apresentadas. Entendeu, por certo, a maioria de nossos representantes que, embora se deixasse aberta a porta a possíveis futuras inovações, não era ainda o momento de romper com as tradições de nosso direito segundo as quais as palavras “cidadão brasileiro”, empregadas nas leis eleitorais, designam sempre o cidadão do sexo masculino, elegível para os cargos públicos, na plenitude de sua capacidade, idôneo para o trabalho, apto principalmente para defender a pátria, pegar em armas, bater-se por ela contra o inimigo exterior e pugnar pelos seus direitos

na imprensa, na tribuna, na praça pública, com as energias e veemência próprias da organização viril. Há, sem dúvida, mulheres capazes de fazer tudo isso. Mas o legislador, quando estabelece as normas sobre a capacidade, não se deixa influenciar de preferência pelo conhecimento dos casos de exceção. A verdade é que prevalecem ainda, entre nós, considerações tradicionais das quais se fez eco o deputado Pedro Américo, ao lembrar que a missão da mulher é mais doméstica do que pública, mais moral do que política (v. Diniz, “Direito Público e Constitucional”, n. 51). Os publicistas que, entre nós, propugnam ardorosamente, como o fez o Dr. Tito Fulgêncio, pela emancipação política da mulher, qualificando de arbitrária a exclusão que dela se fizer do direito de voto, esquecem por completo a concepção que sempre se há feito, em nossa vida social, da entidade feminina; concepção de uma criatura destinada a dividir harmonicamente com o homem as responsabilidades da vida em comum, ela, na tranqüilidade do lar, cuidando da ordem doméstica, êle, no trabalho quotidiano, auferindo os meios de prover à subsistência da família. Pode ser que futuramente assista a humanidade a confusão dos papéis. Mas por enquanto cumpre conservar o que até aqui se tem conservado no tocante à capacidade feminina, pois entre nós ainda impera, quanto às mulheres, o preceito romano rude, mas sincero, revelado pelo jurisconsulto Ulpiano: “Faeminae ab omnibus officiis civibus, vel publicis remotate sunt” (Dig. de Reg. jur., L17, pág. 2). Em vista do exposto, indefiro a petição de fls. 2. São Paulo, 7 de junho de 1922⁷

Não se podem negar os avanços que o Código Eleitoral de 1932 trouxe para os direitos políticos das mulheres, coroando período, ainda que não muito intenso, de luta feminista no Brasil. Apesar de não haver uma menção expressa à proibição de participação das mulheres no processo político, elas continuaram marginalizadas e cerceadas de exercer o voto, como bem pontua Caroline Lima “Não havia exclusão expressa à mulher do voto porque não havia a ideia da mulher como um indivíduo dotado de direitos, tanto que várias mulheres requereram, sem sucesso, o alistamento.”⁸

⁷ CARDONE, Marly Á. A mulher nas Constituições brasileiras. In: Doutrinas essenciais em Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais Online*, v. 4, ago. 2011. p. 449-480, p. 5/17. A sentença foi retirada de: Revista dos Tribunais, v. 43, de 2 de julho de 1922, p. 47-48.

⁸ LIMA, Caroline Araújo Florêncio de. *A participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal de 1988: o Lobby do Batom*. 2016. 18 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, 2016. p. 11. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/3293/1/A%20Participa%C3%A7%C3%A3o%20das%20Mulheres_%20TCC_Lima.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

Embora as mulheres continuassem segregadas e sem garantia de direitos fundamentais que já eram reconhecidos aos homens, a garantia da autonomia estadual contribuiu para que, em 1927, o Rio Grande do Norte se tornasse o primeiro estado a autorizar o direito ao voto às mulheres, quando da elaboração de sua própria Constituição. Esse fato, posteriormente, influenciaria a implementação do direito ao sufrágio feminino na Constituição Federal seguinte.⁹

Aqui é preciso lembrar que, no Brasil, a primeira vez que as mulheres puderam concorrer à Câmara dos Deputados foi em 1932¹⁰, e ao Senado em 1934, conquista considerada por muitos tardia, ao situar esse processo histórico internacional pela conquista do sufrágio, entretanto, foi o primeiro país latino a garantir esse direito.¹¹

Conforme visto, a Constituição de 1891 não negou, expressamente, os direitos políticos das mulheres, mas sem reconhecê-los de forma explícita, abriu margem para interpretações desfavoráveis feitas pelos detentores de poder da época, atavicamente vinculados ao patriarcado.

3 Constituição de 1934

A expressão ‘mulher’ é encontrada 4 (quatro) vezes no texto constitucional de 1934. Como é de todos sabido, a Constituição alcunhada de social, em seu art. 108, reconheceu, finalmente, o direito ao voto para as mulheres:

Art 108 - São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei.

A Constituição de 1934 é fruto da insatisfação popular com as crises que a República Velha enfrentava e culminou na Revolução de 1930. Esta Constituição foi apontada como referência nas constituições brasileiras e apresenta grande influência da Constituição Alemã de Weimar. Entre as principais mudanças trazidas, destaca-se uma postura estatal mais atuante

9 SANTOS, Tânia Maria dos. *A mulher nas Constituições Brasileiras*. II Seminário Nacional de Ciência Política: América Latina em Debate. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2009. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/Mulher%20e%20CF%20-%20Final%20tania.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

10 Sendo que em 1933 foi eleita a primeira mulher para a Câmara Federal. BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (org). *O Progresso das Mulheres no Brasil 2003-2010*. p. 95. Rio de Janeiro; CEPI, Brasília. ed. ONU MULHERES, 2011

11 BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (org). *O Progresso das Mulheres no Brasil 2003-2010*. p. 95. Rio de Janeiro; CEPI, Brasília. ed. ONU MULHERES, 2011

no campo econômico e social, determinando a criação da Justiça do Trabalho, direitos trabalhistas, previdência social, voto secreto, entre outros.¹²

No tocante às garantias femininas, destaca-se que essa Constituição foi a primeira a se preocupar com situação da mulher e a inserir uma disposição que expressamente previa igualdade entre os sexos em um texto constitucional, nos seguintes termos “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégio, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”.¹³

A Constituição de 1934 apresenta um significativo avanço para os direitos fundamentais das mulheres, não apenas pelo reconhecimento da sua básica condição de cidadã, eleitora, mas principalmente porque destina a ela direitos fundamentais sociais muito relevantes. Conforme registra Marly Cardone:

A Comissão elaboradora do anteprojeto da Constituição de 1934, diferentemente das demais, teve uma representante feminina, na pessoa da deputada Berta Lutz, que assim se expressa acerca de seu trabalho: “As sugestões, evidentemente incompletas e falhas, dada a falta de conhecimento do arcabouço geral que vinha sendo elaborado pela Subcomissão, representam entretanto o fructo do estudo paciente, do desejo sincero de cuidar dos interesses do Brasil e da atenção escrupulosamente voltada para a opinião pública, principalmente a opinião feminina, que pela primeira vez na nossa história era chamada a se pronunciar directamente sôbre a organização da vida pública nacional. Os pontos-de-vista externados e defendidos decorreram uns de opiniões próprias outros da evolução do direito constitucional de após-guerra, outros ainda do consenso geral da orientação feminina universal e da opinião feminina brasileira auscultadas antes de serem escriptas as sugestões. Algumas das sugestões foram aproveitadas desde o início e incorporadas ao anteprojeto da Constituição, logrando sobreviver a todos os trâmites da Assembléia Constituinte. Outras foram retiradas várias vêzes e várias vêzes recollocadas, graças à colaboração de algumas feministas dedicadas, encontradas entre os deputados constituintes, ao lider da maioria e ao Chefe do Govêrno Provisório. Outras, ainda não acceitas, continuam a figurar no

12 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2004. p. 99.

13 [Constituição (1934)]. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

programma de reivindicações do Movimento Feminino organizado, por voto dos seus Congressos e Convenções”¹⁴

Diante dessa notável participação, os direitos fundamentais das mulheres foram expressamente reconhecidos, como o alistamento e o voto obrigatórios:

Art 109 - O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar.

No que diz respeito à constante preocupação com a maternidade, alguns dispositivos da Constituição de 1934 foram enfáticos no reconhecimento da proteção:

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:

[...]

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;

§ 3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas.

Art. 138 “Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: ... c) amparar a maternidade e a infância”;

Art. 141: “E’ obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias”.

¹⁴ CARDONE, Marly A. A mulher nas Constituições brasileiras. In: Doutrinas essenciais em Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais Online*, v. 4. Agosto/2011. p. 449-480, p. 8/17. A referência à fala de Bertha Lutz foi retirada de: ‘O voto feminino’, in *Revista dos Tribunais*, v. 72, p. 20, nota 16.

Por fim, também foi pioneira na proibição de diferença salarial para o mesmo trabalho em razão do sexo e de realização de ofício em atividades insalubres; previu assistência médica e sanitária à gestante, assegurando descanso antes e após o parto; impôs à União amparo à maternidade de infância¹⁵ e pela primeira vez isentou as mulheres da prestação de serviço militar.¹⁶

Verifica-se, pois, nesta Constituição proteção à mulher e à mãe trabalhadora, reconhecendo-se direitos fundamentais diretamente relacionados à condição feminina.

4 Constituição de 1937

A expressão ‘mulher’ é encontrada 1 (uma) vez na Constituição de 1937. O disposto no art. 137, na sua redação original, foi oficialmente suspenso pelo Decreto 10.358/1942. Mas vale o seu registro, para fins históricos:

Art 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: (Suspenso pelo Decreto nº 10.358, de 1942)

k) proibição de trabalho a menores de catorze anos; de trabalho noturno a menores de dezesseis, e, em indústrias insalubres, a menores de dezoito anos e a mulheres; (Suspenso pelo Decreto nº 10.358, de 1942)

A Constituição de 1937 foi outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas após o golpe de Estado que implementou o Estado Novo. Essa nova Constituição tinha forte viés ditatorial e concentrou os poderes no Presidente da República, que tinha “autoridade suprema do Estado”¹⁷.

Quanto ao direito das mulheres, depreende-se que houve, de um modo geral, redução de direitos básicos em relação à constituição anterior, ressaltando-se a supressão da previsão de igualdade entre os sexos para uma nova redação de igualdade a todos, sem fazer distinções por sexo, raça, classe social, entre outros.¹⁸

Além disso, omitiu-se quanto à proibição de diferenciação de salário em razão do sexo, ao direito ao voto das mulheres e ao amparo

¹⁵ PIMENTEL, Sílvia. *Evolução dos Direitos da Mulher: norma, fato, valor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p.19.

¹⁶ Ibidem, p. 29.

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 100.

¹⁸ ALMEIDA, Cecília Beatriz Soares de. *A afirmação dos direitos das mulheres e a efetividade jurídica nas relações familiares*. 2007. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7569>>. Acesso em: 22 set. 2019.

à maternidade.¹⁹ Demonstrando-se, assim, um retrocesso quanto ao reconhecimento dos direitos fundamentais das mulheres.

Note-se, entretanto, que foi mantido o direito das mulheres de assumir cargos políticos (arts. 51, 81 e 88), bem como os cargos de representantes do Estado no Conselho Federal, Presidente da República e Ministro de Estado.

Importante retrocesso foi quanto à estabilidade gestante, pois a Constituição permitiu que o empregador pudesse dispensar a empregada, pagando-lhe salário correspondente ao período de resguardo, mas ela, com um filho recém nascido para educar, ou seja, no período que mais precisaria do emprego, estaria fora do mercado de trabalho.²⁰

5 Constituição de 1946

A expressão ‘mulher’ foi encontrada 2 (duas) vezes. No dispositivo constitucional que isentava as mulheres do serviço militar obrigatório e também na norma constitucional que proibia o trabalho da mulher em locais insalubres.

Art 181 - Todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos necessários à defesa da Pátria, nos termos e sob as penas da lei.

§ 1º - As mulheres ficam isentadas do serviço militar, mas sujeitas aos encargos que a lei estabelecer.

Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

IX - proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente;

¹⁹ PIMENTEL, Sílvia. *Evolução dos Direitos da Mulher*: norma, fato, valor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 20-27.

²⁰ Registre-se que à empregada pública gestante foi assegurado o descanso de 3 meses, com vencimentos integrais, nos termos do art. 156 da Constituição. Vide: CARDONE, Marly A. A mulher nas Constituições brasileiras. In: Doutrinas essenciais em Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais Online*, v. 4. ago./2011. p. 449-480, p. 9/17.

A Constituição de 1946 recuperou as liberdades e os demais direitos fundamentais das mulheres que já tinham sido reconhecidos pela Constituição de 1934, os quais acabaram sendo suprimidos pelo regime autoritário da Constituição de 1937. Entretanto, não houve mudanças significativas entre aquele período do início da década de 30 e o texto de 1946, no que dizia respeito à participação política, considerando, principalmente, que a igualdade continuou sendo reconhecida de maneira genérica.²¹

Apenas, nos anos posteriores, com a aprovação do Estatuto da Mulher Casada, em 1962, as mulheres obtiveram o reconhecimento de sua capacidade plena aos 21 (vinte e um) anos e, finalmente, foram consideradas sujeitos de direitos com capacidade para colaborar na função de condução da família.²²

Na esteira da dogmática constitucional feminista, importante anotar a decisão do Supremo Tribunal Federal, tomada em 1963, na qual a Suprema Corte brasileira declarou constitucionais normas do edital de um concurso público para Auxiliar de Fiscal de Renda do estado de São Paulo, o qual excluía as mulheres do certame, por incapacidade física.²³

O ambiente cultural interno do Brasil ainda era inóspito para as discussões da pauta feminista, mas de forma paulatina e articulada o movimento feminista brasileiro avançou, ainda que de forma sutil, para enfrentar e atravessar os desafios do período de ditadura militar que se seguiu.

6 Constituição de 1967 e emenda Constitucional 1/1969

A expressão mulher foi encontrada 8 (oito) vezes; sendo 4 (quatro) no texto originário da Constituição de 1967 e outras 4 (quatro) vezes no texto da Emenda nº 1 de 1969.

As normas constitucionais permaneceram intactas de um diploma para o outro, referindo-se aos mesmos direitos fundamentais: isenção do serviço militar, regras especiais de aposentadoria, normas referentes à proteção do trabalho em condições insalubres.

²¹ PIMENTEL, Silvia. *Evolução dos Direitos da Mulher*: norma, fato, valor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 17.

²² SANTOS, Tânia Maria dos. *A mulher nas Constituições Brasileiras. II Seminário Nacional de Ciência Política: América Latina em Debate*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2009. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/Mulher%20e%20CF%20-%20Final%20tania.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

²³ STF-RE 47.630 segundo/SP, Relator Ministro Gonçalves de Oliveira, Tribunal Pleno, DJ 17.12.1963. "EMENTA: - Não atenta contra o dispositivo do art. 184 da Constituição Federal, o disposto no art. 5º. da Lei Estadual nº. 5.017 de 1958, que fixou diretrizes para o processo de concursos para cargos públicos."

Art. 92. Todos os brasileiros são obrigados ao serviço militar ou a outros encargos necessários à segurança nacional, nos termos e sob as penas da lei.

Parágrafo único. As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir.

Art. 101. O funcionário será aposentado:

[...]

III - voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço, ressalvado o disposto no art. 165, item XX. (Redação da pela Emenda Constitucional nº 18, de 1981)

Parágrafo único. No caso do item III, o prazo é de trinta anos para as mulheres.

Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

[...]

X - proibição de trabalho, em indústrias insalubres, a mulheres e menores de dezoito anos, de trabalho noturno a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de doze anos;

[...]

XIX - aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral;

Dentre os direitos em destaque, vale a pena jogar luzes para o tempo de serviço diferenciado para a aposentadoria da mulher, tanto a empregada celetista, quanto a servidora pública, que ficou estabelecido em 30 anos.

Importante afirmar que durante o período de ditadura militar no Brasil, especialmente no final da década de 1960 e durante toda a década de 1970, o movimento feminista ganhava força na Europa e nos Estados

Unidos, caracterizando-se como uma segunda onda de reivindicações, após a era sufragista. A repressão no Brasil retardou este processo para as feministas brasileiras, mas havia um movimento intenso mas muito misturado com a própria resistência à ditadura:

Durante a Ditadura Militar, as mulheres organizaram-se, independentemente de partidos políticos, idade e classe social, para formar uma militância contra o regime militar. A maioria era composta por mulheres que viram os maridos serem torturados e assassinados pelo governo militar. Esse movimento, independente de partidos políticos e outras ideologias, foi muito apreciado pela sociedade, dando espaço à simpatia de vários grupos políticos. Em 1977, foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito, para investigar a situação da mulher no mercado de trabalho e demais atividades, que trouxe a tona questões, que hoje ainda é uma realidade.²⁴

7 Constituição de 1988

A expressão ‘mulher’ tem o recorde de 12 (doze) menções expressas na redação das atuais normas constitucionais brasileiras. Fruto de intensa participação no processo constituinte que conduziu ao texto da Constituição da República de 1988, o trabalho dos deputados e deputadas que lutavam pelos direitos das mulheres e isonomia de gênero, especialmente, a igualdade entre os sexos, teve resultado expressivo na vigente Constituição de 1988.

Já no primeiro inciso do artigo 5º da Constituição Republicana de 1988, a igualdade entre homens e mulheres é reconhecida de forma expressa e específica:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

²⁴ SANTOS, Tânia Maria dos. *A mulher nas Constituições Brasileiras. II Seminário Nacional de Ciência Política: América Latina em Debate*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2009. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/Mulher%20e%20CF%20-%20Final%20tania.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

Em relação a direitos fundamentais sociais das mulheres, há também normas expressas:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá,

nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Permaneceu a já, de longa data, conhecida norma constitucional que isenta o serviço militar obrigatório para as mulheres:

Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

§ 2º - As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do serviço militar obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir. (Regulamento)

Quanto ao direito de propriedade, algumas normas constitucionais passaram a ser expressas para equiparar a titularidade entre homens e mulheres:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Regulamento)

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Art. 189. Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.

Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.

Destaque-se também, no capítulo relativo à família, a menção inequívoca do constituinte originário quanto à equiparação de poderes familiares entre homens e mulheres, na sociedade conjugal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (Regulamento)

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Por fim, imprescindível falar sobre a vedação à discriminação, como direito fundamental genérico que beneficia também as mulheres, constituindo-se marca identitária da Constituição de 1988. Sem dúvida, não apenas as mulheres são diretamente beneficiárias das conquistas constituintes de 1987-1988, mas toda a comunidade nacional excluída, pois o texto constitucional atualmente vigente, em diversas oportunidades, foi claro e direto, ao proibir discriminações odiosas. Veja-se:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Assim, ganham relevo as lições de Tânia Maria Santos, que com clareza e percuciência anota:

Revelou-se a diversidade dentro do próprio movimento, desencadeada por razões históricas que de certo modo também era a percepção dos que estavam do lado de fora. Definimos, tal descoberta como sentimento de finitude do Movimento das Mulheres no Brasil. Pensamos que, há mais duas décadas o movimento das mulheres brasileiras fechou uma

grande fase e ingressou numa época na qual é necessário um giro. E, diferentemente do que concluiu Maria Izilda S. dos Santos³² sobre a obra Hans Gadamer³³, porque não propositura de um “método pronto e fechado”³⁴, é sim um referencial teórico pertinente. Não bastam os “pré-juízos negativos”, porque este só coloca etiquetas, só fecha, só atualiza. A verdadeira compreensão implica a reconquista dos conceitos de um passado histórico de tal modo que esses contenham, também a própria concepção da mulher enquanto ser individual. Pensamos que a principal luta é da pré-compreensão da mulher diante do pré-conceito, pois se não houver pré-compreensão, não transportaremos para outra fase, continuaremos adaptando.²⁵

Por fim, merecem destaque as normas constitucionais relativas à maternidade e infância (art. 7º, caput, CRFB, dentre outros) que também reconhecem importantes direitos relacionados ao papel de mãe e pai no contexto da proteção integral da infância.

8 Considerações Finais

Ao observar o lugar das mulheres no constitucionalismo brasileiro, estamos a evidenciar que constitucionalismo e feminismo são movimentos que se alimentam das mesmas fontes históricas e culturais, bem como de que tais movimentos são desafiados pelos mesmos contrapontos históricos e culturais. Muito embora a pauta do constitucionalismo humanista seja naturalmente mais abrangente do que a pauta do constitucionalismo feminista, em termos mais estreitos, a luta dos dois movimentos, nos últimos dois séculos, atesta muito mais interseções do que oposições, muito mais perpendiculares do que paralelos.

Considerando que uma das evidentes contribuições do constitucionalismo feminista emerge da ação de denunciar a insuficiência dos paradigmas constitucionais contemporâneos, explicando que tal insuficiência decorre das exclusões e clivagens do patriarcado, que pretende colocar o homem branco, cisgênero e heterossexual como referência de universalidade, é urgente a conscientização dos cidadãos e cidadãs de que a igualdade somente poderá ser uma realidade, como categoria constitucional, diante da experiência do reconhecimento dos outros como livres, diferentes e igualmente merecedores de respeito e consideração.

²⁵ SANTOS, Tânia Maria dos. *A mulher nas Constituições Brasileiras. II Seminário Nacional de Ciência Política: América Latina em Debate*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2009.

Disponível em:

<<http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/Mulher%20e%20CF%20-%20Final%20tania.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

Está-se a falar, pois, do feminismo como movimento que estimula o contraditório, como necessidade mais visível da reivindicação por igualdade entre homens e mulheres, igualdade esta que, na complexa tessitura das relações sociais, postula por tratamentos diferenciados e isonômicos, bem como pela valorização de especificidades inexoráveis de cada ser, cada um em suas respectivas realidades. Igualdade e diferença, nesse contexto, clamam pela mesma ação, qual seja, o respeito. Respeito à igualdade como medida intrínseca do respeito à diferença.

Assim, evidenciar, num registro histórico e exploratório, as normas constitucionais que se ocuparam das mulheres e seus direitos fundamentais, é tarefa que ajuda a compreender melhor o passado, o presente e o futuro do movimento feminista brasileiro, bem como das interseções que são possíveis aferir entre constitucionalismo e feminismo. Sem descurar de todas as possíveis interseções que as discussões feministas buscam explorar, é preciso reconhecer a Constituição de 1988, dentre todos os textos constitucionais brasileiros, como aquele que melhor blindou o cidadão e a cidadã brasileiras contra práticas discriminatórias odiosas.

O trabalho é apenas um excerto do que pode ser pesquisado, explorado, apresentado, em termos de história do constitucionalismo sobre este tema tão interessante, ficando aqui mais como um convite à pesquisa do que como o resultado de um esforço já implementado. Estou feliz de ter podido participar desse projeto do meu dileto amigo Professor Arnaldo Godoy, cuja generosidade em me acolher entre os seus é sempre muito maior do que eu estou a merecer.

reFerênCias

ALMEIDA, Cecília Beatriz Soares de. *A afirmação dos direitos das mulheres e a efetividade jurídica nas relações familiares*. 2007. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7569>. Acesso em 22 set. 2019.

BARSTED, Leila Linhares; PITANGUY, Jacqueline (org). *O Progresso das Mulheres no Brasil 2003-2010*. Rio de Janeiro; CEPI, Brasília. ed. ONU MULHERES, 2011.

CARDONE, Marly A. A mulher nas Constituições brasileiras. In: Doutrinas essenciais em Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais Online*, v. 4. ago. 2011. p. 449-480.

LIMA, Caroline Araújo Florêncio de. *A participação das mulheres na elaboração da Constituição Federal de 1988: o Lobby do Batom*. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Caicó, 2016. p. 11. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/3293/1/A%20Participa%C3%A7%C3%A3o%20das%20Mulheres_%20TCC_Lima.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

PIMENTEL, Silvia. *Evolução dos Direitos da Mulher: norma, fato, valor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SÁ, Ana Paula Suitsu de. A questão da igualdade de gênero nas constituições brasileiras. *Revista Âmbito Jurídico*, 01.11.2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-questao-da-igualdade-de-genero-nas-constituicoes-brasileiras/>>. Acesso em: 25 out. 2019;

SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. *Mulher: sujeito ou objeto de sua própria história?* Florianópolis: OAB/SC, 2006.

SANTOS, Tânia Maria dos. *A mulher nas Constituições Brasileiras. II Seminário Nacional de Ciência Política: América Latina em Debate*. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2009. disponível em: <<http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/Mulher%20e%20CF%20-%20Final%20tania.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2019.

O TRIBUNAL DE CONTAS NA TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Adrieno Reginaldo Silva

*Mestrando em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior
de Brasília (IESB). Especialista em Contabilidade Governamental pela
Faculdade AVM. Especialista em Engenharia de Energia pela Faculdade de
Estudos Administrativos de Minas Gerais. Técnico do Ministério Público da
União. Engenheiro de Segurança do Trabalho pela Universidade Cândido
Mendes. Engenheiro de Computação, Engenheiro Eletricista/
Telecomunicações. Conselheiro Fiscal da Fundação de Previdência
Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-
Jud).*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Tribunal de Contas na Constituição de 1824; 2 O Tribunal de Contas na Constituição de 1891; 3 O Tribunal de Contas na Constituição de 1934; 4 O Tribunal de Contas na Constituição de 1937; 5 O Tribunal de Contas na Constituição de 1946; 6 O Tribunal de Contas na Constituição de 1967 e na Emenda 1/1969; 7 O Tribunal de Contas na Constituição de 1988; 8 Conclusão; Referências.

introdução

Os ordenamentos estão intrinsicamente moldados à concepção da ideia de poder passando pelas várias vertentes de Estado: absolutista, monárquico, moderno, liberal, de direito, social, neoliberal etc. Em toda época há uma regulação jurídica que reflete e evidencia determinado momento histórico.

Adentrar esses aspectos para reconhecer a tradição acerca de determinado tema ou instituição é delinear os limites e os marcos dos acontecimentos históricos que formataram a gênese de determinada normatividade constitucional, que diz respeito ao contexto histórico, político, econômico e social vivenciado pelo País em determinado momento.

Não basta simplesmente analisar determinado aspecto de forma isolada. É preciso concebê-lo em um contexto, uma determinada conjuntura histórica para compreender o ideal em que fora lançado, ou seja, entender as bases jurídico-filosóficas que preponderavam quando fora originado.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão 1789¹ já propugnava que a garantia dos direitos do Homem e do Cidadão carecia de uma força pública instituída para o bem de todos e não para utilidade particular daqueles a quem fosse confiada. Essa força pública dependia de uma contribuição comum (impostos), repartida entre todos segundo as respectivas possibilidades; bem como enfatizou o direito de a sociedade pedir contas a todo o agente público pela sua administração.

A ideia de controle é inerente ao Estado e à Administração Pública e existe para coibir desvios ou para delimitar o alcance da atuação daquele que detém o poder.

Três modelos serviram de inspiração para a concepção do Tribunal de Contas no Brasil, quais sejam: o francês, o italiano e o belga.

A França adotou o sistema de controle a *posteriori*², que trata de um controle repressivo, cuja atuação ocorre em momento posterior ao evento.

¹ Artigo 12º- A garantia dos direitos do Homem e do Cidadão carece de uma força pública; esta força é, pois, instituída para vantagem de todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Artigo 13º- Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum, que deve ser repartida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades.

Artigo 14º- Todos os cidadãos têm o direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Artigo 15º- A sociedade tem o direito de pedir contas a todo o agente público pela sua administração.

Artigo 16º- Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição. BRASIL. Ministério Público Federal. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

² Não basta julgar a administração, denunciar o excesso cometido, colher a exorbitância, ou a prevaricação, para as punir. Circunscrita a estes limites, essa função tutelar dos dinheiros públicos será muitas vezes inútil, por omissa, tardia, ou impotente. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 30, n. 82. out./dez. 1999. p. 257.

A Itália optou pelo exame prévio dos atos da despesa e pelo veto absoluto, que inviabilizava por completo a execução do ato. O exame prévio refere-se a uma situação proativa em que os atos são analisados em momento anterior ou previamente à execução³. O sistema belga adotou o exame prévio, com veto relativo e registro sob protesto⁴.

Nesse sentido, o controle e a fiscalização da atividade administrativa do Estado por meio do Tribunal de Contas evidencia-se um ideário de cunho constitucional que consagra poder à própria sociedade, visto que uma Corte de Contas com atuação independente e força para atuar em toda a administração pública é plena garantia do controle externo da coisa pública, para o fim de coibir ou evitar desvios e para garantir a regular e boa aplicação dos recursos públicos que são oriundos, majoritariamente, da contribuição de impostos pela sociedade.

Adentrar o tema do Tribunais de Contas na tradição constitucional brasileira é compreender a história e o contexto de surgimento dessa importante instituição de controle administrativo e fiscalização da regular aplicação dos recursos públicos, suas competências, atribuições e prerrogativas, bem como o tratamento conferido nas constituições brasileiras a essa instituição.

Conhecer a tradição dessa instituição nas respectivas constituições permite compreender o contexto social e histórico desde sua gênese e a sua conseqüente abordagem ao longo das constituições vindouras.

1 o tribunal de Contas na Constituição de 1824

Na Constituição de 1824 (Brasil Império), outorgada em 25 de março, não há disposição acerca de um Tribunal de Contas na concepção do termo de fiscalização das contas públicas e da regular aplicação dos recursos do orçamento⁵.

O texto constitucional encarregou ao Tesouro Nacional, que denominou de Tribunal, a administração, arrecadação e contabilidade das receitas e despesas da Fazenda Nacional. Esse tribunal não exercia

3 [...] na forma italiana, levando a superintendência do Tribunal de Contas (corte dei Conti), além da fronteira dos atos concernentes às finanças públicas, força a natureza da instituição, sujeitando-a a críticas, de que não seria susceptível, si se lhe tivessem limitado as funções ao círculo dos atos propriamente financeiros do governo. BRASIL. op. cit., p. 257.

4 [...] o Tribunal de Contas, na Bélgica, exerce a maior latitude de poderes na apreciação dos elementos justificativos das ordens de despesa submetidas ao seu visto, e não o dá sinal após o mais completo exame, depois de perscrutados todos os documentos necessários para lhe esclarecer a consciência, a autorizar as observações, que, na forma da Constituição, houver de fazer sobre o assumpto, ás camarás legislativas. BRASIL. op. cit., p. 257.

5 NOGUEIRA, Otaciano. 1824. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 105p. (Coleção constituições brasileiras; v. 1).

papel de fiscalização, porém já se nota o cunho constitucional com questões inerentes à receita e despesa públicas.

Apesar de no texto constitucional não conter disposição sobre o Tribunal de Contas, órgão encarregado de fiscalização das receitas e despesas, sessenta e seis anos após a outorga da Constituição, foi editada, no âmbito infralegal, o Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, durante o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, da lavra de Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda, que criava o Tribunal de Contas⁶.

O Tribunal de Contas, nos termos do referido decreto, tinha a incumbência o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações referentes à receita e à despesa da República.

Além disso, todos os decretos do Poder Executivo que fossem susceptíveis de criação de despesa ou que interessassem às finanças públicas, para poder ter publicidade e efetividade, seriam submetidos previamente a exame o Tribunal (controle prévio).

O controle do Tribunal, nos termos do decreto, não era absoluto, visto que ato de governo que fosse impugnado poderia ser conferido publicidade e execução, desde que o respectivo ministro julgasse imprescindível a medida impugnada pelo Tribunal. Nessa situação, o Tribunal daria conhecimento ao Corpo Legislativo e realizaria o registro do ato sob reserva.

Dentre as competências do Tribunal, estabelecidas no Decreto estavam o exame de documentos relativos à receita e despesa, conferência dos resultados apresentado pelo governo, com comunicação ao Poder Legislativo, julgamento anual das contas dos responsáveis por recursos públicos, bem como determinação de prazo para apresentação das contas.

Os membros do Tribunal, segundo o decreto, seriam nomeados pelo Presidente da República, ato sujeito à aprovação do Senado e teriam as garantias de inamovibilidade dos membros do Supremo Tribunal Federal.

O normativo também dispôs sobre a comunicação entre o Tribunal de Contas e o Congresso, por meio de relatórios anuais e quinzenais, bem

6 Referimo-nos à necessidade de tornar o orçamento uma instituição inviolável e soberana, em sua missão de prover às necessidades publicas mediante o menor sacrificio dos contribuintes, à necessidade urgente de fazer dessa lei das leis uma força da nação, um sistema saibo, econômico, escudado contra todos os desvios, todas as vontades, todos os poderes que ousem perturbar-lhe o curso traçado. [...]

Se não se conseguir este desideratum: si não pudermos chegar a uma vida orçamentaria perfeitamente equilibrada, não nos será dado presumir que hajamos reconstituído a pátria, e organizado o futuro. É, entre nós, o sistema de contabilidade orçamentaria defeituoso em seu mecanismo e fraco de sua execução.

O Governo Provisório reconheceu a urgência inadiável de reorganizá-lo; e a medida que vem propor-vos é a criação de um Tribunal de Contas, corpo de magistratura intermediaria à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com attribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias – contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparato e inútil. BRASIL. op. cit., pp. 253-254.

como que todas as autoridades da República eram obrigadas a cumprir as requisições do Tribunal sob pena da mais estrita responsabilidade.

Esse órgão, que dependia de regulamentação (competências, atribuições e quadro de pessoal e vencimentos) para sua efetiva instituição, não chegou a ser criado na vigência da Constituição de 1824. Além disso, o seu mentor, Rui Barbosa, deixou o Ministério da Fazenda pouco tempo após a edição do decreto, o que foi determinante para postergar a instituição do Tribunal de Contas.

2 o tribunal de Contas na Constituição de 1891

A Constituição de 1891 (Brasil República), promulgada em 24 de fevereiro, foi a primeira a instituir formalmente, nas “Disposições Gerais” do texto constitucional, um Tribunal de Contas destinado a liquidar as contas de receita e despesa, bem como realizar a verificação da legalidade dessas despesas⁷.

A então Carta Política regente da República dispôs que os membros do Tribunal de Contas seriam nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, e somente perderiam os seus cargos por sentença judicial.

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 23, de 30 de outubro de 1891, que reorganizou os serviços da Administração Federal, dispôs que o Tribunal de Contas, bem como todo o expediente de serviço concernente à Fazenda Pública, era de competência privativa do Ministério da Fazenda. Além disso, a citada lei dispôs que o Tribunal do Tesouro seria extinto, logo que fosse constituído o Tribunal de Contas, passando a este as então atribuições de julgar, o que dependia de regulamentação do Poder Executivo para ter efetividade.

O Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892, da lavra de Serzedello Corrêa, então Ministro da Fazenda, criou o Tribunal de Contas, com as atribuições determinadas na Constituição, cuja composição tinha cinco membros, o presidente e quatro diretores, com voto deliberativo, um dos quais representava o Ministério Público⁸.

O Tribunal de Contas foi criado na Capital Federal, como Tribunal de Justiça Administrativo, com as atribuições determinadas na Constituição

⁷ BALEEIRO, Aliomar. 1891. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 103p. (Coleção constituições brasileiras; v. 2).

⁸ Felicito o país e a República pelo estabelecimento de uma instituição que será a garantia de boa administração e o maior embaraço que poderão encontrar os governos para a prática de abusos no que diz respeito a dinheiros públicos. Inocêncio Serzedello Corrêa, Ministro da Fazenda, ao instalar o primeiro Tribunal de Contas, em 17 de janeiro de 1893. BARBOSA, Eurico. *Rui Barbosa e o ideal do Tribunal de Contas*. Goiânia: Editora Kelps, 2001. 160p.

e jurisdição própria e privativa, que abrangia todos os responsáveis por dinheiros e valores pertencentes à República, bem como as decisões definitivas tinha força de sentença com execução aparelhada (título líquido e certo, ou seja, características de título executivo).

Além disso competia ao Tribunal de Contas o exame e revisão das contas ministeriais e a tomada de contas dos responsáveis por dinheiros e valores públicos, bem como atuava como fiscal das leis de receita e despesas públicas.

Os membros eram nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, que após essa aprovação somente perderiam os cargos por sentença judicial (vitaliciedade).

3 o tribunal de Contas na Constituição de 1934

A Constituição de 1934 (Segunda República), promulgada em 16 de julho, manteve o Tribunal de Contas que, diretamente ou delegação por meio de lei, acompanharia a execução orçamentária e julgaria as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. As disposições foram inseridas na “Seção II – Do Tribunal de Contas” no “Capítulo VI – Dos órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais”⁹.

Essa Constituição manteve a disposição de que os Ministros do Tribunal de Contas seriam nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, bem como teriam as mesmas garantias dos Ministros da Corte Suprema.

Outra importante inovação foi as atribuições conferidas ao Tribunal de Contas quanto à organização do seu Regimento Interno e da sua Secretaria, as quais seriam as mesmas dos Tribunais judiciários.

Essa Constituição estabeleceu também que os contratos que, por qualquer modo, fossem condizentes com a receita ou despesas públicas só se reputariam perfeitos e acabados quando registrados pelo Tribunal de Contas (ato complexo). Além disso, a recusa de registro pela Corte de Contas suspenderia a execução do contrato até ulterior pronunciamento do Poder Legislativo.

A então Lei Suprema consignou ainda que qualquer ato da Administração Pública, de que resulte pagamento pelo Tesouro Nacional, estaria sujeito a registro prévio pelo Tribunal de Contas (controle prévio). Nos casos de recusa do registro, por insuficiência de saldo ou imputação a crédito impróprio, teria caráter proibitivo. No entanto, se fosse outro o fundamento, a despesa poderia realizar-se após despacho do Presidente da

⁹ POLETTI, Ronaldo. 1934. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 162p. (Coleção constituições brasileiras; v. 3).

República, que faria registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso *ex officio* para a Câmara dos Deputados.¹⁰

Ademais, a Constituição dispôs sobre o parecer prévio do Tribunal de Contas, no prazo de 30 (trinta) dias sobre as contas que o Presidente da República anualmente deveria prestar à Câmara dos Deputados, com a apresentação de minucioso relatório do exercício financeiro finalizado.

4 o tribunal de Contas na Constituição de 1937

A Constituição de 1937 (Estado Novo), outorgada em 10 de novembro, foi bem lacônica em relação ao Tribunal de Contas. O texto trouxe um tópico “Do Tribunal de Contas”, com apenas um artigo, no capítulo referente ao “Poder Judiciário”¹¹.

Na sua redação original foi instituído um Tribunal de Contas, cujos membros seriam nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal¹². Aos Ministros do Tribunal de Contas eram asseguradas as mesmas garantias dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Ademais, previu que a organização da Corte de Contas seria regulada em lei.

Na alteração realizada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945, restou suprimida a expressão “com aprovação do Conselho Federal” do texto constitucional relativamente ao Tribunal de Contas, o que importava dizer que a nomeação dependia exclusivamente do Presidente da República, sem a aprovação do Conselho Federal, instituição correspondente ao que seria hoje o Senado Federal.

5 o tribunal de Contas na Constituição de 1946

A Constituição de 1946 (Redemocratização), promulgada em 18 de setembro, trouxe na “Seção VI – Do Orçamento” do “Capítulo II – Do Poder Legislativo” disposições sobre o Tribunal de Contas ao consignar a sede desse Tribunal da Capital da República, bem como jurisdição em todo o território nacional¹³.

¹⁰ Art. 101. Os contractos, que, por qualquer modo, interessarem imediatamente á receita ou á despesa, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contracto até ao pronunciamento do Poder Legislativo. POLETTI, op. cit., p. 126.

¹¹ PORTO, Walter Costa. 1937. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 120p. (Coleção constituições brasileiras; v. 4).

¹² Art 38 - O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional [...] § 1º - O Parlamento nacional compõe-se de duas Câmaras: a Câmara dos Deputados e o Conselho Federal. PORTO. op. cit., p. 65.

¹³ BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. 1946. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 121p. (Coleção constituições brasileiras; v. 5).

A Constituição dispôs ainda que os Ministros do Tribunal seriam nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, e teriam os mesmos direitos, garantias, prerrogativas e vencimentos dos Juízes do Tribunal Federal de Recursos¹⁴.

A Constituição de 1946 dispôs ainda ser competência do Tribunal de Contas: acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas; julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.

De forma análoga à Constituição de 1934, a Lei Magna consignou ainda que os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputariam perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderia a execução do contrato até ulterior pronunciamento do Congresso Nacional.

Será sujeito a registro no Tribunal de Contas, prévio ou posterior, conforme a lei o estabelecer, qualquer ato de Administração Pública de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro nacional ou por conta deste.

Em qualquer caso, a recusa do registro por falta de saldo no crédito ou por imputação a crédito impróprio terá caráter proibitivo. Quando a recusa tiver outro fundamento, a despesa poderá efetuar-se, após despacho do Presidente da República, registro sob reserva do Tribunal de Contas e recurso ex officio para o Congresso Nacional.

O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República deverá prestar anualmente ao Congresso Nacional. Se elas não lhe forem enviadas no prazo da lei, comunicará o fato ao Congresso Nacional para os fins de direito, apresentando-lhe, num e noutro caso, minucioso relatório de exercício financeiro encerrado.

6 o tribunal de Contas na Constituição de 1967 e na emenda 1/1969

A Constituição de 1967 (Regime Militar), autoproclamada promulgada em 24 de janeiro, trouxe a “Seção VII – Da Fiscalização Financeira e Orçamentária” no “Capítulo VI – Do Poder Legislativo”. Na referida seção, a Constituição dispôs que a fiscalização financeira e orçamentária da União seria exercida pelo Congresso Nacional, com

¹⁴ Com a promulgação da Constituição de 1988 as atribuições do Tribunal Federal de Recursos foram sucedidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Art. 27 do ADCT/1988.

auxílio do Tribunal do Contas, através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei¹⁵.

O auxílio do Tribunal de Contas compreenderia a apreciação das contas do Presidente da República, além do desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, exercida sobre as contas das unidades administrativas do três Poderes da União, inclusive às autarquias, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.

A Constituição dispôs que o Tribunal de Contas tem sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, bem como elegeria seu presidente e demais órgãos de direção, e elaboração do seu regimento interno e, ainda, teria quadro próprio de pessoal.

Os Ministros do Tribunal de Contas seriam nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, escolhidos dentre brasileiros, maiores de trinta e cinco anos, de idoneidade moral e notórios conhecimentos jurídicos, econômicos, financeiros ou de administração pública. Os Ministros da Corte de Contas teriam também as mesmas garantias, prerrogativas, vencimentos e impedimentos dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos.

Essa constituição dispôs ainda sobre o sistema de controle interno para o fim de apoio à eficácia do controle externo e assegurar a regularidade à realização da receita e da despesa, além de acompanhar a execução de programa de trabalho e do orçamento, avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos.

Se o Tribunal de Contas verificasse a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões deveria: a) assinar prazo razoável para que o órgão adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; b) no caso do não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos; e c) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a sustação da execução do ato, ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais. Nessa situação, o Congresso Nacional tinha o prazo de trinta dias para deliberar sobre o assunto, findo o qual, sem pronunciamento do Poder Legislativo seria considerada insubsistente a impugnação.

Ademais, o Presidente da República poderia ordenar a execução do ato sustado pelo Tribunal de Contas, *ad referendum* do Congresso Nacional.

O Tribunal de Contas julgará da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões, independentemente de sua decisão as melhorias posteriores.

15 CAVALCANTI, Themistocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. 1967. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 206p. (Coleção constituições brasileiras; v. 6).

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, editou novo texto da Constituição Federal de 1967. Na forma, trata-se de uma emenda à constituição de 1967 que foi outorgada por uma Junta Militar. No conteúdo, tratou-se de uma nova constituição. Por essa razão, abordará a tradição do Tribunal de Contas no texto trazido pela Emenda Constitucional nº 01/1969.

A denominação “Tribunal de Contas da União” surgiu na reforma empreendida pelo Emenda Constitucional nº 01/1969, cujo texto permaneceu sem importantes alterações substanciais na “Seção VII – Da Fiscalização Financeira e Orçamentária” do “Capítulo VI – Do Poder Legislativo”. Além disso, a referida emenda, no “Capítulo III – Dos Estados e Municípios”, estabeleceu critérios objetivos populacionais e de renda para que os municípios brasileiros instituíssem Tribunais de Contas¹⁶.

7 o tribunal de Contas na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 (Constituição Cidadã), promulgada em 5 de outubro, dispôs na “Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária” do “Capítulo I – Do Poder Legislativo”, que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, seria exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Além disso, dispôs que o controle externo, exercido pelo Poder Legislativo, seria realizado com o auxílio do Tribunal de Contas da União¹⁷.

Na Constituição de 1988, o Tribunal de Contas da União teve o leque de competências bastante ampliado, dentre as quais destacam-se: i) apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio; ii) julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, bem como as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; iii) apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, excetuadas as nomeações para cargo em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões; iv) realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira,

¹⁶ Art. 13. [...] § 3º Somente poderão instituir Tribunais de Contas os municípios com população superior a dois milhões de habitantes e renda tributária acima de quinhentos milhões de cruzeiros novos. CAVALCANTI; BRITO; BALEEIRO. op. cit., p. 146.

¹⁷ TÁCITO, Caio. 1988. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 192p. (Coleção constituições brasileiras; v. 7).

orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário; v) fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe; vi) aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei¹⁸; vii) assinar prazo para correção de irregularidade; viii) sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, dentre outras.

No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Na inércia de medidas efetivas do Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, o Tribunal decidirá a respeito.

O Tribunal de Contas da União é integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, e exerce, no que couber, as atribuições administrativas reservadas aos Tribunais de Justiça^{19 20}.

Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

A Constituição de 1988 também dispôs que o controle externo da Câmara Municipal seria exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de contas dos Municípios, onde existisse essa instituição e que seriam integrados por sete conselheiros, devendo haver disposição nas respectivas constituições estaduais com simetria ao disposto na Constituição Federal. Ademais, vedou a criação de novos Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

A Constituição estabeleceu ainda que os três poderes - Legislativo, Executivo e Judiciário - manteriam, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: i) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; ii) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial; iii)

¹⁸ Ademais, a Constituição dispôs que as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo. TÁCITO, op. cit., p. 97.

¹⁹ Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos: a) mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; b) idoneidade moral e reputação ilibada; c) notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; e d) mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior. *Ibidem*.

²⁰ Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão escolhidos: I - um terço pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, sendo dois alternadamente dentre auditores e membros do Ministério Público junto ao Tribunal, indicados em lista tríplice pelo Tribunal, segundo os critérios de antiguidade e merecimento; II - dois terços pelo Congresso Nacional. *Ibidem*.

exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; iv) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

A Constituição consignou ainda que os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária. Ademais, dispôs que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

8 Conclusão

Observa-se na tradição constitucional brasileira que o Tribunal de Contas ao longo das constituições que vigoraram no País alcançou papel de relevante destaque, o que foi coroado com a Carta Cidadã de 1988.

A Constituição Cidadã de 1988 consagrou a história dos Tribunais de Contas na tradição das constituições do País ao alçá-lo a relevante papel de destaque constitucional no controle externo da administração pública.

Há que tecer os méritos daquele visionário que é considerado o patrono do Tribunal de Contas – Rui Barbosa – que, acertadamente, delineou o modelo que seria seguido para a posteridade e que tornaria o que hoje é conhecido como Tribunal de Contas da União.

Não há dúvidas que em um Estado Democrático e de Direito, o papel cunhado à Corte de Contas é salutar a toda a democracia e reforça e instiga o controle social que é forte nos países mais desenvolvidos.

Nesse prisma, o Brasil caminha no controle e fiscalização das contas públicas, além de permitir a qualquer cidadão o exercício do chamado controle social. Frise-se que nesse controle da administração pública, há ainda um sistema de controle interno inerente a cada poder que auxilia a Corte de Contas na sua missão institucional.

Destaca-se que mais uma vez, acertou o legislador, pois o órgão de controle interno, que está dentro da instituição, conhece a realidade da organização em grau maior de proximidade.

É nesse cenário, que enfatizar a força galgada pela Corte de Contas ao longo das constituições brasileiras, sem olvidar a nuances histórico-conjunturais, a sedimentação e consolidação do Tribunal de Contas como órgão de controle externo da Administração Pública é reforço do pilar democrático, a bem de toda a sociedade, em que o povo figura como o titular do poder.

reFerênCias

- BALEEIRO, Aliomar. *1891*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 103p. (Coleção constituições brasileiras; v. 2).
- _____.; SOBRINHO, Barbosa Lima. *1946*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 121p. (Coleção constituições brasileiras; v. 5).
- BARBOSA, Eurico. *Rui Barbosa e o ideal do Tribunal de Contas*. Goiânia: Editora Kelps, 2001. 160p.
- BRASIL. Ministério Público Federal. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>. Acesso em: 21 set. 2019.
- _____. Tribunal de Contas da União. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, v. 30, n. 82. out/ dez 1999. Brasília:TCU, 1999. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1113>>. Acesso em: 20 set. 2019.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *1967*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 206p. (Coleção constituições brasileiras; v. 6).
- NOGUEIRA, Otaciano. *1824*. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 105p. (Coleção constituições brasileiras; v. 1)
- POLETTI, Ronaldo. *1934*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 162p. (Coleção constituições brasileiras; v. 3).
- PORTO, Walter Costa. *1937*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 120p. (Coleção constituições brasileiras; v. 4).
- TÁCITO, Caio. *1988*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. 192p. (Coleção constituições brasileiras; v. 7).

DO POLÍTICO AO JURÍDICO: OS PREÂMBULOS DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS COMO MANOBRA DE LEGITIMAÇÃO

Carlos Frederico Santos

*Doutorando, Mestre em Direito e Especialista em Direito Público pelo Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A gênese das Constituições e o valor político e jurídico dos preâmbulos; 2 Os preâmbulos das Constituições do Brasil de origem autoritária; 3 Os preâmbulos das Constituições brasileira de origem democrática; 4 Conclusão; Referências.

introdução

O preâmbulo da Constituição identifica o perfil do criador das normas e dos princípios que estruturam e dão vida ao Estado, cujo conteúdo contém as diretrizes que animam o texto constitucional.

Nem todas as Constituições têm preâmbulo, algumas não o agasalham no caderno constitucional, mas essa condição não retira as qualidades que identificam as ações Constituintes, que podem ser notadas reflexivamente através da leitura dos dispositivos articulados na Constituição.

Mas não há dúvidas de que as diretrizes que animam o texto constitucional são mais facilmente perceptíveis e identificáveis quando elaborado o preâmbulo, o qual de várias formas e através de exortações diversas expõe os valores insertos em seu conteúdo.

Longe de se restringirem a retórica, os preâmbulos expressam verdadeiros valores, a exemplo dos valores culturais, religiosos, políticos, ideológicos ou econômicos, de forma a revelar a tendência que inspirou o Constituinte quando da elaboração da Constituição.

A despeito de serem expressões puramente políticas, os preâmbulos podem expressar conteúdo jurídico, não só quando revestidos de força normativa, mas também ao servirem de referencial axiológico para leitura das normas e princípios insertos no texto constitucional, ultimando-se, dessa forma, como um importante elemento da interpretação da Constituição.

Essas circunstâncias se apresentam como verdadeiros padrões que governam os preâmbulos das Constituições dos diversos países, dentre os quais os preâmbulos das Constituições brasileiras, cuja aptidão de demonstrar a natureza da força política que os orientou, a legitimação popular que os sedimentou, ou o déficit de representação que permeou as suas gestações transparecem de seus conteúdos.

O presente artigo tem, assim, a pretensão de explorar o preâmbulo das sete¹ Constituições do Brasil, e o faz por meio de três abordagens.

Pela primeira, busca analisar a correlação da gênese das Constituições com a natureza política dos preâmbulos, a manutenção estática dos preâmbulos como decisão política do Constituinte nos prolegômenos das Constituições e a dinâmica que podem receber das Cortes Constitucionais, retratando esses efeitos nas Constituições brasileiras.

Através da segunda, examina os preâmbulos das Constituições do Brasil que tiveram origem em Poder Constituinte sem legitimação popular, e investiga a existência de valores inseridos em seus conteúdos

¹ A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 é considerada por parte da academia como verdadeira Constituição. No entanto, a tratamos no presente artigo como emenda, embora seu preâmbulo seja analisado separadamente do preâmbulo da Constituição de 1967, razão por que foram enumeradas como sete as Constituições brasileiras.

e sua eventual utilização como manifestos ou declarações, bem como a existência de déficit de representatividade e sua utilização como manobra de legitimação.

Finalmente, numa terceira abordagem apura os valores assimilados nos preâmbulos das Constituições brasileiras elaboradas por Poder Constituinte eleito e sua relação entre a revelação e a harmonização com as aspirações do povo.

À guisa de conclusão, as abordagens realizadas acabam por indicar que a origem do Poder Constituinte – democrática ou autoritária – influi sensivelmente no desenho do conteúdo do preâmbulo como elemento de poder de decisão política, que pode ganhar valor jurídico por meio das Cortes Constitucionais, observando-se que as Constituições autoritárias tendem a utilizar os preâmbulos como manobra de legitimação para maquiarem eventual déficit de representatividade.

Sem a pretensão de anunciar uma conclusão definitiva sobre o tema, revela-se a importância dos valores articulados nos preâmbulos das Constituições como expressão política e como fator de indução do conhecimento prévio do conteúdo do texto constitucional, ou seja, verdadeira presciência do conteúdo das Constituições.

1 a gênese das Constituições e o valor político e jurídico dos preâmbulos

A história constitucional do Brasil conta com sete Constituições, uma elaborada no período monárquico e seis elaboradas na fase republicana.

Cada Constituição teve sua origem em panoramas e momentos peculiares da realidade política, social e econômica nacional, que surgiram da ruptura da ordem constitucional anterior, seja por meio de movimento revolucionário ou golpe de Estado, seja por transições decorrentes das pressões ditadas pelo povo.

Pode-se afirmar, assim, que a expressão desse fenômeno, fonte do Poder Constituinte, se qualifica como verdadeiro poder de decisão política, prevalecendo nessa perspectiva o pensamento de Carl Schmitt, a respeito da distinção entre Constituição e lei constitucional, consistente em que a essência da constituição não está na lei ou em uma norma, porque no espírito de todas as normas reside uma decisão política do titular do poder constituinte, originada do povo, na democracia, ou oriunda do monarca, na monarquia.²

Essa decisão política, que não se confunde com a lei constitucional *schmittiana*, é revelada no preâmbulo das Constituições, e isso é perfeitamente observável nas Constituições brasileiras, todas portadoras dessa diretriz.

² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 1982. p. 47.

Dessa forma, fica fácil entender porque o preâmbulo identifica o pensamento do criador das normas e dos princípios que estruturam o Estado ao ser compreendido como a impressão digital da decisão política do Poder Constituinte.

Isso decorre do simples fato de os valores que lhe presidem serem puramente políticos, e não jurídicos, deixando clara, dentre outras, a orientação ideológica, social e econômica, ou a natureza cultural e religiosa que impregnou e dirigiu a sua vontade de constituir.

Nesse diapasão, não há dúvidas de que os preâmbulos se apresentam como diretrizes providas de puro conteúdo político que animam, ou animaram, e deram vida ao texto constitucional, ou seja, à lei constitucional *schmittiana*.³

Partindo dessa premissa, pode-se afirmar que os preâmbulos são diretrizes sem valor jurídico porque sua natureza se mostra como puramente política e que, embora conservem em seu conteúdo os valores que animaram ou deram vida ao texto constitucional, juridicamente não influem de forma direta ou indireta na guarda da Constituição⁴.

No entanto, é possível afirmar que essa premissa não se reveste de caráter absoluto, uma vez que na realidade os preâmbulos são diretrizes sem valor jurídico enquanto se mantiverem na forma estática como a impressão da decisão política do constituinte nos prolegômenos da Constituição.

Podem as Cortes Constitucionais mudarem essa realidade, se assim entenderem, e retirar o preâmbulo da posição estática que lhe é peculiar, ou seja, da posição de diretriz de natureza puramente política.

O toque que impulsiona o preâmbulo da posição estática para a dinâmica ocorre em duas hipóteses: na primeira hipótese, que se opera de forma direta, ocorre quando se atribui força normativa ao preâmbulo; e, na segunda hipótese, que se opera de forma indireta, ocorre quando se utiliza o preâmbulo como vetor hermenêutico na interpretação da Constituição.

Em ambas as hipóteses, as Cortes Constitucionais dão movimento ao preâmbulo, conferindo-lhe uma dinâmica que o torna elemento de transformação ao deixar de ser uma diretriz de natureza puramente política para ser intercessor do controle de constitucionalidade na fiscalização da produção normativa ou para ser orientador da expedição da norma de decisão, como mediano da interpretação constitucional.

Conclui-se, assim, que o fenômeno relativo ao valor jurídico do preâmbulo não depende do Constituinte como órgão decisor de poder, por decorrer de uma função inerente às Cortes Constitucionais, que se revestem das características de órgão constituído.

³ TEJADA, Javier Tajadura. *El preámbulo constitucional*. Granada: Colmares, 1977. p. 51-55.

⁴ Aqui se adota a posição de Hans Kelsen quanto a guarda da Constituição.

Contudo, é de se notar que o Constituinte enquanto decisor político pode optar, se assim desejar, atribuir originariamente força normativa ao preâmbulo, mas neste caso o preâmbulo deixa de ter a sua gênese como diretriz de natureza puramente política para integrar o Direito como valor a ser aplicado.

No Brasil todas as Constituições contaram com preâmbulos, cujas gênese se revestiram das características de diretriz de natureza puramente política.

Apesar disso, não se deixou de questionar a força normativa do preâmbulo no ambiente constitucional brasileiro, fato que ocorreu uma única vez, sob a égide da Constituição de 1988, momento no qual decidiu a Corte Constitucional brasileira firmar que o preâmbulo não é uma norma central da Constituição⁵, considerando-o, portanto, juridicamente irrelevante⁶.

Pode-se concluir que os preâmbulos das Constituições brasileiras sempre foram tidos como diretrizes de natureza puramente política e que ganharam dinâmica e valor jurídico na medida em que serviram, ou serve, como vetor hermenêutico na interpretação da Constituição.

2 os preâmbulos das Constituições do Brasil de origem autoritária

As Constituições brasileiras podem ser identificadas pelos seus preâmbulos como de origem autoritária ou democrática, a depender da gênese do Poder Constituinte registrada no preâmbulo de cada Constituição, o qual assinala em seu conteúdo, dentre outros fatores, a orientação ideológica, social e econômica, bem como a natureza cultural e religiosa, que impregnou e dirigiu a vontade de constituir.

Das sete Constituições do Brasil, conclui-se que três são de origem autoritárias, a de 1824, 1937 e 1967 – esta também com a Emenda Constitucional de 1969 –, as quais decorreram de ato político emanado de Órgão que arrebatou para si o Poder Constituinte, impondo a Constituição ao povo.

As Constituições impostas têm traços ou características comuns que, além de as identificarem, ficam grafadas no seu respectivo preâmbulo.

⁵ HORTA, Rui Machado. Normas centrais da Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 35, p. 135/175.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076-5/Acre, de 15 de agosto de 2002*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 27 set. 2019.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o preâmbulo se apresenta como verdadeiro repositório das decisões políticas decorrente do Poder Constituinte, as quais, em regra, buscam justificar a imposição da Constituição instituída autoritariamente, seja tentando ocultar um déficit de representação, seja utilizando o preâmbulo como uma manobra de legitimação.

Assim, a justificativa do ato de imposição da Constituição aparece, com frequência, como uma artimanha que procura atribuir ao povo o desejo ou vontade da ruptura constitucional seguida da necessidade da expedição de um novo documento constituinte.

Essa manobra transparece claramente no preâmbulo da Constituição de 1824⁷ quando D. Pedro I tentou legitimar a imposição de sua Constituição aos súditos com retoques de aprovação popular, inserindo a seguinte locução: “[...] que tendo-Nos requerido os Povos deste Império, junto em Camaras[...].”

Dallari ao comentar o preâmbulo da Constituição de 1824 conclui ser mita vaga a menção ao vocábulo “Camaras” por se referir somente a algumas Câmaras Municipais que concordaram com o projeto elaborado pelo imperador, sugerindo a sua entrada em vigor como Constituição, fato que foi motivado pelos precedentes da dissolução da Constituinte de 1823 e pela impossibilidade de limitar, naquele momento, o poder do imperador originado na vetusta monarquia absolutista, ou seja, situação que ocorreu visando ao objetivo maior de estabelecer, de uma vez por todas, uma monarquia constitucional.⁸

Esse mesmo ardil utilizado como manobra de legitimação ocorreu com a imposição da Carta de 1937⁹, a segunda de origem autoritária, que tinha tendência integralista e inspiração fascista.

7 Preâmbulo: DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEOS, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requerido os Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassemos e fizessemos jurar o Projecto de Constituição, que haviamos offerecido ás suas observações para serem depois presentes à nova Assmbléia Constituinte; mostrando o grande desejo, que tinham de que elle se observasse já como Constituição do Imperio, por lhes merecer a mais plena approvação, e delle esperarem a sua individual, e geral felicidade Política: Nós jurámos o sobredito Projecto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que d’ora em diante fica sendo deste Império; a qual é do theor seguinte:

8 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Preâmbulo das Constituições do Brasil*. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67503/70113>>. Acesso em: 27 set. 2019.

9 Preâmbulo: Attendendo ás legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente aggravação dos dissidios partidários, que uma notoria propaganda demagogica procura desnaturar em lista de classes, e da extremação de conflictos ideologicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violencia, collocando a Nação sob a funesta imminencia de guerra civil; Attendendo ao estado de apprehensão creado no paiz pela inflitração communista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remedios de caracter radical e permanente.

Tentou o Constituinte legitimar essa Constituição exortando a locução “aspirações do povo brasileiro” na tentativa de fazer acreditar que emergia da vontade popular a ruptura com o ordenamento constitucional anterior, ao mesmo tempo que justificava a necessidade de sua outorga na perturbação da ordem.

Com o fim de angariar apoio de instituições, externou o repúdio à “infiltração comunista” e à ideologia marxista, esta sedimentada na “luta de classes”, tudo em nome de um suposto respeito à honra e à independência da nação, induzindo o povo a demonizar esse conjunto de ideias fundado em princípios de natureza social e política, enquanto, com a arrogância de um gesto compensatório, o ditador se autoqualificava como o ‘pai dos pobres’, dirigindo ao povo gestos populistas de melhorias sociais.

Visivelmente, o preâmbulo da Constituição de 1937 ganhou contornos de manifesto político de cunho nacionalista, sustentado no braço armado e com fundamento nas adversidades ideológicas entre o integralismo e o comunismo, externando a pálida nuance das opiniões políticas representativas, como se denota da abstrata e vaga alusão à “inspiração da opinião nacional”, que mais transpirava o ranço de uma opinião singular, a que um juízo pluralista, atestando o déficit de representatividade em que incorria.

A última das Constituições brasileiras autoritária, a de 1967¹⁰, diferentemente da Constituição de 1937, teve um preâmbulo elaborado de forma bastante lacônica, mas não conseguiu ocultar a sua gênese autoritária, mesmo ao se restringir invocar “a proteção de Deus” e atribuir a sua promulgação ao Congresso Nacional.

Os fatos demonstram que o Congresso Nacional foi convocado pelo Ato Institucional nº 4, de 1966¹¹ para examinar e aprovar o projeto de Constituição elaborado pelo Presidente da República no prazo de quarenta e três dias – em um período de festas natalinas –, ao argumento,

— Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança, e do bem estar do povo;

Com apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apprehensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política social, as condições necessárias à segurança, ao seu bem estar e à sua prosperidade;

ecretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o país:

10 Preâmbulo: O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte Constituição do Brasil.

11 BRASIL. *Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966*. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discussão (SIC), votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-04-66.htm>. Acesso em: 27 set. 2019.

entre seus considerandos, de que a Constituição anterior não atendia às exigências nacionais e o Governo continuava a deter os poderes que lhe foram conferidos pela autointitulada Revolução.

As condições impostas ao Congresso Nacional para a aprovação da Constituição de 1967 a caracteriza, portanto, como de origem autoritária, diante da falta de autonomia de deliberação e – por uma razão maior – do Congresso Nacional não se revestir dos requisitos necessários para exercer, naquele momento, o papel de Poder Constituinte legitimamente conferido pelo povo, uma vez que lhe foi atribuída, arbitrariamente pelo Presidente da República, a função Constituinte, carecendo, portanto, de legitimidade e déficit de representação.

Em 1969 propôs-se a Emenda Constitucional nº 1¹², que em razão da extensão das modificações propostas, acabou por ser considerada por parte da academia como uma nova Constituição.

A dúvida acerca do documento de 1969 se tratar de Emenda Constitucional ou de uma nova Constituição se deve ao fato do embuste que resultou as alterações modificativas e supressivas formuladas à Constituição de 1967, considerando que tiveram a finalidade de encobrir a elaboração de um documento mais duro e mais arbitrário que o anterior, então concebido como Constituição – que também foi gestado sob o nome de Emenda Constitucional.

A Emenda Constitucional de 1969 acabou por se auto-intitular como promulgada e decretou o “recesso parlamentar”, tudo através da caneta de uma Junta Militar¹³, um órgão que sequer pertencia à relação

12 — **Preâmbulo:** Os Ministros da marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e,

Considerando que, nos termos do Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968, foi decretado, a partir dessa data o recesso do Congresso nacional;

Considerando que, decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo federal fica autorizado a legislar sobre todas as matérias conforme o disposto no § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968;

Considerando que a Constituição de 24 de janeiro de 1967, na sua maior parte, deve ser mantida, pelo que, salvo emendas de redação, continuam inalterados os seguintes dispositivos: omissis

Considerando as emendas modificativas e supressivas que, por esta forma, são ora adotadas aos demais dispositivos da Constituição, bem como as emendas aditivas que nela são introduzidas;

Considerando que, feitas as modificações mencionadas, todas em caráter de Emenda, a Constituição poderá ser editada de acordo com o texto que adiante se publica,

Promulgam a seguinte Emenda à Constituição de 24 de janeiro de 1967:

13 **Preâmbulo:** OS MINISTROS DA MARINHA DE GUERRA, DO EXÉRCITO E DA AERONÁUTICA, em nome do Presidente da República, Marechal Arthur da Costa e Silva, temporariamente impedido do exercício de suas funções por motivo de saúde, e

Considerando que continua em plena vigência a Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que manteve a Constituição com as modificações nela introduzidas;

Considerando que o Ato Complementar nº 38, de 13 de dezembro de 1968, decretou o recesso do Congresso Nacional;

constitucional da estrutura do Estado, retratando, uma espécie de golpe dentro do Golpe de 1964, ao endurecer o regime e afastar a aplicação da Constituição de 1967, no que tange à sucessão presidencial por razões de impedimento do Presidente¹⁴.

3 os preâmbulos das Constituições brasileiras de origem democráticas

Os preâmbulos das Constituições brasileiras de origem democráticas demonstram claramente o alto grau de legitimidade e de representatividade que gozaram, e goza, ao iniciarem seu conteúdo com a locução: “Nós, os Representantes do Povo Brasileiro”, de maneira a indicar que abraçaram o pluralismo e congregaram a diversidade.

O vocábulo “constituente” que ressaí do preâmbulo de cada uma dessas Constituições destaca a consciência e o compromisso democrático que motivaram a sua elaboração e o sentimento dialógico balizado por ideias, ideais e ideários.

Por sua vez, o espaço de tempo pretérito, que dita as circunstâncias, conjunturas e situações motivadoras de mudanças, determinaram o aperfeiçoamento e a qualidade das Constituições numa espécie de processo que encadeia uma crescente evolução dos valores adotados pelos Constituintes democráticos, fenômeno presente nos preâmbulos das Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1988.

O preâmbulo da Constituição de 1891¹⁵ destaca como valores a “organização de um regime livre e democrático”, o que indica ter escolhido como forma de governo a republicana, que decorreu da disrupção da monarquia adotada na Constituição anterior e presente na tradição colonial brasileira.

O regime democrático atendeu aos ideais do liberalismo político e econômico, símbolo da modernidade e de defesa da liberdade em uma

Considerando que os compromissos assumidos perante a Nação, pelas forças armadas, desde a Revolução vitoriosa de 31 de março de 1964, ainda perduram e não devem sofrer solução de continuidade;

Considerando que, nesta conformidade, e ouvido o Alto Comando das forças armadas, o exercício e a suprema autoridade do Governo e Comandante supremo das forças armadas, durante o impedimento temporário do Presidente Arthur Costa e Silva deve caber aos seus Ministros auxiliares, diretamente responsáveis pela execução das medidas destinadas a preservar a segurança nacional, o gozo pacífico dos direitos dos cidadãos e os compromissos internacionais, resolvem editar o seguinte Ato Institucional nº 12:

14 Art. 79 - Substitui o Presidente, em caso de impedimento, e sucede-lhe, no de vaga, o Vice-Presidente. (Constituição de 1967)

15 Preâmbulo: Nós, os Representantes do Povo Brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regimen livre e democratico, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estado Unidos do Brasil.

sociedade que há pouco tinha deixado de ser escravocrata, dando-se realce ao *habeas corpus* nas declarações de direitos.

A forma de governo republicana seguiu os padrões dos Estados Unidos da América, adotando-se o federalismo, adaptando-se, inclusive, o nome: Estados Unidos do Brasil.

Já o preâmbulo da Constituição de 1934¹⁶ deu ênfase ao regime democrático confirmando as aspirações de seu criador, representado por uma Assembleia Constituinte eleita para tal fim.

Conferiu realce aos valores liberdade, justiça e paz, típicos de Constituições democráticas que visam ao interesse daqueles que a elaboraram, o povo através de seus representantes.

Acrescentou como valor o “engrandecimento da Nação”, o qual pode ser tomado como “desenvolvimento”, hoje integrante da Constituição de 1988, inovação que à época se demonstra interessante na medida em que o liberalismo se encontrava enfraquecido em razão da grande depressão na economia mundial, de maneira a representar uma certa preocupação com o bem-estar.

O valor justiça ganhou ao se introduzir no texto constitucional o Título “Da Ordem Econômica e Social”, que deveria ser organizada conforme os princípios de justiça e as necessidades da vida nacional.

A representatividade se tornou um objetivo a ser atingido ao se acrescentar na Constituição o número de quarenta deputados – representantes classistas –, sendo dezoito representantes da categoria dos empregados e dezessete dos empregadores, mais três dos profissionais liberais e dois do funcionalismo público.¹⁷

O preâmbulo da Constituição de 1946¹⁸ foi elaborado de forma bem mais lacônica que os preâmbulos das demais Constituições democráticas, mas não com o objetivo de ocultar algo atrás de poucas palavras, e sim cumprir o desiderato maior de reestabelecer a democracia no país após a deposição de Getúlio Vargas no ano de 1945.

A locução “para organizar um regime democrático” mostra bem a intenção do povo em restabelecer a democracia no país, democracia que já

16 Preâmbulo: Nós, os representantes do Povo Brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, para o fim de estabelecer um regime democrático, destinado a garantir a liberdade, assegurar a justiça, engrandecer a nação e preservar a paz, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil:

17 O ESTADO DE SÃO PAULO. Edição Histórica de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/119278/1988_05%20de%20Outubro_%20024k.pdf?sequence=3>. Acesso em: 27 set. 2019.

18 Preâmbulo: Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição dos Estados Unidos do Brasil:

trazia implícito o direito à liberdade e à justiça, como demonstra a iniciativa de se estabelecer como base de trabalho da comissão que redigiu o projeto da Constituição de 1946 a própria Constituição de 1934, comissão esta que aglutinou a representação de todos os partidos políticos, englobando toda a direita e a esquerda, inclusive os trabalhistas, sindicalistas e comunistas.¹⁹

Assim como a Constituição de 1946, a Constituição de 1988²⁰ adveio do rompimento com uma ordem constitucional de origem autoritária e, no seu caso, sucedeu a uma ditadura imposta por uma Emenda Constitucional lavrada por Junta Militar que não integrava a organização do Estado.

Esse panorama indica o porquê da preocupação do Constituinte em restabelecer a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, levando-o a firmar um extenso leque no conteúdo da Constituição, visando a prevenir os abusos autoritários praticados no regime anterior.

Registrou o Constituinte a necessidade de se instituir um Estado Democrático, por razões óbvias da herança de uma democracia que não passava de retórica em tempos difíceis, onde o parlamento foi posto em recesso por diversas vezes e tribunais tiveram suas composições mudadas quando se demonstraram inconvenientes.

Seguindo a necessidade de instituir um Estado Democrático, o Constituinte acenou quanto ao dever de se assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e de vários valores que inspiraram o conteúdo da Constituição denominada de cidadã.

Não há dúvidas de que, nesse contexto, a intenção do Constituinte foi criar um Estado Social dirigido à proteção de direitos como saúde, educação e trabalho, um tipo de Estado que interviesse nas esferas sociais sempre que necessário, quando se mostrasse impossível ao indivíduo suprir suas necessidades básicas, denotando-se um sentimento de solidariedade do coletivo em relação ao individual, atitude que não significou a adoção de ideias socialistas, mas de mudança superestruturais promovidas em um Estado Liberal através de instrumentos e ações baseados na solidariedade social e com raízes na ordem capitalista.²¹

19 O ESTADO DE SÃO PAULO. Edição Histórica de 5 de outubro de 1988. <Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/119278/1988_05%20de%20Outubro_%20024k.pdf?sequence=3>. Acesso em: 27 set. 2019.

20 Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a 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 e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

21 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 205.

Por sua vez, os direitos individuais, citados ao lado dos direitos sociais, com os quais se completam no preâmbulo da Constituição, são direitos inerentes à pessoa humana, elencados como direitos fundamentais, como o direito à vida, à segurança, à propriedade.

É a proteção do indivíduo contra o Estado que decorreu das revoluções liberais, especialmente a americana e francesa, demonstrando-se essencial, inclusive, em razão de suas sucessivas violações no ordenamento constitucional anterior, visando, assim, ao controle dos atos estatais sobre o indivíduo, objetivando garantir os seus direitos com prioridade, baseados na segurança e certeza jurídicas.

Dentre os diversos valores citados a seguir, o primeiro é a liberdade, verdadeiro valor de ordem liberal, burilado dentro do Estado Social como uma liberdade que vai além do direito de ir e vir, uma liberdade que pode ser compreendida como a liberdade de lutar por seus ideais, liberdade de participar do contexto intelectual e moral que se espalha no tecido social, liberdade de buscar espaços e dimensões que se adequem à íntima condição psicológica individual.

O mesmo sentido semântico do valor liberdade é aplicável ao valor segurança previsto no preâmbulo da Carta de 1988, que não se restringe à segurança no sentido de proteção de riscos e perigos ou mesmo perdas. É uma segurança que se entremeia com a segurança de se manter as ações políticas dos governantes nos parâmetros legais, a segurança de ter seus direitos tutelados, a segurança de não ser excluído nos momentos de mudanças no contexto social.

Já o valor bem-estar é um prelúdio da necessidade de o Estado regulamentar, de alguma forma, uma economia liberal com o fim de conter o cenário relativo às desigualdades sociais e promover instrumentos capazes de causar impactos positivos na vida das pessoas, que provoquem mudanças de maneira otimizada, garantindo padrões mínimos de vida que garantam a dignidade do indivíduo, como educação, saúde, habitação, renda e seguridade social.

Dentro de uma concepção capitalista que norteia o atual ordenamento jurídico constitucional baseado na livre iniciativa, o bem-estar não pode ser visto só com base no assistencialismo, ou prestação de serviços sociais, mas também com o incremento de políticas públicas que assegurem a criação de riquezas de forma a impactar positivamente a diminuição das desigualdades sociais.

Atrelado ao bem-estar vem o valor desenvolvimento, termo usado no preâmbulo que não pode ser visto somente sob as lentes da livre iniciativa, pois vai além da visão de crescimento econômico, a exigir o incremento de políticas públicas que gerem avanço nas condições de

vida dos diversos segmentos da população, visando a atingir melhores equilíbrios sociais.

Finalmente, traz o preâmbulo como valores supremos a igualdade e a justiça.

Quando o Constituinte se referiu a igualdade aludiu à igualdade material, ou seja, aquela que tem por pressuposto que os indivíduos são diferentes, e, em razão disso, essas diferenças devem ser tratadas de forma a promover uma igualdade real, tratando de forma desigual aqueles que estão em condições desiguais na medida e proporção de suas desigualdades, como alhures já dizia Rui Barbosa: “A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam”.²²

No tocante ao valor justiça, este não pode ser tratado sem que se considere o valor igualdade, uma vez que se relaciona com interação social na qual a palavra equilíbrio é elemento essencial.

Assim, como dizia Lahr, justiça significa “equilíbrio dos direitos coexistentes entre os vários membros da sociedade”, firmado na “vontade firme e constante de dar a cada um o que lhe pertence”²³.

Dessa forma, a palavra justiça que consta do preâmbulo se reveste de fundamento filosófico estreito com o seu significado jurídico no campo do Direito, no sentido de que a lei não basta por si só caso não acompanhada de um ideal do justo, como a justiça não basta separada da concepção de direito.

Por outro lado, denota-se que justiça e igualdade são duas faces da mesma moeda, na percepção equilíbrio, como algo dirigido pelo valor jurídico cujo sentido pode ser encontrado no direito.²⁴

Quanto ao desejo de se estabelecer uma sociedade que seja fraterna, pluralista e sem preconceitos, que tenha como valores supremos a igualdade e a justiça, e que seja fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica de controvérsias, aglutina o Constituinte, não só palavras com significados semânticos que se interligam, mas aponta para uma diversidade que conviva com o espírito de respeito e união pela busca de um bem-estar através do uso da solidariedade, onde o coletivo deve atuar em favor do individual e este deve contribuir para o desenvolvimento do coletivo, numa simbiose cega às diferenças de cor, credo, raça, sexo, ideias, mas com acuidade visual para a solução pacífica de conflitos e manutenção da paz.

²² BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Casa Rui Barbosa, 1956. p. 32.

²³ LAHR, C. *Manual de filosofia*. Porto: Livraria Apostolado de Imprensa, 1958. p. 575.

²⁴ RADBRUCH, G. *Filosofia do direito*. Tradução Cabral Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p. 40.

4 Conclusão

Os preâmbulos constitucionais são diretrizes providas de puro conteúdo político, mantendo-se estáticos até receberem um toque que os impulsionem dentro de uma dinâmica estabelecida pelas Cortes Constitucionais, através da atribuição de força normativa ou de sua utilização como vetor hermenêutico na interpretação da Constituição, quando, então, ganham valor jurídico.

Independentemente dessas hipóteses, pode o Constituinte atribuir originariamente ao preâmbulo força normativa, cuja gênese, neste caso, perde a natureza puramente política para integrar o Direito como valor jurídico a ser aplicado.

O conteúdo dos preâmbulos das Constituições brasileiras não assegurava, e nem assegura, por si só, a defesa de direitos diretamente com base nos valores nele contido, porque os preâmbulos sempre foram considerados juridicamente irrelevantes pelas Cortes Constitucionais brasileiras, na medida em que possuem natureza puramente política.

Apesar dos preâmbulos das Constituições brasileiras terem natureza puramente política, ganham dinâmica e valor jurídico na medida em que serviram, ou servem, como vetor hermenêutico na interpretação da Constituição.

A origem do Poder Constituinte – democrática ou autoritária – influi sensivelmente no desenho do conteúdo do preâmbulo como elemento de poder de decisão política, fato que se torna evidente a partir da análise das Constituições brasileiras, em especial as autoritárias, cujos preâmbulos demonstram a sua utilização como manobra de legitimação a maquiagem eventual déficit de representatividade.

referências

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Rio de Janeiro: Casa Rui Brabosa, 1956.

BRASIL. *Ato Institucional nº 4, de 7 de dezembro de 1966*. Convoca o Congresso Nacional para se reunir extraordinariamente, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, para discussão (SIC), votação e promulgação do projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-04-66.htm>. Acesso em: 27 de set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076-5/ Acre, de 15 de agosto de 2002*. Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://>

redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 27 set. 2019.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Preâmbulo das Constituições do Brasil*. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67503/70113>>. Acesso em: 27 set. 2019.

HORTA, Raul Machado. Normas centrais da Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 135, p. 175-178.

LAHR, C. *Manual de filosofia*. Porto: Livraria Apostolado de Imprensa, 1958.

O ESTADO DE SÃO PAULO. *Edição Histórica de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/119278/1988_05%20de%20Outubro_%20024k.pdf?sequence=3>. Acesso em: 27 set. 2019.

RADBRUCH, G. *Filosofia do direito*. Tradução de Cabral Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1974.

SCHIMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 1982.

TEJADA, Javier Tajadura. *El préambulo constitucional*. Granada: Colmares, 1977.

A TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOBRE O FEDERALISMO FISCAL

Daniel Gonçalves Mendes da Costa
Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Advogado.
Diretor do Curso de Direito do Centro Universitário de Anápolis -
UniEVANGÉLICA.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constituição de 1824; 2 Constituição de 1891; 3 Constituição de 1934; 4 Constituição de 1937; 5 Constituição de 1946; 6 Constituição de 1967; 7 Constituição de 1969 (Emenda Constitucional n. 1 de 1969); 8 Constituição Federal de 1988; 9 Considerações Finais; Referências.

introdução

A existência do Estado está intimamente ligada aos tributos e ao próprio Direito, pois é necessário que no decorrer do convívio social, os cidadãos obedeçam regras e fiquem submetidos a um poder superior que é representado pela Constituição do Estado. Neste contexto será apresentado um estudo sobre as Constituições Brasileiras, explorando seu contexto histórico no país com o objetivo de estudar as origens da estrutura federalista fiscal brasileira até a Constituição Federal de 1988, sob as luzes da análise individual de cada um dos textos constitucionais correspondentes, considerando, quando possível, o magistério doutrinário dos principais autores de cada período.

Os princípios constitucionais tributários estão intimamente relacionados à necessidade de existir um limite para que a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal no exercício de suas atribuições, sigam de maneira correta os preceitos legais necessários para o funcionamento harmônico do Estado. É por meio da arrecadação de tributos que o Estado consegue gerir suas finanças e cumprir seus compromissos, pois independentemente da forma de governo adotado a arrecadação de tributos revela-se como principal fonte de receita pública dos entes federados.

1 Constituição de 1824

Na primeira Constituição brasileira observa-se um poder centralizador, consolidado em um Estado unitário, sem a existência de um poder local. Único momento em que federação é mencionado no texto constitucional, é no artigo 1º, onde não se admite laço algum com outra nação, laço de união ou federação que se oponha à independência brasileira.

Pimenta Bueno¹ traça importantes considerações sobre a forma de divisão do império em províncias, ressaltando que não se trata de Estados distintos ou federados, mas sim circunscrições ou unidades locais de uma unidade geral.

Por isso mesmo que o imperio é um e unico, que ele não é dividido em províncias senão no sentido e fim de distribuir convenientemente os órgãos da administração, de modo que em toda a extensão do paiz haja centros adequados e próximos para o serviço, e bem-ser dos respectivos habitantes, por isso mesmo cumpre ser consequente. Assim exige a justiça, para que não haja desigualdade de protecção, assim demanda

¹ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Publico brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>>. Acesso em: 19 set. 2019, p. 21 e 22.

a política, para que não haja influencias desproporcionaes, nem zelos, ciúmes, ódios ou perigos, que rompão um justo e previdente equilibrio.

Conhecemos que em nosso paiz não é por ora possível uma perfeita e definitiva divisão de provincias. Posto que uma certa proporção territorial deva ser a base principal, é também innegavel que cada provincia demanda um certo mínimo de população, certa somma de luzes e recursos, para que possa ter vida e agitar seus interesses e incremento de prosperidade. Cremos ainda assim que a divisão actual é muito defeituosa, e que póde ser desde já muito melhorada. Os homens politicos não devem olvidar que um bom systema a respeito desviará no futuro e sem constrangimento toda a idéa de ambições federaes, já outr'ora suscitadas.²

Ao tratar sobre a questão fiscal, observa-se uma grande distinção face ao atual ordenamento jurídico, visto que a Constituição de 1824 apenas faz menção ao já consagrado princípio da legalidade, ressaltando que é de competência da Câmara dos Deputados a iniciativa sobre Impostos, nos termos do artigo 36, inciso I da Constituição Imperial³.

A Constituição de 1824, que poderia definir as esferas tributárias foi omissa; tendo o artigo 83 III, que fazia referência ao citado artigo 36, sobre o preceito constitucional que tratava dos Conselhos Gerais de Província e de suas atribuições⁴. Além destes dispositivos, os artigos 170 a 172 tratavam sobre a Fazenda Nacional. “Sob o ponto de vista material, a Constituição de 1824 se completa por uma série de leis ordinárias que são substantivamente constitucionais. Sua única emenda é o Ato Adicional, a única reforma de seu texto, adotado pela lei de 12 de agosto de 1834”.⁵

Com a alteração constitucional implementada pela Lei nº 16 de 12 de agosto de 1834, que instituiu o Ato Adicional, estabelece-se a fixação das despesas municipais e provinciais e os impostos para elas necessários, com o impedimento de legislar sobre impostos de importação. “O Ato Adicional de 1834 havia introduzido a competência de as Províncias decretarem seus impostos, contanto que não prejudicassem os ‘gerais’, isto é, os nacionais.”⁶

Exatamente dez anos depois, cria-se a Tarifa Alves Branco em razão do nome do Ministro da Fazenda à época, instituída pelo Decreto

2 — PIMENTA BUENO, op. cit., p. 22 e 23.

3 Art. 36. E' privativa da Camara dos Deputados a Iniciativa. I. Sobre Impostos.

4 BORIS FAUSTO. *História do Brasil*. 5. ed. São Paulo. Ed. Univ. São Paulo, 1997; e AMED, F. J.; NEGREIROS, Plínio J. L. de Campos. *História dos tributos no Brasil*. 2000.

5 NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras 1824*. v. 1. Brasília: Senado Federal, 2001. p.17-18.

6 BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. v. 2. Brasília, Senado Federal, 2001. p. 39.

nº 376 de 12 de agosto de 1844, e que passou a vigorar em novembro do mesmo ano, quando então as importações, dependendo da existência de similares nacionais, poderiam ser tributadas em até 60%.

2 Constituição de 1891

De forma provisória o federalismo brasileiro aparece no Decreto nº 1 de 15 de novembro de 1889. Entretanto, a primeira Constituição da República estabeleceu expressamente em seu artigo 1^o a adoção da República Federativa como forma de governo, constituindo-se por união perpétua e indissolúvel de suas antigas províncias em Estados Unidos do Brasil. No regime da Constituição de 1891, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸, observou-se que as desigualdades entre os Estados-membros se aprofundaram, diante das deficiências econômicas de muitos Estados, o que resultou na luta destes pela ampliação das atribuições da União.

O sistema constitucional implantado enfraquecera o poder central e reacendera os poderes regionais e locais, adormecidos sob o guante do mecanismo unitário e centralizador do Império. O governo federal não seria capaz de sustentar-se, se não se escorasse nos poderes estaduais. O poder dos governadores, por sua vez, sustenta-se no coronelismo, fenômeno em que se transmudaram a fragmentação e a disseminação do poder durante a colônia, contido no Império pelo Poder Moderador⁹.

A transplantação de princípios da Constituição dos Estados Unidos para a Constituição republicana de 1891 é feita sem que se leve em consideração a realidade social e econômica do país, marcada pela alta concentração da propriedade, pelo imenso poder dos proprietários de terras e pela enorme desigualdade entre a população, hierarquizada pela pobreza, pelo estigma da escravidão e pela cor da pele. A Constituição americana surge para regular uma sociedade igualitária formada pelos colonos em um país que desconhece quase que completamente a difícil situação da miséria popular¹⁰.

“Grande inovação foi uma expressa divisão dos tributos entre a União e os Estados, determinando-se que estes escolheriam alguns de

7 Art. 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.

8 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57

9 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.80.

10 ARENDT, Hannah. *Da revolução*. São Paulo: Ática, 1990. p. 125.

seus impostos para os Municípios (só pela CF de 1934, estes passaram a ter expressamente impostos exclusivos).¹¹

No que diz respeito à questão fiscal, observa-se a manutenção dos poderes da União com a atribuição de competências exclusivas previstas no artigo 7º sobre importação (I), direitos de entrada, saída e estadia de navios (II), taxas de selo (III), correios e telégrafos (IV), bem como estabelecendo como competência privativa da União (§1º) a instituição de bancos emissores; a criação e manutenção de alfândegas. Desde já fica evidente o princípio da uniformidade geográfica no artigo 7º §2º da Constituição de 1891.

Os direitos aduaneiros recaem sobre certos productos que entram ou sahem do Estado, ou apenas transitam por ele; e assim se dividem: em direitos de importação, de exportação e de transito.

Os dous ultimos, especialmente o de transito, oneram consideravelmente a indústria, e são geralmente condemnados, pelo que o seu estudo não tem grande importancia pratica.

O de importação, pelo contrario, occupa posição saliente em todos os orçamentos das nações civilizadas, sendo, entre nós, a fonte de mais de dous terços da receita.

O art. 2º n. III da Lei n. 2210, de 28 de dezembro de 1909, auctorizou o Presidente da República a cobrar do imposto de importação para consumo 25 ou 50% ouro e 65% ou 50% papel, nos termos do art. 2º n.3, letras a e b da Lei 1452, de 30 de dezembro de 1905.¹²

Segundo Varsano, a República brasileira herdou do Império boa parte da estrutura tributária que esteve em vigor até a década de 1930. Sendo a economia eminentemente agrícola, a principal fonte de receitas públicas durante o império era o comércio exterior. A Constituição de 1891 adotou, sem maiores modificações, a composição do sistema tributário existente no final do Império. Porém, tendo em vista a adoção do regime federativo, era necessário dotar os Estados e Municípios de receitas que lhes permitissem autonomia financeira. Para isso foi adotado o regime

¹¹ BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. v. 2. Brasília, Senado Federal, 2001. p. 39.

¹² CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado dos impostos*. 2. ed. 1910.

de separação de fontes tributárias, sendo discriminados os impostos de competência exclusiva da União e dos Estados¹³.

Por sua vez, os Estados, nos termos do artigo 9º da Primeira Constituição Republicana, detêm a competência exclusiva para decretar impostos de exportação de mercadorias por eles produzidas (I), imóveis rurais e urbanos (II), transmissão de propriedade (III), indústrias e profissões (IV). Os Estados que eram rota de exportação, não poderiam se beneficiar de tal situação, sendo-lhe vedados, a tributação de produtos que seriam exportados, (artigo 9º §2º CF 1891), e ainda nos termos do artigo 11, criar impostos de trânsito pelo território de um Estado, ou na passagem de um para outro, sobre produtos de outros Estados da República ou estrangeiros, e, bem assim, sobre os veículos de terra e água que os transportarem.

Em relação aos Municípios, a Constituição de 1891 trouxe a previsão de que os Estados deveriam se organizar de modo que assegurassem a autonomia dos Municípios (art. 6º, II, f) em relação aos assuntos de seu interesse. A Constituição de 1891 reservou aos municípios um único dispositivo, sendo o artigo 68¹⁴ que assegurava sua autonomia, no que se refere aos seus peculiares interesses.

Observou-se que essa autonomia municipal não aparece no plano prático. Segundo Guimarães, os municípios são a questão central na organização de uma estrutura federativa, pois sem municípios bem organizados não pode haver federação. A autonomia dos municípios, porém, ficou prejudicada pela livre interpretação do que seria peculiar interesse dos municípios.¹⁵

3 Constituição de 1934

A Constituição Brasileira de 1934 foi promulgada em 16 de julho tendo como objetivo organizar o regime democrático a fim de assegurar ao país a unidade, a liberdade, e organização social e econômica. Manteve o sistema federativo e o presidencialismo. A Constituição de 1934 manteve a divisão de poderes, com uma centralização legislativa na União, pois deslocou matérias anteriormente reservada aos Estados.

¹³ VARSANO, Ricardo. *A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século*: anotações e reflexões para futuras reformas. Rio de Janeiro: 1996.

¹⁴ Art. 68 - Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.

¹⁵ BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras*: 1891. v. 2. Brasília, Senado Federal, 2001. p. 40-41; e GUIMARÃES, J. C. de Macedo Soares. *Realidade Brasileira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981, p. 144.

Quanto ao federalismo fiscal o artigo 6º tratou sobre os impostos e taxas de competência da União. Os impostos recaem sobre a importação; o consumo de mercadorias, exceto os combustíveis de motor de explosão; a renda e proventos de qualquer natureza; a transferência para o exterior de fundos; os atos emanados do seu Governo, negócios da sua economia e instrumentos de contratos ou atos regulados por lei federal. Quanto as taxas, foi conferida à União a competência para cobrar taxas telegráficas, postais e de outros serviços federais; de entrada, saída e estadia de navios e aeronaves, sendo livre o comércio de cabotagem às mercadorias nacionais, e às estrangeiras que já tenham pago imposto de importação.

No artigo 8º está prevista a competência dos Estados para decretar impostos sobre: a propriedade territorial, que não seja urbana; a transmissão em razão da morte de propriedade; a transmissão entre vivos de propriedade imobiliária, mesmo quando for para incorporação ao capital da sociedade; o consumo de combustíveis de motor de explosão; as vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, a exportação das mercadorias de sua produção; as indústrias e profissões; os atos emanados do seu governo e negócios da sua economia ou regulados por lei estadual. Também tem previsão constitucional para cobrança de taxas de serviços estaduais.

O artigo 10 VII da CF 1934 previa a possibilidade de competência residual concorrente entre União e Estados, algo restrito à União no ordenamento de 1988. Nestes casos a arrecadação dos impostos residuais seria feita pelos Estados, que por sua vez entregariam trinta por cento à União, e vinte por cento aos Municípios de onde tenham provindo. “Proclamava incumbir a cada Estado prover, a expensas próprias, necessidades de seu governo e administração; estabelecia no entanto, a possibilidade de o Estado receber da União suprimento financeiro, se por insuficiência de renda, não provesse, de maneira efetiva, aquelas necessidades.”¹⁶

Mesmo com a previsão de competência concorrente nestes casos, era vedada a bitributação, prevalecendo o imposto decretado pela União. Sem prejuízo do recurso judicial que couber, incumbe ao Senado Federal, *ex officio* ou mediante provocação de qualquer contribuinte, declarar a existência da bitributação e determinar a qual dos dois tributos cabe a prevalência.

A Constituição de 1934 manteve a autonomia constitucional dos Municípios mantendo o termo peculiar interesse para delimitar as competências municipais. Em relação aos Municípios, entre as competências privativas dos Estados, a Constituição de 1934 assinala a garantia do princípio da autonomia dos Municípios na promulgação de sua constituição

16 — POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras*. 1934. v. 3. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 26.

e Leis Estaduais. Os artigos 13¹⁷ e 16¹⁸, § 2º. Observa-se que a Constituição de 1934 mantém a possibilidade de intervenção estadual no município, nos termos de seu artigo 13 § 3º.¹⁹ Neste mesmo artigo 13, no §2º dispõe quais são os tributos que pertencem aos Municípios, são quatro impostos: de licenças; o predial e territorial urbanos; sobre diversões públicas e o cedular sobre a renda de imóveis rurais; além das taxas sobre os serviços municipais.

4 Constituição de 1937

A Constituição de 1937 foi outorgada pelo presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 manteve a indissolubilidade dos Entes nos termos e seu artigo 3º²⁰, prevendo, ainda, a possibilidade de nomeação de interventores. Nesta Constituição um traço marcante foi a concentração dos Poderes no Chefe do Poder Executivo, como previa o artigo 73²¹. Observa-se, neste contexto um aspecto centralizador, sendo que o Presidente da República detinha o poder de nomear as autoridades estaduais e interventores e estes nomeavam as autoridades municipais.

Em síntese, teve a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937, como principais preocupações: fortalecer o Poder Executivo, atribuir ao Poder Executivo uma intervenção mais direta e eficaz na elaboração das leis, reduzir o papel do parlamento nacional, em sua função legislativa, não somente quanto à sua atividade e funcionamento, mas ainda quanto à própria elaboração da lei, conferir ao Estado a função de orientador e coordenador da economia nacional, declarando, entretanto, ser predominante o papel da iniciativa individual e reconhecendo o poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo; reconhecer e assegurar os direitos de liberdade, de segurança e de propriedade do indivíduo, acentuando, porém, que devem ser exercidos nos limites do bem público, a nacionalização de certas

17 Art. 13. Os municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e a de organização dos serviços de sua competência.

18 Art. 16 § 2º. A lei assegurará a autonomia dos Municípios em que se dividir o território.

19 Art. 13, §3º. É facultado ao Estado a Criação de um órgão de assistência técnica à administração municipal e fiscalização das suas finanças.

20 Art. 3º. O Brasil é um Estado Federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

21 Art. 73. O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a administração do país.

atividades e fontes de riqueza, proteção ao trabalho nacional, defesa dos interesses nacionais em face do elemento alienígena.²²

Pois bem, o que se observa é que a Constituição de 1937 eliminou, na prática, o modelo federativo. Segundo Pontes de Miranda, a Constituição de 1937 é uma filha da Constituição de 1934. Fortaleceu o Poder Executivo, que era centralizado através das decisões do Presidente da República Getúlio Vargas, atribuindo ao mesmo uma intervenção mais direta na criação de normas e leis, podendo expedir decretos-leis, reduzir a atividade legislativa do parlamento, caracterizando um governo de ideologia unitarista, atentando principalmente à Federação²³.

Porém, quanto ao federalismo fiscal os tributos mantiveram-se os mesmos apenas alterando a enumeração do texto legal, quanto a União o que antes era o artigo 6º na constituição de 1934 passou a ser o 20; já dos Estados deixou de ser o artigo 8º, tornando-se o artigo 23 na Constituição de 1937.

Em relação aos municípios, a Constituição manteve a possibilidade de organização de acordo com seu peculiar interesse. Entretanto, as ações municipais eram limitadas ao poder Estatal, o que atingiu fortemente a autonomia deste Ente, inclusive quanto ao federalismo fiscal, também teve reduzido suas fontes de renda no artigo 28, pois os impostos municipais reduziram para três: de licença; predial e territorial urbano e sobre diversões públicas; mais as taxas sobre serviços municipais. Os Municípios foram submetidos ao regime regulatório dos Estados, conforme estabelecido no artigo 29 e seu parágrafo único da Constituição de 1937.

5 Constituição de 1946

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 foi promulgada em 18 de setembro. Esta Constituição garantiu as liberdades previstas na Constituição de 1934 que haviam sido retiradas na Constituição de 1937.

O que se observa é que na elaboração da Constituição de 1946, houve uma preocupação de assentar, com nitidez, sem artifícios, as fórmulas, os princípios cardeais do regime representativo, e estabelecer com precisão dos rumos do próprio à harmonia e independência dos poderes; a redução das possibilidades da hipertrofia do Poder Executivo; a conservação do equilíbrio político do Brasil, pelo regime de seus representantes no Senado e na Câmara; a fixação da política municipalista, capaz de dar ao Município

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 83.

²³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição federal de 10 de novembro de 1937*. Tomo I. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, p. 13. PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras: 1937*, v. 4. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 63.

o que lhe era indispensável, essencial, à vida, à autonomia; a revisão do quadro esquemático da declaração de direitos e garantias individuais; o tratado, em contornos bem definidos, do campo econômico e social, onde se teriam de construir, em nome e por força da evolução e da justiça, os mais legítimos postulados constitucionais²⁴

Várias inovações apresentou a discriminação das rendas entre a União, Estados e Municípios (arts. 15 a 21), desaparecendo as referências à bitributação das constituições de 1934 e 1937. Entendeu-se que toda bitributação (exigência do mesmo tributo por diferentes pessoas de direito público) seria inconstitucionalidade, sem que se precisasse dizê-lo por evidente.

Além de indicados os impostos da competência exclusiva ou privativa da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, dispôs-se que outros só poderiam ser instituídos pela União ou Estados (nunca pelos Municípios). O imposto assim criado pela União excluiria o do Estado, mas seria arrecadado por este. Em qualquer caso, decretado, no campo da competência concorrente, pela União ou pelo Estado, o produto da arrecadação seria partilhado na base de 20% para os cofres federais; 40% para os estaduais; e 40% para os municipais.²⁵

Quanto ao federalismo fiscal, resta nítida a atribuição de competência tributária a cada ente, estando previstos no artigo 15, os impostos da União, que incidem sobre importação de mercadorias; consumo de mercadorias; produção, comércio, distribuição e consumo, e bem como importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natureza, aos minerais do País e à energia elétrica; renda e proventos de qualquer natureza; transferência de fundos para o exterior; negócios de sua economia, atos e instrumentos regulados por lei federal; propriedade territorial rural. Neste mesmo artigo, já é tratado sobre a repartição de receitas da União para com Estados e Municípios. O §2º prevê que 60%, no mínimo, das receitas de produção, comércio, distribuição e consumo serão repassadas aos Estados, Distrito Federal e Municípios, proporcionalmente à território, população, consumo e produção, nos termos de lei federal. Já o §4º trata sobre o imposto incidente sobre consumo de mercadorias, em que 10% será entregue aos Municípios cujo pagamento será feito de uma só vez, no quarto trimestre de cada ano. Por

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 85.

²⁵ BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições Brasileiras: 1946*. v. 5. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 17.

sua vez, o §5º prevê o repasse de 15% do imposto sobre renda e proventos aos Municípios, realizado uma vez ao ano, no terceiro trimestre de cada ano. Por fim, o §9º, mesmo sem a parafiscalidade, previa a entrega da totalidade das receitas do imposto sobre propriedade territorial aos Municípios.

Aos Estados pertenciam os impostos incidentes sobre transmissão de propriedade causa mortis; vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive industriais; exportação de mercadorias de sua produção para o estrangeiro; e sobre os atos regulados por lei estadual, os do serviço de sua justiça e os negócios de sua economia.

Quanto aos Municípios, além das receitas de repasse da União e dos Estados, lhes cabiam os impostos incidentes sobre a propriedade territorial urbana; predial; sobre entre vivos transmissão de propriedade imobiliária e sua incorporação ao capital de sociedades; de licenças; indústrias e profissões; sobre diversões públicas; sobre atos de sua economia ou assuntos de sua competência.

6. Constituição de 1967

A Constituição do Brasil de 1967 introduziu um federalismo fortemente centralizador que foi denominado pela doutrina, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁶ de federalismo de integração. Diante desta finalidade de institucionalizar o regime militar, observa-se um poder maior do Poder Executivo sobre os Poderes Legislativo e Judiciário. Embora pregasse o federalismo, o que se percebe é uma natureza centralizadora.

Neste contexto são os comentários de Paulo Bonavides Paes de Andrade:

A elaboração da Constituição de 1967 era, pois, um dos estágios do processo institucionalizador do Movimento de 1964. Era a procura da continuidade revolucionária e os primeiros passos para a arquitetura artificial do que chamaram de milagre brasileiro, tentando imitar a realidade japonesa, feita sobre essas bases estáveis e realistas.²⁷

Verifica-se que a Constituição de 1967, mesmo estabelecendo o sistema de tripartição de Poderes, na prática não ocorria da forma prevista. O artigo 6º²⁸ desta Constituição estabeleceu este princípio, mas pela

26 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 57.

27 ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014. p. 435.

28 Art. 6º. São Poderes da União independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

análise histórica, como já mencionado, houve na verdade uma influência mais forte do Poder Executivo em detrimento dos demais Poderes. Merece destacar que “a partir de 1948, a receita orçamentária do Governo Federal sujeitou-se a uma curva decrescente enquanto a dos Estados e Municípios vinha sendo proporcionalmente incrementada.”²⁹

Assim, com a instituição da Constituição de 1967, buscou-se incrementar a receita da União, trazendo uma hegemonia tributária para este ente, inclusive grande parte da receita dos Estados e Municípios estava submetida à liberação do poder central federal. Nesta Constituição sistematizou-se um capítulo próprio do Sistema Tributário, que vai do artigo 18 ao 28, reafirmando o recém-criado Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966). Em seu artigo 22³⁰ tratou dos impostos federais, com dez hipóteses de incidência, inovando ao atribuir à União a competência sobre impostos sobre a exportação. Destes impostos arrecadados, nos artigos 26 e 28 a Constituição obriga que a União realize distribuição de percentual do valor arrecadado aos Estados, Distrito Federal e Municípios, visto que nesta Constituição, as hipóteses de incidência de tributos estaduais e municipais restringem-se a apenas duas para cada ente federado.

Aos Estados e Distrito Federal, nos termos do artigo 24, competem os impostos sobre transmissão de bens imóveis e operação relativa à circulação de mercadoria. Quanto aos Municípios, a competência para legislar restringia-se à propriedade predial e territorial urbano e os serviços de qualquer natureza, desde que não compreendidos na competência da União e dos Estados. Nesta Constituição, apesar das atribuições da União, observa-se a criação do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e Fundo de Participação dos Municípios (FPM). “Em resumo, a Constituição de 1967, além da forte centralização político-administrativa, deferiu à União o predomínio tributário que não dispunha sob o regime de 1946”.³¹

29 CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras*. 1967, v. VI. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 49.

30 Art 22 - Compete à União decretar impostos sobre: I - importação de produtos estrangeiros; II - exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados; III - propriedade territorial, rural; IV - rendas e proventos de qualquer natureza, salvo ajuda de custo e diárias pagas pelos cofres públicos; V - produtos industrializados; VI - operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VII - serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal; VIII - produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos; IX - produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica; X - extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais do País.

31 CAVALCANTI; BRITO; BALEEIRO, op. cit., p. 50.

7 Constituição de 1969 (emenda Constitucional n. 1 de 1969)

Posteriormente, com a edição da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, este fortalecimento do poder decisório do Executivo ficou mais evidente, pois surge a possibilidade de edição de decretos-lei por este Poder.

Em relação à Emenda n.º 1 de 1969, promulgada por uma junta militar, há na doutrina divergências sobre a mesma ser apenas uma Emenda à Constituição de 1967 ou uma nova Constituição. Segundo José Afonso da Silva, tratou-se de nova Constituição, pois o texto promulgado era inteiramente novo, mudou-se, inclusive, a denominação, que passou de Constituição do Brasil para Constituição da República Federativa do Brasil. Diante de todos os motivos não se pode dizer que tratou-se apenas de emenda, e sim, de nova Constituição. Portanto, tem-se a Constituição de 1969.³²

José Afonso da Silva explica que teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil.³³

A despeito das semelhanças com o sistema tributário estabelecido em 1967, foram acrescidos à competência da União, o poder para instituir contribuições de intervenção no domínio econômico e de interesse da previdência social ou de categorias profissionais³⁴, permanecendo a possibilidade de criação de empréstimos compulsórios nos casos definidos em lei complementar.

Na vigência desta Constituição, em 1970, para reforçar suas fontes de financiamento, o Governo Federal criou o PIS – Programa de Integração Social – que marca o ressurgimento no país da cumulatividade na tributação. Tal reforço era necessário para o Governo em razão da concessão dos incentivos que corroía as receitas para promover o “milagre econômico” brasileiro.

Ao encerrar-se a fase do “Milagre Brasileiro”, o sistema tributário já mostrava sinais de exaustão. “No período 1979/83, a despeito da recessão que caracterizou seus anos finais, ainda foi possível – através

³² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 86.

³³ *Ibidem*, p. 87.

³⁴ CF 1969 - Art. 21 § 2º A União pode instituir: I - contribuições, nos termos do item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais; e II - empréstimos compulsórios, nos casos especiais definidos em lei complementar, aos quais se aplicarão as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais do direito tributário.

de frequentes alterações na legislação e pela sustação da criação de novos incentivos e eliminação de alguns já existentes – manter a carga tributária oscilando entre 24,5 e 27% do PIB”³⁵

8 Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado democrático de direito, estabelecendo um pacto federativo e definiu uma repartição de competências entre os Entes da Federação. Observa-se que os princípios democráticos da atual Constituição foram definidos em seu artigo 1º³⁶. Esses princípios representam os valores fundamentais da Lei Maior.

O modelo de federalismo tripartite brasileiro insere os Municípios no mesmo grau de igualdade com a União e os Estados. Porém, apesar da autonomia legislativa prevista no texto constitucional observa-se grande dependência financeira dos Estados e Municípios face à União.

A Constituição de 1988 inovou ao estabelecer um sistema pentapartido de tributos, diferente do dantes estabelecido pelo Código Tributário Nacional de 1966. Assim, atualmente observa-se as seguintes espécies tributárias: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais. Quanto aos impostos, há clara delimitação constitucional tributária para cada ente federado. À União, cabe a competência de sete espécies de impostos, previstas no artigo 153, além da competência residual e extraordinária no artigo 154. Aos Estados e Municípios restaram três espécies de impostos para cada ente, artigos 155 e 156 respectivamente. Quanto à repartição de receitas, deu continuidade ao aumento progressivo dos percentuais de partilha do FPE e do FPM, mas não alterou significativamente o sistema herdado de 1967³⁷

Ademais com o acréscimo do peso tributário das contribuições especiais, de competência exclusiva da União e não sujeitas à repartição de receitas, não foi dada continuidade ao modelo federativo descentralizado proposto pela Constituição de 1988.

³⁵ VARSANO, Ricardo. *A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas*. Rio de Janeiro: 1996. p. 11.

³⁶ 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.

³⁷ MACIEL, Marcelo Sobreiro. *Dependência de trajetória nos incentivos fiscais: fragmentação do empresariado na reforma tributária*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados – Centro de Documentação e Informação, 2009. p. 18.

9 Considerações Finais

Um estudo sobre Federalismo implica fundamentalmente no estudo das relações de poder dentro de uma organização política de um País. Significa uma análise sobre soberania e autonomia entre as unidades federativas. Corresponde a uma pesquisa sobre repartição de competências, principalmente em relação às de natureza legislativa, regulamentadas pela Constituição Federal. Compreender o Federalismo Fiscal é de fundamental importância para a avaliação de conflitos de competências normativas entre União, Estados, Distrito Federal e municípios e para se compreender a disponibilidade financeira de cada ente, que impacta diretamente o sistema federado.

No sistema federativo, em nome da autonomia Estatal, é conferida a especial prerrogativa dos entes políticos determinarem suas ações, obedecendo aos limites constitucionalmente postos. A extensão dessa autonomia é que apresenta variações e interpretações. Porém observa-se que no federalismo brasileiro sempre houve uma errônea tendência centralizadora das atividades governamentais e dos recursos tributários na União, situação que fere um pacto federativo mais harmônico.

Assim, ao estudar a tradição constitucional do federalismo fiscal brasileiro percebe-se que a lógica da centralização dos recursos sempre se repetiu. Portanto observa-se que os poderes estaduais e regionais da participação efetiva no orçamento público foram excluídos. Neste diapasão, o modelo atual de federalismo fiscal é um grande obstáculo à concretização de um verdadeiro federalismo cooperativo entre os entes, pois impede o desenvolvimento autônomo das economias locais que são dependentes do repasse e do aval federal para efetiva implementação das políticas públicas.

Desta forma, o tema da “Reforma Tributária” é crucial para a efetivação do federalismo no Brasil, tornando-se necessário revisitar a tradição histórica constitucional, a fim de desvincular dos equívocos do passado e possibilitar a concretização de um pacto federativo fiscal em que haja cooperação entre os entes federados, e não o modelo de dependência viciosa à União.

reFerênCias

ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014.

AMED, F. J.; NEGREIROS, Plínio J. L. de Campos. *História dos tributos no Brasil*. 2000.

ARENDDT, Hannah. *Da revolução*. São Paulo: Ática, 1990.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras*: 1891. v. 2. Brasília, Senado Federal, 2001.

BORIS FAUSTO. *História do Brasil*. 5 ed. São Paulo: Ed. Univ. São Paulo, 1997.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 10/09/2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Decreto 848, de 11 de outubro de 1890*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, J. C. de Macedo Soares. *Realidade Brasileira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MACIEL, Marcelo Sobreiro. *Dependência de trajetória nos incentivos fiscais: fragmentação do empresariado na reforma tributária*. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados – Centro de Documentação e Informação, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição federal de 10 de novembro de 1937*. Tomo I. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1938.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras:1824*. v. 1. Brasília: Senado Federal, 2001.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Publico brasileiro e analyse da Constitução do Imperio*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185600>>. Acesso em: 19 set. 2019.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. v. 3. Brasília: Senado Federal, 2001.

PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras: 1937*, v. 4. Brasília: Senado Federal, 2001.

SARAIVA, José Hermano. *História concisa de Portugal*. 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

VARSAÑO, Ricardo. *A evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas*. Rio de Janeiro: 1996.

A TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOBRE O DIREITO PENAL

Frederico Skora Lieberenz

Mestrando em direito pela UniCEUB. Bacharel em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Delegado de polícia federal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constituição de 1824; 2 Constituição de 1891; 3 Constituição de 1934; 4 Constituição de 1937; 5 Constituição de 1946; 6 Constituição de 1967; 7 Constituição de 1969 (com o AI-5 e a Emenda Constitucional nº 1); 8 Constituição de 1988; 9 Conclusão; Referências.

introdução

O Direito Penal envolve os maiores conflitos entre os direitos individuais e a ação do Estado. Assim, é natural se esperar que tais conflitos se encontrem desenhados nos textos constitucionais pós-ilustração, e no caso brasileiro não foi diferente. Questões de direito penal permeiam todas as constituições nacionais desde a primeira, de 1824, ainda nos tempos do Império.

Dentre as questões que se pode dizer mais importantes relativas ao Direito Penal e que são tratadas nas constituições, se encontram: os princípios do direito penal; as penas cruéis e de morte; as possibilidades de intervenção do poder Executivo no processo penal e na aplicação das penas; as imunidades e privilégios de foro; os tribunais de exceção; os efeitos da condenação; a competência para legislar sobre matéria penal e de processo penal; as competências da Justiça Federal e das justiças estaduais; e a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Muito embora não sejam temas específicos do Direito Penal, trataremos também do *Habeas Corpus* e do Mandado de Segurança, em razão de sua implicação direta na aplicação das leis penais. Não serão tratados, contudo, os chamados “crimes de responsabilidade”, expressão equívoca e que, segundo Marques, no direito brasileiro “*não designa apenas figuras delituosas de ilícito penal, mas também violações de deveres funcionais, não sancionadas com pena criminal*”¹.

1 Constituição de 1824

As Constituições brasileiras trataram diferentemente dos princípios basilares do Direito Penal, quais sejam: legalidade (em suas diversas dimensões); devido processo legal; intranscendência da pena; e proibição da analogia em prejuízo do réu.

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, elaborada pelo Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, previu expressamente uma carta de direitos, em seu artigo 179. Os parágrafos I, III e XI traziam insculpido o princípio da legalidade, que a partir de então estaria presente, em menor ou maior grau, em todas as constituições seguintes, ao determinar: que nenhum cidadão poderia ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer, coisa alguma, senão em virtude da Lei; que a Lei não teria efeito retroativo; e que ninguém seria sentenciado senão por autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela

¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. v. 3. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 1970. p. 327.

prescrita². A influência do ideário beccariano na legislação penal não era algo recente: D. Maria I de Portugal já havia, quase meio século antes, tentado reformar as Ordenações Filipinas, sem sucesso, com o projeto de Código Criminal elaborado por Mello Freire em 1789³. Este, por sua vez, veio a influenciar fortemente o projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos, assim como o utilitarismo de Jeremy Bentham e os códigos francês e napolitano⁴. O Código Criminal do Império do Brasil foi promulgado em 1830⁵, enquanto o Código de Processo Criminal somente foi introduzido em 1842.

Além do princípio da legalidade, o item VIII também previa que ninguém seria preso sem culpa formada, exceto nos casos definidos em lei, e que dentro de 24 horas (ou prazo razoável, nas regiões mais distantes) o réu deveria ser informado do motivo da prisão, quem eram seus acusadores e quais eram as testemunhas. O item IX, por sua vez, previa que mesmo aqueles com culpa formada, presos ou não, poderiam prestar fiança, nos casos admitidos em lei, e que nos crimes com pena menor do que seis meses de prisão, ou de desterro para fora da comarca, o réu poderia livrar-se solto.

Outra previsão de extrema importância, contida no item X, previa que, salvo caso de flagrante delito, a prisão somente poderia ser realizada senão por ordem escrita de autoridade legítima. Tal previsão constou, de um ou de outro modo, de todas as constituições brasileiras. O mesmo item previa, de modo surpreendente, não somente para a época, mas até para os tempos atuais, a previsão de punição ao juiz ou ao requerente da prisão que fosse considerada arbitrária.

O princípio da igualdade perante a lei e da intranscendência da pena foram insculpidos nos incisos XIII e XX, respectivamente, e estiveram presentes em todas as constituições subsequentes.

As penas cruéis, tais como os açoites, a tortura e a marca de ferro quente foram proibidas no item XIX⁶. Todavia, como tais penas eram

2 SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Lições de Direito Criminal*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 3-4; BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. vol. 1. Rio de Janeiro: EGE, 1926. pp. 44-45 e 127-128. Não obstante sua previsão na Constituição e no Código Criminal, o princípio da legalidade nem sempre era cumprido. Vide ZAFFARONI et al, *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 424-425.

3 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980. p. 128.

4 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, Tomo 1º*. Rio de Janeiro: Forense, p. 179.

5 Contra a hipótese da forte influência do projeto Mello Freire sobre o Código Criminal do Império, vide Zaffaroni et al, *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 433-434. A favor da influência, GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980. p. 131. De todo modo, fato é que Bernardo Pereira de Vasconcelos, formado em Coimbra, certamente conhecia o professor Mello Freire e seu projeto, o qual fora impresso em 1823.

6 Exceto para os escravos, que não eram protegidos pela norma. Cf. PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código Criminal do Império do Brasil, Comentado e Anotado com os Princípios do Direito; legislação de diversos povos, leis do Paiz, decretos, jurisprudência dos tribunales, avisos do governo, interpretando, alterando ou revogando diversas das suas disposições*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Popular de A. A. da Cruz Coutinho, 1885. p. 138.

previstas nas Ordenações Filipinas, e estas, por força do Decreto de 27 de setembro de 1823, permaneceram de fato em vigor até a edição do Código Criminal do Império de 1830, previsto no item XVIII e que seria fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade⁷. Além disso, foram previstas no item XXI as condições das cadeias, que deveriam ser seguras, limpas e bem arejadas, com diferentes casas para separação dos réus conforme suas circunstâncias e a natureza de seus crimes.

A Constituição silenciou quanto à pena de morte, tão criticada por Beccaria, e o Código Criminal do Império de 1830 efetivamente a previu. Alguns penalistas chegaram a afirmar que a pena de morte deixou de ser efetivada no Brasil após o episódio da execução de Mota Coqueiro, em 1859, a qual teria decorrido de erro judicial⁸. Não obstante, ao que tudo indica as execuções teriam continuado até pelo menos 1876⁹.

O Poder Judicial, previsto no art. 151, era composto de juízes e jurados. Segundo o art. 152, os últimos se pronunciavam sobre os fatos, enquanto que os juízes aplicariam a lei. O Tribunal do Júri foi previsto em quase todas as constituições brasileiras, à exceção da de 1937.

O *Habeas Corpus* não foi previsto na Constituição de 1824. Contudo, Pontes de Miranda chamou a atenção para a “ação de desconstrangimento”, prevista no Decreto de 23 de maio de 1821, e que poderia ser classificada como autêntico *Habeas Corpus*¹⁰. De fato, tanto o Código Criminal de 1830 como o Código de Processo Criminal de 1832 reconheceram e passaram a regular o uso das assim já chamadas “ordens de *Habeas Corpus*”.

O poder Moderador, previsto nos artigos 98 a 102 da Constituição de 1824, implicava certa capacidade de influência sobre as questões criminais. De fato, com base no parecer dado na sessão conjunta de 31 de agosto de 1829¹¹, quanto à aplicação da pena de morte, reconheceu-se ao Imperador o poder de substituí-la quando conviesse. Tanto a graça como o indulto eram consideradas prerrogativas do soberano e indissociáveis do direito de

7 Cf. ZAFFARONI et al, *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 422-423.

8 COSTA E SILVA, Antonio José. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938. p. 28; GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980. p. 132; LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Revista e Aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 189.

9 CARVALHO FILHO, Luís Francisco. *Impunidade no Brasil*: Colônia e Império. Estudos Avançados, 2004, v. 18, n. 51, p. 181-194. <https://doi.org/10.1590/S0103-40142004000200011>.

10 MIRANDA, Pontes de. *História e prática do Habeas Corpus*. Campinas: Bookseller, 1999. p. 123-124.

11 PINTO, Antonio Pereira. *Annaes do Parlamento Brasileiro, sessão de 1829*. T. 5. Rio de Janeiro: Typographia de H. J. Pinto, 1877. p. 84.

punir¹², e eram vistas como uma maneira de reduzir o rigor das penas, bem como corrigir eventuais injustiças, independentemente de requerimento¹³.

Típica para um país fundado em privilégios, a Constituição do Império foi prolífica na previsão de toda sorte de imunidades, foros privilegiados e outras cortes extraordinárias, não obstante a previsão no artigo 179, item XIII, de que a lei seria igual para todos. Em primeiro lugar, conforme o art. 99, o próprio Imperador não estava sujeito a responsabilidade alguma, mesmo que agindo fora de suas atribuições¹⁴. Os senadores e deputados, por sua vez, eram invioláveis por suas opiniões (art. 26), e não poderiam ser presos por autoridade alguma, à exceção de flagrante delito de pena capital, salvo por ordem de sua respectiva câmara (art. 27). Em caso de pronúncia de senador ou deputado, o juiz deveria suspender todo o processo e informar o ocorrido à câmara respectiva, que decidiria se o processo deveria continuar e se o membro deveria ser ou não suspenso do exercício das funções (art. 28). A Câmara dos Deputados tinha a atribuição exclusiva para decretar a acusação de Ministros e Conselheiros de Estado, não somente para os crimes políticos, mas também para os comuns¹⁵. O Senado, por sua vez, ainda tinha entre suas atribuições julgar os delitos cometidos pelos membros da família imperial, pelos Ministros e Conselheiros de cada Estado, e pelos próprios senadores e deputados, no caso destes últimos, somente durante o período da Legislatura (art. 47, I).

A sentença condenatória de prisão ou degredo ainda suspendia o exercício dos direitos políticos, enquanto durassem seus efeitos, segundo o artigo 8º, II. Mais grave, porém, era a pena daquele que fosse banido por sentença: o artigo 7º, III, prescrevia a perda dos direitos de cidadão brasileiro. França e Leite considerava o banimento o “summo das penas”, que somente seria aplicável para os crimes políticos e pela autoridade do soberano, nunca pelos tribunais¹⁶. Por esse motivo, entende o autor que tal pena não teria sido prevista para crime algum do Código Criminal¹⁷.

12 PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código Criminal do Imperio Comentado e Annotado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Popular de A.A. da Cruz Coutinho, 1885. p. 151.

13 TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Imperio do Brazil Annotado*. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 100, 109, 113 e 114.

14 SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Do Poder Moderador: ensaio de direito constitucional contendo a analyse do Tit. V, Cap. 1 da Constituição Política do Brazil*. Recife: Typographia Universal, 1864. p. 46-47.

15 BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. v. 2. Rio de Janeiro: EGE, 1926. p. 107-113.

16 Não obstante o artigo 7, III referir-se ao “banido por sentença”. Cf. FRANÇA E LEITE, Nicolao Rodrigues dos Santos. *Considerações políticas sobre a Constituição do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia de J. M. A. A. De Aguiar, 1872. p. 61.

17 FRANÇA E LEITE, Nicolao Rodrigues dos Santos. *Considerações políticas sobre a Constituição do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia de J. M. A. A. De Aguiar, 1872, p. 59/61.

Por fim, deve-se ter em consideração que esta ordem constitucional coexistiu com o regime escravocrata no Brasil, o qual garantia “o direito de propriedade em toda a sua plenitude” (art. 179, XXII). Neste sentido, as regras constitucionais de direito penal citadas somente se aplicavam aos homens livres: o próprio Código Criminal de 1830, em seu artigo 60, determinava que o réu escravo que não fosse condenado às galés ou à morte seria açoitado (não mais de cinquenta vezes por dia) e, depois de entregue ao seu dono, seria posto em ferros pelo tempo determinado pelo juiz.

2 Constituição de 1891

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891, redigida por Rui Barbosa a pedido do governo revolucionário instalado em 1889 após a derrubada do Império, de forma semelhante à Carta de 1824, trouxe o “Bill of Rights” em seu último artigo, de número 72, em 31 parágrafos. A emenda constitucional nº 3, de 3 de setembro de 1926, não alterou significativamente as previsões relacionadas ao Direito Penal, que foram mais singelas do que aquelas previstas na Constituição do Império.

Com efeito, o parágrafo 13 previu que a prisão, à exceção do flagrante delito, somente poderia ser executada após a pronúncia do indiciado, salvo os casos previstos em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente. O parágrafo 14, por sua vez, determinava que a permanência na prisão somente poderia decorrer de culpa formada, ressalvadas as exceções previstas em lei. Previu ainda a fiança, nos casos que a lei admitir.

O princípio da legalidade consta do parágrafo 15, de forma lacônica: a sentença deverá vir da autoridade competente e na forma regulada por lei, que deve ser anterior¹⁸. O direito à ampla defesa, por sua vez, é reconhecido aos acusados no parágrafo 16, com previsão de entrega da nota de culpa em 24 horas, assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.

O princípio da intranscendência da pena é previsto no parágrafo 19, não podendo, por exemplo, os empregados dos Ministérios perderem o direito ao montepio, ainda que privados de seus empregos por sentença judicial, para que seus familiares possam usufruí-lo¹⁹. Todavia, a disciplina do artigo 71, parágrafo 1o., letra a, poderia tornar a tarefa de continuar

18 SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 1-2.

19 SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 154; COSTA E SILVA, Antonio José. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938. p. 197-198.

a contribuir para ele um tanto difícil: enquanto durassem os efeitos da condenação criminal, ficavam suspensos os direitos de cidadão brasileiro²⁰.

Curiosamente, a Constituição de 1891 silenciou quanto às penas cruéis, fazendo constar do parágrafo 20 somente a abolição da pena de galés e de banimento judicial²¹. Não obstante, a pena de morte restou proibida no parágrafo 21, à exceção da legislação militar em período de guerra.

Pela primeira vez em nossa história²², o *Habeas Corpus* foi previsto no texto constitucional, no parágrafo 22. Contudo, devido a discussões quanto ao seu âmbito de utilização²³, a Emenda Constitucional n° 3 (1926) modificou o parágrafo, adotando a corrente tradicional, segundo a qual o remédio constitucional somente era cabível nos casos de iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção²⁴.

A primeira República brasileira também não conseguiu se distanciar da cultura de benefícios e previu o privilégio de foro “nas causas que, por sua natureza, pertencem a juízes naturais” no parágrafo 23. Deputados e senadores continuavam invioláveis em suas opiniões, palavras e votos proferidos no exercício do mandato (art. 19). O art. 20 previa a necessidade de licença prévia da respectiva câmara para que fossem presos ou até mesmo processados criminalmente, exceto em caso de flagrante por crime inafiançável, quando a autoridade responsável pelo processamento deveria encaminhar os autos à Câmara para que esta avaliasse a procedência da acusação, se o acusado não optasse pelo julgamento imediato.

Fiel ao pacto federativo, a Constituição de 1891 restringiu em seu artigo 48, 6o. a competência do Presidente da República para indultar e comutar penas somente nos crimes sujeitos à jurisdição federal. De fato, a Constituição previa a competência da então criada Justiça Federal em seu artigo 60. Assim, passou-se a se distinguir entre crimes de competência da Justiça Federal, e Crimes da Justiça Estadual. A competência para legislar sobre direito criminal, contudo, ainda era privativa do Congresso

20 Muito embora o Código Penal de 1890 tenha criado uma exceção para os cargos eletivos, a questão não era pacífica na doutrina. Cf. SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004. pp. 154-155.

21 SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 140.

22 Anteriormente, o Habeas Corpus só havia existido em âmbito de legislação ordinária. Cf. PINTO, João José de Andrade. *A Constituição da República do Brasil*. Ideas Geraes. Ed. H. Lombaerts & C., 1890. p. 58.

23 MIRANDA, Pontes de. *História e prática do Habeas Corpus*. Campinas: Bookseller, 1999, p. 227-236.

24 ZAFFARONI et al, *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 456.

Nacional²⁵, e somente cabia aos Estados legislar sobre o processo (art. 22). É interessante ressaltar que, originalmente, a Justiça Federal tinha competência sobre as questões de direito criminal ou civil internacional, previsão esta que foi retirada parcialmente pela Emenda Constitucional no. 3, tendo remanescido somente a competência recursal do Supremo Tribunal Federal para tais assuntos. Permaneceu, contudo, sua competência originária para os crimes políticos.

O parágrafo 31, por fim, manteve o Júri, o qual era defendido por João José de Andrade Pinto, Ministro do Supremo Tribunal de Justiça e que viria a ser ministro do Supremo Tribunal Federal, como o único julgador de fato em matéria criminal, inclusive quanto ao julgamento especial dos juizes togados²⁶.

Não houve previsão na Constituição de edição de novo Código Criminal, eis que mesmo antes da Proclamação da República já circulavam projetos de reforma das leis penais²⁷, o que permitiu a promulgação do Código Penal elaborado pelo Conselheiro Baptista Pereira em 11 de outubro de 1890 pelo Decreto no. 847. Tal descompasso, contudo, fez com que o novo Código previsse situações que logo viriam a ser consideradas inconstitucionais, como por exemplo a pena de banimento (art. 43, b)²⁸.

Por fim, o artigo 81 da Constituição previa a competência do Supremo Tribunal Federal para rever em benefício dos condenados, a qualquer tempo, os processos penais encerrados, inclusive militares, podendo reformar ou confirmar a sentença. Não se trataria, contudo, de graça, pois a reabilitação somente ocorreria caso o STF viesse a considerar o condenado como inocente²⁹.

3 Constituição de 1934

O texto amplamente eclético³⁰ e progressista produzido pela Constituinte convocada pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas, que buscou atender aos anseios multifacetados das revoluções de 1930 e 1932, teve vigência breve. Teve diversas disposições suspensas pela

25 PINTO, João José de Andrade. *A Constituição da República do Brasil*: Ideas Geraes. Ed. H. Lombaerts & C., 1890. p. 19.

26 Ibidem, p. 34.

27 ZAFFARONI et al, *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 444-445; GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980. p. 135.

28 SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 140.

29 Ibidem, p. 199.

30 KELLY, Prado. *Crítica do Projeto Constitucional*: Discurso proferido na Assembleia Nacional Constituinte, a 24 de março de 1934.

decretação do estado de sítio em 1935, seguido pelo estado de guerra dos anos seguintes, e foi logo substituída após o golpe de 1937 por outro documento, de cunho conservador.

Os direitos e garantias individuais foram previstos no art. 113. A exigência da ordem escrita da autoridade competente para a prisão, nos casos previstos em lei, ressalvado o estado flagrancial, consta do inciso 21, que avançou na matéria, determinando que toda prisão fosse comunicada ao Juiz competente imediatamente, que não somente deveria relaxá-la em caso de ilegalidade como também promover a responsabilidade da autoridade coatora. A previsão da fiança constou do inciso 22, a ampla defesa do inciso 24, a intrascendência da pena do inciso 28.

O *Habeas Corpus* consta do inciso 23, sem alterações relevantes quanto à ordem constitucional anterior. Contudo, a previsão do mandado de segurança no inciso 33 trouxe ainda maior garantia, sempre que houvesse necessidade de defesa do direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.

O princípio da legalidade foi previsto em dois incisos: o 26, mais completo que a previsão da Constituição anterior, ao esclarecer que também o processo deve ser conduzido pela autoridade competente e que a anterioridade da lei se refere ao fato; e o 27, que supriu uma carência das duas ordens constitucionais anteriores, ao prever que a lei penal [posterior] mais benéfica ao réu retroagirá. Contudo, também abriu as portas para um grande retrocesso: o inciso 37 determinava que nenhum juiz poderia deixar de sentenciar por motivo de omissão na lei, caso em que deveria decidir por analogia, pelos princípios gerais de direito ou por equidade. Assim, Costa e Silva afirma que alguns penalistas passaram a defender o uso da analogia no Direito Penal³¹.

O inciso 29 avançou na temática das penas e determinou que não existiriam penas de banimento, morte (exceto em tempo de guerra com país estrangeiro, e com base na legislação militar), confisco ou de caráter perpétuo. Contudo, deixou de prever a vedação das penas cruéis, da mesma forma que a Constituição de 1891. O inciso 30, por sua vez, proibiu a conversão da pena de multa em prisão³². Ademais, por força do artigo 110, os condenados criminalmente também tinham os direitos políticos suspensos.

Uma nova previsão chama a atenção: o inciso 31 vedou a extradição a Estado estrangeiro por crime político ou de opinião, e, em qualquer caso, de brasileiro. Com efeito, no regime constitucional anterior, não havia tais

31 COSTA E SILVA, Antonio José. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938. p. 446.

32 *Ibidem*, p. 147 e 214.

restrições, e alguns tratados celebrados pelo Brasil com nações estrangeiras efetivamente as permitiam, desde que houvesse reciprocidade³³.

Mais uma vez, buscou-se a vedação do foro privilegiado, e incluíram-se os tribunais de exceção. Contudo, admitiram-se os juízos especiais em razão da natureza das causas, e o artigo 68 previa vedação ao Poder Judiciário para conhecer questões exclusivamente políticas, o que poderia ser utilizada para blindar os agentes políticos ao controle dos juízes. Não obstante a vedação dos tribunais de exceção, a Lei no. 244, de 11 de setembro de 1936 instituiu o Tribunal de Segurança Nacional como órgão da Justiça Militar, com funcionamento “sempre que for decretado o estado de guerra e até que se ultime os processos de sua competência”.

Ampliou-se novamente a possibilidade do Presidente da República perdoar e comutar penas criminais em geral, e não somente as de competência federal (art. 56, parágrafo 3o.), perdendo, ainda, os Executivos estaduais o poder de conceder graça sobre os crimes antes de suas alçadas³⁴.

O artigo 5º, inciso XIX, alínea “a”, conferiu à União competência para legislar não somente sobre o direito penal, mas também sobre o processual, o que demonstra a característica centralizadora da Constituição sobre a matéria. Pioneiramente, a alínea “c” do mesmo inciso também tratou expressamente da competência privativa da União para legislar sobre o regime penitenciário. Ademais, o art. 11 das Disposições transitórias determinou que o governo deveria nomear uma comissão para ouvir as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os institutos de Advogados, com a finalidade de organizar dentro de três meses um projeto de Código de Processo Penal. O projeto elaborado por tal comissão foi concluído em 1935, aprovado pela Câmara dos Deputados e, enquanto tramitava no Senado, teve seu trâmite interrompido pelo golpe de 1937³⁵, não tendo chegado a ser convertido em lei³⁶.

Por fim, a Constituição de 1937 também manteve a instituição do júri, com a organização e as atribuições que a lei lhe desse (art. 72), bem como previu o recurso de revista (art. 76, inciso 3) à Corte Suprema, dando continuidade ao instituto previsto na Carta anterior.

33 COSTA E SILVA, Antonio José. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938. p. 447.

34 *Ibidem*, p. 355-357.

35 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 65; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, p. 182.

36 ZAFFARONI et al, *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 474.

4 Constituição de 1937

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, redigida por Francisco Campos e outorgada por Getúlio Vargas após o golpe de novembro de 1937, quando, na iminência das eleições previstas na Constituição de 1934, houve a derrubada do regime democrático então em vigor, foi inspirada na Constituição fascista da Polônia, e por esta razão ficou conhecida como a Polaca. O presidente da República tinha amplos poderes de dirigir não só a atividade legislativa, mas inclusive de legislar ele próprio por meio de decretos que declararam o estado de guerra, decretos-lei e leis constitucionais.

Os direitos e garantias individuais se encontram previstos no art. 122. O inciso 11 contém diversos provimentos: a prisão somente depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos previstos em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente, ressalvada a prisão em flagrante delito. A conservação na prisão somente com culpa formada, por ordem da autoridade competente, em virtude de lei e por ela regulada. Não obstante, também houve inovação: além da previsão tradicional das garantias de defesa, antes e depois da formação da culpa, foi prevista a instrução criminal por contraditório.

Originalmente, o inciso 13, que também traz uma miscelânea de direitos, previa que não haveria penas corpóreas perpétuas. Quanto à lei penal no tempo, houve retrocesso: não se previu que a lei mais benéfica retroagiria, mas somente que as penas estabelecidas³⁷ ou agravadas em lei nova não se aplicariam aos fatos anteriores, ou seja, voltou-se a proibir somente a retroação da lei penal *in peius*. No entanto, o Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942, que declarou o estado de guerra em todo o território nacional, suspendeu diversos dispositivos constitucionais, entre eles o inciso em questão³⁸. Uma lei específica foi editada onde a antiga proibição foi mitigada, e foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal: o Decreto-Lei no. 4.766, de 1.º de outubro de 1942, conhecido como a Lei de Guerra, que admitia a aplicação retroativa em relação aos crimes contra a segurança externa (“*Esta lei retroagirá, em relação aos crimes contra a segurança externa, à data da ruptura de relações diplomáticas com a*

³⁷ Luiz Luisi entende que esta foi a única Constituição brasileira que não previu o postulado da reserva legal. Cf. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2a. Edição Revista e Aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 179. De todo modo, a fragilidade da previsão permitiu a edição de leis penais que permitiram o uso da analogia para a caracterização do crime, tais como o Decreto-lei nº 4.166, de 11 de março de 1942. Cf. GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980. p. 164; FRAGOSO, Heleno Claudio. Observações sobre o princípio da reserva legal. *Revista de Direito Penal*, nº 1, jan./mar. 1971. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 85.

³⁸ GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980. p. 164.

Alemanha, a Itália e o Japão”), apesar de expressar a referida garantia. Em um dos julgamentos do STF, citado por Cernicchiaro, assim se manifestou o Ministro Orozimbo Nonato: «*Não obstante o prestígio da irretroatividade do lei penal, entende-se que, neste caso especialíssimo, era possível a retroatividade, que se deu, aliás, mitigadamente. O legislador não podia fugir à realidade trágica que suscitou o decreto e verdade é que um brasileiro que praticou atos contra a Pátria, depois daquele rompimento, prelúdio do estado de guerra, não podia fugir ao saldão de traidor*»³⁹.

Outro grande retrocesso foi a extensão da pena de morte para outros casos além dos previstos na legislação militar para períodos de guerra, em total descompasso com a maior parte dos estados europeus e americanos à época⁴⁰. Além dos chamados crimes políticos, a pena de morte passou a ser aplicada também em caso de delito de homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade. Como se não fosse duro o suficiente, tal inciso foi rapidamente transformado em algo pior por meio da Lei Constitucional nº 1, de 16 de maio de 1938. A pena de morte, que antes somente poderia ser aplicada aos crimes ali previstos, passou a ser obrigatória. Além disso, a mesma foi estendida a outros atos caracterizáveis como crimes políticos, tais como o atentado contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República. Tampouco a previsão anterior sobre a aplicação ao homicídio permaneceu incólume: a conjunção aditiva “e” foi trocada pela alternativa “ou”, tornando mais fácil a aplicação da pena de morte a tais casos. Não obstante, a pena de morte prevista nessa Constituição nunca foi executada⁴¹.

O inciso 17 previu expressamente a criação de Tribunal especial para processar e julgar os crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e a guarda e o emprego da economia popular, ou seja, os chamados crimes políticos. Neste sentido, e para atender também ao artigo 172 da Constituição, foi criado o Tribunal de Segurança Nacional, para processar e julgar os crimes contra o Estado e a estrutura das instituições⁴². O alvo por excelência desse tribunal era o Partido Comunista, o qual, além de tentar articular os sindicatos, também havia buscado suplantiar o Estado Novo por meio da insurreição. Contudo, também foram alvos posteriormente os membros da Ação Integralista

39 — CERNICCHIARO, Luiz Vicente. O Direito Penal na Constituição de 1967. *Revista de Informação Legislativa*, jan/mar. 1969. p. 33.

40 Cf. COSTA E SILVA, Antonio José. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938. pp. 17-30.

41 ZAFFARONI et al, *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 469.

42 GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*, ano 45, n. 178, abr./jun. 2008. p. 116.

Brasileira, de orientação fascista⁴³. A Justiça Federal, por sua vez, foi extinta, restando apenas como órgãos do Poder Judiciário o STF, os juízes e tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos territórios (Tribunais de Apelação) e os juízes e tribunais militares (art. 90).

A vedação à extradição de estrangeiros por crimes políticos, inaugurada na ordem constitucional anterior, não constou da Constituição de 1937, mas somente a de brasileiros em qualquer caso (inciso 12 do art. 122). Assim, pôde ocorrer um dos episódios mais infames da história do nosso Supremo Tribunal Federal: a história de Olga Benário Prestes, grávida, para a Alemanha, onde viria a morrer, presa em um campo de concentração nazista⁴⁴.

O mandado de segurança não foi previsto na Constituição, contudo o Decreto-lei nº 6, de 16 de novembro de 1937, o recriou em nível infraconstitucional, e o Código de Processo Civil de 1939 faz referência a ele. De todo modo, o mandado de segurança não era cabível contra os atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores⁴⁵.

Quanto às imunidades e privilégios, a Constituição de 1937 logrou reintroduzir algo que não se via desde a Carta de 1824: o artigo 87 previa que o Presidente da República não poderia, durante o exercício de suas funções, ser responsabilizado por atos estranhos às mesmas. Ademais, a prisão e o processo criminal contra parlamentares, sem licença da respectiva câmara, continuaram vedados, ressalvado o caso de estado flagrancial de crime inafiançável (art. 42). Estabeleceu, ainda, a responsabilização dos membros do Parlamento Nacional perante a sua respectiva câmara pelas opiniões e votos que emitissem no exercício de suas funções. Inovou, contudo, ao prever que não estariam isentos da responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

Cabe ressaltar que tanto o atual Código Penal de 1940, cujo projeto inicialmente elaborado por Alcântara Machado veio a ser extensamente modificado por uma comissão revisora composta por diversos juristas, dentre eles Nelson Hungria e Roberto Lyra⁴⁶, como o Código de Processo

43 ZAFFARONI et al, *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 467.

44 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Literatura: Vargas, o Estado Novo, a Lei de Segurança Nacional e o habeas corpus em favor de Olga Benário Prestes. A história entre foices, martelos e togas. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1495, 5 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10245>>. Acesso em: 29 set. 2019.

45 GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*, ano 45, n. 178, abr./jun. 2008, p. 117

46 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980. p. 138.

Penal de 1941, inspirado no Código Rocco da Itália fascista e ainda em vigor, foram postos em vigência sob a égide desta Constituição⁴⁷. Ambos já se encontram bastante reformados na atualidade. A Lei das Contravenções Penais também é do mesmo período.

O texto constitucional não se manifestou quanto às normas de regime penitenciário, diferentemente da Carta de 1934⁴⁸. Da mesma forma, não previu o recurso de revista, e assim a reabilitação deixou de existir⁴⁹. Por fim, o Júri também não foi previsto constitucionalmente, apesar de ter sido regulado posteriormente pelo Decreto-lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938 e pelo Código de Processo Penal de 1941⁵⁰.

5 Constituição de 1946

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 marcou o retorno à ordem democrática e aos princípios liberais da Primeira República, como se pode verificar pela declaração de direitos, contida no artigo 141. Não obstante, o novo período de democracia foi bastante turbulento, com diversos momentos de quase ruptura e que acabaram por desaguar no golpe militar de 1964 e em uma ditadura que perdurou por mais de vinte anos.

O parágrafo 20 trouxe de volta a previsão da prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente, nos casos da lei. O parágrafo 21, por sua vez, trouxe a previsão da vedação da prisão nos casos em que a fiança fosse permitida.

O parágrafo 22 reintroduziu a obrigação da comunicação da prisão ou detenção ao juiz competente, a possibilidade de relaxamento da prisão ilegal e a responsabilização da autoridade coatora. O *Habeas Corpus* também retornou à ordem constitucional (parágrafo 23), assim como o Mandado de Segurança (parágrafo 24).

O parágrafo 25 trouxe de volta a garantia da plena defesa e da nota de culpa, assinada pela autoridade competente e contendo os nomes do acusador e das testemunhas e entregue ao preso dentro de vinte e quatro horas. Previu, ainda, a instrução criminal na modalidade contraditória.

47 ZAFFARONI et al, *Direito Penal Brasileiro*: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, pp. 470-475.

48 COSTA E SILVA, Antonio José. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938. p. 82.

49 Ibidem, p. 427.

50 Sua soberania foi limitada mediante a autorização, em grau de apelação, da apreciação e reforma de suas decisões de mérito, quando não encontrassem "apoio algum nas provas existentes nos autos ou produzidas em plenário". Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 1, tomo 1, artigos 1º ao 16, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 54.

Retornou, ainda, a vedação de foros privilegiados e de juízes e tribunais de exceção (parágrafo 26), e a previsão do processamento e sentenciamento pela autoridade competente e na forma da lei anterior⁵¹ (parágrafo 27).

O princípio da legalidade, base de todo o Direito Penal e vulnerado no período de exceção, retornou fortalecido: além do parágrafo 2º, o parágrafo 27 previa a anterioridade da lei, enquanto que o parágrafo 29 estabelecia a retroatividade da lei penal mais benéfica.

Pela primeira vez o princípio da individualização da pena foi estabelecido em nível constitucional, no parágrafo 29, e viria a constar de todas as constituições subsequentes.

O parágrafo 31 trouxe de volta a vedação da pena de morte, ressalvadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. Também foram novamente proibidas as penas de banimento, de confisco e de caráter perpétuo. De modo bastante avançado, não somente para a época mas inclusive para os tempos atuais, determinou à lei que dispusesse sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica.

A vedação de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião, assim como a proibição total de extradição de nacional, retornou no parágrafo 33.

Todavia, nem todas as garantias foram totalmente cumpridas: em 25 de novembro de 1955 foi declarado o estado de sítio em todo o território nacional, e as garantias dos parágrafos 20 a 24, especialmente quanto aos crimes políticos, foram suspensas.

O parágrafo 28 trouxe de volta a previsão do Júri. Muito embora delegasse a lei sua organização, definiu que o número de seus membros deveria ser sempre ímpar e que seus votos seriam sigilosos e seus vereditos, soberanos. Determinou, ainda, a obrigatoriedade de sua competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e a plenitude da defesa do réu.

Após o golpe militar de 1964, diversas modificações foram feitas ao texto da Constituição de 1946. O Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, trouxe de volta os juízes federais (art. 94, II), nomeados pelo Presidente da República e competentes para julgar, dentre outras matérias, os crimes políticos e os praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas (art. 105, parágrafo 3º, alíneas “e” a “i”). Por outro lado, a Justiça Militar passou a ser competente

⁵¹ García menciona que a ambiguidade do parágrafo levou a alguns argumentos contra a aplicação retroativa das leis processuais penais. Cf. GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980. p. 165.

para julgar crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares cometidos por civis (art. 108, parágrafo 2º).

6 Constituição de 1967

Outra Constituição promulgada em período de exceção, a de 1967 trouxe em seu artigo 150 a lista de direitos e garantias individuais. Previu o princípio da igualdade (parágrafo 1º), legalidade (parágrafo 16), prisão em flagrante ou por ordem escrita de autoridade competente, fiança, comunicação imediata ao juiz competente e relaxamento da prisão ilegal (parágrafo 12), intranscendência e individualização da pena (parágrafo 13), respeito à integridade física e moral de detentos e presidiários (parágrafo 14), ampla defesa e vedação de foro privilegiado e tribunais de exceção (parágrafo 15), contraditório e anterioridade, exceto quando agravar a situação do réu (parágrafo 16), soberania e competência do Júri (parágrafo 18), vedação de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e de brasileiro (parágrafo 19), *Habeas Corpus* (parágrafo 20), Mandado de Segurança (parágrafo 21).

O parágrafo 11 trouxe a vedação da pena de morte, das penas perpétuas, de banimento e de confisco. Quanto à pena de morte, foi ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. Todavia, o parágrafo em questão foi alterado pelo Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969, para acrescentar que “*nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar*” tais penas estariam autorizadas. O Ato Institucional nº 5 já tinha excluído da apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com o mesmo e com quaisquer atos subsequentes. Deste modo, o Ato Institucional nº 13, trouxe de volta, ainda, a pena de banimento, que seria aplicável a qualquer brasileiro que se tornasse inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional. Foi prevista, ainda, a pena de perdimento de bens, desta vez não somente por enriquecimento ilícito no exercício de função pública, mas também no caso de danos ao erário.

O artigo 34 previu a inviolabilidade dos deputados e senadores por suas opiniões, palavras e votos, e em seu parágrafo 1º previu que os membros do Congresso não poderiam ser presos, salvo em caso de flagrante por crime inafiançável, sem prévia licença de sua câmara. Em caso de flagrante delito, por sua vez, os autos do processo deveriam ser remetidos, dentro de 48 horas, à Câmara respectiva, para que, por voto secreto, fosse deliberado sobre a prisão e sobre a autorização para a formação de culpa (parágrafo 3º).

A Justiça Federal de 1a. Instância foi mantida pela Constituição de 1967, que repetiu em boa parte os termos do Ato Institucional nº 2 em seu art. 119⁵². Dentre suas competências estava processar e julgar, em primeira instância, os crimes políticos (inciso IV). Não obstante, com a edição do Decreto-lei nº 314/67, que definiu os crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, tais delitos passaram à competência da Justiça Militar (art. 44), em flagrante atrito com a Constituição do Brasil⁵³.

7 Constituição de 1969 (Com o ai-5 e a emenda Constitucional nº 1)

Devido ao recrudescimento do regime militar com a edição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, e a subsequente decretação do recesso do Congresso Nacional, a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que definia um novo texto para a Constituição Federal de 1967, teve de ser “promulgada” pelos ministros das forças armadas do País. Os direitos e garantias individuais foram previstos no artigo 153 e repetem quase que totalmente a redação do artigo 150 da Carta substituída, já com a relevante alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 14.

Especificamente quanto à proibição das penas de morte, de prisão perpétua, de banimento e de confisco, prevista no parágrafo 11, a emenda constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, fruto da distensão do regime militar, retirou a expressão “*salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, no termos que a lei determinar*” e proibiu completamente sua aplicação, ressalvada, quanto à pena de morte, a legislação penal aplicável em caso de guerra externa. Curiosamente, a pena de confisco deixou de ser proibida expressamente.

As garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade dos magistrados, embora mantidas, nada significavam, pois o Presidente da República poderia demitir, aposentar, pôr em disponibilidades os juízes. O Júri, por sua vez, tornou a ser previsto no parágrafo 18, contudo a menção a sua soberania foi retirada.

Ademais, a previsão de inviolabilidade dos deputados e senadores pelos chamados crimes de opinião foi modificada na nova redação constitucional, sendo ressalvados os casos de injúria, difamação e calúnia, bem como nos crimes previstos na Lei de Segurança Nacional (artigo 32). A Emenda Constitucional nº 11 retirou as ressalvas, exceto quanto aos crimes da Lei de Segurança Nacional. Deputados e senadores poderiam

⁵² CERNICHIARO, Luiz Vicente. O Direito Penal na Constituição de 1967. *Revista de Informação Legislativa*, jan./mar. 1969, p. 39-40.

⁵³ *Ibidem*, p. 43.

ser presos, exceto durante as sessões e quando para elas se dirigissem ou delas regressassem, desde que não incorressem em estado flagrancial por crime comum ou perturbassem a ordem pública (artigo 32, parágrafo 1º). Ademais, não foi reeditada a necessidade de licença da Câmara respectiva para seu processamento penal, mas somente determinado que, nos crimes comuns, seriam submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (artigo 32, parágrafo 2º). Todavia, a Emenda Constitucional aqui também fez reparo, estabelecendo que “*Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara*” (parágrafo 1º), sendo que se a Câmara respectiva não se pronunciasse dentro de 40 dias do recebimento do pedido, ter-se-ia como concedida a licença (parágrafo 2º). Além disso, nos casos de flagrante por crime inafiançável, retornou-se ao regime previsto na Constituição de 1967 original (parágrafo 3º).

Tanto no seu texto original como na redação da Emenda Constitucional nº 1, foi prevista a competência do Presidente da República para expedir decretos-leis, ou decretos com forças de lei, sobre diversas matérias, dentre elas a segurança nacional⁵⁴, mas não sobre o direito penal comum, de acordo com entendimento do extinto Tribunal Federal de Recursos⁵⁵, apesar do AI-5 ter dado prerrogativa ao Presidente da República de decretar recesso parlamentar e, assim, legislar sobre todas as matérias (art. 2º, parágrafo 1º).

O *Habeas Corpus*, embora previsto, não era aplicável nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

8 Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que marcou mais uma vez o retorno ao regime democrático, teve, como afirmou Luisi, uma superlativa preocupação com os assuntos criminais⁵⁶, positivando pormenorizadamente diversos direitos e garantias com reflexos no Direito Penal. Além disso, foi reconhecido o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana em seu art. 1º, inciso III, o qual deve permear todos os demais princípios constitucionais.

⁵⁴ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. O Direito Penal na Constituição de 1967. *Revista de Informação Legislativa*, jan./mar. 1969. p. 36.

⁵⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 23.

⁵⁶ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Revista e Aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio

Fabris Editor, 2003. p. 178.

Os direitos e garantias individuais se encontram positivados nos incisos do artigo 5º: o princípio da igualdade (I); o princípio da legalidade (XXXIX); princípio da irretroatividade da lei penal, salvo para benefício do réu (XL); a proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante (III); o princípio da intranscendência ou pessoalidade (XLV); o princípio da individualização da pena (XLVI e XLVIII); a proibição das penas cruéis, de banimento, de trabalhos forçados, de caráter perpétuo e de morte (exceto, neste último caso, em tempo de guerra declarada), (XLVII); o reconhecimento do Júri e de suas garantias de funcionamento (XXXVIII); a garantia de proteção à integridade física e moral dos presos (XLIX); e a garantia das condições para que as mães presidiárias possam amamentar seus filhos (L).

Foram previstas ainda as seguintes garantias e direitos relativos ao processo: o devido processo legal (LIII e LIV); o contraditório e da ampla defesa (LV); a inadmissibilidade das provas ilícitas se (inciso LVI); a presunção de inocência até o trânsito em julgado (LVII); a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente, ressalvada a prisão em flagrante (LXI); a comunicação imediata da prisão ao juiz e à família ou à pessoa indicada pelo preso (LXII); o direito do preso de ser informado sobre seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, o de conhecer a identidade dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório (LXIII); o direito do preso à assistência familiar e de advogado (LXIV); o relaxamento imediato da prisão ilegal pela autoridade judiciária (LXV); a garantia de não ser levado à prisão ou mantido nela quando a lei permitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (LXVI); o *Habeas Corpus* e o Mandado de Segurança (LVIX e LXIX).

Algumas previsões são tão literais e pormenorizadas que sua positivação constitucional somente pode ser explicada pelo anseio do legislador constituinte de proteger as garantias mínimas de interpretações heterodoxas, ou abusos de direitos⁵⁷, no que entendemos que andou bem ao fazer, considerando as recentes experiências autoritárias. Outras previsões, próprias do direito comum, também foram constitucionalizadas⁵⁸. Podem ser citadas como exemplos: a identificação criminal daqueles já identificados civilmente foi restringida às hipóteses previstas em lei (inciso LVIII); a ação penal subsidiária à ação penal pública foi garantida constitucionalmente (inciso LIX); e a publicidade, em regra, dos processos foi garantida no inciso LX.

57 TÁCITO, Caio. 1988. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. p. 22.

58 Ibidem, p. 22.

9 Conclusão

A tradição constitucional brasileira, no que tange ao Direito Penal, é bastante rica, e a análise comparativa permite concluir que embora os princípios mais caros ao processo penal e à aplicação das penas estejam presentes, de uma ou outra forma, em todas elas, eles conseguem conviver tanto com regimes democráticos quanto ditatoriais. Tal conclusão é preocupante e demanda reflexão: o mero fato da evolução do Direito Constitucional e do Direito Penal ter passado a exigir a positivação das garantias não significa que, de fato, o Estado não possa transgredi-las quando seus dirigentes assim o decidam. Foi assim durante o Império, quando a ordem constitucional que determinava a igualdade perante a lei permitia a aplicação de penas cruéis aos escravos; quando a proteção contra a extradição fundamentada em crime político foi excepcionada no caso de Olga Benário Prestes; quando a Lei de Guerra retroagiu para criminalizar condutas praticadas antes de sua vigência; e quando inúmeras pessoas, acusadas por crimes políticos, foram presas, torturadas e mortas secretamente por agentes do Estado, sem direito a defesa e outros direitos igualmente importantes, durante as ditaduras do Estado Novo e militar.

Por outro lado, como nos lembra Luisi, a tradição constitucional brasileira não previu expressamente os fins das penas⁵⁹, e um estado que se diz democrático não pode se furtar a responder questão de tamanha importância: deve-se punir para quê? Seja para reafirmar a validade da norma e dar retribuição, seja para prevenir o crime e ressocializar o criminoso, a resposta deve estar na base de todas as políticas públicas voltadas para a questão criminal. Uma sociedade que não deixa clara a sua opção está fadada a uma plasticidade constitucional indesejável, dado que a política criminal pode se tornar ferramenta de uso eleitoral nas mãos dos demagogos da ocasião.

referências

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. v. 1. Rio de Janeiro: EGE, 1926.

_____. *Estudos de Direito*. v. 2. Rio de Janeiro: EGE, 1926.

BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

⁵⁹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. revista e aumentada, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 184-186.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. Impunidade no Brasil: Colônia e Império. *Estudos Avançados*, 2004, v. 18, n. 51, p. 181–194.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. O Direito Penal na Constituição de 1967. *Revista de Informação Legislativa*, jan./mar. 1969. p. 31-46.

COSTA E SILVA, Antonio José. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1938.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Observações sobre o princípio da reserva legal. *Revista de Direito Penal*, n. 1, jan./mar. 1971. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. pp. 78-88.

FRANÇA E LEITE, Nicolao Rodrigues dos Santos. *Considerações políticas sobre a Constituição do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia de J. M. A. A. De Aguiar, 1872.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1980.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Literatura: Vargas, o Estado Novo, a Lei de Segurança Nacional e o habeas corpus em favor de Olga Benário Prestes. A história entre foices, martelos e togas. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1495, 5 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10245>>. Acesso em: 29 set. 2019.

_____. *Tobias Barreto: uma biografia intelectual do insurreto sergipano e sua biblioteca com livros alemães no Brasil do século XIX*. Curitiba: Juruá, 2018.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições Brasileiras. *Revista de Informação Legislativa*, ano 45, n. 178, abr./jun. 2008.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 1, tomo 1, artigos 1º ao 16, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

KELLY, Prado. *Crítica do Projeto Constitucional: Discurso proferido na Assembleia Nacional Constituinte, a 24 de março de 1934*. Rio de Janeiro: Alba, 1934.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. v. 3. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 1970.

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do Habeas Corpus*. Campinas: Bookseller, 1999.

PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Código Criminal do Império do Brasil, Commentado e Annotado com os Princípios do Direito; legislação de diversos povos, leis do Paiz, decretos, jurisprudência dos tribunaes, avisos do governo, interpretando, alterando ou revogando diversas das suas disposições*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Popular de A. A. da Cruz Coutinho, 1885.

PINTO, Antonio Pereira. *Annaes do Parlamento Brasileiro, sessão de 1829*. T. 5. Rio de Janeiro: Typographia de H. J. Pinto, 1877.

PINTO, João José de Andrade. *A Constituição da República do Brazil: Ideas Geraes*. Ed. H. Lombaerts & C., 1890.

SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004.

SOUZA, Braz Florentino Henriques de. *Do Poder Moderador: ensaio de direito constitucional contendo a analyse do Tit. V, Cap. 1 da Constituição Política do Brazil*. Recife: Typographia Universal, 1864.

_____. *Lições de Direito Criminal*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

TÁCITO, Caio. 1988. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Imperio do Brazil Annotado*. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, E. Raul et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

A LIBERDADE RELIGIOSA NA TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

João de Souza Nascimento Neto
Mestrando em Direito e Políticas Públicas (UniCeub-DF).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constituição de 1824; 2 Constituição de 1891; 3 Constituição de 1934; 4 Constituição de 1937; 5 Constituição de 1946; 6 Constituição de 1967/69; 7 Constituição de 1988; 8 Conclusão; Referências.

introdução

O direito à liberdade religiosa surge no contexto de revoluções liberais do final do século XVIII e início do século XIX que permitiram a compreensão de que o indivíduo poderia ser considerado parte integrante do Estado. Nesse período, ocorreram mudanças culturais que fizeram com que se brotasse a ideia de um Estado neutro, marcado pelo pluralismo ideológico e religioso. Tais mudanças desempenharam um importante papel no sentido de ampliar e consagrar diversos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito aos direitos relativos à liberdade¹.

A declaração de Virgínia de 1776², durante a revolução americana, foi o primeiro texto legal que reconheceu a liberdade religiosa como direito³. Por sua vez, a primeira emenda à Constituição federal norte americana, em 1791, reproduziu estabeleceu a separação entre Estado e religião e reproduziu o princípio da liberdade religiosa⁴.

Por outro lado, apesar desse precedente, vários países estabeleceram em seus textos constitucionais a religião católica como religião oficial do Estado. É o caso do Brasil que estabeleceu no art. 5º da Constituição Imperial de 1824 que: “a religião católica (...) continuará a ser a religião do Império”.

Atualmente, o entendimento doutrinário é que a liberdade religiosa está extremamente ligada à liberdade de expressão e ambas podem ser consideradas pedra de toque da democracia⁵. Liberdade religiosa e democracia são inseparáveis. É direito fundamental⁶ da pessoa humana,

1 LOPES, Alan Junio. *Estado Laico? - Reflexões a partir da Constituição Brasileira de 1988*. 1ª ed. Arraes, Belo Horizonte, 2015 p. 12.

2 Declaração de direitos da Virgínia de 1776, art. 16: “Que a religião ou os deveres que temos para com o nosso Criador, e a maneira de cumpri-los, somente podem reger-se pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; conseqüentemente, todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita sua consciência, e que é dever recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo.”

3 SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras (estudo filosófico-jurídico comparado). *Revista de informação legislativa*, v. 11, n. 41, Brasília, jan./mar. 1974, p. 75-126

4 Emenda 1/1791: “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.”

5 SORIANO, Aldir Guedes. Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal. In: *Direito à liberdade religiosa – desafios e perspectivas para o século XXI*. 1ª ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009. p. 164.

6 Deve-se registrar que, para determinada corrente doutrinária, representada por G. Jellinek, a liberdade religiosa é considerada a origem dos demais direitos, sendo a Reforma Protestante o seu berço. Nesse sentido, assinala J.J. Gomes Canotilho que “a quebra da unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à verdadeira fé. Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a idéia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por esse facto, alguns autores, como G.Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na

consagrado nas constituições de diversos Estados democráticos e nos principais tratados de direitos humanos⁷.

A dignidade da pessoa humana seria o fundamento jusfilosófico para o direito à liberdade religiosa. O Estado deve respeitar as escolhas dos indivíduos porque o ser humano é dotado de dignidade intrínseca e por isso merece ser tratado com respeito e consideração.

Além disso, a liberdade religiosa também se vincula ao princípio da autodeterminação, o qual, no plano subjetivo, refere-se às escolhas pessoais de caráter fundamental. O plano da autodeterminação estaria no poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências.⁸

Por conseguinte, a liberdade religiosa, observada de uma ótica interna, é um dos aspectos da dignidade da pessoa humana e uma expressão do direito de autodeterminação do sujeito de direitos. Outrossim, vista sob uma ótica externa, em sua implicação com o Estado Democrático de Direito, é um índice de comprometimento da ordem jurídica-política com a Democracia e seus valores fundamentais, especificamente o pluralismo. Nesse contexto, exsurge o papel do Estado de atuar ponderadamente de forma a permitir o pluralismo de crenças, seja abstendo-se de refreá-lo, seja atuando comissivamente para prestigiá-lo⁹.

Cabe destacar que a liberdade religiosa se exterioriza como forma de manifestação do pensamento, mas seu conteúdo é mais complexo em razão das implicações que ela suscita. Compreende três formas de expressão: (a) a liberdade de crença; (b) a liberdade de culto; (c) e a liberdade de organização religiosa¹⁰.

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, o direito à mudança de crença e, ainda, a liberdade de não aderir a religião alguma. Mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer crença¹¹.

—luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003., p. 383 apud DA SILVA, Fabiana Maria Lobo. Liberdade de religião e o ensino religioso nas escolas públicas de um estado laico in Revista de informação legislativa, ano 52, número 206, abr./jun. 2015, p. 272).

7 Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU), 10-12-1948: art. XVIII; Pacto de San Jose da Costa Rica, arts. 1 a 4.

8 RODRIGUES, Junior. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, p. 126, apud MARTINS, Humberto. Liberdade religiosa e Estado Democrático de Direito in *Direito à liberdade religiosa – desafios e perspectivas para o século XXI*. 1ª ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 99

9 MARTINS, Humberto. Liberdade religiosa e Estado Democrático de Direito. In: *Direito à liberdade religiosa – desafios e perspectivas para o século XXI*. 1ª ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009, p. 100.

10 SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 251

11 ROBERT, Jacques. *Liberté religieuse et le régime des cultes*. p. 8, 9 e 101 e ss. apud SILVA, José Afonso, Curso de direito constitucional positivo. 39. ed. São Paulo, Malheiros, 2016. p. 251.

Como a religião não se realiza apenas na simples contemplação do ente sagrado, uma de suas características básicas é a exteriorização da fé na prática de ritos, no culto, com as cerimônias e tradições indicadas pela religião escolhida¹².

Já a liberdade de organização religiosa diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização das igrejas e suas relações com o Estado. Quanto à essa relação, três sistemas são observados: (a) “confusão”, no qual o Estado se confunde com determinada religião (Estado teocrático); (b) “união”, no qual verificam-se relações jurídicas entre o Estado e determinada Igreja no concernente à sua organização e funcionamento; (c) e “separação”, no qual se estabelece um estado laico em que se admite e se respeita todas as vocações religiosas¹³.

Atualmente no Brasil vigora o sistema da separação. A laicidade estatal foi alçada a princípio constitucional (art. 19, I¹⁴, da CF). Mas nem sempre foi assim, como veremos no estudo das constituições pretéritas. A seguir será feita uma análise comparativa das Constituições brasileiras a fim de apontar como o tema da liberdade religiosa e a interação entre Estado e religião foram tratados ao longo da história do Brasil. O estudo fundamenta-se principalmente em fontes primárias, quais sejam os próprios textos constitucionais. Será feita uma divisão por período constitucional em que serão destacados os principais trechos em que a Lei Maior discorre sobre o tema religioso.

1 Constituição de 1824

A primeira constituição do Brasil manteve a tradição portuguesa no tocante à relação Estado e religião. Em seu art. 5^{o15} estabeleceu que a religião católica apostólica romana permaneceria como religião oficial do Estado. Dessa forma não haveria separação entre Estado e Igreja, como apreçoada pelos teóricos iluministas e defendida nas revoluções liberais do fim do sec. XVIII e início do sec. XIX.

¹² ROBERT, Jacques. *Liberté religieuse et le régime des cultes*. p 9 apud SILVA, José Afonso, Curso de direito constitucional positivo, 39 ed. Malheiros, São Paulo, 2016, p. 251.

¹³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 253.

¹⁴ Constituição Federal de 1988: “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

¹⁵ Constituição de 1824: “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.”

No Brasil estabeleceu-se uma relação de subordinação da Igreja Católica ao Estado. O Imperador tinha a prerrogativa de nomear bispos e prover benefícios eclesiásticos, além de ter a atribuição de “conceder, ou negar o beneplácito aos Decretos dos Concílios, e Letras Apostólicas, e quaisquer outras Constituições Eclesiásticas” (art. 102, II e XIV¹⁶).

Os poderes concedidos pela Constituição para o Imperador limitavam a liberdade da Igreja Católica para decidir qual a melhor forma de se organizar. Além de expressar uma limitação à liberdade religiosa, tais dispositivos ensejaram várias disputas políticas durante o curso do Império como a cisma de Feijó e a querela das investiduras¹⁷.

No mesmo art. 5º também ficou estabelecido que era permitido professar as demais religiões não oficiais, contudo, o culto estaria restrito ao âmbito da casa dos professantes ou nos templos a isso destinados, não sendo permitido o culto nos espaços públicos.

Nesse ponto, apesar de a Constituição de 1824 admitir a existência de uma pluralidade de religiões no território nacional (arts. 5º e 6º, V¹⁸), há, no seu texto, uma clara mitigação da liberdade de culto das religiões não oficiais.

O texto constitucional também faz menção à liberdade de crença ou consciência em seu art. 179, §5º¹⁹. Mais uma vez, a Constituição de 1824 expressa uma garantia para a liberdade religiosa para, logo em seguida, limitá-la. No caso, estão listadas duas limitações que recaem, precipuamente, sobre aqueles que professam uma religião diferente da estatal (católica).

A primeira se refere ao respeito à religião do Estado. Trata-se de uma exigência razoável e condizente com o pressuposto da tolerância religiosa a ser observado em uma sociedade que busca a manutenção da paz social.

Note-se, porém, que tal exigência é uma mão de via única. Não há no texto constitucional imperial uma obrigação de respeito às religiões diferentes da estatal. Ou seja, os católicos não estavam constitucionalmente obrigados a exercitar a tolerância com as demais religiões.

16 Constituição de 1824: “Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principaes atribuições [...] II. Nomear Bispos, e prover os Benefícios Ecclesiasticos. [...] XIV. Conceder, ou negar o Beneplácito aos Decretos dos Concilios, e Letras Apostolicas, e quaesquer outras Constituições Ecclesiasticas que se não oppozerem á Constituição; e precedendo approvação da Assembléa, se contiverem disposição geral.”

17 SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras (estudo filosófico-jurídico comparado). *Revista de informação legislativa*, v. 11, n. 41, Brasília, jan./mar. 1974. p. 75-126

18 Art. 6. São Cidadãos Brasileiros: [...] V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalisação.”

19 Constituição de 1824: Art. 172 [...] “Ninguem pôde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica”.

Outrossim, a constituição imperial apresenta uma segunda limitação na qual introduz uma locução de textura aberta, qual seja a moral pública. A questão da moralidade pública passou a ganhar relevância no Brasil do século XIX, durante o período turbulento da regência após a abdicação de Dom Pedro I. A vertente conservadora conquistou hegemonia política e propagou uma verdadeira pedagogia da moralidade a fim de recuperar muitos valores tradicionais que julgavam ter sido esquecidos pela sociedade brasileira. Tal fato teve consequências no texto constitucional que, em vários pontos, prescrevia uma sociedade hierarquizada e centralizada²⁰.

Nesse contexto, o alcance da garantia constitucional da “não perseguição por motivo religioso” é bastante restrito, uma vez que os professantes da religião oficial não estavam obrigados a respeitar as demais religiões e o conceito de “moral pública” é demasiadamente aberto, ensejando as mais diversas interpretações.

Por último, cabe destacar que, na esfera dos direitos políticos, a Constituição de 1824 criou impedimentos para a participação dos membros de entidades religiosas. Os clérigos de ordem sacras e os indivíduos que viviam em comunidades claustrais foram excluídos de votar nas assembleias paroquiais (art. 92, I e IV²¹).

No império, o voto era censitário e havia uma divisão entre eleitores de paróquia e os eleitores de província. Os eleitores de paróquia eram todos aqueles que comprovavam uma renda anual mínima de 100 mil réis para votar nos eleitores de província, que, por sua vez, deveriam comprovar uma renda anual mínima de 200 mil réis para votar nos candidatos a deputado e senador.

Além disso, aqueles que não professarem a religião oficial do Estado não poderiam se candidatar a Deputado (art. 95, III²²). Interessante notar que tal restrição não existia para candidaturas ao Senado (art. 45²³).

Em resumo, a Constituição do Império adotou um modelo de liberdade religiosa mitigada. O Estado admite a existência de uma pluralidade religiosa e em alguns dispositivos constitucionais instituiu algumas garantias

²⁰ ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

²¹ Constituição de 1824: “Art. 92. São excluídos de votar nas Assembléas Parochiaes. I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras. [...] IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communidade claustral.”

²² Constituição de 1824: “Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se: [...] III. Os que não professarem a Religião do Estado”

²³ Constituição de 1824: “Art. 45. Para ser Senador requer-se I. Que seja Cidadão Brasileiro, e que esteja no gozo dos seus Direitos Politicos. II. Que tenha de idade quarenta annos para cima. III. Que seja pessoa de saber, capacidade, e virtudes, com preferencia os que tivrem feito serviços á Patria. IV. Que tenha de rendimento annual por bens, industria, commercio, ou Empregos, a somma de oitocentos mil réis.”

à liberdade religiosa como a liberdade de crença e consciência. No entanto, a própria Constituição implementa diversas limitações à essas garantias, o que faz com que os membros de confissões religiosas diferentes da estatal não gozem de liberdade plena para professar suas crenças.

Por outro lado, também cabe destacar que, apesar de a religião católica ser considerada a oficial do Estado brasileiro e gozar de vários privilégios, as prerrogativas constitucionais do Imperador limitam de maneira decisiva a liberdade de organização dessa confissão religiosa. Ou seja, no tempo do Império, nem mesmo a Igreja oficial do Estado gozava de liberdade religiosa irrestrita, uma vez que a existência de liberdade de organização é um aspecto fundamental desse pressuposto.

A Constituição de 1891 conduziu várias mudanças nesse quadro como se verá a seguir.

2 Constituição de 1891

A primeira constituição republicana indica logo no seu preâmbulo²⁴ que a relação entre Estado e religião será diferente da Constituição anterior, mantendo-se a separação entre ambos como foi determinada no Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890²⁵ redigido, por Ruy Barbosa, logo após a proclamação da República.

O primeiro traço distintivo da constituição republicana é que não há qualquer menção à Deus no preâmbulo como havia na constituição pretérita²⁶. A separação entre Estado e Igreja anunciada no preâmbulo foi confirmada nos arts. 11 § 2^{o27} e 72, § 7^{o28} nos quais se consagrou a

24 Constituição de 1891: “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte”

25 Decreto 119-A/1890: disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D119-A.htm>.

26 Constituição de 1824: “DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEOS, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requeridos o Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassemos e fizessemos jurar o Projecto de Constituição, que haviamos offerecido ás suas observações para serem depois presentes á nova Assembléa Constituinte mostrando o grande desejo, que tinham, de que elle se observasse já como Constituição do Imperio, por lhes merecer a mais plena approvação, e delle esperarem a sua individual, e geral felicidade Politica: Nós Jurámos o sobredito Projecto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que dora em diante fica sendo deste Imperio a qual é do theor seguinte:”

27 Constituição de 1891: “Art 11 - É vedado aos Estados, como à União: 2 °) estabelecer, subvencionar ou embarçar o exercicio de cultos religiosos;”

28 Constituição de 1891: “Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...] § 7º Nenhum culto ou igreja gosará de subvenção official, nem terá relações de dependencia ou alliança com o Governo da União, ou o dos Estados. A representação diplomatica do Brasil junto á Santa Sé não implica violação deste principio.”

neutralidade estatal com relação ao exercício da liberdade de culto. Por meio desses dispositivos, o Estado brasileiro se abstinha de estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos. Não haveria, de agora em diante relações de dependência ou aliança entre o Estado e as entidades religiosas.

Há três grandes espécies de modelos de relação entre Estado e Igreja: modelo de Religião oficial, modelo com relações de aliança ou dependência entre os entes e modelo de separação entre ambos. Na separação pode existir um sistema de Estado laico ou de um estado ateu. O Estado laico não se arroga a escolher qual religião os seus cidadãos devem seguir. Deixa cada indivíduo livre para decidir qual crença religiosa adotar. Há ampla liberdade de consciência, crença e culto. As questões relativas à fé são de foro íntimo e escapam da ingerência estatal.

No estado ateu, pelo contrário, prega a inexistência da religião. O aparelho estatal é utilizado para hostilizar o fenômeno religioso com o objetivo de fazê-lo desaparecer do seio da sociedade. O Estado ateu é, nesse sentido, uma organização tão antidemocrática quanto um estado confessional que impõe uma única religião a todos os membros da sociedade. Na época, as entidades clericais criticaram vários dispositivos do texto constitucional de 1891, argumentando que teria ocorrido uma laicização do Estado²⁹.

Ainda sobre a liberdade de culto, a Constituição de 1891 garantiu a liberdade para todos os indivíduos e confissões religiosas para exercer publicamente o seu culto (art. 72, §3^{o30}). Trata-se de outra inovação apresentada pelo texto constitucional. Anteriormente, a celebração de culto em espaços públicos era permitida apenas para os professantes da fé católica (que era a religião oficial do Estado imperial). A partir da promulgação da Constituição de 1891, a exteriorização da fé dos indivíduos finalmente pode ser livremente concretizada em ambiente público. Esse foi um grande passo na direção da construção de uma sociedade mais tolerante.

A primeira constituição republicana também optou por fazer menção sobre a liberdade de culto nos cemitérios (art. 72, §5^{o31}). As necrópoles se tornaram, nos dizeres do texto constitucional, propriedades de caráter

²⁹ SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras (estudo filosófico-jurídico comparado). *Revista de informação legislativa*, v. 11, n. 42, Brasília, abr./jun. 1974, p. 369-430.

³⁰ Constituição de 1891: "Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: [...] § 3º Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum."

³¹ Constituição de 1891: "Art. 72 [...] § 5º Os cemiterios terão caracter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a pratica dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não offendam a moral publica e as leis."

secular que deveriam ser administradas pela autoridade municipal. No entanto, os cultos e da prática de rituais nesses estabelecimentos deveriam estar de acordo com a lei e a moral pública. Assim, apesar dos avanços na seara da liberdade de culto com relação à Constituição Imperial, mais uma vez o constituinte se utilizou de uma expressão de textura aberta para implementar limitações ao direito de liberdade religiosa.

No tocante à relação entre religião e direitos políticos, a constituição republicana manteve a vedação aos religiosos de ordens monásticas e demais congregações de se alistarem como eleitores (art. 70, §1º, IV³²). Por outro lado, em virtude da ausência de uma religião oficial, não houve discriminação religiosa na forma de vedação à candidatura à cargos políticos por parte dos indivíduos que professassem crenças não católicas.

Além disso, a Constituição de 1891 trouxe uma hipótese de perda de direitos políticos no caso de o indivíduo alegar motivo de crença religiosa para se abster de qualquer ônus que as leis impuserem (art. 72, §29³³), nomeadamente o cumprimento do serviço militar obrigatório (art. 86³⁴).

Por fim, continuando no seu afã de separar as esferas religiosas e políticas, a Constituição de 1891 determinou que o casamento civil era o único tipo de celebração reconhecida pelo Estado (art. 72, § 4º³⁵).

A primeira Constituição Republicana apresentou vários avanços no âmbito da concretização do direito à liberdade religiosa se compararmos seus dispositivos com os da constituição imperial. O maior destaque foi sem dúvida a adoção de um modelo de separação entre Estado e Igreja que ensejou a possibilidade de se estabelecer uma maior tolerância entre as confissões religiosas. No entanto, alguns dispositivos constitucionais ainda limitavam o exercício da liberdade de culto por meio de formulações abstratas como a ofensa à moral pública, além de restringir a liberdade de crença ao punir com a perda de direitos políticos aqueles que possuíssem convicções religiosas conflituosas com algumas determinações estatais.

32 Constituição de 1891: “Art 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei. § 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados:

[...] 4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual.”

33 Constituição de 1891: “Art. 72 [...] § 29. Os que allegarem por motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer onus que as leis da Republica imponham aos cidadãos e os que aceitarem condecoração ou títulos nobiliarchicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos.”

34 Constituição de 1891: “Art 86 - Todo brasileiro é obrigado ao serviço militar, em defesa da Pátria e da Constituição, na forma das leis federais.”

35 Constituição de 1891: “Art. 72 [...] § 4º A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

Na sequência será observado que a Constituição de 1934, mesmo mantendo o sistema de separação entre Estado e Igreja, reintroduziu elementos da Constituição Imperial.

3 Constituição de 1934

Na constituição de 1934 houve o retorno da invocação do nome de Deus no preâmbulo³⁶. Apesar dessa mudança, o Brasil permaneceu no modelo de separação entre Estado e Igreja. Manteve-se a vedação às pessoas jurídicas de direito público interno concernente a estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos (art. 17, II³⁷). Adicionou-se a essa prescrição o impedimento de ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo (art. 17, III³⁸).

Cabe destacar que, apesar de manter o modelo de separação entre Estado e Igreja, a Constituição de 1934 procurou estabelecer um novo *modus vivendi*, que refletisse a ideologia da sociedade brasileira a época. Não haveria aliança entre Igreja e Estado, mas se considerava importante permitir a possibilidade de uma colaboração recíproca entre os entes em prol do interesse coletivo³⁹.

Outrossim, o texto constitucional assegurou a igualdade de todos perante a lei, pontuando, inclusive, a ausência de privilégios ou distinções por motivo de crenças religiosas (art. 113, I⁴⁰). Garantiu também a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença e o livre exercício dos cultos religiosos (art. 113, V⁴¹). No entanto estabeleceu limites a essas liberdades, quais sejam a ordem pública e

36 Constituição de 1934: “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte”

37 Constituição de 1934: “Art 17 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] II - estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;”

38 Constituição de 1934: “Art 17 [...] III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto, ou igreja sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo;”

39 SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras (estudo filosófico-jurídico comparado), *Revista de informação legislativa*, v. 11, n. 43, Brasília, jul./set. 1974. p. 162-267

40 Constituição de 1934: “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.”

41 Constituição de 1934: “Art 113 [...] 5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.”

aos bons costumes. Nesse ponto, o constituinte optou, mais uma vez, por utilizar expressões de textura aberta para restringir o direito à liberdade religiosa.

Os cemitérios permaneceram com caráter secular. Inovou-se ao garantir que os rituais religiosos poderiam ser praticados livremente nesses recintos por todas as confissões religiosas. Além disso, as associações religiosas poderiam manter cemitérios particulares sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes, sendo-lhes proibida a recusa de sepultura onde não houvesse cemitério secular (art. 113, VII⁴²).

O casamento sob essa nova ordem constitucional seria de natureza civil, mas o casamento religioso produziria efeitos jurídicos, desde que presentes certas condições estabelecidas, como, por exemplo, o rito não podia contrariar a ordem pública ou os bons costumes (art. 146⁴³). Outra vez são utilizadas essas expressões para estabelecer limites ao exercício de direitos.

A Constituição de 1934 instituiu o ensino religioso confessional nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais ou normais (art. 153⁴⁴). No entanto, a matrícula em tal disciplina seria facultativa à critérios do aluno caso maior de idade ou de seus responsáveis caso menor.

Pode-se notar que a Constituição de 1934 constitucionalizou alguns temas novos como ensino religioso. Mas a configuração do modelo de relação Estado e religião não sofreu muitas alterações se comparado com o estabelecido na constituição anterior. O constituinte de 1934 não teve o objetivo de inovar o espírito da Constituição de 1891, mas apenas esclarecê-lo para que não fosse deturpado pela intenção do legislador.

42 Constituição de 1934: "Art 113 [...] 7) Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes. As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. É lhes proibida a recusa de sepultura onde não houver cemitério secular."

43 Constituição de 1934: "Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento."

44 Constituição de 1934: "Art 153 - O ensino religioso será de frequência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno manifestada pelos pais ou responsáveis e constituirá matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais."

4 Constituição de 1937

A constituição de 1937, por muitos denominada de Constituição Polaca por ter sido inspirada na constituição da Polônia, foi redigida por Francisco Campos e outorgada pelo presidente Getúlio Vargas.

Essa constituição, em alguns de seus dispositivos, adotou redação similar à constituição de 1891. Desse modo, algumas garantias enumeradas na Constituição de 1934 foram suprimidas.

Enquanto a Constituição pretérita afirmava a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença, e o livre exercício dos cultos, a Constituição de 1937 assegurava apenas a liberdade de culto (art. 122, §4⁴⁵). Assim, dois dos três principais aspectos do direito à liberdade religiosa foram negligenciados pelo texto constitucional.

A Constituição de 1937 também ficou silente sobre a possibilidade de existência de cemitérios privados, ignorando o fato de existirem numerosos cemitérios particulares, especialmente os das associações religiosas⁴⁶.

5 Constituição de 1946

A Constituição de 1946 retoma vários pontos da Constituição de 1934. O princípio da colaboração entre Estado e Igreja em prol do interesse coletivo é novamente adicionado ao texto constitucional, bem como a inviolabilidade da liberdade de crença e consciência (art. 141, § 7^{o47}).

Além disso, uma importante inovação foi a instituição da garantia da imunidade tributário dos templos de qualquer culto (art. 31, V, b⁴⁸).

A escusa de consciência adquiriu novas feições na Constituição de 1946. A possibilidade de privação de direitos por se recusar a cumprir obrigação, encargo ou serviço imposto por lei só ocorreria se também

⁴⁵ Constituição de 1937: “Art. 122 [...] 4º) todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes;

⁴⁶ SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras (estudo filosófico-jurídico comparado). *Revista de informação legislativa*, v. 11, n. 44, Brasília, out./dez. 1974, p. 161-203

⁴⁷ Constituição de 1946: “Art. 141 [...] § 7º - É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.

⁴⁸ Constituição de 1946: “Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: (...) V - lançar impostos sobre: [...] b) templos de qualquer culto bens e serviços de Partidos Políticos, instituições de educação e de assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins;”

fosse recusada eventual obrigação instituída para substituir aqueles deveres (art. 141, §8⁰⁴⁹).

6 Constituição de 1967/69

Para que seja feita uma análise mais completa, a constituição de 1967 será examinada após a Emenda Constitucional 1 de 1969, pois esta alterou substancialmente o texto constitucional.

A Carta de 1967/69 manteve o princípio da separação entre Estado e Igreja nos moldes das constituições pretéritas (art. 9º, II⁵⁰). Foram garantidas as liberdades de crença e culto, desde que não contrariem a ordem pública e os bons costumes (art. 150, §5⁰⁵¹). Não há menção expressa à liberdade de crença, mas a proteção a tal direito pode ser extraída de outros dispositivos constitucionais (153, § 8⁰⁵²).

Há também a manutenção da imunidade tributário dos templos de qualquer culto nos moldes da constituição pretérita (art. 20, III, b⁵³).

No entanto a Constituição de 1967/69 praticamente inutilizou o instituto da escusa de consciência ao determinar que na hipótese de se invocar crença religiosa para eximir-se de obrigação legal imposta a todos, a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência. (art. 150, § 6⁰⁵⁴).

⁴⁹ Constituição de 1946: “Art. 141 [...] § 8º - Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência.”

⁵⁰ Constituição de 1967/69: “Art 9º - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: (...) II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas; subvencioná-los; embaraçar-lhes o exercício; ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de Interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar;”

⁵¹ Constituição de 1967/69: “Art. 150 [...] § 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.”

⁵² Constituição de 1967/69: “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 8º É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes.”

⁵³ Constituição de 1967/69: “Art 20 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - criar imposto sobre: [...] b) templos de qualquer culto;”

⁵⁴ Constituição de 1967/69: “Art. 150 [...] § 6º - Por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal imposta a todos, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência.”

7 Constituição de 1988

Pode-se afirmar que o texto constitucional atual é o que apresenta mais garantias para o exercício da liberdade religiosa. É um amálgama de todas as garantias expressas nas constituições anteriores com algumas modificações, que visaram, principalmente, excluir algumas limitações ainda existentes ao exercício da liberdade religiosa.

Foi mantido o princípio da inviolabilidade da liberdade de consciência e crença. Além disso, a liberdade de cultos religiosos foi assegurada sem qualquer restrição quanto à ordem pública ou bons costumes (art. 5º, VI⁵⁵). Portanto, a exteriorização da crença, aspecto essencial do direito à liberdade religiosa poderia, em teoria, se dar livremente na sociedade. Foi a primeira vez na história constitucional brasileira que limitações desse gênero foram extirpadas.

Na questão de relação entre Igreja e Estado foi mantido o sistema laico de separação com colaboração entre os entes em prol do interesse público (art. 19, I⁵⁶). Acompanha a constituição de 1946 ao prever a possibilidade de escusa de consciência para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (art. 5º, VIII⁵⁷).

Assim como em algumas constituições pretéritas, foi reconhecida a possibilidade conversão do casamento religioso em civil e a obrigação estatal de oferecer ensino religioso nas escolas públicas, de matrícula facultativa (art. 210, §§ 1º e 2º⁵⁸). A imunidade tributária dos templos também se fez presente no texto constitucional (art. 150, III, b⁵⁹).

⁵⁵ Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

⁵⁶ Constituição Federal de 1988: “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

⁵⁷ Constituição Federal de 1988: “Art. 5º [...] VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;”

⁵⁸ Constituição Federal de 1988: “Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. § 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.”

⁵⁹ Constituição Federal de 1988: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - cobrar tributos: [...] b) templos de qualquer culto;”

8 ConClusão

Como se pode notar cada texto constitucional tratou da relação entre Estado e religião de forma diferenciada orientada pela conjuntura histórica que se apresentava em cada época específica. Em alguns momentos históricos, o direito à liberdade religiosa era assegurado de forma mais sólida nos textos constitucionais, enquanto em outros momentos a proteção a esse direito era negligenciada.

A atual Constituição reconhece o contexto de pluralismo religioso no qual ela está inserida. Trata-se do texto constitucional que determina mais garantias para o exercício da liberdade religiosa em seus diversos aspectos. Mesmo assim, a cada dia surgem mais controvérsias a serem solucionadas, como são os casos de criminalização do aborto eletivo, utilização de símbolos religiosos em repartições públicas, do sacrifício de animais em rituais religiosos, ensino confessional em escolas públicas, participação de entidades religiosas no processo eleitoral e casamento homoafetivo, entre outros.

Apesar desses diversos questionamentos, a Constituição Federal de 1988, com 30 anos de existência já é a terceira constituição mais longeva da história brasileira. Espera-se que as controvérsias sejam solucionadas de forma adequada e que as relações jurídicas e sociais sejam estabilizadas sob as regras da Constituição atual.

reFerênCias

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

LOPES, Alan Junio. *Estado Laico? - Reflexões a partir da Constituição Brasileira de 1988*. 1ª ed. Arraes, Belo Horizonte, 2015.

MARTINS, Humberto. *Liberdade religiosa e Estado Democrático de Direito in Direito à liberdade religiosa – desafios e perspectivas para o século XXI*. 1ª ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009.

SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras (estudo filosófico-jurídico comparado). *Revista de informação legislativa*, v. 11, n. 41, Brasília, jan./mar. 1974, p. 75-126.

_____. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras (estudo filosófico-jurídico comparado), *Revista de informação legislativa*, v. 11, n. 42, Brasília, abr./ jun. 1974, p. 369-430.

_____. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras (estudo filosófico-jurídico comparado), *Revista de informação legislativa*, v. 11, n. 43, Brasília, jul./ set. 1974, p. 162-267.

_____. A liberdade religiosa nas constituições brasileiras (estudo filosófico-jurídico comparado), *Revista de informação legislativa*, v. 11, n. 44, Brasília, out./ dez. 1974, p. 161-203.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SORIANO, Aldir Guedes. Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal. In: *Direito à liberdade religiosa – desafios e perspectivas para o século XXI*. 1ª ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009.

VEDAÇÃO AO ANONIMATO: UMA BREVE ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DAS DECISÕES DO STF

Juliana Magalhães F. Oliveira

Mestranda em Direito do Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Possui Especialização em Direito Processual Penal e graduação em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Atualmente é Consultora Legislativa do Senado Federal em Direito Penal, Processual Penal e Penitenciário. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O anonimato e as discussões da Assembleia Nacional Constituinte; 2 A Vedação ao anonimato e o processo penal no STF; 3 Conclusão; Referências.

introdução

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso IV, aduz que: “*é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato*”. Como se vê, o dispositivo não fala especificamente que é vedada a realização de denúncias anônimas, como direito do investigado de contraditar seu denunciante em um processo judicial ou administrativo. Aduz, de maneira bem geral, que o anonimato é proibido. O tema tampouco se localiza topograficamente no art. 5º entre os incisos que tratam de matéria penal e processual penal (inciso XXXVIII a LXVIII).

O inciso IV do art. 5º se inicia com uma importante liberdade, extremamente cara aos Estados Democráticos de Direito: a liberdade de manifestação do pensamento, de se dizer o que se pensa, sem censura prévia. O contexto da criação do citado direito era de um país recém-saído de ditadura, época em que a vigilância de um cidadão sobre o outro, o nacionalismo tóxico e o clima de denunciismo eram armas do Estado policialesco para a perseguição de inimigos políticos.

Nos dispositivos seguintes, a Constituição estabelece, como limite a essa liberdade de manifestação do pensamento, o direito de resposta, proporcional ao agravo (inciso V) e, logo após, enumera a liberdade de consciência e de crença (inciso VI); a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (inciso VII); a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso VIII), etc.

O que se quer apontar com essa breve explicação é que o princípio da vedação ao anonimato não foi criado pelo Constituinte Originário para ilidir a denúncia anônima especificamente no processo penal. O dispositivo assegura a liberdade de pensamento, mas pondera que essa liberdade não pode ser utilizada como escudo anônimo para infâmias. Por tal razão, à toda manifestação, garante-se um imediato direito de resposta.

A questão parece ser meramente teórica, e sem maiores implicações práticas, mas não o é. Com efeito, ao enfrentar a temática das denúncias anônimas no processo penal, o Supremo Tribunal Federal (STF) seguidamente sustenta que essas são vedadas pelo art. 5º, inciso IV, da Constituição, assim, o informante de um ato, ainda que criminoso, deve ser nominalmente identificado, sob pena de nulidade, consoante veremos mais especificadamente em alguns julgados. Esses mesmo julgados “temperam” a rigidez da vedação com argumentos que, nos parecem, sem consistência lógica ou dogmática.

Este artigo pretende suscitar algumas dúvidas quanto à interpretação da Corte e o suporte hermenêutico que lhe oferece o inciso IV do art. 5º da

Constituição. Pretende-se examinar a linha argumentativa desenvolvida pelo STF nos seus julgados sobre o tema para, então, demonstrar o equívoco do emprego de uma garantia que é vinculada à liberdade de manifestação do pensamento. Também serão examinadas as discussões travadas durante a Assembleia Nacional do Constituinte para encontrar o contexto histórico desse direito à liberdade de manifestação do pensamento.

A conclusão que se pretende alcançar é a de que o processo penal – e os procedimentos em geral – podem conviver com o anonimato, sem ser necessário utilizar-se de construções artificiosas para admiti-lo (como é a permissão de se “investigar” preliminarmente, com prudência e discrição, a denúncia anônima, desde que esta não conste oficialmente nos autos).

A ideia central será de que referido inciso do art. 5º não pode ser interpretado isoladamente, mas conjugado com os outros que o seguem e que também asseguram o direito à liberdade, enquanto direito individual. Também será trazida a já desgastada lição constitucional de que não existem direitos fundamentais absolutos e uns devem curvar-se em relação a outros, a depender das circunstâncias que o circundam.

1 o anonimato e as discussões da assembleia nacional Constituinte

Durante 1987 até outubro de 1988, o Brasil efervescia com as notícias diárias sobre as discussões da Assembleia Nacional Constituinte. Parlamentares das mais diversas orientações ideológicas, nas Comissões, Subcomissões e no Plenário, buscavam convencer os demais colegas sobre o acerto e desacerto de determinado dispositivo ou de sua redação final.

Não foi diferente com relação ao princípio da vedação ao anonimato. Este não estava expressamente previsto no Anteprojeto Afonso Arinos. Naquela ocasião, teve-se o cuidado de apenas prever muito claramente no art. 19 do Capítulo II (Dos Direitos e Garantias) a liberdade de manifestação do pensamento, igualmente observado que abusos seriam combatidos. Vejamos (ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL, 1986, p. 6):

Art. 19 – É livre a manifestação do pensamento, de crença religiosa e de convicções filosóficas e políticas.

§ 1º – As diversões e espetáculos públicos ficam sujeitos às leis de proteção da sociedade.

§ 2º – Cada um responderá, na forma da lei, pelos abusos que cometer no exercício das manifestações de que trata este artigo.

§ 3º – Não é permitido o incitamento à guerra, à violência ou à discriminação de qualquer espécie”

Foi após as audiências públicas e reuniões de Comissões e Subcomissões que se observou a necessidade de se prever a vedação ao anonimato, ainda que se assegurada a liberdade de manifestação do pensamento. Com efeito, o anonimato seria um dos instrumentos das ditaduras para a perseguição política de oponentes.

Iria muito além dos objetivos desse trabalho, todavia, reproduzir toda a discussão travada sobre o dispositivo do inciso IV do art. 5º durante os trabalhos da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais e do próprio Plenário, embora não muito extensas (Vide Ata Da 43ª Sessão Da Assembléia Nacional Constituinte, Em 1º De Abril De 1987; Ata Da 191ª Sessão Da Assembléia Nacional Constituinte, em 1º de Fevereiro de 1988; ata da 224ª Sessão Da Assembléia Nacional Constituinte, em 14 de março de 1988; Ata da 248ª Sessão da Assembléia Nacional Constituinte, em 14 de abril de 1988).

Iremos nos centrar, portanto, unicamente nos trabalhos da Comissão de Sistematização sobre o dispositivo, desde já pedindo escusas pela extensão do trecho destacado. Veja-se (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, SUPLEMENTO C, p. 155 a 162):

O SR. PRESIDENTE (Brandão Monteiro): – Está reaberta a reunião. Destaque nº 389/87, do Sr. José Genoíno, “que suprime a expressão” “e excluída a que incitar violência ou defender discriminação de qualquer natureza, constante do art. 5º, § 5º, do Substitutivo nº 2”. (34.ª votação). Destaque nº 389, de 87, do Constituinte José Genoíno, destaque supressivo. Solicita a supressão da expressão “e excluída a que incitar à violência ou defender discriminação de qualquer natureza” constante do § 5º do art. 5º do Substitutivo II.

Tem a palavra o Sr. Constituinte José Genoíno.

O SR. CONSTITUINTE JOSÉ GENOÍNO: – O nobre Constituinte Antônio Brito vai defender o nosso destaque.

O SR. PRESIDENTE (Brandão Monteiro): – Constituinte Antônio Brito, tem a palavra V.Ex.ª, por cinco minutos, para a defesa do destaque.

O SR. CONSTITUINTE ANTÔNIO BRITTO: – Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, o § 5º, submetido à votação neste momento,

estabelece três princípios fundamentais, para que no campo da liberdade de expressão se consiga atingir, o que é o objetivo maior dos trabalhos desta Constituinte: o alcance de um Estado democrático de direito.

No primeiro de seus preceitos, o § 5º afirma, pela redação dada originalmente pelo Relator, nobre Constituinte Bernardo Cabral, que “é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato e excluída a que incitar à violência ou defender discriminação de qualquer natureza.” Conforme entendimentos que mantivemos, também, com o Relator Bernardo Cabral, estamos propondo, com base em destaque apresentado pelo Constituinte José Genoíno e por tantos outros ilustres companheiros Constituintes, entre eles, o Constituinte José Thomaz Nonô, a supressão da expressão “excluída a que incitar à violência ou defender discriminação de qualquer natureza”. A razão é extremamente simples. *O que aqui se vota, neste momento, é o conjunto de direitos e de liberdades fundamentais e, evidentemente, esta Constituição não poderá retroceder na história constitucional brasileira, estabelecendo no princípio fundamental qualquer outro que não da livre manifestação do pensamento. Lá adiante, no Capítulo “Da Comunicação”, se este for o entendimento dos Constituintes, cuidar-se-á de estabelecer as eventuais limitações contra abusos casualmente decorrentes de ação nos meios de comunicação.* Mas o princípio geral que deve ficar estabelecido, porque este é o democrático, é aquele que, historicamente, a sociedade brasileira tem afirmado através dos textos constitucionais: *é livre a manifestação do pensamento. Portanto, a exclusão que ora se propõe visa a esse objetivo. Gostaria de acrescentar dois comentários: está aqui no texto do Substitutivo a expressão “vetado o anonimato”. É preciso que fique claro, nesta Casa, que esse anonimato, segundo todas as interpretações que não são novas, porque o dispositivo não é novo, visa assegurar o quê? Visa assegurar que nenhuma publicação se faça de forma irresponsável, quer dizer, toda a publicação tem um responsável que é, ou o jornalista que assina a reportagem, comentário ou a notícia, ou, na ausência dessa assinatura, o diretor.* Este tem sido o princípio fundamental na legislação da imprensa brasileira. Assim se pode observar a necessidade e a conveniência da manutenção do dispositivo que estabelece a vedação ao anonimato.

Por último, Srs. Constituintes, eu gostaria de cumprimentar, elogiar o nobre Relator Bernardo Cabral e tantos Constituintes que contribuíram para que este texto constitucional tenha a melhor formulação que já teve o direito de resposta na história constitucional brasileira. Estávamos acostumados simplesmente à citação de que era assegurado o direito de resposta. Hoje, com a nova formulação, avançamos em relação do

que há de melhor neste campo, determinando que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo”...

[...]

O SR. PRESIDENTE (Brandão Monteiro): – Tem a palavra o Sr. Constituinte Mendes Ribeiro, para encaminhar contra. V. Ex.^a disporá de 5 minutos.

O SR. CONSTITUINTE MENDES RIBEIRO: – Segundo o que aqui foi dito pelo Constituinte Antônio Britto, esta disposição constitucional – e aqui fala um homem com 35 anos de comunicação – é uma das mais preciosas colocadas no novo texto da Carta. O anonimato de que se fala, que se quer e que qualquer um entenderá, é o que deve ser combatido; Não é o anonimato que se pensa ter, ou seja, é o anonimato que busca a impossibilidade de continuar alguém, irresponsavelmente, falando. Chamo a atenção de V. Ex.^a a toda responsabilidade tem que caber liberdade, mas a qualquer liberdade tem que caber responsabilidade. A liberdade de pensamento, a liberdade de expressão é uma das coisas mais caras ao cidadão. Quando se diz “vedado o anonimato”, a intenção é saber a quem se dirigir. Alguém tem que ser responsável! Muita gente entendeu assim: está desprotegida a fonte da notícia. Não! Que se proteja a fonte da notícia, mas assumo aquele que deu a notícia, assumo o responsável pelo órgão! Por outro lado, tem-se, aqui, algo de muito importante, ou seja, que o direito de resposta jamais foi proporcional ao agravo e, mais ainda, que a deformação da imagem de alguém tem que ter o correspondente ressarcimento.

[...]

A SRA. CONSTITUINTE ROSE DE FREITAS: – Sr. Presidente, Srs. Constituintes: Assomo a tribuna para defender a emenda supressiva do Constituinte José Genoíno, por ser semelhante à apresentada pelo Constituinte Paulo Ramos e por mim. E gostaria de esclarecer um equívoco do orador que me antecedeu nesta tribuna e devo ler para os Srs. Constituintes, pedindo atenção para o texto, porque o original do Relator tem a expressão: “excluída a que incitar à violência ou defender discriminação de qualquer natureza”. A proposta do Constituinte José Genoíno é a seguinte: “é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato. É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. *Portanto, houve um equívoco do orador que me antecedeu, porque a expressão “vedado o*

anonimato” permanece como forma inclusive de apurar as responsabilidades dos abusos que se cometer diante da manifestação do pensamento. Gostaria de chamar a atenção dos companheiros para o fato de que esta emenda visa ser intérprete do mais legítimo pensamento da liberdade de expressão e da criação artística. Entendemos que a inclusão desse texto, por parte do nobre Relator, incita, de certa maneira, a múltipla interpretação extremamente perigosa, que coloca tanto a expressão quanto como a criação artística a serviço de uma censura, que não gostaríamos de coibir dentro de um regime democrático. Abre, inclusive, precedente a uma censura proibitiva que a democracia não pode assimilar ou defender, que é o cerceamento à liberdade de expressão e criação. Portanto, o que queremos, agora, é garantir essa liberdade, com responsabilidade. Quanto à questão da discriminação à violência, que já foi tratada no parágrafo anterior – entendemos que outros assuntos a serem abordados a respeito devem ser tratados na lei ordinária – gostaríamos de justificá-lo dizendo que, para defender e assegurar essas prerrogativas da democracia, queremos incentivar os companheiros ao apoio da emenda José Genoíno, inclusive retirando a nossa própria, por entender que, nos princípios fundamentais, não se pode, hoje, incentivar qualquer tipo de censura que venha a ser interpretada amanhã, dependendo do regime que perdure neste País, como coibindo a liberdade a que temos direito. Digo isto não só como jornalista, digo isto como escritora, como cidadã. Entendemos que o estado democrático não pode incentivar esse tipo de comportamento. Quero, novamente, ressaltar que a emenda José Genoíno ressalva o direito das responsabilidades deixando que os abusos cometidos sejam respondidos de acordo com a lei. Portanto, o texto a ser permanecido: “É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato. É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além ,de indenização de dano material, moral ou à imagem.”

[...]

O SR. CONSTITUINTE JOÃO MENEZES: – Sr. Presidente, Srs. Constituintes: Parece-me que o § 5º do art. 5º do Projeto é da maior importância. E me suscita uma grande dúvida quando diz: “É livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato.” Muito bem! Vedado o anonimato e a responsabilidade do jornal, é daquele que assevera determinado fato. Mas, pergunto, por exemplo, vamos tirar aqui o direito que tem, hoje, o jornalista, que tem o noticiário, aquele que apanha uma norma qualquer e denuncia ou diz no jornal, e conseqüentemente sai no jornal, na imprensa, no

rádio e na televisão? E, depois, pode ele ter o direito de manter consigo a

reserva da fonte de informação ou não? Esta é a grande dúvida que fica com este parágrafo. O que me pergunto é isto, o que me parece um assunto da maior importância. Há pouco tempo, presidi uma Comissão Parlamentar de Inquérito, em que o jornalista veio prestar depoimento e ele se negou a dar informação sobre o fato denunciado, escudado num direito que julgava que tinha e que tem de manter a reserva, de guardar o segredo. Então, pergunto: com esse dispositivo que está aqui no projeto, isto vai cair? Vai acabar esse direito que o cidadão tem de não citar a fonte de onde ele obteve a informação? *Parece-me que esse fato é da maior importância e que precisa ficar esclarecido. A emenda parece-me que reduz o artigo – “é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato” – e exclui o restante da frase. Ora, esse § 5º parece-me também defeituoso, mas não pode ser derrubado por esta emenda; deve haver outras emendas no curso deste processo que vão esclarecer o assunto. A questão do anonimato do informante, do jornalista informante, tem que ficar esclarecida, porque em todo o mundo democrático esse direito é garantido.* Com esse dispositivo, poderemos criar, talvez, grandes confusões. Por outro lado, diz aqui: “assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo”. Parece-me que isso pode ser uma violência. Imagine que você tenha um agravo da maior violência, que ofenda a sua família, e vá até à violência física, pelo que está aqui, você pode até argumentar com este dispositivo e ter o direito de dar a resposta no mesmo caminho. Este é um artigo que me parece precisa ser demasiadamente amadurecido e estudado pelos Srs. Constituintes, porque a defecção de que trata a emenda também não pode ser aceita. Voto favoravelmente ao dispositivo, embora achando que essa questão do anonimato precisa ser esclarecida, como também a discriminação. Como vamos determinar aqui, como vamos conseguir fazer discriminação política, uma discriminação política, como é que vamos fazê-la? É um pensamento político, como vamos discriminar? E aqui se está proibindo qualquer discriminação, de toda e qualquer natureza. É um assunto complexo que precisa ser refletido pelos Srs. Constituintes.

[...]

A SRA CONSTITUINTE ROSE DE FREITAS: – Sr. Presidente, é só uma questão de esclarecimento. O nobre Constituinte colocou que a questão do vedar o anonimato se refere à questão das fontes de cada profissional; não se restringe a esse assunto, até porque preserva, no exercício da profissão, o direito de cada um. O que queremos dizer é que deve haver responsabilidade.

[...]

Destaque n.º 4.232/87, do Sr José Serra – Emenda ES-23.392-1, do Sr. Rodrigues Palma, “que exclui expressão do § 9.º do art. 6.º do Substitutivo n.º 1 (art. 5º § 5º, do Substitutivo n.º 2).” Exclua-se do § do art. 6.º, a expressão: “vedado o anonimato” e excluída “quem incitar a violência ou defender a discriminação de qualquer natureza”. Ainda não foi atendido, porque na outra votação não se exclui: “vedado o anonimato”.

[...]

O SR. CONSTITUINTE JOSÉ SERRA: – Sr. Presidente e Srs. Constituintes, entendo que o meu destaque não está prejudicado pela votação do destaque anterior. Uma vez que propunha suprimir “vedado o anonimato” e excluir “a quem incitar a violência ou defender a discriminação de qualquer natureza”. Foi suprimida a expressão e excluída: “a quem incitar a violência ou defender a discriminação de qualquer natureza”. *Mas a questão da vedação do anonimato não foi prejudicada. O meu argumento no caso é de que essa expressão “vedado o anonimato” é, na melhor das hipóteses, supérfluo dentro do termo. Por quê? Porque o texto do Substitutivo preserva a hipótese de que a veiculação de qualquer notícia tem um responsável, que é o jornalista que assina a matéria ou a direção do Jornal. Creio que a expressão “vedado”. anonimato” pode levar a interpretações que conduzam a situações absurdas, por exemplo, de revelação de fontes de informação de jornalistas.* Uma expressão desse tipo, no caso, por exemplo, do fenômeno de Watergate, nos Estados Unidos, teria impossibilitado que a imprensa exercesse o papel que exerceu naquela oportunidade - e levada ao extremo, ela pode realmente levar a situações em que se cometam abusos com relação ao exercício da liberdade de imprensa. *Os jornalistas vivem com a informação e não devem ser obrigados a revelar a fonte da informação. Agora, na medida em que não revelem a fonte da informação, eles são responsáveis por essa informação. Portanto, a supressão dessa expressão não cria uma situação de irresponsabilidade, apenas torna responsável o jornal ou o jornalista que veiculou a informação, mas não obriga a divulgação da fonte.* Há vários casos - eu citei o caso de Watergate há o caso com relação a investimentos estatais, por exemplo, da Ferrovia Norte-Sul, que independentemente da opinião que se tenha a respeito do mérito desse investimento, se jornalista for obrigado a revelar a fonte da sua informação ele estará sendo coagido no direito de informar, no direito de levar questões à opinião

pública. Sei, por outro lado, que a questão de não divulgar fontes de informação também pode levar a abusos, no sentido de se inventarem fontes de informação para com isso atacarem a honra ou ofenderem a respeitabilidade de pessoas. Mas há outros dispositivos, dentro desse texto constitucional, que permitem enfrentar essa questão, uma vez que o próprio jornalista ou o jornal serão responsáveis pela questão que estão afirmando, caso não veiculem a fonte de informação que estão invocando. *Por isso, Sr. Presidente, Srs. Constituintes, proponho a supressão da expressão “vedado o anonimato”. Ela é, na melhor das hipóteses, supérflua e, na pior das hipóteses, pode ser utilizada como instrumento de coação na liberdade de informação, que é tão fundamental para o desenvolvimento da democracia em nosso País.*

[...]

OR SR. CONSTITUINTE MENDES RIBEIRO: – Sr. Presidente, encaminhei contra no destaque anterior, embora sabendo que a parte relativa à comunicação, de certa forma, contemplava a figura. Lá, na comunicação, remete para a lei mecanismos que ela criará para evitar a violência e a discriminação. *Neste caso, Sr. Presidente, de forma alguma isso interfere na liberdade de imprensa. Muito pelo contrário, isso valoriza extremamente o profissional. O profissional, que é responsável, preserva a sua fonte, mas vale investigar a veracidade da informação. E no momento em que ele investiga a veracidade da informação, ele a torna sua.* Não vejo como destruir liberdade imputando responsabilidade. Seria o primeiro a me insurgir contra isso. Sou primeiro a me insurgir contra qualquer coisa que possibilite – eu e qualquer outro jornalista – atirar um travesseiro de penas para o ar e depois não recolhê-las, que aliás é muito difícil. Acho que é uma conquista, Sr. Presidente. O destaque anterior, dado como vitorioso pelo Plenário, não desfigura texto porque está lá contemplado no Capítulo das Comunicações, mas este desfiguraria. Também é mais perigoso ainda, quando se quer que agravo não seja proporcionalmente respondido. Tem que ser proporcionalmente, não apenas respondido, como ressarcido. Esse é um princípio primário de justiça. Portanto, Sr. Presidente, mais uma vez, sou pela manutenção do texto. Na vez anterior ele não foi desfigurado porque o mandamento continua lá, embora remetido para além, no Capítulo das Comunicações, aqui será desfigurado, o que, a meu juízo, respeitando é claro, o que a maioria determinar, o que seria lamentável. Era o que desejava dizer, Sr. Presidente.

O SR. PRESIDENTE (Brandão Monteiro): – Com a palavra o Constituinte Artur da Távola, segundo orador para encaminhar contra.

O SR. CONSTITUINTE ARTUR DA TÁVOLA: – Sr. Presidente, Srs. Constituintes, é evidente que não estamos diante de uma decisão fácil. Este não é um dos casos em que a chamada verdade se agrupa por inteiro de um dos lados. Será decidido por aspectos predominantes dentro do tema e não pela ilusão ou idéia de que o “verás” se encontra de um lado, e o “não verás” de outro. É preciso - e falo aqui, neste momento, não como Constituinte, mas como jornalista - não confundir o anonimato, que é o ato de se ocultar no não-nome, ou seja, na existência de alguma responsabilidade, com a preservação da fonte, que é, evidentemente, um dos aspectos fundamentais do desempenho jornalístico. O texto proposto não está proclamando que a proteção da fonte está proibida. Isto seria um despautério; ele está exatamente no parágrafo do Capítulo que tem a ver com os direitos fundamentais, nos quais se baseia a construção da nova ordem jurídico-social deste País, dizendo que o anonimato é vedado porque é a fonte principal da calúnia (palmas), é a fonte principal da mais solerte maneira de alguém utilizar o poder contra o outro, de esconder-se. O anonimato está para o jornalismo como a tocaia está para o Direito Penal (palmas). E mais, não apenas o anonimato se expressa em órgãos de comunicação - jornais revistas - mas também nos panfletos mentirosos que, às vésperas de eleição, são assacados contra políticos. (Muito bem, Palmas.) e as formas asquerosas da calúnia e da solécia que, por meio de cartas anônimas, são enviadas tantas vezes publicadas que se está neste instante tentando acautelar é o direito da claridade que é consentâneo com a liberdade, no Capítulo da Liberdade, no parágrafo que se refere à liberdade, o instituto da responsabilidade. Quem usa um meio de comunicação deve fazê-lo com a responsabilidade de estar atendendo a algo que toca muito profundamente à honra alheia, à consciência alheia, valores, enfim, que estamos tentando prezar nesta Casa. Só há um caso, para mostrar a dificuldade do tema, em que o anonimato às vezes protege: nas ditaduras. Realmente, nas ditaduras, o anonimato tantas vezes protege, sobretudo nas ditaduras cruéis e tirânicas; porém, neste instante da vida brasileira, felizmente não estamos fazendo um estatuto da ditadura, mas estatuto da democracia.

[...]

O SR. CONSTITUINTE JOSÉ SERRA: – Face aos esclarecimentos do Constituinte Artur da Távola, e de manifestações que escutei do Plenário, retiro o meu pedido de destaque. (Muito bem! Palmas) (grifou-se)

O longo excerto extraído da Reunião da Comissão de Sistematização do dia 28 de setembro de 1987 revela quais eram as preocupações dos constituintes. A liberdade de manifestação do pensamento era um dos pilares da matriz liberdade e deveria ser ampla o suficiente para que não fosse permitida qualquer forma de prévia censura. Todavia, essa liberdade não poderia ser “irresponsável” e à toda publicação haveria de existir um nome para posterior indenização por danos morais. Assim, ainda que fosse a fonte do fato anônima, o veículo de publicação deveria se responsabilizar pelo dano causado.

Esses eram, em apertada síntese, os pontos discutidos sobre o alcance do art. 5º, inciso IV, da Constituição, quando de sua elaboração. Vale destacar as objeções dos constituintes João Menezes e José Serra, acima. Estes se demonstraram sensivelmente preocupados com a redação do dispositivo, pois não assegurava expressamente o sigilo da fonte jornalística que deveria permanecer anônima, sob pena de se coagir a liberdade de imprensa.

Cita-se especialmente o pedido de destaque do Constituinte José Serra, ainda que, posteriormente retirado (idem, p. 162). O Constituinte observou que melhor seria a supressão da expressão “vedado o anonimato”, pois ou ela seria supérflua (pois nada diria, já que a fonte de informação jornalística continuaria podendo ser anônima) ou utilizada futuramente como instrumento de coação na liberdade de informação, que seria fundamental para o desenvolvimento da democracia.

As preocupações dos constituintes foram em parte superadas pela redação final do inciso XIV do art. 5º: “*é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*”. Aqui a Constituição assegura, expressamente, que são permitidas informações anônimas, quando necessário à profissão de jornalismo.

Mas, as outras situações de necessidade de anonimato não restaram previstas pela Constituição. O receio quanto à censura era de tal monta importante que nem o termo “na forma da Lei” fora admitido para contemplar temperamentos à vedação ao anonimato. Recorde-se que o Brasil se democratizava após décadas de ditadura, e essa circunstância norteou as ações e inações dos Constituintes.

Todavia, como a história demonstra a cada dia (Watergate, Chernobyl, Crise das *subprimes* de 2008, Wikileaks, Cambridge Analytica), a mídia é responsável pela maior parte das revelações de atos criminosos e de ilicitudes contra o interesse público em qualquer democracia moderna. Assim, impor ao jornalista o dever de revelar seus informantes, ainda que no bojo de um processo penal, é pôr em cheque as bases do Estado Democrático de Direito (VIEIRA, 2012).

Do mesmo modo, impor, em todo e qualquer caso, a revelação da identidade de um denunciante anônimo é arcar, muitas vezes, com severas retaliações à sua vida e de sua família, e, quase sempre, com os custos da impunidade.

2 a vedação ao anonimato e o processo penal no STF

As denúncias anônimas, ou *notitia criminis* inqualificadas, são um desafio à exegese da Constituição Federal por parte do STF. A Corte discute há décadas como ser possível se vedar o anonimato, ao mesmo tempo se permitir o início da investigação criminal com base em denúncia anônima. A dificuldade consiste na interpretação do alcance de uma garantia que parece ser literal e ilimitada (e, portanto, vedado o anonimato em qualquer de suas formas).

De todo modo, conscientes de que o mundo real não compreende a complexidade das epopeias jurídicas, e que grande parte dos crimes – que não ocorrem em flagrante delito – são descobertos por comunicações anônimas, a Corte decidiu por construir uma saída criativa para legitimar-se o anonimato inicial de uma notícia de crime. De acordo com o voto do voto condutor do ministro Celso de Mello, nos autos do Inq 1.957, (DJ de 11-11-2005), assim estabeleceu-se:

[...] deixo assentadas as seguintes conclusões: (a) *os escritos anônimos não podem justificar, só por si, desde que isoladamente considerados, a imediata instauração da persecutio criminis*, eis que peças apócrifas não podem ser incorporadas, formalmente, ao processo, salvo quando tais documentos forem produzidos pelo acusado, ou, ainda, quando constituírem, eles próprios, o corpo de delito (como sucede com bilhetes de resgate no delito de extorsão mediante sequestro, ou como ocorre com cartas que evidenciem a prática de crimes contra a honra, ou que corporifiquem o delito de ameaça ou que materializem o crimen falsi, p. ex.); (b) *nada impede, contudo, que o poder público provocado por delação anônima (“disque-denúncia”, p. ex.), adote medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discricção”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com o objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados, em ordem a promover, então, em caso positivo, a formal instauração da persecutio criminis, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação às peças apócrifas; e (c) o Ministério Público, de outro lado, independentemente da prévia instauração de inquérito policial, também pode formar a sua opinio delicti com apoio em outros elementos de convicção*

que evidenciem a materialidade do fato delituoso e a existência de indícios suficientes de sua autoria, desde que os dados informativos que dão suporte à acusação penal não tenham, como único fundamento causal, documentos ou escritos anônimos.

[Inq 1.957, rel. min. Carlos Velloso, voto do min. Celso de Mello, j. 11-5-2005, P, DJ de 11-11-2005.]

= HC 99.490, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 23-11-2010, 2ª T, DJE de 1º-2-2011

= HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, j. 23-3-2010, 1ª T, DJE de 30-4-2010

Vide HC 90.178, rel. min. Cezar Peluso, j. 2-2-2010, 2ª T, DJE de 26-3-2010

A construção do ministro Celso de Mello, no referido *leading case* que prossegue sendo utilizado pelos ministros do Tribunal, nos parece de todo artificiosa. Ora, adverte-se que a Constituição veda o anonimato – está vedado, portanto – mas, se ele fundamentar, por incontestada causalidade, futuras investigações pela polícia não haverá ilegalidade alguma e ele deixa de ser único suporte causal (conquanto o único, no início da persecução, quando o fato era desconhecido).

Veja-se que o anonimato é proibido, mas não de todo. Especialmente, a denúncia anônima deve ser “escondida” (desvinculada) no processo. Ela pode fundamentar o início da persecução pelo sistema criminal, todavia nenhuma referência de sua existência poderá constar dos autos. Assim, é clara a opção por uma vedação meramente formal, sem qualquer construção lógico-sistemática do fundamento ontológico da garantia.

Os julgados sobre o tema no STF produziram efeitos muito práticos (e nocivos) ao desvendamento de ilícitos. Com efeito, a Resolução STF nº 290, de 2004 – que instituiu o serviço de Ouvidoria no STF –, expressamente vedou a possibilidade de formulação de reclamações, críticas ou denúncias de caráter anônimo (art. 4º, II), sob pena de liminar rejeição. Além disso, o Plenário da Corte, ao julgar o MS 24.405/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da expressão “*manter ou não o sigilo quanto ao objeto e à autoria da denúncia*” constante do § 1º do art. 55 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – TCU (Lei nº 8.443, de 1992).

Atualmente, portanto, as denúncias anônimas dirigidas à Corte Suprema do país e ao principal órgão de controle da legalidade, legitimidade

e economicidade dos gastos públicos (TCU) encontram-se proibidas, com as deletérias consequências que advém desse impedimento para a descoberta de atos ilícitos.

Defende-se que essa leitura contra intuitiva do espírito da Constituição poderia ter sido evitada, se os ministros focassem a atenção à origem do direito inserto no inciso IV do art. 5º. Como visto nas discussões da Assembleia Constituinte, a vedação ao anonimato é um limite expresso à livre manifestação do pensamento, para que cidadãos não sejam maculados em sua honra e imagem, alijados de oferecer resposta e buscar futura reparação. A ideia do referido direito de liberdade, portanto, é de se afastar censura prévia.

A vedação não proíbe, como visto, o sigilo da fonte jornalística. Tampouco proibiria denúncias anônimas para comunicação de atos ilícitos, pois a vedação ao anonimato para tanto não se destina. Não houve aprofundamento da discussão quanto ao alcance da vedação no processo penal ou em qualquer outro.

Em verdade, como observado pela objeção do Constituinte José Serra, acima destacada, já havia a preocupação de que o dispositivo pudesse ser usado como instrumento de coação na liberdade de informação, fundamental para o desenvolvimento das democracias, e acresça-se, em especial no que atine às informações de interesse público, como as notícias de crime.

Os contornos e limites do anonimato de fontes de um crime (informantes e testemunhas) demandam tratamento infraconstitucional para estabelecer seus restritos limites, mas não pode ser proibido – a *priori* e abstratamente – sob pena de consequências sociais nefastas vinculadas à impunidade. A leitura literal da norma dificulta a apuração de todo tipo de crime, mas destacadamente daqueles mais complexos que geralmente não são revelados pelo flagrante delito, como a chamada macrocriminalidade (LIRA, 1995) – crimes financeiros, econômicos, tributários, crimes contra Administração Pública, lavagem de dinheiro, etc.

É claro que os direitos fundamentais ao contraditório e a ampla defesa de acusados devem ser assegurados, o que, inclui, em geral, o direito à confrontação de provas. Desse modo, denunciante anônimo não podem colocar em xeque a base do devido processo legal. Todavia, cremos que eventual Lei que regulamente o tema pode ser considerada constitucional ainda que, em algumas situações bastante específicas e excepcionais, limite o conhecimento da identidade de um denunciante, tornando-o anônimo para o réu.

Ora, a Lei pode limitar o anonimato, por exemplo, apenas para situações muitíssimas específicas, onde o direito à confrontação do réu se encontrar defronte ao direito à vida de um denunciante ou de sua família; igualmente, nos parece ponderável que o anonimato demande que o denunciante esteja se protegendo contra possíveis retaliações por parte de organizações criminosas,

estruturadas e perigosas; a Lei também pode permitir o conhecimento da identidade do denunciante pelo Ministério e pelo Juiz, mas não pelo réu; também pode a Lei excluir a proteção do anonimato ao denunciante de má-fé, que deve responder por perdas e danos, até mesmo prisão e multa.

Todos os critérios acima limitam o anonimato, mas não o vedam abstratamente, sem que as circunstâncias que encerram a garantia sejam consideradas. Deve-se sempre ter em mente que não existem direitos fundamentais absolutos, pois nem mesmo o direito à vida o é (BRANCO, 2007, p. 231).

A interpretação da Corte, se permanecer a mesma, coloca em risco futuras iniciativas legislativas que prevejam o instituto do informante confidencial (ou *whistleblower*) existente em praticamente todas as democracias modernas e instrumento fundamental de combate à criminalidade organizada e, especialmente, à corrupção em países pobres (OCDE, 2017). Com efeito, uma das bases inquestionáveis de uma efetiva legislação de proteção aos denunciantes de atos ilícitos é justamente à proteção de sua identidade, ante o risco de retaliação (OCDE, 2017, p. 16).

Atualmente, propostas de legislação de proteção ao informante (ou *whistleblower*) anônimo estão em tramitação no Congresso Nacional, a exemplo do Projeto de Lei nº 882, de 2019, e Projeto de Lei nº 1.864, de 2019 (os chamados Pacotes Anticrimes, do Ministério da Justiça). As referidas propostas encontram-se ameaçadas, até mesmo durante a tramitação, caso o STF persista entendendo pela inconstitucionalidade da previsão da confidencialidade.

3 Conclusão

O Direito Processual Penal, no Brasil, vem apresentando baixa densidade teórica, tanto nos mais recentes tratados doutrinários sobre a disciplina, quanto nos julgados da própria Corte Constitucional. Regras e princípios da dogmática processual penal não devem ser objeto de mero reconhecimento ou não reconhecimento, a encerrar a discussão sobre as garantias constitucionais.

Essas devem ser construídas em dimensão, sentido e alcance e, claro, interpretadas lógico-sistematicamente e também historicamente. As discussões sobre a construção do inciso IV do art. 5º, durante a Assembleia Nacional Constituinte, são enriquecedoras e revelam que a vedação ao anonimato não nasceu como garantia para o processo penal, não tendo sido considerados os possíveis limites a ela.

O fato do STF não se esforçar em estabelecer nos últimos anos, de forma consistente, uma verdadeira dogmática processual penal, empobrece todo o sistema jurídico no país, pois tornam rasas – e fáceis – as discussões na academia e na doutrina. No caso específico da vedação ao anonimato no processo penal,

deveríamos negar a legitimidade de construções artificiosas para admiti-lo e buscar construir, de forma fundamentada, uma teoria que pondere referida garantia, com o contraditório e a ampla defesa e, igualmente, com a efetividade processual. Compreender a lógica de que o anonimato é vedado, mas que relatos anônimos são permitidos para a adoção de “medidas informais” e de “averiguação sumária”, «com prudência e discricção», é tarefa hercúlea e infrutífera.

Creemos que melhor seria admitir que o anonimato é, por vezes, fundamental como instrumento de efetividade no processo penal, mas deve ser muito excepcional, limitado por Lei, dado o prejuízo que causa à ampla defesa de um investigado. Referida interpretação demonstraria deferência ao entendimento dos demais operadores do Direito, induzindo maior transparência e respeito em relação aos julgados da Corte.

reFerênCias

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo; Saraiva, 2007. p. 230 e 231.

ANTEPROJETO CONSTITUCIONAL – Afonso Arinos. 26 de setembro de 1986. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2019.

ATA DA 43ª SESSÃO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. 1º de abril de 1987. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N003.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2019

ATA DA 191ª SESSÃO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Em 1º de fevereiro de 1988. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N012.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2019.

ATA DA 224ª SESSÃO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Em 14 de março de 1988. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N014.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2019.

ATA DA 248ª SESSÃO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE. Em 14 de abril de 1988. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N017.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *INQ 1 957*. Acórdão de 11 de maio de 2015. DJ 11-12-2005.

_____. *Resolução STF nº 290, de 5 de maio de 2004 – instituiu o serviço de Ouvidoria no STF.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO290.PDF>>. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. *Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13608.htm>. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 03 set. 2019.

_____. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8443.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, SUPLEMENTO C. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2019.

LIRA, Antiógenes Marques de. *Macrocriminalidade. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 35, p 80-92, 1995.

OECD (2017), *The Detection of Foreign Bribery, Chapter 2. The Role of Whistleblowers and Whistleblower Protection.* Disponível em: <www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm>. Acesso em: 29 out. 2019.

UM OLHAR SOBRE A RELAÇÃO ENTRE O CONSTITUCIONALISMO E A DEMOCRACIA

Júlio Gonçalves Melo

Mestrando em Direito e Políticas Públicas (UniCeub-DF).

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Problema da Legitimidade Democrática entre Gerações; 2. As Constituições Dirigentes; 3. A teoria Constitucional Democrático-Deliberativa; 4. Conclusão; Referências.

Deliberative democracy is different from other theories because it contains within itself not only the means of its own correction but also the possibility of its own fundamental revision¹.

¹ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1996.

introdução

O conceito de um determinado objeto é extraído a partir dos elementos básicos que o caracterizam. No âmbito da teoria constitucional, diversas classificações doutrinárias foram elaboradas², mas todas elas possuem uma ideia comum sobre o significado das Constituições. Dentre os mais variados conceitos, elas são basicamente definidas como um documento de natureza política e jurídica³, que estabelece os fundamentos de um determinado Estado, define suas estruturas, a forma e os sistemas de governo, ao mesmo tempo em que garante os direitos fundamentais da pessoa humana⁴.

Em razão da importância de seu conteúdo material, que limita o exercício do poder político, as Constituições gozam de supremacia em relação às demais leis editadas pelo Estado, situando-se no ápice da pirâmide, que representa a estrutura escalonada do ordenamento jurídico⁵. Todas as outras normas devem ser elaboradas através de um procedimento previamente estabelecido pelo texto constitucional e, além disso, só serão válidas, se tiverem um conteúdo que seja compatível com os princípios fixados por ele.

Paralelamente à importância do conteúdo das matérias disciplinadas por uma Constituição, sua supremacia também decorre de uma outra razão igualmente importante, mas nem sempre lembrada pela doutrina mais tradicional. Ao menos do ponto de vista ideal, as constituições são o resultado de uma intensa mobilização cívica do povo, que só ocorre em momentos extraordinários da história nacional⁶. As decisões contidas na Constituição são equiparadas às escolhas feitas pela própria população, que não permanece tão engajada, em outros momentos, no debate das questões públicas. Por isso, as deliberações do povo, expressas em uma Constituição, seriam protegidas das decisões tomadas por seus representantes no dia a dia da vida política.

² — A título de exemplo, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 105 e s. Em relação à tipologia das Constituições, o autor destaca ao menos quatro classificações distintas, quanto à forma, à origem, à estabilidade do texto e ao seu conteúdo.

³ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁴ Assim, por exemplo, dispunha o artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França: “Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação de poderes, não tem Constituição.” Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 13 set. 2018.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁶ ACKERMAN, Bruce. *We the People. Foundations*. Cambridge-Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1991, v. 1., p. 03-33.

De um lado, essa proteção da “identidade constitucional”⁷, no caso Brasileiro, dá-se pela rigidez do procedimento estabelecido para a alteração do texto da Constituição. Como se sabe, o artigo 60, da CF⁸⁸, admite a aprovação de emendas das normas constitucionais, desde que elas sejam propostas por quem tenha legitimidade para tanto⁸. Além disso, ela determina, no § 2º, o quórum necessário de parlamentares para a aprovação das referidas propostas⁹, que é muito maior do que aquele estabelecido para a alteração de leis ordinárias¹⁰ e complementares¹¹.

De outro lado, há um rol de matérias contidas na própria Constituição¹², que veiculam princípios e direitos tão essenciais, que são protegidos de forma especial pelo ordenamento jurídico e, com isso, colocados fora do alcance das decisões tomadas pela maioria da sociedade, mesmo naqueles momentos de maior convulsão popular. São as denominadas cláusulas pétreas ou superconstitucionais¹³, na expressão de Oscar Vilhena Vieira, que não podem ser abolidas do ordenamento jurídico.

A partir daí, coloca-se uma grande discussão da filosofia constitucional contemporânea, que é relativa a uma tensão existente entre os ideais que norteiam o constitucionalismo e aqueles que inspiram a democracia. Essa discussão não é tanto sobre a aceitação da existência de cláusulas pétreas em um ordenamento constitucional, já que a manutenção de um conjunto mínimo de direitos fundamentais é essencial ao desenvolvimento da personalidade humana e à proteção de sua dignidade¹⁴; a real dificuldade

7 Essa, por exemplo, é a expressão empregada por Canotilho: “... há também que assegurar a possibilidade de as constituições cumprirem sua tarefa, e esta não é compatível com a completa disponibilidade da constituição pelos órgãos de revisão, designadamente quando o órgão de revisão é o órgão legislativo ordinário. Assegurar a continuidade da Constituição num processo histórico em permanente fluxo implica, necessariamente, a proibição não só de revisão total, mas também de alterações constitucionais aniquiladoras da identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta” (destacou-se). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 1135-1136.

8 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

9 Art. 60, § 2º. A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

10 Art. 65. O projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar.

11 Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

12 Art. 60, § 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

13 VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

14 Como será visto logo adiante, até a II Guerra Mundial, não era frequente a previsão de cláusulas pétreas nas constituições, por falta de uma distinção mais clara entre poder constituinte originário e poder constituinte

reside na delimitação do conteúdo delas, pois uma interpretação muito extensiva de seu alcance pode ser incompatível com o princípio democrático, que postula o direito de cada geração se autogovernar.

Essa dificuldade a respeito do que deve ser entendido como cláusula pétrea adquire contornos ainda mais relevantes, quando entram em discussão os direitos sociais igualmente previstos pelo texto constitucional. Isso se deve não só ao fato do § 4º, do art. 60, falar apenas em direitos individuais, quando se refere às cláusulas pétreas¹⁵, mas principalmente porque a concretização de direitos sociais demanda a adoção de políticas públicas que vinculam o Estado a um determinado programa ideológico de governo, nem sempre compartilhado por toda a população. Mais do que isso, como a implementação dessas políticas públicas não se dá em curto espaço de tempo, há o risco de se submeter uma determinada geração às escolhas feitas em outro momento histórico pelas gerações passadas, como se houvesse o “governo dos mortos sobre os vivos”¹⁶.

Para que os problemas dessa relação entre constitucionalismo e democracia fossem equacionados, uma série de teorias foram desenvolvidas tanto no campo da filosofia, quanto no campo do direito. No curso desse estudo, serão discutidas algumas dessas teorias, conforme o esquema que a seguir é exposto.

Inicialmente, com o propósito de melhor esclarecer a discussão, será debatido o problema da legitimidade democrática entre diferentes gerações, que vivem sob a égide de uma mesma Constituição. Logo em seguida, será demonstrado como esse mesmo problema pode ser agravado com a adoção das chamadas constituições dirigentes, principalmente em contextos autoritários nos quais o documento constitucional é outorgado por

reformador. Duas exceções marcantes eram a Constituição da França, de 1875, que após um dispositivo ali inserido em 1884, passou a proibir reformas que pudessem atingir a forma republicana de governo, e a dos EUA, de 1787, que contemplava uma regra de eficácia exaurida, proibitiva da abolição de importação de escravos; além disso, havia uma vedação à aprovação de emenda que afetasse a participação dos Estados no Senado, sem o consentimento deles. Porém, diante da sistemática violação de direitos fundamentais sobretudo pelo nacional-socialismo na Alemanha, que foi implementado naquele país a partir de emendas ao texto da Constituição de Weimar de 1919, difundiu-se pelo mundo, logo após a II Guerra, a previsão expressa de cláusulas pétreas pelas constituições, como forma de proteção especial dos direitos fundamentais da pessoa humana. Sobre o tema cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 293.

15 Cf. a nota de n. 12.

16 Durante os debates que precederam a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787, Thomas Jefferson chegou a sugerir que a cada 19 anos uma nova convenção constituinte fosse realizada, para que se evitasse “o governo dos mortos sobre os vivos”. Em linha semelhante, o artigo 28, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição francesa de 1793, dizia que “um povo tem sempre o direito de rever, de reformar e de mudar a sua constituição. Uma geração não pode sujeitar às suas leis as gerações futuras”. No ponto, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 67.

uma autoridade pública. Por fim, será apresentada a teoria da democracia deliberativa como critério adequado de interpretação do conteúdo das cláusulas pétreas e como uma alternativa para a solução dos problemas da legitimidade intergeracional no ordenamento constitucional do país.

Portanto, o que se pretende discutir é a legitimidade democrática de um texto constitucional que governa os projetos de vida de diferentes gerações ao longo da história, para a seguir abordar a questão das constituições dirigentes e da democracia deliberativa, que é apontada como uma ferramenta de interpretação das cláusulas pétreas no direito brasileiro. Ou de forma ainda mais resumida, a proposta é simplesmente estabelecer parâmetros que possam equacionar os termos da tensão existente entre o constitucionalismo e a democracia no Brasil.

1 o problema da legitimidade democrática entre gerações

Como se viu, as constituições são as maiores leis de um Estado, situam-se no vértice do ordenamento jurídico e contam com um procedimento de alteração muito mais difícil do que aquele que é normalmente elaborado para a modificação ou revogação das demais normas. Além disso, determinadas matérias foram consideradas de fundamental importância pelo constituinte originário, que chegaram a ser colocadas fora do alcance das deliberações majoritárias da sociedade. São as denominadas cláusulas pétreas.

O constitucionalismo, assim, subtrai do espaço político determinadas questões cujo conteúdo central não pode ser modificado pelas maiorias. A ideia é fazer a contenção jurídica do poder do Estado, estabelecendo limites à sua atuação, mediante a garantia de determinados direitos considerados fundamentais, por ocasião do pacto constituinte. O ideal democrático, por outro lado, pressupõe o exercício do poder político pelo povo, a fim de que ele esteja sujeito apenas às leis que ele próprio deu a si, ainda que por meio de seus representantes. A ideia é que a população deva obediência somente às normas, em cujo processo de elaboração ela teve a oportunidade de participar.

Constitucionalismo e democracia nasceram, portanto, de cosmovisões distintas: o ideário constitucionalista, mais identificado à matriz do pensamento de John Locke¹⁷, estabelece barreiras à soberania popular,

¹⁷ John Locke foi um dos pensadores mais influentes da filosofia do direito na idade moderna. Sua obra *Segundo Tratado sobre o Governo* é constantemente citada como um libelo do Estado liberal e burguês, que se consolida no ocidente capitalista, logo após as revoluções dos séculos XVIII e XIX. De acordo com ele, “o motivo que leva os homens a entrarem em sociedade é a preservação da propriedade.” Essa frase torna o mais explícito possível o objetivo pelo qual os homens se associam, na perspectiva de Locke: para a mútua segurança, para a certeza do usufruto da propriedade, para garantir a liberdade, para preservar a vida e os bens – “a que chamo de propriedade”. Na mesma obra citada, Locke ainda afirma que o “grande

enquanto o ideário democrático, de inspiração Rosseauniana¹⁸, aposta na vontade das maiorias como forma de legitimação do exercício do poder.

Como bem destacou Vital Moreira:

Por definição, toda Constituição constitui um limite da expressão e da autonomia da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da liberdade da maioria de cada momento, e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático. O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático¹⁹.

A experiência negativa com a Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, contribuiu para a difusão pelo mundo ocidental das denominadas cláusulas pétreas. Como se sabe, a Constituição de Weimar não continha cláusulas pétreas explícitas, e o partido nazista, que havia chegado ao poder por meio do voto, obteve o quórum necessário para a aprovação, em 1933, do chamado Ato de Habilitação. O Ato de Habilitação conferiu ao gabinete comandado por Hitler a faculdade de editar normas que podiam alterar o próprio texto constitucional. Com base neste poder, Hitler cassou a cidadania dos judeus e abriu caminho para o Holocausto, sem a revogação formal da Constituição alemã²⁰.

Após a II Guerra Mundial, porém, cresceu a desconfiança nas maiorias políticas, diante dos possíveis abusos que elas podiam cometer contra minorias vulneráveis, que não tinham a possibilidade de influenciar as decisões do Estado com sua opinião. Difunde-se, assim, por boa parte do mundo ocidental a previsão de cláusulas pétreas nos textos constitucionais²¹.

e principal” objetivo do governo “é o da preservação da propriedade”, de modo que nem mesmo o poder supremo poderia tomar dela nenhuma parte, sem consentimento do indivíduo. Nesse sentido, cf. LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, § 124, p. 82.

18 Jean-Jacques Rousseau foi um importante filósofo contratualista do século XVIII. Nascido em 1712, em Genebra, foi um dos mais influentes pensadores do iluminismo. Para os propósitos desse estudo, interessa particularmente a ideia da lei como a vontade geral do povo. “Pode-se afirmar que a vontade geral está sempre certa e tende sempre à utilidade pública”. ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Petrópolis: Vozes, Livro II, Cap. III, p. 90.

19 MOREIRA, Vital. Constituição e Democracia. In: Antonio G. Moreira Maués (Org). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 272.

20 SARMENTO, Daniel. Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social. In: *Livres e Iguais*: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 10.

21 Apenas como exemplo, vale a pena citar a Lei Fundamental de 1949, da própria Alemanha (Grundgesetz), que salvaguardou uma série de princípios, com a “cláusula de eternidade” (ewigkeitsgarantien), dentre os quais a dignidade da pessoa humana, o federalismo, o Estado Social e Democrático de Direito, a soberania popular e o direito de resistência (art. 79.3). Além dela, vale a pena citar as Constituições da Itália (art. 139) e da França (art. 91), que impediram mudanças constitucionais relativas ao regime republicano. Cita-se ainda a Constituição da Grécia, que salvaguardou o regime republicano parlamentar e uma série de direitos

Muito embora boa parte desses mesmos textos tenham sido elaborados em períodos de redemocratização, a exemplo da Constituição portuguesa, logo após a Revolução dos Cravos em 1976, e da Constituição espanhola de 1978, com o fim da ditadura franquista, o problema da legitimidade democrática das constituições entre diferentes gerações persiste, pois, no âmago dessa questão, o que se está a discutir não é propriamente o momento no qual as normas constitucionais são elaboradas, mas o fato de uma geração futura ter de se submeter aos desígnios das gerações pretéritas.

Há, nessa linha de ideias, quem sustente a impossibilidade de conciliação entre o constitucionalismo e a democracia. Um grande autor italiano, por exemplo, chamado Antonio Negri, diz que as constituições, além de fazerem a previsão de instituições típicas do liberalismo, limitam a soberania popular²².

Sem embargo das questões ideológicas subjacentes a essa afirmação, o problema da democracia intergeracional realmente chamou a atenção do debate jusfilosófico mais recente e fez com que uma série de autores, pelo mundo afora, procurasse uma justificativa razoável para a previsão de cláusulas pétreas no ordenamento constitucional dos mais diversos países.

Dentre esses vários autores, dois deles foram selecionados nesse estudo: o primeiro é Bruce Ackerman, um pensador norteamericano, nascido em Nova Iorque, em 1943, professor da Universidade de Yale; o segundo é um norueguês, chamado Jon Elster, nascido na cidade de Oslo, em 1940, formado pela Escola Normal Superior de Paris.

Para o professor Bruce Ackerman, haveria na história política de uma nação ao menos dois momentos distintos, que representariam as categorias do denominado “dualismo constitucional”²³. Segundo ele, em um desses momentos mais especiais, o povo realmente se mobiliza e adota decisões capazes de promoverem mudanças na organização política de um país²⁴. Posteriormente, quando terminada essa fase de engajamento mais

fundamentais como a dignidade humana, a liberdade religiosa e a igualdade (art. 110). Por fim, destaca-se também a Constituição portuguesa, que além de consagrar princípios e direitos fundamentais, abrangeu, em seu texto originário, até decisões sobre a ordem econômica, como será visto mais adiante no tópico sobre as constituições dirigentes. Sobre esse tema, v. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 294.

22 Cf. NEGRI, Antonio. *O poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

23 ACKERMAN, Bruce. *We the People. Foundations*. Cambridge-Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1991, v. 1., pp. 03-33.

24 Nas duas primeiras décadas do século XX, esse era um aspecto particularmente enfatizado na União Soviética pelos socialistas, que criticavam a legitimidade de uma constituinte sem voto universal e sem ampla liberdade de agitação eleitoral. “O que é uma assembleia eleita por todo o povo? É, em primeiro lugar, uma assembleia que expressa realmente a vontade do povo, para o que se requer o sufrágio universal etc. e a

intenso, o próprio povo se retira e deixa a condução dos assuntos públicos nas mãos da classe política.

Em outras palavras, as “decisões políticas fundamentais”, que definem as estruturas do Estado e da organização social, tomadas pelo povo em um momento de maior engajamento político, estariam abrangidas pela proteção especial do texto constitucional, principalmente pela previsão expressa de cláusulas pétreas. Com o fim, porém, dessa mobilização, as pessoas retornariam aos seus próprios afazeres, deixando as decisões mais ordinárias para serem tomadas no cotidiano da vida política pelos seus representantes. Nesses momentos de maior passividade, os políticos eleitos pela população não poderiam modificar as escolhas feitas pelo próprio povo, a fim de que a essência da Constituição se mantivesse no curso da história.

Por isso, não seria antidemocrático defender as decisões adotadas pelo próprio povo das deliberações tomadas por seus representantes na política do dia a dia, quando ele está ausente. No caso brasileiro, como houve, de fato, uma mobilização social muito mais intensa durante a Assembleia Constituinte do fim da década de 80, do que a que ocorre na política brasileira cotidiana, o problema do conflito entre gerações, caso não fosse solucionado, certamente seria atenuado²⁵.

Por sua vez, o professor Jon Elster desenvolve uma outra teoria, ainda que com o mesmo objetivo de atribuir uma justificativa razoável à previsão de cláusulas pétreas pelo texto magno. Pode-se dizer que, de acordo com ele, as cláusulas pétreas representam uma espécie de pré-compromisso popular assumido durante o momento constituinte²⁶. O povo, quando edita uma Constituição, “amarra-se” às decisões tomadas no passado, porque teme que, no futuro, possa ser vítima de suas próprias paixões ou fraquezas e, assim, enfraquecer valores considerados fundamentais para a vida em sociedade.

Para justificar seu posicionamento, Jon Elster utiliza-se do mito de Ulisses e as sereias, contado por Homero no livro XII, da Odisseia. Conforme a lenda, logo após a guerra contra Troia, Ulisses e seus

plena garantia de uma livre agitação eleitoral. É, em segundo lugar, uma assembleia que possua realmente o poder e a força necessários para ‘constituir’ uma ordem estatal que garanta a autocracia do povo. É claro como água que se não derem estas duas condições, a Assembleia não será realmente eleita por todo o povo, nem realmente constituinte.” LENIN, Vladimir. Declaração sobre a dissolução da Assembleia Constituinte na reunião do comitê executivo central de toda a Rússia. In: LENIN, Vladimir. A questão da Constituinte. Contagem: História, 1979, p. 135-136.

25 Sobre o tema, v. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional. In: *Livros e Iguais*: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 184.

26 ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens*: Studies in Rationality and Irrationality. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

marinheiros deveriam navegar pelo mar Mediterrâneo, de volta para a casa. Em um determinado trecho da viagem, eles teriam de passar pelas proximidades da ilha das sereias. Por isso mesmo, ele foi advertido pela feiticeira Circe, no sentido de que não poderia se deixar seduzir pelo irresistível canto delas, porque seu navio naufragaria. Assim, sem que ele fosse privado de ouvi-las, Ulisses determinou aos seus marinheiros que tapassem os próprios ouvidos com cera e que o amarrassem com cordas num dos mastros do navio, não o soltando em hipótese alguma, ainda que ele o ordenasse.

O pré-compromisso de Ulisses no sentido de amarrar-se ao mastro, para evitar que, desprovido de razão, cedesse ao canto das sereias e assim pusesse seu navio a naufragar, é comparado ao compromisso que a sociedade faz consigo mesmo ao elaborar uma Constituição, a fim de também restringir seu poder de deliberação futura e preservar seu destino coletivo²⁷.

Sem dúvida, tanto a teoria de Elster, quanto a de Ackerman fornecem analogias interessantes, mas não solucionam em definitivo o problema da legitimidade intergeracional. Sim, porque em primeiro lugar nem sempre uma Constituição é fruto de uma manifestação popular intensa. Por vezes, tal como ocorreu na história recente do país²⁸, as Constituições podem ser obra de uma decisão política²⁹ autoritária, uma espécie de ato de força, desprovido de qualquer caráter democrático, que retira ainda mais sua legitimidade no curso da história.

E ainda que elas não fossem fruto de uma decisão política arbitrária, nem por isso estaria solucionada a questão da legitimidade democrática

²⁷ Essa analogia ao mito de Ulisses e as Sereias também é invocada por SILVA, Virgílio Afonso da. *Ulisses, as Sereias e o Poder Reformador*. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 226:11-32, 2001.

²⁸ Discute-se, por exemplo, se a emenda constitucional n.01, de 1969, outorgada pela Junta Militar, que governava o Brasil, consubstanciava uma nova Constituição ou era uma simples emenda ao texto da Constituição anterior (1967). Pela extensão das mudanças promovidas e por ter sido editada não propriamente com base em norma da Constituição de 1967, mas com base no poder constituinte originário da “Revolução Vitoriosa”, entende-se que aquela outorga, além de recrudescer o regime, inaugurava uma verdadeira ordem que então se corporificava e chegava ao ponto de inclusive mudar o nome do próprio país de “Brasil”, para “República Federativa do Brasil”. Sobre o tema v. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 148.

²⁹ É muito conhecida, por exemplo, a formulação da teoria decisionista de Carl Schmitt, jurista do III Reich, que compreendia a Constituição como decisão política fundamental e a situava não como regra, mas como verdadeira exceção. “Todo direito é ‘direito situacional’. O soberano cria e garante a situação como um todo na sua completude. Ele tem o monopólio da última decisão. Nisso repousa a natureza da soberania estatal que, corretamente, deve ser definida, juridicamente, não como monopólio coercitivo ou imperialista, mas como monopólio decisório, em que a palavra decisão é utilizada no sentido geral ainda a ser desenvolvido. O estado de exceção revela o mais claramente possível a essência da autoridade estatal. Nisso, a decisão distingue-se da norma jurídica e (para formular paradoxalmente) a autoridade comprova que, para criar o direito, ela não precisa ter razão/direito.” SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 7.

da Constituição entre diferentes gerações. Em outro ensaio bastante debatido da filosofia constitucional norteamericana³⁰, Jeremy Waldron critica a comparação feita por Elster entre a supremacia constitucional e a estória de Ulisses e as sereias. É que, segundo ele, o fato de uma mesma pessoa, no presente, limitar sua própria autonomia futura é muito diferente de uma geração ter seu poder atual de escolha restringido por decisões de seus antepassados. Além disso, em relação à história dos EUA, cuja Constituição é de 1787, Waldron demonstra sua surpresa, no sentido de as gerações presentes se considerarem vinculadas às decisões tomadas no passado por uma assembleia de proprietários de escravos³¹.

Em que pese a importância das justificativas desenvolvidas por Elster³² e Ackerman, entende-se que elas ainda não conseguem solucionar os problemas da legitimidade democrática das constituições entre distintas gerações. Elas têm o grande mérito de explicarem a inserção das cláusulas pétreas nos textos constitucionais, como escolhas que podem ser feitas racionalmente pela população num determinado momento da história, mas não chegam a justificar a sujeição de uma geração aos desígnios de seus antepassados, a partir do argumento da auto-restrição popular.

O que se pode sustentar é que as escolhas feitas por uma geração devem ser acolhidas pelas gerações futuras, na medida em que também essas últimas sejam beneficiadas pelas decisões tomadas em momentos pretéritos da história de uma nação. Por mais que determinadas escolhas sejam eleitas em contextos absolutamente distintos, a possibilidade delas serem racionalmente justificadas pelas gerações futuras é o que, de alguma maneira, legitima a manutenção das cláusulas pétreas em um ordenamento constitucional e sua aceitação ao longo do tempo pela sociedade. E isso ocorre não como forma de assegurar a “identidade” de uma constituição nem uma “decisão política fundamental”, que pode ter tido seus fundamentos em um passado mais ou menos distante, mas porque esses valores abrangidos

30 — WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement. In: ALEXANDER, Larry. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. New York: Cambridge University Press, 1988. p. 271-297.

31 Com a finalidade de demonstrar que as decisões tomadas pela constituinte não são necessariamente mais racionais do que as adotadas pelo poder reformador, Waldron, que é um crítico da supremacia constitucional, também conta uma outra história fictícia. Trata-se de uma moça, chamada Bridget, que, ao se converter a uma determinada religião, entrega a uma amiga a chave da biblioteca de sua casa, que contém livros que poderiam desviá-la de seu novo caminho espiritual. Ela instrui sua amiga a jamais lhe devolver a chave. No futuro, envolvida por uma crise de fé, muda de ideia e pede a chave de volta, pois quer recuperar o acesso aos livros. Mas qual a manifestação de vontade a amiga deveria cumprir, a de Bridget no passado ou no presente? Cf. WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement. In: ALEXANDER, Larry. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. New York: Cambridge University Press, 1988. p. 271-297.

32 Vale a pena anotar que o próprio Jon Elster, em estudo mais recente, chegou a reavaliar seu ponto de vista. Nesse sentido: “As constituições, mais que atos de auto-restrição, podem atar ou restringir os outros.” ELSTER, Jon. *Ulisses desatado: estudos de precompromiso y restricciones*. Traducción de Jordi Mundo. Barcelona: Gedisa, 2002. p. 115.

pelo texto magno são compartilhados pela geração que agora os acolhe como se também fossem seus.

Em sentido semelhante, ensinam os professores Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

As regras básicas do Estado Democrático de Direito devem ser especialmente protegidas não porque foram objeto de um pré-compromisso num dado momento histórico, mas porque esse pré-compromisso incorporou normas que são racionalmente justificáveis para todos os que serão por elas atingidos. Por conseguinte, o pré-compromisso seria validado por essas regras racionais e não o contrário, como pode sugerir a ideia de auto-restrição popular no momento constituinte³³.

Em países que adotam as denominadas constituições dirigentes, a vinculação das gerações futuras às escolhas feitas pelas gerações passadas pode assumir contornos ainda mais dramáticos. É que, como se sabe, essas constituições não somente definem as estruturas básicas do Estado, nem apenas garantem direitos individuais; elas vão além, estabelecendo metas a serem atingidas pelos governos futuros, a partir de um programa social delineado pelo texto constitucional. Na prática, esse programa acaba por vincular o legislador aos comandos emitidos pelo constituinte de uma época muitas vezes distante, que não necessariamente pode compartilhar dos mesmos anseios experimentados por um povo situado algumas décadas – ou séculos – à frente na linha da história.

A esse propósito, algumas outras ideias também serão expostas no tópico seguinte.

2 as Constituições dirigentes

As constituições dirigentes também são chamadas de constituições programáticas, porque além de estabelecerem as normas básicas de organização do Estado e de prescreverem as garantias individuais do cidadão, descrevem determinados objetivos a serem perseguidos pelos governos e determinam um estado ideal de coisas que o constituinte deseja ver concretizado no futuro. Elas, portanto, oferecem às gerações seguintes um plano de desenvolvimento econômico e social, vinculando o legislador de modo positivo, uma vez que o próprio conteúdo das leis

³³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 299.

a serem futuramente editadas, em matéria de direitos sociais, já está determinado pelo constituinte.

Um dos mais influentes doutrinadores dessa concepção é o professor J. J. Canotilho, que chegou a escrever:

Trata-se de uma lei fundamental não reduzida a um simples instrumento de governo, ou seja, um texto constitucional limitado à individualização dos órgãos e à definição de competências e procedimentos da ação dos poderes públicos. A ideia de “programa” associava-se ao caráter dirigente da Constituição. A Constituição comandaria a ação do Estado e imporá aos órgãos competentes a realização das metas programáticas nela estabelecidas³⁴.

Para esse ponto de vista, a justiça social e a realização de um contexto favorável à concretização de direitos sociais são objetivos a serem alcançados pelo Estado e pela própria participação popular. O governo deve realizar a concretização de um determinado projeto, de modo que a seleção das finalidades estatais por parte do legislador ordinário é consideravelmente restrita.

Sob essa perspectiva, a legitimidade das decisões estatais não decorre apenas do respeito às regras do jogo democrático; está também vinculada aos padrões de igualdade impostos por uma democracia social. Em outras palavras, cabe às constituições o estabelecimento de um projeto social a ser realizado pelo legislador. O “dirigismo constitucional”, como também é denominado, dá ensejo à elaboração de um conceito material de legitimidade, isto é, em seu núcleo encontra-se a ideia de que as constituições devem conter não só normas que determinam limites (constituição garantia) e processos (constituição como processo ou instrumento de governo) para a atividade política, mas também normas definidoras de um projeto a ser realizado pelo legislador.

A respeito da Constituição brasileira, o professor Cláudio Pereira de Souza Neto, ensina:

A Constituição Federal de 1988 é uma típica Constituição dirigente, que não se atém apenas ao estabelecimento de direitos e garantias, mas formula também um projeto de futuro. A esse projeto se pode atribuir interpretativamente um caráter social e igualitário, enfatizando-se a face encarnada do “compromisso constitucional”. A Constituição Federal de 1988 é, ao mesmo tempo, garantia das liberdades e da democracia

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 21.

política, por um lado, e projeção de uma utopia social, por outro. O texto constitucional fornece ao pensamento progressista ao mesmo tempo uma trincheira de resistência e uma carta programática³⁵.

Sem dúvida, a Constituição brasileira de 1988 é uma Constituição dirigente. Além de conter um amplo catálogo de direitos fundamentais e de estruturar o exercício do poder político, contempla os objetivos a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. Logo no artigo 3º, ela impõe ao Estado o dever de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; “garantir o desenvolvimento nacional”; “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”; “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Paralelamente, no artigo 170, determina que “a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego”. Nessas, e em várias outras normas, o constituinte estabeleceu um projeto de nação que ele desejava ver concebido no futuro.

Uma Constituição dirigente, portanto, estabelece um critério de legitimidade da atividade estatal que não é só procedimental, mas também substancial, referente a um conteúdo correspondente a um programa social, que, no caso brasileiro, é materialmente igualitário. Porém, a questão que novamente passa a se colocar é a seguinte: por qual razão a geração de 1987/1988 entendeu que cabia a si a eleição de um projeto ao qual as futuras gerações deveriam se sujeitar? Não seria o dirigismo constitucional, sob essa perspectiva, incompatível com o princípio democrático?

Atualmente, fala-se em uma crise de efetividade do constitucionalismo dirigente. Isso se deve a uma série de fatores como, por exemplo, a erosão da soberania do Estado, em razão da globalização econômica, que diminui o poder real dos Estados-nacionais de implementarem os projetos consagrados em suas constituições; o fortalecimento do direito internacional, com a emergência de novas ordens jurídicas regionais, disputando espaço com o constitucionalismo estatal; e naturalmente os problemas econômicos e sociais enfrentados pelo *Welfare State*.

Além disso, o constitucionalismo dirigente também pode suscitar problemas sob a perspectiva da democracia intergeracional. A enunciação de programas pelo constituinte originário acaba por vincular as gerações

35 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. p. 10. Disponível em: <http://www.integrabwebsites.com.br/versao_1/arquivos/ebcl3414f9a0acf84749f124d810772f.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

futuras a um projeto de Estado, que pode não corresponder aos anseios da população em outro momento da história.

O exemplo mais expressivo talvez seja o de Portugal. A Constituição portuguesa, de 1976, foi um resultado da Revolução dos Cravos, que pôs fim ao governo ditatorial de Salazar/Marcelo Caetano, com intensa participação de comunistas e socialistas, inclusive na elaboração do texto constitucional. Em sua redação originária, esse mesmo texto previa a “transição para o socialismo”, a criação de uma “sociedade sem classes” e inclusive a “apropriação coletiva” dos meios de produção. Em meio, porém, à formação da União Europeia, à queda do muro de Berlim, ao fim do regime soviético e à consolidação da economia neoliberal em âmbito planetário, tais dispositivos da Constituição portuguesa foram simplesmente alterados em decorrência da primeira Revisão Constitucional de 1982³⁶.

O próprio Canotilho, em atitude surpreendente, tornou-se um dos maiores críticos do dirigismo constitucional, tal como concebido originariamente pela Constituição de seu país em 1976.

Subjacente ao programa constitucional está toda uma filosofia do sujeito e uma teoria da sociedade cujo voluntarismo desmedido e o holismo planetário conduzirão à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas (...). A má utopia do sujeito de progresso histórico alojou-se em constituições plano e balanço onde a propriedade estatal dos meios de produção se misturava em ditadura partidária e coerção moral e psicológica. Alguns – entre os quais me incluo – só vieram a reconhecer isso tarde e lentamente demais³⁷.

Em razão de seu discurso mais inclusivo, o constitucionalismo dirigente representou um significativo avanço nos países da periferia do capitalismo mundial, principalmente no campo da dogmática. Embora já se verificasse a previsão de direitos sociais em constituições do início do século passado, como a mexicana de 1917 e a de Weimar, de 1919, foi somente após a II Guerra Mundial – e, no caso brasileiro, somente depois da redemocratização da década de 1980 – que alguns dispositivos constitucionais referentes aos direitos sociais resolveram sair do papel³⁸

36 Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 299.

37 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente?: Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 4, n. 15, abr./jun. 1996. p. 7-17.

38 A compreensão da Constituição como uma simples “folha de papel” está presente em LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1998. “Onde a Constituição escrita não corresponder à Constituição real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dias menos

e dar sinais de efetividade. Há até pouco tempo, era muito comum, por parte de setores mais progressistas da dogmática, uma concepção bastante desconfiada do potencial emancipatório das constituições, que mais pareciam um repositório de promessas sem muita efetividade, erigidas no mais das vezes como uma espécie de ideologia que encobria no plano das relações concretas o enorme abismo que, principalmente em países periféricos, sempre existiu entre ricos e pobres³⁹.

Quando, porém, as constituições passam a ser vistas como autênticas normas jurídicas e a contar com um mínimo de efetividade, a própria dogmática torna-se um espaço de luta, incorporando um discurso mais comprometido com a transformação social. O que até então era visto como uma simples declaração política, torna-se uma norma de efeitos vinculantes, com capacidade para interferir na realidade⁴⁰.

Apesar disso, o constitucionalismo dirigente também apresentou consequências não muito saudáveis do ponto de vista democrático. Além de nem sempre realistas, os programas descritos por ele acabam por apreender as gerações futuras aos desígnios adotados pelos seus antepassados, com sérios riscos para a estabilidade institucional do país. O caso português foi apresentado como exemplo, mas não é preciso muito esforço para compreender que o congelamento no tempo de prescrições constitucionais, que resultam muitas vezes de opções conjunturais, pode ensejar a esclerose precoce da própria Constituição. Assim, no lugar de garantirem a estabilidade, as cláusulas pétreas transformam-se em

— dias, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.”

39 Esse setor da dogmática, tido como mais progressista, situava-se à esquerda do espectro político e empregava constantemente as categorias do marxismo, como método de análise do direito enquanto uma manifestação da superestrutura da história. A esse propósito, o professor Luís Roberto Barroso leciona: “A teoria crítica, portanto, enfatiza o caráter ideológico do Direito, equiparando-o à política, a um discurso de legitimação do poder. O Direito surge, em todas as sociedades organizadas, como a institucionalização dos interesses dominantes, o acessório normativo da hegemonia de classe. Em nome da racionalidade, da ordem, da justiça, encobre-se a dominação, disfarçada por uma linguagem que a faz parecer natural e neutra. A teoria crítica preconiza, ainda, a atuação concreta, a militância do operador jurídico, à vista da concepção de que o papel do conhecimento não é somente a interpretação do mundo, mas também a sua transformação”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 265.

40 “O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.” BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. p. 47. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf>. Acesso em: 09 set. 2018.

elementos de instabilização, porque podem catalisar anseios por rupturas não institucionais do sistema jurídico. Não sem razão, portanto, Vanossi trata dessas cláusulas como “una invitación y una incitación a practicar la gimnasia de la revolución”⁴¹.

Assim, uma outra forma de se compreender a relação entre o ideário constitucional e o ideário democrático é pela perspectiva da denominada democracia deliberativa. Sob esse ponto de vista, os direitos sociais estariam situados não mais como objetivos do Estado, mas como condições de possibilidade da própria democracia. Eles não seriam tanto uma meta a ser perseguida, ou um fim em si mesmo, como no dirigismo constitucional, mas pressupostos do bom funcionamento do Estado e do regime democrático.

Para uma melhor compreensão dessas ideias, algumas das principais categorias da teoria democrático-deliberativa serão debatidas no próximo tópico, a fim de que elas sejam vistas como ferramentas que auxiliam na interpretação e na fixação do alcance das cláusulas pétreas, com o reconhecimento de sua legitimidade e ao mesmo tempo da autonomia que cada geração deve ter para forjar seu próprio destino.

3 a teoria Constitucional democrático-deliberativa

Como já se adiantou, sob uma perspectiva mais procedimental, os direitos sociais podem ser vistos não mais como finalidades do Estado, ou como metas a serem atingidas pelo Poder Público, mas como condições de funcionamento da própria empreitada democrática ao longo do tempo.

As sociedades contemporâneas são plurais, porque em seu interior convivem pessoas adeptas de inúmeras doutrinas abrangentes de caráter moral, filosófico e religioso. As teorias democrático-deliberativas, nesse sentido, concentram-se na estruturação das condições que permitem a cooperação entre os diversos grupos que divergem entre si a respeito dos mais variados projetos de vida.

As Constituições deveriam, para essa perspectiva, estabelecer apenas a estrutura básica do estado democrático de direito. A definição de projetos sociais deveria se dar através da deliberação majoritária. O que é problemático, para a teoria de uma constituição democrático-deliberativa, é a pretensão de projetar constitucionalmente um futuro determinado a partir de uma doutrina particular, excluindo a possibilidade de outras doutrinas igualmente razoáveis serem realizados, não só no presente, mas também no futuro, seus projetos mais fundamentais.

Por isso, é preciso que haja a busca por um consenso, a fim de que todos os indivíduos sejam tratados pela sociedade como dignos de igual

⁴¹ — VANOSS, Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional*. Buenos Aires: De Palma, 1975. p. 80.

respeito e consideração, com suas opiniões levadas em conta no processo deliberativo, ainda que minoritárias. De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto:

O opositor político deve ser considerado, na democracia, não como um inimigo a ser destruído, mas como alguém com quem, apesar da divergência de opiniões, cooperamos. (.) A democracia deliberativa busca a capacidade de entendimento dos cidadãos⁴².

Os princípios da democracia deliberativa prezam pelo diálogo aberto, pela igualdade de chances e por reais oportunidades de influência nas tomadas de decisões, além da liberdade para participar, sem coerções físicas e morais, do processo político democrático. Atualmente, pode-se afirmar que é consensual na filosofia política que a democracia não se resume à realização periódica de eleições com sufrágio universal e alternância de poder. O regime democrático se assenta na compreensão de que os cidadãos devem ter a real oportunidade de participar do processo de formação da vontade da comunidade política que integram.

Porém, para que essa participação do cidadão seja efetiva, ele precisa ter condições materiais mínimas de sobrevivência. Pessoas com baixos níveis de escolaridade ou em situação de pobreza extrema devem obviamente ter plenos direitos políticos. Todavia, é preciso que elas desfrutem de condições materiais básicas de vida e tenham acesso aos meios necessários à obtenção da informação adequada, para, em igualdade de chances com os demais, participar das deliberações sociais.

A democracia, portanto, só funciona adequadamente quando são asseguradas a todos as condições materiais básicas de vida, que possibilitem a instauração na esfera pública de relações simétricas entre cidadãos tratados como livre e iguais⁴³.

Essa relação entre democracia e condições mínimas de uma vida digna foi muito bem traçada pela obra de Jürgen Habermas, um dos principais expoentes da teoria da democracia deliberativa. Obviamente, esse não é o espaço adequado para dar conta de seu imenso trabalho. O que vale registrar é o fato de que, para ele, a democracia não é apenas o governo das maiorias, nem resulta da simples agregação de preferências e interesses conflitantes dos cidadãos. Ela é deliberativa, porque se baseia

⁴² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. Disponível em: <http://www.integrawebsites.com.br/versao_1/arquivos/ebc13414f9a0acf84749f124d810772f.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

⁴³ Veja-se, nesse sentido, MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um regime democrático?. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 567-607.

no diálogo social entre pessoas livres e iguais. O processo discursivo que se faz dessa forma não apenas racionaliza, como confere legitimidade às decisões tomadas, pois na deliberação todos podem expor seus argumentos e contra-argumentos, com liberdade e igualdade. Mas, para que se instaure um ambiente propício a essas interações comunicativas, a garantia de direitos fundamentais afigura-se indispensável.

A partir desse norte, Habermas elabora um catálogo desses direitos fundamentais, cuja observância configuraria pressuposto para a legitimidade do Direito estatal:

- (1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação. [...]
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de membro numa associação voluntária de parceiros de direito.
- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual. [...]
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo. [...]
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)⁴⁴.

Se a deliberação majoritária chegar a conclusões contrárias aos direitos fundamentais, justifica-se o controle dessas decisões pelo Poder Judiciário, que deverá atuar como um guardião da democracia deliberativa. Ao contrário do que se passa no âmbito do constitucionalismo dirigente, a tarefa da Jurisdição não é a de fiscalizar a implementação efetiva de um determinado programa constitucional, mas a de controlar a violação aos direitos fundamentais pelas maiorias eventuais. Agora, os direitos sociais

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I., p. 159-160.

são considerados não mais como objetivos, mas como pressupostos e condições dos procedimentos para a tomada de decisões.

Com isso, o Judiciário restringe-se ao campo da imparcialidade política, com vistas à preservação da própria democracia, que serve de estrutura básica para diversas doutrinas abrangentes razoáveis.

Uma outra obra de referência que explora essa relação entre a atuação da Jurisdição e a democracia é a do autor norteamericano John Hart Ely, em obra consagrada na filosofia constitucional dos EUA, intitulada *Democracy and Distrust*. Para ele, o Poder Judiciário não deveria invalidar decisões legislativas recorrendo a valores substantivos, usados para atribuir sentido às cláusulas vagas de uma Constituição – em especial de uma Constituição tão vaga quanto a norteamericana. Na verdade, o texto constitucional deve ser visto como uma norma cuja finalidade precípua é procedimental, destinando-se antes de tudo a viabilizar o autogoverno popular de cada geração. Portanto, as decisões fundamentais da sociedade devem ser tomadas por agentes políticos eleitos pelo povo e não por juízes, que não devem ser concebidos como guardiões de direitos naturais, de princípios morais substantivos, das tradições ou de consensos sociais⁴⁵.

Sem embargo, para a viabilização da democracia, é preciso que uma série de direitos sejam garantidos pelas Constituições e protegidos pelas cláusulas pétreas. A mera admissão delas por uma ordem constitucional, como se viu, não é por si só contrária aos ideais democráticos; ao contrário, a manutenção de determinados direitos revela-se imprescindível à própria empreitada democrática ao longo da história. O que não se admite, obviamente, é o tratamento de valores efêmeros, sem fôlego para perdurarem no tempo, como cláusulas pétreas, nem uma interpretação desmedida, que amplia o conteúdo delas, para abrigar debaixo de sua letra privilégios de classe que apenas reproduzem um dado estado de coisas e inviabilizam transformação sociais.

Sem dúvida, nesta lista de direitos a serem assegurados devem figurar garantias individuais clássicas, como liberdade de expressão e de reunião, mas também direitos às condições matérias básicas de vida que possibilitem o efetivo exercício da cidadania. Tanto a ausência dessas condições quanto a presença de um nível intolerável de desigualdade social comprometem a capacidade dos cidadãos de atuarem como agentes morais independentes⁴⁶.

⁴⁵ ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 42-73.

⁴⁶ Embora não seja objeto desse estudo, não há como deixar de mencionar a questão do direito ao mínimo existencial, que corresponde, em síntese, à garantia das condições materiais básicas de vida. Em sua dimensão negativa, ele opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão

À luz dessas considerações, é legítimo que se considerem cláusulas pétreas não apenas os direitos individuais, como também os próprios direitos sociais. A proteção especial que se faz por meio delas, sob essa perspectiva, não seria contrária aos pressupostos da democracia, mas favoráveis a eles. É claro que o que se deve manter como inalterável pelo manto protetivo das cláusulas pétreas não é a configuração plena e atual do direito social em questão, mas seu conteúdo central, sem o qual ele simplesmente se desnaturaria. Meras alterações laterais, que não afetem o núcleo essencial⁴⁷ desses direitos, não seriam consideradas inconstitucionais, e a sociedade não estaria impedida de se pronunciar a respeito delas.

Para facilitar essa compreensão, alguns exemplos podem ser debatidos.

No julgamento da ADIN 939-7/DF, sob a relatoria Ministro Sydney Sanches, em 1994⁴⁸, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o § 2º, do art. 2, da EC n. 3/93, que prescrevia que o poder de tributar da União, para efeito de instituição do IPMF, não poderia ser limitado pelo princípio da anterioridade tributária, contido no artigo 150, III, b, da CF⁴⁹. Na linha, porém, da teoria democrático-deliberativa, o princípio da anterioridade tributária não seria materialmente fundamental e não poderia ser considerado uma cláusula pétrea. A cobrança de um tributo no mesmo exercício financeiro em que foi instituído não implica, efetivamente, uma violação das condições procedimentais da democracia. Por essas razões, o STF, neste caso, parece ter ido além do seu papel, ao reconhecer a inconstitucionalidade da referida emenda⁵⁰.

positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais, como saúde, educação e previdência. Num importante estudo dedicado ao tema, Ana Paula de Barcellos formulou o seguinte elenco de prestações compreendidas no mínimo existencial, que poderiam ser exigidas judicialmente independentemente de mediação legal: educação fundamental, saúde básica, assistência em caso de necessidade e acesso à justiça. Sobre o ponto, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 247-301.

47 O núcleo essencial, na lição de Gilmar Ferreira Mendes, “destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionadas”. Os direitos individuais e suas limitações: Breves Reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 243.

48 STF, ADIN 939-7/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 18.03.94.

49 Na realidade, além de declarar a inconstitucionalidade da referida emenda, o STF também declarou a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei Complementar n. 77/93, na parte em que havia permitido a cobrança do tributo no próprio ano de 1993.

50 No sentido do texto, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. Disponível em: <http://www.integrawebsites.com.br/versao_1/arquivos/ebc13414f3a0acf84749f124ds10772f.pdf>. Acesso em: 05 set. 2018.

Em outra oportunidade⁵¹, o STF, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, entendeu que o ordenamento constitucional brasileiro filiou-se à teoria subjetivista do italiano Francesco Gamba⁵², em matéria de direitos adquiridos⁵³. De acordo com essa teoria, caso as consequências de um fato idôneo, praticado sob a vigência de uma determinada lei, sejam verificadas somente após a entrada em vigor de uma lei nova, elas serão devidamente protegidas e mantidas em sua integralidade, porque já incorporadas ao patrimônio pessoal de quem as aproveita. Nesse sentido, se uma determinada cláusula num contrato de trato sucessivo for proibida por uma lei nova, todos os efeitos até então produzidos e a se produzirem, mesmo após a entrada em vigor dessa nova lei, serão mantidos. Somente os contratos celebrados após a edição da lei superveniente estarão submetidos aos efeitos dela⁵⁴.

A proteção conferida ao direito adquirido, conquanto necessária para a preservação da segurança jurídica, pode impedir que mudanças significativas na ordem social sejam implementadas com o advento de uma nova lei. No caso brasileiro, não há dúvidas de que uma lei meramente ordinária, situada abaixo da Constituição, seja proibida de desconstituir os efeitos de um ato praticado no passado⁵⁵. Todavia, diante de uma emenda constitucional, que não ataque o núcleo essencial da garantia do direito adquirido, frustrando expectativas legítimas de pessoas de boa-fé, não parece uma solução razoável, nem compatível com os ideais da democracia deliberativa, impedir que determinadas mudanças sejam promovidas, apenas para a salvaguarda do patrimônio individual. Basta recordar, nesse caso, a abolição da escravidão, realizada sob a égide da Constituição de 1824, que igualmente proibia a retroação das leis. Por mais importante que seja a proteção ao direito adquirido, dificilmente alguém invocaria, nos dias de hoje, a validade desse direito em face da lei que libertava os negros de seus senhores.

Dito de outro modo, em que pese a importância da garantia do direito adquirido, ela não é absoluta, não é intangível por emenda

51 Cf. ADIN 493-0-DF (RT, v. 690, p. 176 et seq.)

52 GABBA, Francesco. *Teoria della retroattività delle legge*. 3. ed. Milano; Roma; Napoli: UTET, 1891.

53 Art. 5º, inciso XXXVI, da CF: A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

54 SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17.

55 "O direito adquirido não é garantia dirigida ao poder constituinte originário ou reformador. É garantia do cidadão frente ao legislador infraconstitucional, e utilizável apenas para conter a eficácia derogatória da lei nova para situações constituídas no passado". MODESTO, Paulo. A Reforma Administrativa e o Direito Adquirido ao Regime da Função Pública. *Revista de Direito Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 1996. p. 237.

constitucional nem a proíbe de possuir uma “retroatividade mínima”⁵⁶, capaz de regulamentar os efeitos futuros de atos praticados no passado. Essa também é a posição sustentada pelo professor Daniel Sarmento:

Sujeitar as emendas à Constituição ao acatamento incondicionado de todos os direitos adquiridos no passado é, na nossa opinião, fazer pouco do direito de cada geração de construir seu próprio caminho, mas é também, e acima de tudo, eternizar um status quo rebelde às dimensões transformadoras que, por imperativo constitucional, devem estar presentes no direito brasileiro⁵⁷.

Nessa linha de ideias, diversos outros direitos poderiam ter sua legitimidade questionada, ainda que eles tenham sido previstos no texto originário como cláusulas pétreas. Por mais que não se promova a extinção de seu núcleo essencial, é de se perguntar se a mera previsão formal deles, sem maiores justificativas morais, é o suficiente para torna-los imutáveis, inclusive em face do poder de reforma.

Esse é o caso, por exemplo, do direito de herança⁵⁸. Ao menos sob a perspectiva da democracia deliberativa, não há argumentos razoáveis para que ele seja considerado um direito fundamental e menos ainda uma cláusula pétrea. De índole profundamente capitalista⁵⁹, ele não é indispensável ao exercício das prerrogativas inerentes à cidadania, nem traduz pressuposto inafastável à participação do sujeito nas deliberações políticas. Desde que não seja concebido sob a ótica do patrimônio mínimo⁶⁰, não há como defender, pelo ponto de vista de uma democracia deliberativa, seu tratamento como cláusula pétrea – em especial numa sociedade tão desigual como a brasileira.

⁵⁶ — Em contraposição à teoria subjetivista de Gabba, adotada pelo STF, há a teoria objetivista de Paul Roubier, que, ao invés da concepção de direito adquirido, emprega como critério de exclusão da retroatividade das leis a noção de situação jurídica. A referida tese mostra-se menos reverente às posições jurídicas consolidadas no passado, na medida em que admite a chamada retroatividade mínima da lei, que a torna incidente sobre efeitos futuros de atos praticados antes dela. V. ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. Paris: Dalloz, 1960.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. In: *Livres e Iguais*. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 27-28.

⁵⁸ Artigo 5º, inciso XXX, da CF: É garantido o direito de herança.

⁵⁹ Chega a ser contundente a justificativa que Locke faz do direito natural de herança, no exato interesse da burguesia: “Todo homem nasce com um duplo direito: em primeiro lugar, o direito à liberdade de sua pessoa, sobre a qual ninguém mais tem nenhum poder, cabendo a ele dispor de si mesmo como quiser. Em segundo lugar, um direito, acima de qualquer outro homem, a herdar, com seus irmãos, os bens de seu pai”. LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 554.

⁶⁰ Trata-se de uma tese desenvolvida pelo professor e Ministro do STF Luiz Edson Fachin, segundo a qual, em uma perspectiva constitucional de promoção da pessoa humana, as normas legais devem resguardar para cada pessoa um mínimo de patrimônio, em prol de uma vida digna. Nesse sentido cf. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Outro direito que pode ter sua legitimidade questionada, é o denominado “terço” de férias⁶¹. É natural que todo trabalhador tenha direito de férias e que, além de tudo, elas sejam remuneradas, pois, se assim não o fosse, elas jamais seriam usufruídas. O acréscimo, porém, de 1/3 na remuneração do trabalhador não é tão fundamental, a ponto de se tornar uma cláusula pétrea e jamais ser alterado pelo poder de reforma. Obviamente, não se pretende com isso aderir ao discurso neoliberal de flexibilização de direitos trabalhistas, mas apenas demonstrar que, caso a geração presente pretenda rever essa decisão, tomada pelo Constituinte de 1988, por razões que ela entende legítimas, não haveria argumentos, sob a perspectiva da democracia deliberativa, que pudessem impedir a sociedade de deliberar sobre essa questão e de promover as alterações pretendidas, em razão de um objetivo moralmente justificável. O fato de o Constituinte ter inserido esse acréscimo de 1/3 nas férias do trabalhador em nada interfere na sua capacidade de participação política; tampouco deve impedir que a sociedade reduza essa fração ou simplesmente a extinga, se outros objetivos, igualmente valiosos, só podem ser atingidos a partir da referida alteração, que não afetará o núcleo essencial do direito fundamental de férias.

Com certeza, inúmeras outras situações poderiam ser lembradas, mas para que esse estudo não se estenda ainda mais, é preciso apenas assentar que, apesar da importância que deve ser reconhecida às cláusulas pétreas contidas no ordenamento constitucional, nada impede a discussão sobre a legitimidade moral de determinados direitos previstos no texto magno e eventuais alterações consideradas necessárias pela maioria da sociedade, para a consecução de objetivos racionalmente justificados por ela. A ideia, em síntese, não é desconsiderar a decisão tomada, no caso brasileiro, em 1988, como se ela não importasse e pudesse simplesmente ser desfeita.

O que se procura, no entanto, justificar é que certas escolhas feitas pela constituinte do século passado também sejam racionalmente discutidas pelas gerações presentes e, de algum modo, aproveitadas por elas, para que não haja o indevido cerceamento à autonomia de cada geração de se autogovernar. Certamente, proibir as maiorias do presente de aprovarem leis que atentem contra a liberdade de expressão de grupos minoritários é muito diferente de impedir a sociedade de deliberar a respeito da titularidade dos serviços notariais e de registro no Brasil, tal como o fizeram os artigos 31 e 32, do ADCT.

Uma coisa é reduzir a liberdade do legislador, dizendo que ele não pode editar normas violadoras de direitos básicos do ser humano, que colocam

⁶¹ Artigo 7º, inciso XVII, da CF: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

em risco a própria empreitada democrática, e outra, totalmente diversa, é vedar a sociedade de discutir privilégios muitas vezes corporativistas e que, de alguma maneira, pelo poderosíssimo lobby de instituições que se fizeram presentes nos debates constituintes, foram indevidamente alçados ao status de normas constitucionais.

4 Conclusão

As Constituições são as leis fundamentais do Estado, porque resguardam valores indispensáveis à proteção da dignidade humana, mediante a garantia de direitos básicos, e porque, em países democráticos, são elaboradas a partir de uma mobilização mais intensa da população. Por isso, é razoável que as escolhas feitas pela sociedade, nesses momentos especiais de engajamento, sejam protegidas da política ordinária, que nem sempre é movida em seu cotidiano pelas mesmas aspirações populares.

Isso, obviamente, não quer dizer que as gerações presentes estejam totalmente “amarradas” aos desígnios de seus antepassados, mas que, mesmo naqueles momentos de grande comoção popular, elas não podem adotar determinadas decisões que possam colocar em risco a própria democracia. Às maiorias não se dá o direito de fazer toda e qualquer escolha, só por serem maioria, inclusive em situações de grande convulsão social. “Mesmo no afeto é preciso ser inteligente”⁶².

Entretanto, não há justificativa moral, nem razoável, para vincular as gerações presentes a programas de governo que pré-determinam as decisões a serem tomadas pelo legislador democraticamente eleito pela população. Ainda que esses programas visem à promoção de direitos sociais, eles jamais devem ser vistos como um fim em si, que instrumentaliza os diferentes projetos de vida à sua realização.

O Estado não é nunca um fim em si mesmo, ele só é importante como uma condição sob a qual a finalidade última da humanidade pode ser alcançada, e essa finalidade não é outra senão o desenvolvimento de todas as potencialidades do homem⁶³.

⁶² “Anche nell’affetto bisogna essere ‘intelligente’”. Essa é uma frase escrita por Gramsci, em 05 de dezembro de 1932, ao enviar, de dentro de um cárcere, uma carta a sua cunhada Tânia, a fim de lembrá-la da importância de se usar a razão naqueles momentos em que uma emoção profundamente intensa pudesse acabar se transformando no único móvel para a tomada de uma decisão. GRAMSCI, Antonio. *Cartas do Cárcere* (org. e trad. Noémino Spínola). 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p. 322.

⁶³ “Der Staat selbst ist niemals Zweck, er ist nur wichtig als eine Bedingung, unter welcher der Zweck der Menschheit erfüllt werden kann, und dieser Zweck der Menschheit ist kein anderer, als Ausbildung aller Kräfte des Menschen.” (Tradução livre). No início do verão de 1942, Sophie Scholl participou da produção e distribuição de panfletos da denominada Rosa Branca - Die Flugblätter der Weissen Rose. Scholl foi presa em 18 de fevereiro de 1943, enquanto distribuía o 6º panfleto na Universidade de Munique. Os panfletos eram redigidos e depois copiados, para serem

A formulação de programas, que tenham por pretensão efetivar direitos sociais, deve ser vista como um meio para o desenvolvimento da personalidade humana; o objetivo do Direito é viabilizar a realização de legítimos e variados projetos de vida, a fim de fazer de cada um o melhor que possa ser. Por isso, os direitos sociais devem ser vistos como condições do procedimento democrático e jamais como metas a serem atingidas a qualquer custo pelos governos.

A democracia é compreendida como o espaço adequado para a convivência entre pessoas que, embora tenham diferentes projetos de vida, devam ser tratadas com o mesmo respeito e consideração. E somente na condição de pressupostos ao bom funcionamento da democracia, é que determinados direitos (individuais ou sociais) podem ser considerados fundamentais e se revestirem com o manto protetivo das cláusulas pétreas. Essa interpretação, ao mesmo tempo em que protege o núcleo essencial desses direitos, respeita a autonomia que cada geração deve possuir para forjar seu destino coletivo.

reFerênCias

ACKERMAN, Bruce. *We the People. Foundations*. Cambridge-Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 1991, v. 1.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista15/revista15_11.pdf>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1992.

entregues em caixas de correio nas casas de grandes cidades da Baviera (berço do movimento nazista). Sophie, seu irmão, Hans Scholl, e mais um universitário, Christoph Probst, foram presos em 18 de fevereiro de 1943, depois de serem surpreendidos, na Universidade de Munique, distribuindo panfletos no pátio da LMU (Ludwig-Maximilians-Universität). A Gestapo os prendeu, os julgou e, menos de vinte e quatro horas depois de condenados, foram guilhotinados. Para acesso ao conteúdo do documento, v. Die Sechs Flugblätter der Weißen Rose (Juni 1942 bis Februar 1943). Disponível em: <http://www.kurt-bauer-geschichte.at/PDF_Lehrveranstaltung%202008_2009/28_Weisse_Rose.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente?: Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 4, n. 15, abr./jun. 1996.

ELSTER, Jon. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

_____. *Ulisses desatado: estudos de precompromisso y restricciones*. Traducción de Jordi Mundo. Barcelona: Gedisa, 2002.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GABBA, Francesco. *Teoria della retroattività delle legge*. 3. ed. Milano; Roma; Napoli: UTET, 1891.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement*. Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press, 1996.

GRAMSCI, Antonio. *Cartas do Cárcere* (org. e trad. Noênio Spínola). 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1998.

LENIN, Vladimir. Declaração sobre a dissolução da Assembleia Constituinte na reunião do comitê executivo central de toda a Rússia. In: LENIN, Vladimir. *A questão da Constituinte*. Contagem: História, 1979.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

_____. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

MENDES, Gilmar Fereira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MODESTO, Paulo. A Reforma Administrativa e o Direito Adquirido ao Regime da Função Pública. *Revista de Direito Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOREIRA, Vital. Constituição e Democracia. In: Antonio G. Moreira Maués (Org). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um regime democrático?. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.) *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

NEGRI, Antonio. *O poder Constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Petrópolis: Vozes.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire*. Paris: Dalloz, 1960.

SARMENTO, Daniel. Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Ubiquidade Constitucional. In: *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHOLL, Sophie. *Die Sechs Flugblätter der Weißen Rose*. Disponível em: <http://www.kurt-bauer-geschichte.at/PDF_Lehrveranstaltung%202008_2009/28_Weisse_Rose.pdf>.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ulisses, as Sereias e o Poder Reformador. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 226:11-32, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. Disponível em: <http://www.integrawebsites.com.br/versao_1/arquivos/ebc13414f9a0acf84749f124d810772f.pdf>.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *Teoría Constitucional*. Buenos Aires: De Palma, 1975.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WALDRON, Jeremy. Precommitment and Disagreement. In: ALEXANDER, Larry. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*. New York: Cambridge University Press, 1988.

A SEPARAÇÃO DOS PODERES NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

the separation of powers on brazilian Constitutions

Lucas Schwinden Dallamico

*Mestrando em Direito no Uniceub. Procurador do Estado de Mato Grosso. E-mail:
lucas.s.dallamico@gmail.com*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A “Constituição Política do Imperio do Brazil”, de 25 de março de 1824; 2 A “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, de 24 de fevereiro 1891; 3 A “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, de 16 de julho de 1934; 4 A “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, de 10 de novembro de 1937; 5 A “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, de 18 de setembro de 1946; 6 A “Constituição da República Federativa do Brasil”, de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 01/69; 7 A “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”; 8 Conclusão; Referências.

introdução

O constitucionalismo moderno surgiu como forma de superação do Estado Absolutista, pelo qual os monarcas não estavam sujeitos ao direito. Assenta-se em três pilares: a) limitação do poder dos governantes por meio da separação de poderes; b) garantia de direitos individuais oponíveis contra o Estado; e c) necessidade de legitimação do governo pela democracia representativa.¹

A constituição, por sua vez, é “um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e exercício do seu poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias.”²

Com base nessas premissas, depreende-se que há íntima relação entre constitucionalismo e constituição, na medida em que, usualmente, os ideais expressados pelo constitucionalismo são materializados por meio de constituições, as quais conferem um caráter de estabilidade a tais ideais. Essa associação não é, por vezes, necessária ou verdadeira.³

De fato, conquanto haja clara proximidade entre constitucionalismo e constituição, a sua relação não ocorre de forma necessária, na medida em que há constituições que não representam os valores apregoados pelo constitucionalismo. De acordo com a lição de Vera Karam de Chueiri e Melina Girardi Fachin, “O constitucionalismo está, via de regra, relacionado à constituição escrita, embora nem todas as constituições escritas atendam às demandas do constitucionalismo”.⁴

O objetivo do presente artigo, a partir das premissas estabelecidas, é aferir a forma pela qual as Constituições Brasileiras expressaram e expressam o ideal de limitação do poder que marca o constitucionalismo.

O presente artigo, destarte, estrutura-se em oito partes. Nas sete primeiras será analisada cada uma das Constituições Brasileiras à luz da separação dos poderes, com especial atenção às características respeitantes à limitação do poder. Na última parte apresentar-se-á a conclusão do estudo desenvolvido.

1 NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 74.

2 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 39-40.

3 BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 27.

4 CHUEIRI, Vera Karam; FACHIN, Melina Girardi. Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo apaziguado. *Revista Brasileira de direito Constitucional*, v. 02 jan./jun. 2006. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, p. 332-333.

1 a “Constituição política do imperio do brazil”, de 25 de março de 1824

A “Constituição Política do Imperio do Brazil”, de 25 de março de 1824, foi a primeira Constituição após a declaração da independência e vigeu durante todo o período imperial.

Organizou o Governo Brasileiro sob a forma de monarquia hereditária, constitucional e representativa (artigo 2º).

Trouxe a divisão e a harmonia dos poderes como norma constitucional em seu artigo 9º. A sua principal característica, no que respeita à separação de poderes, foi a instituição de um quarto poder ao lado dos três poderes clássicos (executivo, legislativo e judiciário), o denominado poder moderador (artigo 10).

Referido poder, considerado a chave da organização política (artigo 98), foi delegado ao Imperador, que deveria zelar incessantemente sobre a manutenção, independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos. Dentre as formas expressas no artigo 101 para o cumprimento desse desiderato, destacam-se a nomeação de Senadores, a suspensão de magistrados e a possibilidade de prorrogar ou adiar a Assembleia Geral e dissolver a Câmara dos Deputados.

O Poder Legislativo foi exercido pela Assembleia Geral, composta pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal.

Dentre as competências da Assembleia Geral (artigo 15), destacam-se as relacionadas à sucessão do Imperador, à eleição da regência, à nomeação de tutor e ao reconhecimento de nova dinastia, as quais possuíam impacto nos Poderes Executivo e Moderador. Outra competência que chama a atenção no contexto da separação dos Poderes é a relativa à interpretação das leis editadas, matéria tipicamente jurisdicional.

Ao Senado competia, além da atribuição legislativa, o conhecimento dos delitos cometidos pela Família Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, Senadores e Câmara dos Deputados durante o período da legislatura (artigo 47)

O Poder Judiciário foi retratado de forma coincidente com a sua visão clássica, no sentido de que deveriam cumprir a lei (artigo 152)

Já quanto ao Poder Executivo, também exercido pelo Imperador, o artigo 102, inciso XII, continha uma limitação à regra da legalidade, na medida em que competia ao Imperador a edição de Decretos, Instruções e Regulamentos para executar as leis.

O conjunto normativo ora analisado permite a conclusão de que, muito embora houvesse diversas estruturas de limitação recíproca entre os poderes, destaca-se uma preponderância conferida ao Poder Executivo, notadamente por meio da atribuição do Poder Moderador

ao Imperador, cuja forma de concretização de suas finalidades envolvia intervenção direta nos demais poderes, como a suspensão de magistrados, a dissolução da Câmara dos Deputados e a postergação da Assembleia Geral.

2 a “Constituição da república dos estados unidos do brasil”, de 24 de Fevereiro 1891

A “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, de 24 de fevereiro de 1891, foi a primeira Constituição após a proclamação da república.

Como assinalado, organizou, em seu artigo 1º, o Governo Brasileiro sob a forma de república.

Adotou como órgãos da soberania nacional os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (artigo 15). Rompeu, assim, com a sistemática quadripartite vigente à luz da Constituição de 1824.

O Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional e não mais pela Assembleia Geral. Manteve-se, no entanto, a previsão da Câmara dos Deputados e do Senado.

O Senado continuou com a atribuição de julgamento do Chefe do Poder Executivo nos crimes de responsabilidade. O Supremo Tribunal Federal era o órgão competente para julgamento nos casos de crimes comuns. O Conferiu-se à Câmara dos Deputados atribuição para julgar a acusação, a qual constituiria condição para o julgamento, tanto nos crimes de responsabilidade quanto nos crimes comuns.

Outra peculiaridade é a indicação do Vice-Presidente da República como Presidente do Senado, ao qual competiria somente a prolação de voto de qualidade (artigo 32).

O Poder Executivo, exercido pelo Presidente da República, possuía a atribuição de executar as leis por meio da edição de decretos, instruções e regulamentos. Possuía, ainda, a atribuição de nomear os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a qual dependeria da aprovação do Senado (artigo 48). Havia, ainda, expressa menção a respeito da possibilidade de oposição de veto em caso de inconstitucionalidade e da possibilidade de sua derrubada (artigo 37), características observadas nas constituições vindouras.

O Poder Judiciário não foi agraciado com maiores atribuições. Reforçou-se, no entanto, a sua independência ao retirar a possibilidade de suspensão dos magistrados pelo Chefe do Poder Executivo. O afastamento do cargo somente poderia ocorrer por meio de sentença judicial (artigo 57).

3 a “Constituição da república dos estados unidos do brasil”, de 16 de julho de 1934

A “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, de 16 de julho de 1934, foi a segunda Constituição após a proclamação da República.

Manteve a república como forma de governo e o sistema tripartite de separação de poderes. Uma particularidade é a indicação, em seu artigo 3º, da indicação de que os poderes são independentes e coordenados (e não harmônicos) entre si. Outra característica é a disposição proibitiva da delegação de competências por um dos poderes, também constante do artigo 3º.

Quanto ao Poder Legislativo, a principal característica desta Constituição é a indicação de que o Senado seria órgão colaborador junto à Câmara dos Deputados.

Aparentemente, procurou-se atribuir ao Senado uma espécie de poder moderador, na medida em que lhe foram atribuídas competências para coordenar os poderes federais entre si (artigo 88). No entanto, contrariamente ao sistematizado na Constituição de 1824, houve uma clara intenção de limitação do Poder Executivo.

De fato, atribuiu-se ao Senado Federal a competência para analisar e declarar a ilegalidade de regulamentos que não se adequassem às leis respectivas, bem como para propor ao executivo a declaração de nulidade de atos praticados por autoridades administrativas. Outra competência relevante foi a possibilidade de suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, o que conferiria caráter *erga omnes* à referida declaração (artigo 91).

Uma das características mais marcantes do Poder Judiciário foi a atribuição para a análise da constitucionalidade de lei em tese no contexto da representação interventiva (artigo 12). Previu-se, também, no que concerne ao controle concreto de constitucionalidade, a cláusula de reserva de plenário. Outra particularidade digna de nota foi a proibição expressa de julgamento exclusivamente político (artigo 68).

No que respeita ao crime de responsabilidade (artigo 58), a competência para o julgamento foi retirada do Senado Federal. Atribuiu-se essa competência a Tribunal Especial, composto por nove juízes, três membros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente do Tribunal Especial, que possuía somente o voto de qualidade, deveria ser integrante da Corte Suprema. Manteve-se, no entanto, a competência da Câmara dos Deputados para a aprovação da denúncia.

4 a “Constituição dos estados unidos do brasil”, de 10 de novembro de 1937

A “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, de 10 de novembro de 1937, foi a terceira Constituição Republicana.

Se a Constituição de 1934 teve a marca de tentativa de controle do Poder Executivo, a Constituição de 1937 exacerbou as suas competências.

Trata-se de Constituição que não positiva a separação dos poderes como norma constitucional. Não há qualquer menção à separação dos poderes em sua redação.

Coerente com essa linha de intelecção é a indicação de que o Presidente da República não era somente o Chefe do Poder Executivo, mas a autoridade suprema do Estado, a quem competia coordenar a atividade dos órgãos representativos e promover ou orientar a política legislativa de interesse nacional (artigo 73).

O Presidente da República, ao lado do Conselho da Economia Nacional, colaborava com o Parlamento Nacional no exercício do Poder Legislativo (artigo 38). Uma das formas de contribuição era por meio da edição de decretos-lei, os quais poderiam ser delegados ao Presidente da República ou editados sem essa delegação nos casos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados e nos casos que envolvessem a organização da Administração federal e o comando supremo e a organização das forças armadas (artigos 12, 13 e 14).

O Poder Legislativo era exercido pelo Parlamento Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Conselho Federal. O Conselho Federal era composto por representantes dos Estados e por dez membros nomeados pelo Presidente da República, a quem competia, igualmente, nomear o Presidente do Conselho (artigos 50 e 56).

A iniciativa das leis também competia, prioritariamente, ao Presidente da República.

O Presidente da República, ainda, possuía competência para dissolver a Câmara dos Deputados no contexto da decretação do estado de emergência, precisamente no caso de não aprovação das medidas adotadas pelo Presidente (artigo 167).

O Presidente, no que respeita aos crimes de responsabilidade, era julgado pelo Conselho Federal. Competia à Câmara dos Deputados declarar a procedência da acusação (artigo 88).

Quanto ao Poder Judiciário, não houve menção à possibilidade de análise da constitucionalidade em abstrato de leis no contexto da intervenção federal. Manteve-se a vedação de conhecimento de

questões exclusivamente políticas e a cláusula de reserva de plenário (artigos 64 a 66).

5 a “Constituição dos estados unidos do brasil”, de 18 de setembro de 1946

A “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, de 18 de setembro de 1946, foi a quarta Constituição Republicana.

Contrariamente à Constituição de 1937, houve a positivação da separação dos poderes, considerados independentes e harmônicos entre si.

O Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal (artigo 37). O Presidente do Senado Federal era o Vice-Presidente da República.

Competia ao Senado Federal o julgamento do Presidente da República pelos crimes de responsabilidade. À Câmara dos Deputados competia a análise da acusação.

Houve a retomada da possibilidade de suspensão, pelo Senado Federal, de lei declarada inconstitucional (artigo 64). Outra medida de destaque foi a possibilidade de análise da inconstitucionalidade em abstrato no contexto da representação interventiva, que também havia sido suprimida na Constituição de 1937.

Também contrariamente ao regime de 1937, indicou-se o Presidente da República como Chefe do Poder Executivo. Não como autoridade suprema do Estado.

Ao longo da vigência da Constituição de 1946, editou-se a emenda constitucional n.º 04, de 02 de setembro de 1961, que instituiu o sistema parlamentar de governo.

De acordo com o seu artigo 1º, o Poder Executivo era exercido pelo Presidente da República e pelo Conselho de Ministros. O Presidente era eleito de forma indireta pelo Congresso Nacional. O Presidente do Conselho era nomeado pelo Presidente da República. Os demais membros do Conselho de Ministros também eram nomeados pelo Presidente da República a partir da indicação do Presidente do Conselho.

As atribuições do Conselho de Ministros consistiam, precipuamente, no referendo dos atos praticados pelo Presidente da República, o qual configurava condição de validade. Já ao Presidente do Conselho atribuiu-se, dentre outras, a iniciativa dos projetos de leis do governo.

O Conselho de Ministros deveria comparecer à Câmara dos Deputados, a quem competia a expressão de confiança. Acaso a confiança fosse recusada, deveria haver a formação de novo Conselho.

Após a expressão de confiança, competia ao Senado Federal opor-se à composição do Conselho, sendo que tal oposição poderia ser rejeitada pela Câmara dos Deputados.

5 a “Constituição da república Federativa do Brasil”, de 1967 e a emenda Constitucional n.º 01/69

A “Constituição da República Federativa de 1967” foi a quinta Constituição Republicana.

Manteve-se a regra constitucional da separação dos poderes, com a indicação de independência e harmonia entre si.

O Poder Legislativo era exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal (artigo 29). O Senado continuou com a atribuição de julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade (artigo 44). Não havia menção ao Vice-Presidente da República como Presidente do Senado Federal.

O Poder Executivo era exercido pelo Presidente da República. Característica marcante foi a previsão de eleição indireta, por meio de Colégio Eleitoral. Houve a manutenção do poder de veto e a possibilidade de sua superação pelo Poder Legislativo.

Quanto ao Poder Judiciário, manteve-se a cláusula de reserva de plenário e a possibilidade de o Senado suspender a execução de lei declarada inconstitucional.

A Emenda Constitucional n.º 01, de 17 de outubro de 1969, modificou substancialmente a Constituição. Foi editada pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar com fundamento no artigo 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, e no artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1969.

No que respeita à separação dos poderes, a estrutura da Constituição de 1967 foi parcialmente mantida. No entanto, pode-se perceber um fortalecimento do Poder Executivo por meio do aumento do mandato presidencial para cinco anos; da impossibilidade de o próprio Congresso Nacional convocar reunião extraordinária, salvo no caso de intervenção federal ou decretação de estado de sítio; da limitação de conteúdo do regimento interno das duas Casas; da diminuição das prerrogativas dos membros do Congresso Nacional, já que a inviolabilidade por opiniões, palavras e votos não abrangia os casos de injúria, difamação ou calúnia, ou os previstos na Lei de Segurança Nacional.

7 a “Constituição da república Federativa do Brasil de 1988”

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 marca o reencontro da sociedade brasileira com a democracia.

Trata-se, conforme reconhecido, de Constituição que garantiu uma ampla gama de direitos individuais e sociais aos cidadãos, bem como de mecanismos contra o abuso de autoridade.

No que concerne à separação dos poderes, além da manutenção das estruturas clássicas (positivação da separação dos poderes, poder de veto e sua derrubada, julgamento pelo Senado Federal dos crimes de responsabilidade, possibilidade de suspensão de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, dentre outras), verifica-se a clara intenção de contenção do Poder Executivo.

Houve o retorno da sistemática de eleições diretas para o Presidente da República. Não havia previsão inicial de reeleição.

Quanto ao Poder Legislativo, conferiu-se ao Congresso Nacional a competência sustar atos que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Conferiu-se ao Congresso, ainda, a competência para zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes. Trata-se de típicos mecanismos de controle de constitucionalidade político.

Ao Poder Judiciário foram conferidas atribuições sem precedentes. Destacam-se as situadas no contexto do controle abstrato de constitucionalidade, como a previsão da ação direta e inconstitucionalidade, da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Acentuou-se a legitimidade democrática ao estabelecer considerável rol de legitimados para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade.

8 Conclusão

Cada Constituição é fruto de seu tempo. Deve-se ter extrema cautela, nessa senda, para não apresentar análises descontextualizadas.

A partir do estudo do direito posto, pode-se confirmar que a grande maioria das constituições brasileiras expressou o ideal constitucionalista de limitação do poder por meio da separação dos poderes.

A única constituição que não positivou a separação de poderes foi a de 1937. Referida Constituição alçou o Presidente da República à autoridade suprema do Estado e conferiu-lhe a competência de colaborar com o Poder Legislativo na atividade legislativa, notadamente por meio da edição de decretos-lei.

Outras duas constituições também possuíam caráter conservador e de fortalecimento do Executivo.

A Constituição de 1824, que instituiu o Poder Moderador e conferiu ao Imperador a competência para exercê-lo, inclusive por meio da direta intervenção nos demais poderes (suspensão de magistrados, nomeação de senadores, dissolução da Câmara dos Deputados, dentre outras). Aliás, a existência de um Poder Moderador é característica inovadora no contexto da separação dos poderes, o qual, usualmente, é repartido de forma tripartite.

Outra Constituição de viés conservador é a de 1967 (e a sua Emenda n.º 01/69), que estabeleceu eleições indiretas para o Presidente da República e diminuiu, consideravelmente, a independência do Poder Legislativo.

Outra característica digna de nota foi a tentativa de estabelecimento de um Poder Moderador na Constituição de 1934. Esse Poder seria exercido pelo Senado Federal, a quem competia coordenar os poderes federais entre si, especialmente por meio da declaração de ilegalidade de regulamentos que não se adequassem às leis respectivas e da possibilidade de propor ao executivo a declaração de nulidade de atos praticados por autoridades administrativas.

Finalmente, a Constituição de 1988 trouxe uma clara intenção de limitação do Poder Executivo, o que foi realizado por meio do aumento das atribuições do Poder Legislativo e do Poder Judiciário no que concerne ao controle dos atos praticados pelo Poder Executivo, destacando-se as medidas de controle de constitucionalidade político e jurídico.

reFerênCias

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CHUEIRI, Vera Karam; FACHIN, Melina Girardi. Dworkin e a tentativa de um constitucionalismo apaziguado. *Revista Brasileira de direito Constitucional*, v. 02 jan./jun. 2006. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ATRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DA EDUCAÇÃO

Luciana Rangel da Silva Tyrka
Mestranda em Direito pelo UniCEUB. Professora e advogada. Email:
rangeluciana@ yahoo.com.br.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Considerações sobre a Educação no Brasil em cada Diferente Momento Constitucional; 2 A Garantia Atual do Direito à Educação; 3 Conclusão; Referências.

introdução

Para o texto constitucional vigente, a educação é mais que um direito social garantido. É um direito intelectual de quem quer se desenvolver demonstrando uma consciência crítica de sua própria realidade.

Uma educação completa não pode compreender apenas a abordagem do ‘ensino’ puro e simples. Deve abarcar a integralidade da formação do discente, pela reflexão e pela produção própria de pensamentos (BRANDÃO, 1981, p.22-24). Afinal, o objetivo da formação crítica e prática é capacitar as pessoas a serem profissionais aptos para produzirem mudanças no mundo a fim de melhorar a vida humana.

Para compreender como o tema educação foi abordado ao longo da história do país, nada mais interessante que conferir a legislação. Nesse intuito o presente trabalho visa a elencar a abordagem constitucional no Brasil da educação, ou a abordagem constitucional da educação no Brasil.

Na construção do presente artigo serão analisadas as constituições nacionais desde a primeira, a Constituição de 1824, outorgada pelo imperador Dom Pedro I, até a atual Constituição Federal de 1988.

Com isso restará mais evidente como ocorreu o processo de mudança na lei constitucional e nas demais leis que tratam sobre o ensino em quaisquer níveis. A expectativa não é de esgotar o tema, mas de despertar no leitor o desejo de ir além aos conhecimentos sobre um direito, hoje, tão essencial para o povo brasileiro: a educação.

1 Considerações sobre a educação no Brasil em Cada diferente momento Constitucional

A primeira possibilidade educacional brasileira concreta aconteceu com a vinda dos jesuítas, os quais tinham como projeto educacional a formação de um homem nos moldes escolásticos, o que era compatível com os objetivos de uma sociedade em formação no início do período colonial (SHIGUNOV NETO, A.; MACIEL, p. 169-189).

O método pedagógico desses jesuítas era visivelmente mais elaborado que uma Lei vigente que trate da educação, como a LDB - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Apesar de ter sido elaborado em 1599, esse método, o “*Ratio Studiorum*”, une a ordem geral de uma Constituição com os procedimentos para a prática de uma Lei Ordinária, apesar de nesse momento o Brasil ainda estar distante de uma Constituição nacional (UNICAMP, sem data).

Mas após a expulsão dos jesuítas do Brasil em 1759 a educação foi totalmente remodelada, em busca do ensino de disciplinas mais práticas.

Também houve a dissociação da religião nos currículos. E essa nova modalidade de ensino levou cerca de dez anos para ser, enfim, implantada, contudo, ainda sem uma Constituição nacional para lidar com o tema.

Foi uma reforma realizada pelo Marquês de Pombal que causou uma revirada na educação, deixando florescer no Brasil a ciência e a filosofia das quais já desfrutavam os portugueses em sua terra natal (SECO, A.P. e AMARAL, T.C.I.). Como destacam as autoras:

Não foi por espírito libertador e igualitário que Pombal empreendeu a reforma educacional por meio de mestres e professores seculares, mas pela necessidade, além de preencher o extenso vazio deixado pela expulsão dos jesuítas, preparar homens suficientemente capazes para assumir postos de comando no Estado absolutista.

Para o país a expulsão dos jesuítas pode ser vista também como a aniquilação do único sistema educacional com o qual contava a sociedade. Passaram-se quase trinta anos desde a expulsão até que o Estado português assumisse o controle pedagógico no Brasil (SECO, A.P. e AMARAL, T.C.I.).

Antes mesmo de ter uma constituição, o país viu surgir as primeiras escolas de ensino superior, no ano de 1808, com a chegada da família real portuguesa em suas terras. Nesse mesmo ano foram criadas as escolas de Cirurgia e Anatomia em Salvador, que hoje é a Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia e a escola de Anatomia e Cirurgia, no Rio de Janeiro, atual Faculdade de Medicina da UFRJ. Em 1810 foi fundada a Academia Real Militar, que hoje é a Escola Nacional de Engenharia da UFRJ (MATOS, 1983).

A constituição de 1824, outorgada pelo imperador Dom Pedro I, não garantia o acesso à educação primária a todos, uma vez que as pessoas negras bem como os escravos alforriados não eram considerados cidadãos. Apesar desse fato explicável à época, previu o direito à educação primária gratuita, o que significava um progresso tão grande quanto grande era absurdo desconsiderar os negros.

Nesse período a educação foi pensada por positivistas, bem como as reformas ocorridas foram por eles efetivadas em nível nacional. Nomes como Rivadávia Corrêa, Ministro da Justiça e Negócios Interiores à época, e Carlos Maximiliano são por demais importantes no momento.

Em 1827 houve um marco histórico importante nessa seara: não foi uma Constituição, mas foi sancionada a primeira lei brasileira que tratava exclusivamente da educação. Na língua portuguesa daquele momento, lê-se claramente a obrigação da criação de escolas primárias em toda a extensão do Império:

Lei de 15 de outubro de 1827. Manda crear escolas de primeiras letras em todas as cidades, villas e logares mais populosos do Império. Dom Pedro, por Graça de Deus, e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os nossos subditos, que a Assembléa Geral decretou, e nós queremos a lei seguinte: Art 1º Em todas as cidades, villas e logares mais populosos, haverão as escolas de primeiras letras que forem necessarias. (Lei de 15 de outubro de 1827).

Outro destaque do ano de 1827 foi a Lei de 11 de agosto a qual registra a criação dos cursos de ciências jurídicas e sociais e dá os primeiros contornos do curso de Direito. Nela estão delineados o tempo de curso, os ramos do direito que deveriam ser ensinados (as cadeiras), a ocupação dos professores (os Lentes) dentre outros aspectos relacionados às expectativas possíveis a respeito da formação jurídica (art. 1º e 2º).

A primeira constituição republicana, promulgada em 1891, marcou um retrocesso no cenário da educação brasileiro. O direito ao acesso livre e gratuito ao ensino foi retirado do texto constitucional. Agravou-se ainda mais o contexto por estabelecer essa constituição que os analfabetos não poderiam votar. Fica a esdrúxula composição: numa nação que não oferece acesso livre e gratuito à educação apenas os que sabem ler e escrever podem exercer o direito ao voto.

As condições econômicas, sociais e políticas da instalação da República levaram considerável tempo para mudar. A diversidade regional era fator que gerava significativa influência na composição política e administrava das unidades federativas. E grande parte das províncias se encontrava em uma situação econômica desfavorável no início da República.

A constituição de 1891 estabeleceu, ainda, que caberia à União legislar sobre o ensino superior, enquanto os Estados ficariam imbuídos da responsabilidade de legislar sobre o ensino secundário e primário, mesmo que ambos pudessem criar instituições de ensino superior e secundário. E foi essa constituição que tocou na questão do ensino laico nas instituições públicas de educação.

É perceptível nesse texto constitucional uma herança negativa do império brasileiro: poucas escolas de qualidade, as quais eram destinadas aos mais ricos e mantidas pelo governo federal, enquanto aos mais pobres restavam escolas com qualidade questionável, mantidas pelo governo estadual.

Na década de 20, numa intensa tentativa de mudar a realidade educacional brasileira, surge o movimento da Escola Nova, preceptor de reformas estaduais inspiradas nas ideias escolanovistas. Anísio Teixeira,

educador brasileiro, é um nome de destaque à época, bem como o ideal filosófico do americano John Dewey. A ideia era estabelecer um modelo de ensino que proporcionasse uma educação prática da vida.

Iniciou-se nessa década um progressivo fortalecimento dos estabelecimentos de ensino superior privados, que havia sido liberado desde a Constituição de 1891. As universidades não mais eram pensadas sob a ótica política, e sim pelo que poderiam exercer como função social, como o desenvolvimento da ciência e a promoção de pesquisas.

Com o fatídico golpe de 1930, o cenário educacional começa a tomar rumo de um sistema organizado de ensino. Nesse mesmo ano o Ministério da Educação é criado, tendo com seu primeiro ocupante Francisco Campos, nome importante para a história da educação.

A Constituição de 1934 trouxe um capítulo apenas para tratar da educação. O capítulo II do título V, “Da família, da educação e da cultura”, in titulou-se “Da educação e da cultura”. Nos dois primeiros artigos do capítulo (art. 148 e art. 149) fica estabelecido que o “desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral cabe à União, aos Estados e aos Municípios, e que “a educação é direito e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos”. E termina o art. 149 explicitando o objetivo dessa educação: “de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.”.

Fica claro no art. 159 que “a dona” do controle educacional é a União, por atribuir aos Estados e ao Distrito Federal (?) competência para organizar e manter os sistemas educativos, respeitadas as diretrizes da União. Ou seja: cuidar, mas não legislar.

Mas não durou muito. Com a implantação da ditadura do Estado Novo pela Constituição de 1937 houve um retrocesso quanto ao que havia sido conquistado na educação. O ensino primário gratuito era destinado aos pobres apenas, pois os que eram menos necessitados tinham de contribuir financeiramente para receberem educação. Assim, a preocupação com o ensino público era inexistente. Para piorar, a parte do orçamento que obrigatoriamente deveria ser vinculada à educação não mais existia em lei.

A Constituição promulgada em 1946, após as eleições de 1945, foi uma tentativa de restaurar o texto de 1891. A vinculação obrigatória para a educação de parte do orçamento voltou a ser exigida. A educação como direito de todos era novamente vigente. Um destaque é a prevalência do ensino público, antes deixado de lado.

Um nome de destaque no cenário educacional naquele momento da década de 40 foi Paulo Freire. Ele, dentre os demais, lutou para uma mudança significativa na educação. Na sua obra *Pedagogia da Autonomia*,

por exemplo, esclarece que “...quanto mais criticamente se exerça a capacidade de aprender tanto mais se constrói e desenvolve a curiosidade epistemológica.”. Ele prezava por uma educação politizada, capaz de desenvolver nos estudantes um senso crítico transformador (1979).

Mas com o golpe de Estado de 1964 o Brasil sofreu profundas transformações com a instauração da ditadura militar. Numa tentativa de tornar institucional e legalizado o regime militar insurge a Constituição de 1967. Essa Carta garantia apenas à faixa etária de sete a quatorze anos o acesso à educação, enquanto somente os mais necessitados – quem seriam esses? – teriam possibilidade de cursar o ensino médio bem como o ensino superior públicos.

O regime militar resultou em consequências drásticas para o ensino. O movimento estudantil foi extinto. As universidades públicas começaram a ser vigiadas pelo governo, pois eram taxadas de focos de subversão à nova ordem instaurada. Com isso muitos importantes nomes do ensino superior deixaram o cenário, o setor de educação privada cresceu e a educação sentiu os impactos.

2 a garantia atual do direito à educação

Logo no artigo 1º da Constituição Federal de 1988 a cidadania é arrolada como um dos fundamentos do estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil.

O artigo 6º dessa Constituição estabelece que a educação é um dos direitos sociais dos que pertencem à República Federativa do Brasil.

No artigo 205 da Constituição estabelece a educação como meio para o preparo da pessoa para o exercício da cidadania, dentre outros aspectos. Pela educação, então, é possível o alcance do exercício da cidadania.

O artigo 206 complementa o artigo 205 ao continuar estabelecendo linhas gerais para a definição e a importância da educação. Nele está preceituado que alguns dos princípios do ensino são a liberdade de aprender, a liberdade de ensinar, a liberdade de pesquisar e a liberdade de divulgar o pensamento, bem como a liberdade de divulgar o saber.

O grande ponto de destaque desta Constituição Cidadã é que a educação não é apenas um direito posto no papel. Há meios para garanti-la na prática, o que sanciona um real progresso nesse sentido. Apesar desse progresso, diante do potencial da nação é certo que há ainda muito que ser desenvolvido com relação ao ensino.

Outra mudança considerável é a gestão do ensino federal pela União, principalmente do ensino superior, enquanto a educação infantil é oferecida especialmente pelos Municípios. Estados e Municípios dividem

a gestão do ensino fundamental, sendo complementar a atuação daqueles. Os Estados são os gestores do ensino médio.

Após considerar o direcionamento geral que a Constituição Federal atribui à educação, é na Lei 9394 de 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB que devem ser buscadas as orientações específicas para cada nível de educação no país. Essa lei foi gerada tempos após um intenso período de movimentos estudantis das décadas de 40 a 60 pelo direito ao ensino público, mas não atendeu às expectativas dos manifestantes.

Importa salientar que a autonomia intelectual e o raciocínio pessoal são fatores *si ne qua non* para o exercício de qualquer profissão e para a vida. A educação hoje deve oferecer não apenas fundamentação profissional, mas desenvolver a ciência, o espírito crítico dos alunos, a fim de formar pessoas de valor dignificante para o Brasil, para a pessoa humana e para os cidadãos.

3 ConClusão

Pode-se afirmar que a legislação brasileira atual demonstra uma significativa evolução quanto ao direito à educação e a sua garantia. Hoje é um direito consagrado como público subjetivo na Constituição Federal. Com a ampliação do rol de direitos sociais e a inclusão, neles, da educação, seu detalhamento e abrangência não vistos anteriormente nas Constituições agora são claros, inclusive com as garantias para seu cumprimento efetivo.

Em 2009 a Emenda Constitucional nº 59 determinou a modificação do art. 208 da Constituição Federal determinando a “I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.” (grifo meu).

Além de estender a obrigatoriedade do Estado quanto a oferecer a educação gratuita até o nível médio, essa Emenda consagrou a Educação de Jovens e Adultos gratuita, grandes conquistas para a nação.

É certo que um direito positivado não traz consigo sua imediata prática. Para concretizá-lo são necessárias ações governamentais para tornar esse direito uma realidade para os cidadãos.

Aos poucos as deficiências no ensino público vêm sendo trabalhadas, especialmente pela qualidade das instituições particulares. Essa não é a forma correta de suprir as carências educacionais, vez que privilegia a população mais favorecida enquanto os mais necessitados são discriminados pela falta das mesmas oportunidades, enquanto não houver uma real e prática reestruturação do sistema de ensino no Brasil.

reFerênCias

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é método Paulo Freire?* São Paulo: Brasiliense, 1981. Coleção Primeiros Passos.

BRASIL. *Constituição Federal da República de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 24 de julho de 2019.

_____. *Lei nº 9394 de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em 25 de julho de 2019.

_____. *Lei de 11 de agosto de 1827*. Cria dois cursos de ciências jurídicas e sociais, um na cidade de São Paulo e outro na de Olinda. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. *Lei de 15 de outubro de 1827*. Dá responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado e dos Conselheiros de Estado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-15-10-1827.htm. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. *Lei 9394 de 1996*. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38401-11-agosto-1827-566698-publicacaooriginal-90225-pl.html. Acesso em: 14 ago. 2019.

_____. *Constituição de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. *Constituição de 1891*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. *Constituição de 1934*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. *Constituição de 1937*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. *Constituição de 1946*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. *Constituição de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. *Emenda Constitucional nº 59 de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc59.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

CUNHA, L. A. *A universidade temporã*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1986.

FGV. *A Era Vargas: dos anos 20 a 1945*. Disponível em: <https://www5.fgv.br/fgvonline/Cursos/Gratuitos/Era-Vargas--Dos-Anos-20-A-Revolucao-De-30/OCWEVEAD-01slsh2012-1/OCWEVEAD_00/SEM_TURN0/656>. Acesso em: 22 set. 2019.

FILHO, Alberto Venancio. *Das Arcadas ao Bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

FREIRE, Paulo. *Educação e Mudança*. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1979.

MATOS, P. L. C. L. *As universidades e o governo federal*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1983.

PATTO, Maria Helena Souza. *Estado, ciência e política na Primeira República: desqualificação dos pobres*. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141999000100017>. Acesso em: 14 de agosto de 2019.

SECO, A.P.; AMARAL, T.C.I. UNICAMP. *Marquês de Pombal e a reforma educacional brasileira*. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/fontes_escritas/1_Jesuitico/ratio%20studiorum.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

SHIGUNOV NETO, A.; MACIEL, L. S. B. *O ensino jesuítico no período colonial brasileiro: algumas discussões*. Curitiba: Educar, n. 31, p. 169-189, 2008.

UNICAMP. *O método pedagógico dos jesuítas. O “Ratiuo Studiorum”*. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/fontes_escritas/1_Jesuitico/ratio%20studiorum.htm>. Acesso em: 28 set. 2019.

TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

*brasilian Constitutional tradition
Constitutionality Control*

Marcelo Oliveira

*Mestrando em Direito Público, pós-graduado em Auditoria Fiscal e Tributária,
Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Controle de Constitucionalidade nas Constituições Brasileiras; 1.1 A Constituição de 1824; 1.2 A Constituição de 1891; 1.3 A constituição 1934; 1.4 A Constituição de 1937; 1.5 A Constituição de 1946; 1.5.1 A Emenda nº 16 de 1965; 1.6 A Constituição de 1967; 1.7 A Constituição de 1988; 2 Conclusão; Referências.

introdução

O controle de constitucionalidade é, em resumo, uma ferramenta de correção, de competência do Poder Judiciário, para checagem da conformidade da legislação com os dispositivos constitucionais.

Essa ferramenta surgiu há muito tempo no nosso ordenamento jurídico, sempre nas constituições (CF), realçando a importância de quem decide a questão, o Poder Judiciário.

Consiste, atualmente, na última palavra sobre a validade de uma certa legislação, o que demonstra a importância do reiterado estudo sobre o tema, pois gera impactos na vida em Sociedade e, muitas vezes, na vida de cada um de nós.

Para tanto, analisaremos cada um dos textos constitucionais, expondo suas características.

José Afonso da Silva leciona que “Constituição é a lei fundamental de organização do Estado, ao estruturar e delimitar os seus poderes políticos”¹.

Sabedor dessa importância, ao final, elaborar-se-á conclusão sobre a atual situação do controle de constitucionalidade e como os modelos que já vigoraram nos textos constitucionais podem vir a aprimorar o sistema atual.

1 o Controle de Constitucionalidade nas Constituições brasileiras

A partir de agora analisaremos cada texto constitucional que já vigorou no Brasil, demonstrando como era e como é realizado o controle de constitucionalidade das legislações infra constitucionais em cada época.

1.1 a Constituição de 1824:

Foi a primeira Constituição, outorgada por Dom Pedro I, em 25 de março de 1824, em um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo.

Para tanto, D. Pedro I dissolveu a Assembléia Constituinte, em 1823, tornando obrigatório seu projeto, a primeira Constituição do Brasil.

Entre as principais medidas destaca-se o fortalecimento do poder do Imperador, com a criação do Poder Moderador, que estava acima dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. As províncias eram governadas por presidentes nomeados pelo Imperador e as eleições eram indiretas e

¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

censitárias. Os direitos ao voto e para ser eleito eram concedidos somente aos homens livres e proprietários, de acordo com seu nível de renda.

O Poder Judiciário era submisso aos Poderes Executivo e ao Moderador, devido a suas decisões sofrerem livre reforma desses poderes e a possibilidade de aposentar magistrados era do Poder Executivo.

Esse era o quadro da época, conforme o Marques de Paraná, segundo²:

Não tenho notícia de lei alguma posterior à Constituição, constitutiva da Magistratura, e que, regulando o que a esse respeito fosse de direito na conformidade da Constituição, tivesse decidido que o Poder Executivo não podia aposentar os magistrados. Não tenho notícia de lei alguma sobre este objeto, regulando-se nesta parte pela antiga legislação, é evidente que o monarca tinha o direito de aposentar os Magistrados. Este direito era reconhecido na Ordenação do livro 1º, Título 50, §16; este direito era reconhecido na Ordenação do livro 2º, Título 54; este direito era reconhecido também em assento da Casa da Suplicação.

Nesse quadro, quanto ao controle de constitucionalidade, a Constituição de 1824 não continha qualquer sistema assemelhado ao atual. Como regra, a CF outorgou ao Poder Legislativo essa função.

CF/1824:

Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral

[.]

VIII. Fazer Leis, interpretar-as, *suspendel-as*, e *rovogal-as*.

IX. *Velar na guarda da Constituição*, e promover o bem geral do Nação.

Demonstrava-se, assim, a supremacia do Parlamento, do Poder Legislativo.

Esse Poder só se rendia ao Poder Moderador.

CF/1824:

Art. 98. O Poder Moderador é a *chave de toda a organização Política*, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da

2 NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. 3. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente *vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.*

Ou seja, o Poder Moderador, exercido pelo Imperador, é quem tinha todo poder para decidir ao final todas as questões.

Portanto, não havia, na Constituição de 1824, qualquer modelo de controle judicial de constitucionalidade.

1.2 a Constituição de 1891

Essa Carta Magna, de 24 de fevereiro de 1891, já foi promulgada pelo Congresso Constitucional, no rastro da proclamação da República, em 15 de novembro de 1889.

O marechal Deodoro da Fonseca e Rui Barbosa, seu vice, nomearam uma comissão de cinco pessoas para apresentar um projeto a ser examinado pela futura Assembléia Constituinte. O projeto escolhido vigorou como Constituição Provisória da República até as conclusões da Constituinte, que instituiu o presidencialismo, concedeu maior autonomia aos estados da federação e garantiu a liberdade partidária.

Assim José Afonso da Silva descreve esse importante momento:

Os liberais lutaram quase sessenta anos contra esse mecanismo centralizador e sufocador das autonomias regionais. A realidade dos poderes locais, sedimentada durante a colônia, ainda permanecia regurgitante sob o peso da monarquia centralizante. A idéia descentralizadora, como a republicana, despontara desde cedo na história político-constitucional do Império. Os federalistas surgem no âmago da Constituinte de 1823, e permanecem durante todo o Império, provocando rebeliões como as “Balaiadas”, as “Cabanadas”, as “Sabinadas”, a “República de Piratini”. Tenta-se implantar, por várias vezes, a monarquia federalista do Brasil, mediante processo constitucional (1823, 1831), e chega-se a razoável descentralização com o Ato Adicional de 1834, esvaziado pela lei de interpretação de 1840. O republicanismo irrompe com a Inconfidência Mineira e com a revolução pernambucana de 1817; em 1823, reaparece na constituinte, despontando outra vez em 1831, e brilha com a República de Piratini, para ressurgir com mais ímpeto em 1870 e desenvolver-se até 1889. (SILVA, 2010, p. 76-77)³

3 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Podemos citar como inovações da Constituição de 1891, entre outras, a forma federativa de Estado e a forma republicana de governo, a independência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a separação da Igreja com o Estado, a extinção do Poder Moderador.

Nessa constituição surge o reconhecimento da competência do Supremo Tribunal Federal.

CF/1891:

Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete. [.

]

§ 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá. recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) Quando se questionar sobre a validade ou applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella;

b) Quando se contestar a validade de leis ou de actos dos governos dos Estados em face da *Constituição*, ou das leis federaes, e a decisão do Tribunal do Estado considerar validos esses actos, ou essas leis impugnadas.

[...]

Art. 60. Compete aos juizes ou Tribunaes Federaes processar e julgar:

a) As causas em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da *Constituição Federal*;

Os dispositivos acima reconhecem a competência das justiças da União e dos Estados Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição.

Resta clara a possibilidade de análise de validade das leis pelos tribunais, estaduais e federais, frente ao texto constitucional, seja por juízes estaduais ou federais

Inaugurava-se, assim o sistema de controle difuso de constitucionalidade no Direito brasileiro.

1.3 a Constituição de 1934

Em 16 de julho de 1934 surge nova Constituição, no primeiro governo do Presidente Getúlio Vargas.

Como principais disposições pode-se citar: centralização do poder no governo federal. criação da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho; surgimento do mandado de segurança e da ação popular.

De relevo podemos citar que essa Constituição sofreu três emendas em dezembro de 1935, para, segundo o texto, enfrentar “*movimento subversivo das instituições políticas e sociais*”.

Essa foi a Constituição que menos tempo vigorou, três anos. Assim descrevem Souza Neto e Sarmiento:

Em 11 de julho de 1935, invocando a Lei de Segurança Nacional recém-editada, que proibia a existência de partidos que visassem à subcesão, pela ameaça ou violência, da ordem política nacional, o Governo dissolve a Aliança Nacional Libertadora, adotando como pretexto um discurso de Luís Carlos Prestes, seu Presidente de honra, que clamara pela derrubada do “governo odioso” de Vargas. Meses depois, eclode a Intentona Comunista, rebelião militar armada, que atingiu as cidades de Natal, Recife e Rio de Janeiro. A partir de então, as instituições políticas de 1934 só conservariam a aparência de vida.⁴

Nessa constituição ocorreram profundas modificações no sistema de controle de constitucionalidade.

CF/1934:

Art 68. É vedado ao Poder Judiciario conhecer de questões exclusivamente politicas.

[...]

Art 76. A Côrte Suprema compete:

[...]

III - em recurso extraordinario, as causas decididas pelas justiças locaes em unica ou ultima instancia:

⁴— PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional, teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 122.

[...]

b) Quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal *em face da Constituição*, e a decisão do tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

c) Quando se contestar a validade de lei ou acto dos governos locais *em face da Constituição*, ou de lei federal, e a decisão do tribunal local julgar válido o acto ou a lei impugnado;

[...]

Art 91. Compete ao Senado Federal:

[...]

IV - Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou acto, deliberação ou regulamento, *quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário*;

[...]

Art 96. Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou acto governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, n. IV, e bem assim a autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o acto.

[...]

Art 179. Só por *maioria* absoluta de votos da totalidade dos seus juizes, *poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou acto do poder publico*.

[...]

Como se nota, o art. 76 manteve as disposições da Constituição de 1891, mas o art. 179 trouxe regra que só maioria absoluta de juizes de tribunal poderiam declarar inconstitucionalidade de legislação.

Era uma tentativa de diminuir a insegurança jurídica provocada pelas contínuas mudanças de entendimento.

É de se destacar, também, o surgimento de regra que confere competência ao Senado Federal para tornara "*erga omnes*" à decisão proferida pelo Poder Judiciário (arts. 91, IV, e 96).

Ponto importante a destacar é a disposição do art. 68, que vedava ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.

Apesar de sua curta vigência, não pode esquecer da importância do texto constitucional de 1934 para o desenvolvimento do controle de constitucionalidade.

Por fim, cabe ressaltar um controle de constitucionalidade indireto, efetuado pelo Senado Federal, pois a disposição do art. 91, II, determinava que cabia a esse órgão “*examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais*” (art. 91, II).

1.4 a Constituição de 1937

Em 10 de novembro de 1937, surge a Constituição de 1937. Getúlio Vargas deu um golpe de Estado, revogou a Constituição de 1934, dissolveu o Congresso e outorgou ao país, sem qualquer consulta prévia, a Carta Constitucional do Estado Novo, com a supressão dos partidos políticos e a concentração de poder nas mãos do chefe do Executivo.

Entre as principais medidas adotadas, que interessam ao nosso objeto, destacam-se: supressão da liberdade partidária; anulação da independência dos Poderes Legislativo e Judiciário; restrição das prerrogativas do Congresso Nacional; permissão para suspensão da imunidade parlamentar; instituição de eleição indireta para presidente da República, com mandato de seis anos.

A constituição de 1937 foi questionada quanto à sua vigência, pois, segundo seu principal autor, Francisco Campos, em entrevista Correio da Manhã, RJ, essa constituição deveria ser encarada como um documento que não podia “*invocar em seu favor o teste da experiência*”, pois não foi “*posta à prova*”, permanecendo “*em suspenso desde o dia de sua outorga*”. Para Campos, a Constituição de 1937 não tinha mais vigência, era: “*de valor puramente histórico. Entrou para o imenso material que, tendo sido ou podendo ter sido jurídico, deixou de o ser ou não chegou a ser jurídico por não haver adquirido ou haver perdido sua vigência*”.⁵

A constituição de 1937, no que tange ao controle de constitucionalidade, não trouxe modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, b e c) e manteve a exigência de quorum especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96).

Mas surgiu uma grande modificação, a revisão de decisão declarada inconstitucional por parte do Parlamento, devido ao Presidente

⁵ SÍTIO DO SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137571/Constituicoes_Brasileiras_v4_1937.pdf?sequence=9>.

da República defini-la como necessária ao bem estar do povo ou à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta.

CF/1937:

Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus juizes poderão os tribunales declarar a inconstitucionalidade da lei ou de acto do Presidente da Republica.

Paraphrased unico. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juizo do Presidente da Republica, seja necessaria ao bem estar do povo, á promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da Republica submettel-a novamente ao exame do Parlamento: si este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Camaras, ficará sem effeito a decisão do Tribunal.

A proposta obteve apoios importantes, como o de Cândido Motta Filho, Francisco Campos, Alfredo Buzaid e Genésio de Almeida Moura.

Os críticos da medida, como Castro Nunes, só utilizavam como fundamento que a medida era desnecessária, pois era só o Parlamento emendar a Constituição que se alcançaria o objetivo esperado.

Na verdade, naquela época, naquele regime, estava só se tentando caçar decisões judiciais.

Deve-se destacar que em 1939 o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-lei n. 1.564, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, causando repulsa nas esferas judiciárias.

1.5 a Constituição de 1946

Promulgada em 18 de setembro de 1946, a Constituição de 1946 foi gerada de forma legal, após as deliberações do Congresso recém-eleito, que assumiu as tarefas de Assembléia Nacional Constituinte.

Entre os dispositivos constantes da Carta, podemos citar o restabelecimento dos direitos individuais, o retorno da independência do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, instituição de eleição direta para presidente da República, pluralidade partidária.

Em 1961 a Constituição sofreu importante reforma, com destaque para a adoção do regime parlamentarista, em 2 de setembro, emenda motivada pela crise político-militar após a renúncia de Jânio Quadros, então presidente do país. Essa emenda foi anulada posteriormente, por

meio de plebiscito, realizado em janeiro de 1963, quando houve o retorno do regime presidencialista.

Já em 1964, o golpe militar derrubou João Goulart e conduziu o país a uma nova ditadura.

Já quanto ao controle de constitucionalidade, assim dispôs a Constituição de 1946:

Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

III - julgar *em recurso extraordinário* as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes:

a) Quando a decisão fôr *contrária a dispositivo desta Constituição* ou à letra de tratado ou lei federal;

b) Quando se questionar sobre a *validade de lei federal em face desta Constituição*, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

c) Quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local *em face desta Constituição* ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

Ainda na análise de disposição constitucional, a Constituição manteve a obrigatoriedade do voto da maioria absoluta dos membros dos Tribunais para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do poder público (Art. 200) e, também, preservou a incumbência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do STF (Art. 64).

Para registro, já que não se trata de controle de constitucionalidade de legislação propriamente dito, outra incumbência do STF presente nessa Constituição foi a de analisar representações de inconstitucionalidades formuladas pelo Procurador Geral da República, nos seguintes termos:

Art. 7º O Governo Federal não intervirá nos Estados salvo para:

[...]

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios:

- a) Forma republicana representativa;
- b) Independência e harmonia dos poderes;
- c) Temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes;
- d) Proibição da reeleição de governadores e prefeitos, para o período imediato;
- e) Autonomia municipal;
- f) Prestação de contas da administração;
- g) Garantias do Poder Judiciário.

Art. 8º A intervenção será decretada por lei federal nos casos dos nº s VI e VII do artigo anterior.

Parágrafo único. *No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se êste a declarar, será decretada a intervenção.*

Foi a chamada “representação interventiva”, função nova para o STF.

1.5.1 a emenda nº 16, de 1965

A emenda 16/1965 dispôs sobre o controle abstrato de legislações estaduais e federais.

A alteração proposta pela Emenda tinha como escopo alterar a estrutura do Poder Judiciário.

Seguem as alterações da Emenda:

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I

- processar e julgar originariamente:

[...]

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965)

Com essa disposição, foi consagrado em nosso ordenamento pátrio o controle abstrato de constitucionalidade, certo que por um único ator

com competência para tanto, o Procurador Geral da República, mas é o registro do nascedouro de uma ferramenta para o controle constitucional da legislação.

Por fim, cabe destacar que importante regra surgiu no art. 124 da Constituição, devido a essa Emenda.

Art 124 - Os Estados organizarão a sua Justiça, com observância dos arts. 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

[...]

XIII - a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de Justiça, para *declaração de inconstitucionalidade* de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965)

Com isso, por fim, surge maior clareza sobre o controle de constitucionalidade da lei municipal, com a definição pelo legislador estadual e a competência dos Tribunais de Justiça Estaduais.

1.6 a Constituição de 1967

A Constituição de 1967 surgiu em momento da história brasileira onde predominavam o autoritarismo e o arbítrio político.

Com perfil autoritário, essa constituição foi muito emendada, com instrumentos da ditadura, como o AI-5 (ato institucional nº 5) de 1968.

Nesse contexto histórico surge a Constituição de 1967, que não inovou de maneira relevante o controle de constitucionalidade, permanecendo as seguintes características da Constituição de 1946:

- a) Manutenção do controle difuso;
- b) Manutenção da ação direta de inconstitucionalidade, tal como prevista na Emenda 16/1965;
- c) A representação para fins de intervenção, de competência do Procurador-Geral da República teve seu rol de possibilidades aumentado, para assegurar observância de princípios relevantes (art. 10, VII), mas também para prover a execução de lei federal (art. 10, VI);

- d) Manutenção do controle de constitucionalidade in abstracto, tal como estabelecido pela Emenda n. 16, de 1965 (art. 119, I, l);

Por fim, cabe destacar que a Emenda n. 7, de 1977, introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, sendo legítimo o Procurador-Geral da República para provocar o STF.

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente;

[...]

l) a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual;

A motivação da época era a busca de se evitar multiplicação de demandas, mas com isso se buscava dar interpretação à legislação da forma que o regime militar almejava, de maneira célere.

1.7 a Constituição de 1988

Essa é a Constituição atual, chamada de “Constituição Cidadã”.

Surge no momento de redemocratização, a abertura política.

No governo Sarney o Congresso Nacional elaborou essa constituição.

Apesar de ser originária, a Constituição de 1988 já está na Emenda 102, demonstrando um alto grau de flexibilidade no texto constitucional, o que pode sugerir ausência de sentido de direção para o futuro do país.

O sistema de controle de constitucionalidade da Constituição de 1988 possui a possibilidade de controle da legislação pelo modelo difuso, em que todo juiz e tribunal pode avaliar a constitucionalidade do ato.

Soma-se a isso uma variedade de ações voltadas ao controle abstrato no STF, como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

A Constituição de 1988 adotou, também, o modelo abstrato de controle de constitucionalidade, concentrando no STF a competência para processar e julgar ações nas quais se apresenta alguma litigiosidade

constitucional. Com isso todos litígios de relevância passaram a ser submetidos diretamente ao STF, pois há, inclusive, possibilidade de obtenção de cautelar.

A Constituição Federal de 1988 prevê (art. 103), como ações típicas do controle abstrato de constitucionalidade, a ADI, a ADC, a ADO e a ADPF.

adi:

Nas lições de Gilmar Mendes⁶, a ADI é o instrumento destinado à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, utilizando como parâmetro de controle, exclusivamente, a Constituição vigente. As decisões proferidas em ADI possuem eficácia *ex tunc*, erga omnes e efeito vinculante para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta. Nessa ação o Plenário do Tribunal pode modular os efeitos das decisões, facultando ao STF declarar a inconstitucionalidade da norma:

- a) A partir do trânsito em julgado da decisão (declaração de inconstitucionalidade *ex nunc*);
- b) A partir de algum momento posterior ao trânsito em julgado, a ser fixado pelo Tribunal (declaração de inconstitucionalidade com eficácia pro futuro);
- c) Sem a pronúncia da nulidade da norma; e
- d) Com efeitos retroativos, mas preservando determinadas situações.

adC:

Já a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) é o instrumento para ratificar, pelo STF, a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Para sua proposição há a necessidade de controvérsia ou dúvida relevante quanto à legitimidade da norma.

A legislação que dispõe sobre a ADC torna possível que o STF conceda medida cautelar, obrigando juízes e Tribunais a suspender julgamento de processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo sob análise.

⁶ Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1381_Texto_-_Gilmar_Mendes.pdf>.

Igualmente a ADI, as decisões proferidas em ADC possuem eficácia *ex tunc*, erga omnes e efeito vinculante para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta, existindo, ainda, a possibilidade que o tribunal module os efeitos das decisões.

ado:

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) é o instrumento destinado a controle de constitucionalidade por omissão de órgãos que, segundo o texto constitucional, têm a competência para a realização de certa providência constitucional, sejam eles órgãos federais ou estaduais, seja a sua atividade legislativa ou administrativa, desde que se possa afetar a efetividade da Constituição.

A ADO pode ter como objeto tanto a omissão total do legislador, quanto a parcial.

Em decisões mais recentes do STF adotou-se a tese de que, diante da demora na correção da omissão por quem de direito, deve o STF adotar medidas para regular a questão, por certo prazo ou até que o legislador cumpra com seu papel e preencha a lacuna legislativa.

Ou seja, mesmo não afirmando esse posicionamento, o STF passou a exercer a competência de legislador, até por que o Poder Legislativo pode não legislar por, em sua maioria, entender que a situação atual encontra-se resolvida.

adpF:

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), exemplo de ferramenta de controle de constitucionalidade no modelo concentrado, pode ocorrer por:

- a) Impugnação direta de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal. ou
- b) Provocação a partir de situações concretas, que levem à impugnação de lei ou ato normativo.

Na ADPF há a necessidade de uma legitimação para agir in concreto, que se relaciona com a existência de um estado de incerteza, gerado por dúvidas ou controvérsias sobre a legitimidade da legislação. Essa ação só será admitida se não houver outro remédio jurídico para combater a lesão do direito (ADI, ADC, ADO).

Essa ação é cabível especialmente para controle de legitimidade do direito pré-constitucional, do direito municipal em face da Constituição Federal, nos litígios sobre direito pós constitucional já revogado ou cujos efeitos já se exauriram, para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Julgada a ação deverá ser feita comunicação às autoridades responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

2 Conclusão

De todo relato sobre a história do controle de constitucionalidade nas constituições brasileiras resta claro sentimento que o STF vem, ao longo do tempo, crescendo em Poder, usurpando funções de outros Poderes, tornando-se um monopolista sobre a razão, a moral, os costumes.

Atualmente, as diversas formas de controle de constitucionalidade, algumas criadas pela mente de integrantes desse excelso colegiado, possibilitam a elaboração de normas sobre casos complexos da sociedade, sempre utilizando a justificativa indireta que o Poder Legislativo não cumpre sua missão.

Destarte, o Poder Legislativo, Poder mais próximo da população, pode entender que aquele assunto, aquela controvérsia, não merece alteração legal naquele momento.

Outra demonstração de Poder é que integrante isolado do STF pode conceder cautelar em ADPF e suspender a eficácia de legislação, aprovada pela maioria dos congressistas e sancionada pelo Presidente da República, todos eleitos.

Como citado, em casos de ADO o STF já está determinando o que deve ser feito para sanar a omissão legislativa que a maioria de seus onze integrantes entende que já deva ser implementada.

Se isso não for legislar nada mais o é.

Não devemos esquecer sobre as críticas reiteradas que o STF vem sofrendo, pela forma de escolha de seus integrantes, pelo longo período de permanência de cidadãos como Ministros do Supremo, pela ausência de qualquer controle sobre suas decisões, por não haver a participação popular, o voto, na escolha dos Ministros.

Uma possibilidade que pode ser implementada já ocorreu no Brasil.

Naquela época, 1937, buscava-se o controle, a domesticação do Poder Judiciário, pois o Presidente da República tinha absoluto controle dos integrantes do Poder Legislativo, quadro muito diverso do que acontece atualmente.

Esse seria o teor da alteração constitucional:

Art XX - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Congresso Nacional e se este a confirma, por dois terços de votos na Câmara e no Senado Federal, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

As vantagens dessa alteração:

- 1) Somente maioria de votos nos tribunais poderiam decretar a inconstitucionalidade de legislação, o que aumenta a segurança jurídica, pois retira de juízes singulares esse poder;
- 2) O STF continuaria com suas atribuições, julgando as ações existentes atualmente, mas poderia ser questionado;
- 3) Poderia, pois o Presidente da República - cidadão eleito pela maioria dos brasileiros eleitores - teria o poder discricionário de questionar, ou não, a decisão;
- 4) O STF seria questionado em suas decisões primeiro pelo Presidente da República, como já dissemos, depois essa decisão passaria pela análise dos Congressistas, que teriam que alterá-la por quorum qualificado (2/3);
- 5) Assim, finalmente, o STF sofreria algum tipo de controle, controle pelos que foram democraticamente eleitos pelo povo.

Portanto, após o histórico do controle de constitucionalidade em nossas sete Constituições, resta claro que os modelos vigentes ainda merecem estudos, estudos que aperfeiçoem o modelo atual e o torne mais transparente, democrático, passível de críticas e correção.

Esse é o desafio que se coloca para o Direito Constitucional, a fim de evitarmos um alto grau de empoderamento de um Poder, o Poder Judiciário, sobre os demais Poderes da República, o que enfraqueceria, sobremaneira, nossa Democracia.

reFerênCias

MENDES, Gilmar Ferreira. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. 3. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional, teoria, história e métodos de trabalho*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SÍTIO DO SENADO FEDERAL. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/137571/Constituicoes_Brasileiras_v4_1937.pdf?sequence=9>.

A TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: DA POLÍTICA URBANA E DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

Marco Roberto Serra Lyrio

Mestrando em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (1999). Oficial Registrador de Imóveis.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Histórico; 2 Da Regularização Fundiária Urbana; 3 DO Papel do Registro de Imóveis; 4 Da Lei de Regularização Fundiária Urbana; 5 Conclusão; Referências.

introdução

A atual Constituição Federal trata da Política Urbana a partir do artigo 182 e rege que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade.

1 histÓriCo

Com a independência do Brasil em 1822, o sistema de sesmarias e as Capitânicas Hereditárias foram extintos, deixando as grandes propriedades sem nenhum respaldo legal. Somente em 1850, com a Lei de Terras, houve possibilidade jurídica de manter a concentração fundiária (lei que, aliás, foi mantida pela Constituição de 1891 e pelo Código Civil de 1916).¹

Assim, temos que a questão fundiária no Brasil iniciou-se em 18 de setembro de 1850 com a Lei de Terras. A Lei 601/1850 tratava de terras devolutas do Império Brasileiro, e assim dispunha:

Dispõe sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais. bem como por simples título de posse mansa e pacífica; e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso, assim para empresas particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionais e de estrangeiros, autorizado o Governo a promover a colonização estrangeira na forma que se declara.

Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.

Art. 2º Os que se apossarem de terras devolutas ou de alheias, e nellas derribarem mattos ou lhes puzerem fogo, serão obrigados a despejo, com perda de bemfeitorias, e de mais soffrerão a pena de dous a seis mezes do prisão e multa de 100\$, além da satisfação do damno causado. Esta pena, porém, não terá logar nos actos possessórios entre heréos confinantes.

¹ DEL-NEGRI, André. *A divisão no espaço urbano*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 48.

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em commisso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commisso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem occupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.

[...]

Art. 14. Fica o Governo autorizado a vender as terras devolutas em hasta publica, ou fóra della, como e quando julgar mais conveniente, fazendo previamente medir, dividir, demarcar e descrever a porção das mesmas terras que houver de ser exposta á venda”

É oportuno registrar que o Parlamento brasileiro à época era dominado pelos grandes proprietários, ao lado dos senhores de escravo. Por essa razão o campo foi fechado para os hipossuficientes a fim de evitar que eles tivessem livre acesso à terra. Os latifundiários (3% dos proprietários) possuíam em torno de 70 a 80% de todas as terras ocupadas no Brasil.²

O país, ao tempo da Monarquia, ao cabo do século XIX, era um país essencialmente agrário, voltado para a produção quase exclusiva de café e cana-de-açúcar, com mão de obra completamente escrava. Porém, em 1888, a Princesa Isabel sancionou a Lei João Alfredo, mais conhecida como Lei Áurea. À época, havia, no país, aproximadamente 600 mil escravos. A fuga em massa dos escravos se tornou incontrolável, e, nas zonas onde a prosperidade econômica um dia reinou, agora desaparecera. Com esse quadro deficitário, a bem da verdade os “senhores” livraram-se de obrigações onerosas e incômodas. Tem-se, aí, uma das primeiras causas desse processo de transferência para a cidade por causa das oportunidades precárias. Os ex-cativos, sem aptidão para a vida social moderna, expostos

² DEL NEGRI, André. *A divisão no espaço urbano*. Belo Horizonte: Fórum; 2012. p. 49.

ao interesse da classe dominante, tiveram que concorrer com os imigrantes europeus que absorveram as melhores oportunidades de trabalho livre e independente.³

O fato é que é muito difícil reconstruir e interpretar com objetividade as disposições que orientaram os desjustamentos da sociedade brasileira e os consequentes desdobramentos no setor de urbanização. Mas, em sumária e imperfeita condensação, evidencia-se que até 1950, 80% da população brasileira vivia na zona rural, e, na década de 60, com um crescimento econômico vigoroso, média de 10% ao ano (o chamado milagre econômico), o país sofreu os efeitos de uma industrialização que modificou a cena histórica brasileira progressivamente.⁴

2 da regularização Fundiária urbana

O crescimento muitas vezes desordenado dos grandes centros urbanos e a explosão demográfica brasileira em curto espaço de tempo causaram diversos problemas estruturais que, por falta de regramento jurídico específico sobre determinados temas, ou mesmo por desconformidade entre as normas existentes e a realidade fática dos tempos hodiernos, não apenas impedem a concretização do direito social à moradia, como ainda produzem efeitos reflexos negativos em matéria de ordenamento territorial, mobilidade, meio ambiente e até mesmo saúde pública.⁵ A existência de uma ordem urbanística tem sua afirmação nos seguintes princípios, em uma visão ampla: função social da propriedade, função social da cidade, obrigatoriedade do planejamento participativo, justa distribuição do ônus decorrente do processo de urbanização, coesão dinâmica e cooperação entre os setores público e privado.⁶

Fruto da Política Pública Urbanística, a Lei Federal 13.465/2017, dispõe sobre a regularização fundiária urbana. Por esta legislação, ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), que abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos

3 DELNEGRI, op. cit.

4 Ibidem, 52.

5 BRASIL. EMI nº 00020/2016 MCidades MP CCPR. *Exposição de motivos da Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP%20759-16.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

6 CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Violência x Cidade: O papel do Direito Urbanístico na violência urbana*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 45.

urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.⁷

A Regularização Fundiária Urbana tenciona ampliar as ações do Governo orientadas a garantir, aos cidadãos, segurança de moradia, além de condições mínimas para que possam viver com dignidade. Referida iniciativa tem como escopo o imperioso aspecto jurídico da titulação daqueles que irregularmente detêm imóveis públicos ou privados.⁸ Desta forma, inevitável a cooperação entre Poder Público e Serviço de Registro de Imóveis para a efetividade da Regularização Fundiária Urbana.

Em nosso país, as demandas por políticas públicas, há muito concentraram-se na correção do déficit habitacional quantitativo, alcançado pela Lei Federal 11.977/2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.⁹ Faltava, então, robustecer outro suporte em que se apoia a questão urbana no País: o reconhecimento formal, pelo poder Público, das ocupações clandestinas e irregulares nas cidades brasileiras – situação fática que não poderia permanecer alheia aos mecanismos jurídicos.¹⁰ Esta informalidade diz respeito, à irregularidade das ocupações, sob a forma de parcelamentos do solo, de conjuntos habitacionais ou condomínios. É, então, especificamente no Registro de Imóveis que serão feitos os serviços técnicos para solução do aspecto jurídico da titulação, que se materializam na abertura da matrícula, e posteriores registros das Certidões de Regularização Fundiária (CRF) e da legitimação fundiária almejados na Reurb.

Como já mencionado, a irregularidade de núcleos urbanos informais atinge todo o país. A efetividade da regularização fundiária torna-se necessária, útil e adequada na medida em que a ilegalidade da propriedade ou da posse apresenta-se como problema social com potencialidade para gerar grandes conflitos urbanos, ou colocar em risco a integridade física

7 BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.

8 BRASIL. *EMI nº 00020/2016 MCidades MP CCPR. Exposição de motivos da Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP%20759-16.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

9 BRASIL. *Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.

10 BRASIL. *EMI nº 00020/2016 MCidades MP CCPR. Exposição de motivos da Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP%20759-16.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

e patrimonial das pessoas, além de gerar ou agravar a iniquidade social e os impactos ambientais.¹¹

3 do papel do registro de imóveis

As principais atribuições de ordenação e controle da atividade urbanística são competência do Poder Público local, no entanto, não é excesso do legislador a utilização de outras ferramentas destinadas à promoção da legalidade urbana. Entre tais instrumentos, a lei erigiu o Registro de Imóveis. Nesse contexto, maior força é atribuída ao procedimento de qualificação registral, o qual deixa de ser mero exame negocial, para assumir ares de essencialidade no âmbito do desenvolvimento urbano. A função urbanística do Registro de Imóveis implica um segundo controle, que é indireto, mas fundamental para a afirmação de uma cidade estruturada, com aptidão ao desenvolvimento sadio.¹²

Especificamente sobre a participação do registrador imobiliário na Política Pública Urbanística para a Reurb, os registros da CRF e do projeto de regularização fundiária aprovado serão requeridos diretamente ao Oficial do Cartório de Registro de Imóveis da situação do imóvel.¹³ Desta forma, surgem os efeitos jurídicos do registro público: a) constitutivo (porque sem o registro o direito não nasce); b) comprobatório (porque o registro prova a existência e a veracidade do ato ao qual reporta); e c) publicitário (porque o ato registrado é acessível ao conhecimento de todos, interessados e não interessados).¹⁴

A regularização fundiária revela-se como elemento importante para o desenvolvimento sustentável, que deve conciliar o uso produtivo da propriedade, promover a equidade social e assegurar a proteção do meio ambiente.¹⁵ Desta forma, a Reurb será efetiva. Pois a efetividade é

11 REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. A regularização fundiária urbana e rural: necessidade de marcos teóricos e de políticas públicas distintos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n° 2, 2017 p. 46. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4748/4748>> Acesso em: 01 ago. 2019.

12 CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; OLIVEIRA, Fernanda Loures de. A função urbanística do registro de imóveis na inscrição de construções. *Revista Brasileira de Políticas Públicas (Online)*, Brasília, v. 7, n° 2, 2017 p. 90. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4734/pdf>> Acesso em: 01 ago. 2019.

13 BRASIL. *Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018*. Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9310.htm>. Acesso em: 01 ago. 2019.

14 CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 5.

15 REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. A regularização fundiária urbana e rural: necessidade de marcos teóricos e de políticas públicas distintos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*,

o passo para além do mundo jurídico, sendo a realização do direito no desempenho concreto de sua função social.¹⁶

4 da lei de regularização Fundiária urbana

A Lei 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária urbana, foi bem didática sobre o tema. Por esta legislação temos inúmeros instrumentos para avançar sobre problemas concretos e alterar situações de irregularidades.

Indigitada Lei Federal enumera os objetivos da Reurb, a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. São eles: a) identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior; b) criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes; c) ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados; d) promover a integração social e a geração de emprego e renda; e) estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade; f) garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas; g) garantir a efetivação da função social da propriedade; h) ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; i) concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo; j) prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais; k) conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher; e, l) franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária.

Sobre os legitimados para requerer a Reurb, a legislação específica enumerou que são: a) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, diretamente ou por meio de entidades da administração pública indireta; b) os seus beneficiários, individual ou coletivamente, diretamente ou por meio de cooperativas habitacionais, associações de moradores, fundações, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público ou outras associações civis que tenham por finalidade atividades nas

Brasília, v. 7, nº 2, 2017 p. 46. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/47484748>> Acesso em: 01 ago. 2019.

16 BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 84.

áreas de desenvolvimento urbano ou regularização fundiária urbana; c) os proprietários de imóveis ou de terrenos, loteadores ou incorporadores; d) a Defensoria Pública, em nome dos beneficiários hipossuficientes; e, e) o Ministério Público.

Acerca das modalidades a Reurb pode ser dividida em duas: a) Reurb de Interesse Social (Reurb-S) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal; e b) Reurb de Interesse Específico (Reurb-E) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese de que trata o inciso I deste artigo.

Poderão ser empregados, no âmbito da Reurb, sem prejuízo de outros que se apresentem adequados, os seguintes institutos jurídicos: a) a legitimação fundiária e a legitimação de posse, nos termos da Lei; b) a usucapião; c) a desapropriação em favor dos possuidores; d) a arrecadação de bem vago; e) o consórcio imobiliário; f) a desapropriação por interesse social, g) o direito de preempção, h) a transferência do direito de construir, i) a requisição, em caso de perigo público iminente; j) a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular; k) a alienação de imóvel pela administração pública diretamente para seu detentor; l) a concessão de uso especial para fins de moradia; m) a concessão de direito real de uso; n) a doação; e o) a compra e venda.

Destes institutos, destacamos a legitimação fundiária. Esta é colocada como um ponto de discórdia entre juristas e doutrinadores. Inclusive sendo objeto tratado em Ações Diretas de Inconstitucionalidade sobre a Lei Federal 13.465/2017. Referidas ações foram protocoladas no Supremo Tribunal Federal, em sequência cronológica: ADI 5771 (pela PGR); ADI 5787 (pelo PT), e ADI 5883 (pelo IAB).

5 Conclusão

Numerosos autores identificam a política pública com o programa de ação governamental. A vantagem dessas definições é permitir delimitar um objeto de investigações relativamente concreto (ex.: a política urbana) como o conjunto dos programas governamentais nos respectivos campos (ex.: do urbanismo).¹⁷ Mas, antes de ser um campo, as políticas públicas são, fundamentalmente, objetos de investigação.¹⁸ As políticas públicas

¹⁷ MULLER, Pierre. *Las Políticas Públicas*. Tradução de Carlos Salazar, do original em francês *Les Politiques Publiques*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 48.

¹⁸ SUREL, Yves. *As políticas públicas como paradigma*. Tradução de Javier Sánchez Segura, do original em francês *Les politiques publiques comme paradigmes*. De Alain Faure, Gilles Pollet y Philippe Warin. 1995. p. 41.

têm distintos suportes legais. Podem ser expressas em disposições constitucionais, em leis, ou em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza.¹⁹

Vemos, então, que o trabalho jurídico exerce efeitos múltiplos: pela própria força da codificação, que subtrai as normas à contingência de uma ocasião particular, ao fixar uma decisão exemplar (uma lei, por exemplo) numa forma destinada, ela própria, a servir de modelo a decisões posteriores, e que autoriza e favorece ao mesmo tempo a lógica do precedente, fundamento do modo de pensamento e de ação propriamente jurídico.²⁰

Representando esta codificação exemplar, a Lei 13.465/2017 instituiu normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana. Os Poderes Públicos, então, formularão e desenvolverão, no espaço urbano, as políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, de forma a buscar a ocupação do solo de maneira eficiente e combinar o seu uso de forma funcional.²¹

reFerênCias

AUGUSTO, Eduardo Agostinho Arruda. *Registro de Imóveis, retificação de registro e georreferenciamento: fundamento e prática*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Lisboa: Difel Difusão Editorial, 1989.

BRASIL. *Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018*. Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9310.htm>. Acesso em: 01 ago. 2019.

_____. *EMI nº 00020/2016 MCidades MP CCPR*. Exposição de motivos da Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/medida-provisoria/MP759.htm>. Acesso em: 01 ago. 2019.

19 BUCCI, Maria Paula Dalari (org.) *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11.

20 BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Lisboa: Difel Difusão Editorial, 1989. p. 245.

21 BRASIL. *Decreto nº 9.310, de 15 de março de 2018*. Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9310.htm>. Acesso em: 01 ago. 2019.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP%20759-16.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____. *Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994*. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm#direitocoisalivroi>. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____. *Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 30 jul. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dalari (org.) *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; MENDES, Leonardo José Martins. Função Social da Cidade: Norma-Princípio, Cláusula Geral ou Conceito Jurídico Indeterminado? *Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, n. 65, abr./maio 2016.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli et al. Análise social da pós-titulação na regularização fundiária de interesse social brasileira. *Revista Magister de Direito Ambiental*, n. 75, p. 39, dez./jan. 2018.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; OLIVEIRA, Fernanda Loures de. A função urbanística do registro de imóveis na inscrição de construções. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 2, 2017. p. 90. Disponível em:

<<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4734/pdf>> Acesso em: 01 ago. 2019.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Violência x Cidade: O papel do Direito Urbanístico na violência urbana*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e dos Registradores comentada (Lei n. 8.935/94)*. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 42. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502211650/cfi/42!4/4@0.00:10.4>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos comentada*. São Paulo: Saraiva. 2003.

DEL NEGRI, André. *A divisão no espaço urbano*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registros de Imóveis*. São Paulo: Saraiva. 2010.

REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. A regularização fundiária urbana e rural: necessidade de marcos teóricos e de políticas públicas distintos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas (Online)*, Brasília, v. 7, n. 2, 2017. p. 46. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/4748/4748>>. Acesso em: 01 ago. 2019.

MONEBHURRUN, Nitish. *Manual de Metodologia Jurídica: técnicas para argumentar em textos jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MULLER, Pierre. *Las Políticas Públicas*. Tradução de Carlos Salazar, do original em francês Les Politiques Publiques. Vargas Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

NASCIMENTO, Irley Carlos Siqueira Quintanilha; VARELLA, Marcelo Dias. Tabelaes e registradores nos arranjos institucionais de políticas públicas brasileiras de desjudicialização. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 51. jul./dez. 2017. p. 120. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=3&sid=8905d32f-df45-4614-ad48-fc85e04c1607%40sessionmgr4007>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. São Paulo: Cortez, 2008.

SUREL, Yves. *As políticas públicas como paradigma*. Tradução de Javier Sánchez Segura, do original em francês Les politiques publiques comme paradigmes. De Alain Faure, Gilles Pollet y Philippe Warin. 1995.

VARELLA, Marcelo Dias. *A efetividade do Direito Internacional Ambiental. Efetividade do Direito Internacional Ambiental: análise comparativa entre as convenções da Cites, CDB, Quioto e Basiléia no Brasil*. 2007. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11333/1/Efetividade.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2019.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Porto Alegre: Bookman, 2001.

COTAS RACIAIS: O SISTEMA DE COTAS RACIAIS NO BRASIL TEM FUNCIONADO COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO DAS DESIGUALDADES, OU ESTÁ SERVINDO APENAS PARA ACIRRARAS DESIGUALDADES?

*Maria Margarida Moura da Silva
Mestranda em Direito pelo
UniCEUB.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A trajetória do afrodescendente no Brasil; 1.1 A questão do negro no Brasil; 1.2 Mit da democracia racial; 1.3 Racismo; 2 Análise constitucional sobre as cotas raciais; 2.1 A Necessidade de atuação do Estado para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais; 2.2 A relação dos princípios constitucionais frente o sistema das cotas raciais; 2.2. 1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 3.2.2 Princípio da Igualdade; 3 Ações afirmativas no Supremo Tribunal Federal (STF) e legislações específicas; 3 .1. Julgado do Supremo Tribunal Federal sobre o tema sistemas de cotas – caso Universidade de Brasília (UNB); 3.2. Estatuto da Igualdade Racial; 3.3. Lei de Cotas; 4 Considerações sobre as Ações Afirmativas; 4.1. O ensino superior e Ações Afirmativas; 4.2. Análise sobre as cotas raciais no Brasil; 5 Conclusão; Referências.

introdução

O presente artigo tem como objetivo discutir sobre o sistema de cotas raciais voltados a determinados grupos étnico-raciais, principalmente, aos afrodescendentes, à luz dos Princípios Constitucionais, como o princípio da Igualdade e dignidade da pessoa humana, no que diz respeito ao direito de acesso às instituições de ensino superior público no Brasil.

Ademais, este trabalho visa também à compreensão das razões jurídicas para a implantação de ações afirmativas no país na área educacional, uma vez que o acesso ao ensino superior, por meio do sistema de cotas apresenta-se como mecanismo eficaz para a adoção de políticas afirmativas, pois, embora não exista unanimidade acerca do tema, a instituição de ações afirmativas não fere os ditames constitucionais.

Após, realizada a compreensão e investigação histórica sobre o negro no Brasil e o racismo, será analisada a decisão do Supremo Tribunal Federal, que considerou válidas as cotas, sendo estas necessárias para a equiparação de direitos. Pretende assim este trabalho mostrar a importância do Estado em atuar e criar mecanismos de inclusão de grupos por meio de ações afirmativas e como estas criações podem ser efetivadas. Em seguida, far-se-á um estudo sobre os princípios constitucionais, que chamam à atenção por ser direitos inerentes a todos, independente, de raça, cor, sexo, religião e etnia, mais especificamente sobre os princípios já referenciados.

Serão mostradas e estudadas algumas leis específicas sobre o tema, tais como: o Estatuto da Igualdade Racial, que é a lei antirracismo que veio para combater o preconceito e as desigualdades e a Lei de Cotas, que se faz importante atualmente, pois, por meio dela foram instituídas as cotas sociais e raciais pelas instituições federais.

Por fim, será apresentado o conceito das ações afirmativas, observando brevemente suas peculiaridades, em especial como foi o surgimento, qual o seu papel e como elas funcionam para que se chegue à compreensão da necessidade de criação destes sistemas de inclusão.

Dentro da sistemática das cotas será realizada a justificação das normas criadas atualmente para equiparar as relações no que se refere ao ingresso dos afrodescendentes às instituições educacionais, buscando ampliar o acesso das gerações atuais ao ensino superior. Além do que o discurso da legitimidade e da legalidade de medidas de inserção social em sociedade democrática deve permear a justificativa das ações afirmativas no Brasil. Tais medidas, de cunho compensatório, precisam propiciar a democratização do ensino superior.

1. a trajetória do afrodescendente no Brasil

A trajetória do negro na história brasileira é marcante, por isso, neste capítulo é discutido um pouco sobre a sistemática do negro em nossa sociedade. O Brasil é um país onde há preconceitos, discriminações e desigualdades em relação a cor de um indivíduo, elas são encontradas na falta de oportunidades sociais e econômicas.

Pelo que se observa ao longo da história, a injustiça social parece ter se tornado eterna, tendo em vista que quanto mais se busca igualar, mais distante fica essa igualdade. Sabemos que essa desigualdade deveria ter acabado após a abolição da escravidão, pois buscava-se a superação da segregação social e racial.

Embora não devesse haver discriminação entre as classes sociais e entre segmentos étnicos, pois juridicamente todos são iguais, nem os movimentos sociais e nem as Constituições conseguem desconstruir essa imagem negativa do Brasil. Os movimentos sociais negros têm uma responsabilidade grande no que diz respeito às mudanças de comportamentos. Já o Estado propõe garantir a diversidade e ampliar os espaços públicos e a representatividade dos grupos historicamente discriminados, pois ao se falar em ampliar os espaços públicos, pode ser entendido como um favor para os negros na sociedade, o que não é verdade. Essa ampliação busca apenas reparar as distorções vivenciadas pelos negros nos mais diversos seguimentos sociais.

Conforme se verifica na história do Brasil, desde o final do século XX, tem-se observado pequenas modificações nas relações entre sociedade civil e o Estado brasileiro. Porém essas mudanças não vieram por livre iniciativa do poder estatal, e sim graças aos movimentos sociais, como por exemplo, o Movimento Negro, que tem buscado implementação de políticas públicas inclusivas, exigindo do Estado a implementação dessas políticas como forma de concretizar o Princípio Constitucional da Igualdade.

1.1. a Questão do negro no Brasil

Na época da escravidão, passado histórico que deixou grandes marcas, as desigualdades tanto sociais, econômicas e educacionais deixaram marcas que refletem nos dias atuais. Tanto naquela época quanto atualmente os negros não eram valorizados, assim como ainda não os são atualmente. Mesmo tendo se passado tanto tempo o Estado pouco tem feito para tornar a inclusão do negro no cenário digno de mudança, uma vez que embora de forma velada, a escravidão ainda é uma realidade em nosso País, assim como era no passado, quando os africanos foram retirados a força de seus Países para exercer atividades pesadas sem remuneração e em condições

desumanas. A escravidão de fato nunca terminou, embora em 1888, com a decretação da Lei Áurea, juridicamente ela tenha sido extinta, a realidade ainda diverge da lei. Os negros, embora exerçam atualmente atividades remuneradas, estas são inferiores as dos brancos, continuam sendo tratados como escravos em seus ambientes de trabalho. O trecho a seguir, traduz um pouco a questão ora em comento.

Após a abolição, a vida dos negros brasileiros continuou muito difícil. O Estado brasileiro não se preocupou em oferecer condições para que os ex-escravos pudessem ser integrados no mercado de trabalho formal e assalariado. Muitos setores da elite brasileira continuaram com o preconceito. Prova disso, foi a preferência pela mão-de-obra européia, que aumentou muito no Brasil após a abolição. Portanto, a maioria dos negros encontrou grandes dificuldades para conseguir empregos e manter uma vida com o mínimo de condições necessárias (moradia e educação principalmente). ¹ (Grifo nosso)

O autor Álvaro Ricardo, ressalta que é um mito ter a ideia de que o negro teria aceitado passivamente o cativo, aguardando por 400 anos o ato de boa vontade da Princesa Isabel, não corresponde nem de longe à verdade. As rebeliões foram constantes, sendo a maior de suas manifestações o aquilombamento de Palmares. (2003, p.155). Houve muitas manifestações contra a escravidão inclusive feita pelos próprios negros.

1.2. mito da democracia racial

Ainda há em nossa sociedade aqueles que afirmam que no Brasil as várias etnias existentes vivem em plena harmonia. Em parte, essa noção encontra respaldo na obra de Gilberto Freyre “Casa Grande & Senzala”, o autor interpreta o passado escravista colocando uma visão otimista de tolerância e da mestiçagem, tendo a democracia racial reinventada de boa convivência e paz social que caracterizaria o Brasil.

Este fato pode ser verdadeiro para muitas pessoas quando compara o Brasil com o Estados Unidos, onde havia leis que privaram os cidadãos negros de uma série de direitos que incluíam a restrição de casamento com brancos, regras quanto ao uso de transportes, banheiros públicos, escolas etc. Nos Estados Unidos a Ku Klux Klan atuou e atua violentamente e os militantes dos direitos civis como Malcolm X e Martin Luther King foram assassinados por defenderem a igualdade entre os povos.

¹ Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/historiodobrasil/abolicao.htm>>. Acesso em

No Brasil, não houve experiência similar, pelo menos de forma tão declarada, e apesar da sociedade ter repensado profundamente a teoria de Freyre, muitos insistem em sua validade, nós não somos o paraíso da democracia racial e isso já foi percebido a tempos. Alegar que todos são tratados da mesma forma ou que o Brasil é um país onde não há preconceito ou discriminação de raça ou de cor e as diferenças são absorvidas de forma cordial, são argumentos inverídicos e todos já têm conhecimento, a igualdade que tanto se almeja fica somente no papel.

Na tentativa de amenizar o cenário discriminatório no Brasil, a Constituição de 1988 tornou o crime de racismo inafiançável e imprescritível, portanto, a legislação brasileira dava prova de que o mito da democracia racial não era verdadeiro, pois não há sentido combater o que não existe. Ora, se o Brasil não é um País racista, qual o sentido de se buscar igualar as desigualdades sociais por meio de leis? Se não existe a afirmação de que somos um país racista, como a sociedade poderá mudar? A prova de que ainda somos um País racista é a busca constante pela igualdade.

1.3. raCismo

É de conhecimento de todos que o Brasil é formado por várias etnias e culturas, o que formou uma sociedade multicultural desde a época colonial que por consequência trouxe desigualdades que perduram até os dias atuais. Desde a origem da sociedade brasileira o racismo existe, podemos dizer que o racismo no País ocorre de maneira velada, apesar de presente e permanente, segundo Carrara (2009, p.197). A raça é uma doutrina que afirma não só a existência das raças, mas também a superioridade natural e, portanto, hereditária, de uma sobre as outras.

O racismo está atrelado à escravidão, mas é após a escravidão que ele se estrutura, com bases em teorias de inferioridade biológica dos negros. A primeira dificuldade para definir o racismo é assumir a existência entre nós, e ela é considerada uma prática social negativa, pois a maioria das pessoas não se identifica como um ser racista.

A teoria do racismo deu-se em meados do século XIX, a partir das interpretações equivocadas e abusivas das teorias evolucionistas de Charles Darwin. Foi feita uma hierarquização das diferenças de ordem física que se constatam entre os seres humanos, transformando-as em desigualdades, em marcas de superioridade para uns/mas (fenótipo branco/europeu) e de inferioridade para outros/as (negro/africano) (SILVA, 2001, p.76)

Algumas pessoas ainda têm um sentimento de inferioridade em relação ao negro. Dessa forma, é no passado aonde podemos levantar as questões sobre como o brasileiro lida com a questão racial. A escravidão

africana instituída em solo brasileiro, mesmo sendo justificada por preceitos de ordem religiosa, perpetuou uma ideia corrente onde as tarefas braçais e subalternas são de responsabilidade dos negros. O branco, europeu e civilizado, tinha como papel, no ambiente colonial, liderar e conduzir as ações a serem desenvolvidas pelos negros. Em outras palavras, uns (brancos) nasceram para o mando, e outros (negros) para a obediência. Tudo isso contribuiu para perpetuação do racismo, ele não acontece da mesma forma na era colonial, mas como dito acontece de maneira “sutil”, muitas vezes pelo julgamento prévio pelo estereótipo, por exemplo, fazendo com que a prática de exclusão limite os espaços sociais e as oportunidades dos grupos historicamente discriminados.

2. análise Constitucional sobre as Cotas raciais

No dia 26 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que são constitucionais e legítimas as políticas de ação afirmativa adotadas para favorecer a inclusão social da população negra. Entre onze ministros que compõem o STF, dez disseram sim às ações afirmativas (um ministro não participou do julgamento em razão de ter emitido opinião no processo à época em que era Advogado Geral da União). Em raras oportunidades, o STF decide por unanimidade. Desta vez, nenhum juiz posicionou-se contra o voto do relator, o ministro Ricardo Lewandowski. Todos concordaram que no Brasil há racismo, que os negros não têm as mesmas oportunidades e que é responsabilidade do Estado garantir igualdade na prática. (REVISTA RAÇA, 2012, p.58)

A decisão do STF significou, também, uma derrota do racismo, especialmente de certos setores da imprensa que, nestes últimos anos, se esmeraram em tentar desqualificar a reivindicação por políticas de ação afirmativa. (REVISTA RAÇA, 2012, p.60)

As políticas de reserva garantem o acesso de negros e índios a instituições de ensino superior em todo o país. O tribunal decidiu que as políticas de cotas raciais nas universidades estão de acordo com a Constituição e são necessárias para corrigir o histórico de discriminação racial no Brasil.²

A revista “Raça” cita os argumentos dados por cada ministro que compõe o STF, um deles são os dos ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello e, o primeiro diz:

² Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/3101435/a-constitucionalidade-das-cotas-raciais>>. Data de acesso: junho de 2018>.

Há ciclos cumulativos de desvantagem. As medidas visam combater a discriminação de fato, de fundo cultural, como é a brasileira. Arraigada, estrutural, absolutamente enraizada na sociedade. De tão enraizada as pessoas nem a percebem, ela se normaliza e torna-se uma coisa natural.

Celso de Mello argumenta que:

O racismo representa grave questão de índole moral que se defronta qualquer sociedade, refletindo uma distorcida visão do mundo de quem busca construir hierarquias artificialmente fundadas em suposta hegemonia de certo grupo étnico-racial sobre os demais. “Cotas são instrumento compensatório”.

Ao pronunciar o seu voto a respeito das cotas, o ministro Ricardo Lewandowisk disse:

Não basta não discriminar. É preciso viabilizar. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa. É necessária que esta seja a posição adotada pelos nossos legisladores. A neutralidade estatal mostrou-se, nesses anos, um grande fracasso.³

A constitucionalidade das cotas significa que a nossa Constituição está sendo respeitada, as cotas, como bem disse o ministro Celso Melo é um instrumento compensatório, o país tem uma dívida histórica com o afro-descendente e agora ela será cumprida.

O art.3º da Constituição da República de 1988 é recepcionado como medidas compensatórias, as ações afirmativas no Brasil que são destinadas a corrigir desigualdades de oportunidades, visando à inclusão social de grupos discriminados por meio da lei. Além do texto constitucional, a lei 3.708/01, do Estado do Rio de Janeiro, instituiu como medida compensatória, ou melhor, como ação afirmativa o sistema de cotas para negros na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF).

No art. 3º em seu inciso IV DA Constituição Federal de 1988, visa o bem-estar de todos, bem como a igualdade de condições de trabalho. A Desembargadora Albegaria Costa entende que o advento das cotas para negros em universidades públicas, será promovido esse bem-estar citado acima:

3 Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/04/120426_stf_cotas_ac.shtml. Acessado em: julho de 2018>.

[...] E é exatamente por essa razão que o “SISTEMA de COTAS” em UNIVERSIDADES, ao priorizar a inclusão da parcela desfavorecida da população, aproxima-se ao escopo daquele princípio constitucional, pois proporciona a estes “excluídos” condições iguais de educação e formação profissional, para que futuramente enfrentem, com verdadeira igualdade de condições, a acirrada concorrência no mercado de trabalho.⁴

O citado art.3º inciso IV da Constituição Federal de 1988 é um dos princípios fundamentais que tem como objetivo: “IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (VADE MECUM, 2011, p.09)

Argumentam por outro laudo os opositores das ações afirmativas que estas políticas são uma afronta ao princípio da igualdade, reduzindo o que a Constituição defende de que todos são iguais perante a lei e que as adoções de políticas universalistas não têm sido capazes de reduzir as desigualdades raciais e que se mantêm em padrões absolutamente estáveis ao longo de sucessivas gerações, por exemplo.⁵ Em contrapartida, para outros segmentos de adoção de cotas não foram questionadas, como cotas para portadores de deficiência no setor público e privado, cotas para mulheres nas candidaturas partidárias, na área do consumidor, presumiu-se que os consumidores ocupam posições desiguais e por isso foram favorecidos com o ônus da prova em seu favor.

Para o sociólogo e jornalista Demétrio Magnoli, a aprovação das políticas das cotas raciais na Universidade de Brasília (UnB), é um retrocesso, ele afirma que o Supremo mudou a Constituição. O sociólogo argumenta que:

Na verdade, o Supremo eliminou o artigo 5º que dispõe sobre a igualdade dos cidadãos perante a lei. Junto com isso foram eliminados outros artigos como aquele que dispõe sobre o acesso ao ensino superior que, de acordo com a Constituição, será feito através do mérito.⁶

Macêdo (2009) corrobora com essa posição ao afirmar sobre o atual sistema de cotas e como funciona no Brasil. Em seu estudo demonstra a falta de coerência na aplicabilidade desse modelo de ação afirmativa, pois

† Voto da Desembargadora Albegaria Costa, referente ao processo: 1.0079.05.183566-2/001(2), pesquisado no www.tjmg.gov.br. Data de acesso: Fevereiro de 2018.

5 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000300010&script=sci_arttext>. Acesso em: fev. 2018.

6 Disponível em: <<http://www.institutomillennium.org.br/divulgacao/entrevistas/demtrio-magnoli-sobre-cotas-raciais-supremo-eliminou-artigo-5-dispe-sobre-igualdade-dos-cidadados-perante-lei/>>. Acessado em: Fevereiro de 2018>.

aponta que através apenas da pigmentação da pele dos brasileiros não se pode determinar quem está ou não apto a ingressar na universidade, a mesma cita UNB, e expõe como a metodologia adotada trouxe vários constrangimentos, principalmente aos candidatos que participavam do processo seletivo. Citou também quando a comissão julgadora, responsável por selecionar os que estavam aptos a participar do sistema de cotas, considerou que apenas um de dois irmãos gêmeos univitelinos possuía as características necessárias para ingressar como cotista no processo de vestibular.⁷

Já de acordo com Leonardo Maia Pereira (2012) em seu artigo, o sistema de cotas raciais parte-se de uma premissa segundo a qual está consolidada no Brasil uma grave desigualdade no que concerne ao acesso ao ensino superior, que tem, inegavelmente,

indelévels reflexos na própria formação intelectual e profissional de certos grupos sociais. Combate-se, pois, com o sistema de cotas, dois problemas que se retroalimentam: a desigual condição de acesso a uma educação de qualidade e a marginalização de certos grupos em relação ao desenvolvimento econômico, social e intelectual⁸.

2.1. a neCessidade de atuação do estado para a eFetivação dos direitos e garantias Fundamentais

É necessária a atuação do Estado para a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, uma vez que as verdadeiras garantias destes direitos foram instituídas com a Constituição da República de 1988 e estão previstas em um vasto rol de direitos e garantias individuais contidos em seu artigo 5º. É importante frisar que estes direitos são indissociáveis das constituições e do Estado de Direito Democrático.

Quando os direitos fundamentais sociais foram reconhecidos, foi previsto que caberia, ao Estado, a obrigação de garantir aos seus cidadãos um mínimo de condições essenciais exigidas para a sua existência com dignidade. A efetividade de uma garantia fundamental depende do cumprimento efetivo do texto que a descreve como medida assecuratória de um direito, para isso não basta somente dizer ou assegurar, é preciso que haja um trabalho de conscientização dos responsáveis por tal situação

⁷ MACÉDO, Márcia Andréa Durão de. Cotas raciais nas universidades brasileiras. Legalização da discriminação. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2263, 11 set. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13491>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

⁸ PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. *Lei de cotas nas universidades: constitucionalidade e necessidade*. 2012. Disponível em: Lei de cotas nas universidades: constitucionalidade e necessidade <https://jus.com.br/artigos/22632/lei-de-cotas-nas-universidades-constitucionalidade-e-necessidade> acesso em: Fevereiro de 2018.

a fim de respeitar um ganho histórico, ainda que mínimo, como também uma obrigatoriedade que, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, faz-se mister efetivar.

2.2. a relação dos princípios Constitucionais Frente o sistema das Cotas raciais

Os princípios constitucionais têm uma grande relação com o sistema de cotas, por eles serem garantias que tem o objetivo de proteger e fornecer o direito para cada cidadão.

A educação fundamental é garantida por lei, por ser considerada elemento do mínimo existencial, mas atualmente, se reconhece a legitimidade do ensino superior também como mínimo existência. Analisando a necessidade atual do sistema educacional, do contrário a própria dignidade da pessoa humana estaria violada, assim como todos os efeitos das normas que se relacionam com a dignidade e a igualdade.

O sistema de cotas se justificou por ser uma ação afirmativa para proporcionar de volta a dignidade para milhares de negros que durante a trajetória da história foram marginalizados, discriminados e desatendidos de seus direitos. A cota tem o objetivo de promover a igualdade e a dignidade essencial a cada cidadão no Brasil, porém, embora tenha sido considerada constitucional, sua aplicabilidade ainda encontra barreiras inseparáveis da discriminação.

Os sistemas das cotas raciais no Brasil estão amparados pela Constituição Federal, no que diz respeito à sua implementação, ele é encontrado no art. 207 da CF/88, uma vez que ela se preocupa com a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das universidades. No dispositivo em referência, encontramos a seguinte redação: “Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”. (BRASIL, 2011)

De acordo com a norma constitucional mencionada, as instituições públicas têm a oportunidade de escolher a melhor forma para que haja a inclusão de alunos cotistas, pois, podem se valer de seus próprios regulamentos e normas, como forma de implementar as políticas de ações afirmativas.

Embora o texto constitucional preveja expressamente que todos têm direito de não ser discriminado, e um dos fatores para que isso não ocorra é a garantia de uma educação integral e de qualidade, inclui o sistema de cotas como forma de inclusão social. O art. 206 em seu inciso

I, está exposto o seguinte: “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I. Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.

2.2.1. princípio da dignidade da pessoa humana

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um princípio norteador do ordenamento jurídico. Em nossa Constituição da República sua previsão está disposto no art. 1º, III, o qual dispõe que: (BRASIL. Constituição Federal, 1988).

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:

III – a dignidade da pessoa humana.

Para que haja a efetividade desse Princípio, é necessária a participação do Estado para a proteção da dignidade da pessoa, bem como a positivação para assegurar esta pretensão.

Podemos tirar da conclusão acima, que toda depreciação ou redução do homem é vedada, pois todos têm direito a uma vida digna, sendo assegurado o devido respeito, resguardando os seus direitos e reconhecendo os seus deveres como cidadão. Devemos nos lembrar que a discriminação, indiferente da forma como se apresenta, relacionada com a raça/etnia, cor, orientação sexual, sexo e religião, sempre será uma afronta à dignidade da pessoa humana, ou seja, discriminar alguém, por qualquer motivo fere a dignidade presente em todo ser humano.

Para o tema que está sendo debatido, esse Princípio é relevante por que o Estado pode assegurar o direito garantido no texto constitucional sem que ele seja reduzido. Isso acontece por que estamos em um Estado Democrático. Porém, por muitos anos os negros não tiveram ou vislumbraram a dignidade e quando ela foi posta, por muitas vezes foi violada. Por meio deste princípio. Portanto, para que seja realizada a igualdade, deve-se observar as desigualdades.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana refere-se às exigências básicas no sentido de que ao homem sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual () a sua

proteção envolve tanto um aspecto de garantia negativa, no sentido de a pessoa humana não ser ofendida ou humilhada, quanto outro de afirmação do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. (FARIAS, 1996, p. 47). O princípio em questão visa a abolição ou minoração das desigualdades que atingem os grupos menos favorecidos.

2.2.2. princípio da igualdade

Na Constituição Federal de nosso ordenamento, está previsto em seu art. 5º o seguinte:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (VADE MECUM, 2011)

Podemos tirar deste artigo que, primeiramente os direitos são dados a todos sem diferenciação ou escolha de um sujeito. Tratar as situações desiguais de forma semelhante traz uma completa injustiça, ou seja, a igualdade implica o tratamento desigual das situações de vidas desiguais, na medida de sua desigualdade. Se não olharmos para esse princípio dessa forma, haverá a perpetuação da fragilidade de alguns grupos.

É importante fazer referência também à Declaração dos Direitos do Homem da Revolução Francesa 1789, que declara que todos os homens são iguais em Direitos, e à Declaração Universal dos Direitos Humanos, realizada pela ONU em 1948.⁹

Existem várias definições e conceitos sobre o que vem a ser o Princípio da Igualdade, e com a mestria dos grandes mestres, Bandeira de Mello disse que:

A lei não pode conceder tratamento específico vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiares de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada. Assim, entende-se que o princípio da igualdade, mais que uma expressão de direito, é uma maneira digna de viver em sociedade, em um primeiro momento propiciar a garantia individual e num segundo tolher favoritíssimo. (MELLO, 2009, p.39)

⁹ Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349869797.pdf>. Acesso em: Fevereiro de 2018.

O professor João Hélio de Farias Moraes Coutinho¹⁰ também conceitua o Princípio da Igualdade e dispõe que:

Isonomia e igualdade jurídica são vocábulos semanticamente equivalentes. Etimologicamente, a palavra isonomia é composta do sufixo grego ísos, que significa igual, semelhante, e pelo elemento de composição, também grego, *nómos* (*nomia*) significando lei. Destarte, isonomia denota o estado das pessoas sujeitas às mesmas leis e, por extensão, sujeitas aos mesmos direitos e deveres.

Analisando o Princípio da Igualdade, podemos observar que é um dos princípios de maior relevância no ordenamento jurídico e também estatal, visto que o direito deve ser disponibilizado em razão de ao seu titular ser garantido sem necessidade de observar qualquer critério.

Diante disso, tanto o Estado quanto a sociedade devem observar a necessidade de oportunizar aqueles cujo acesso à educação lhes foi negada para que haja a igualdade que se almeja em nossa Constituição. O que se busca na igualdade material em relação ao direito de um cidadão ter acesso à educação, é garantir um tratamento equânime aos indivíduos, incluindo nesse ponto, a concessão de idênticas oportunidades a todos por meio de políticas públicas voltadas à educação, assistência social, ao trabalho, ao lazer, dentre outros direitos tidos como essenciais para a satisfação de uma vida digna.

Esse princípio constitucional visa reconhecer as singularidades entre os indivíduos que exige um tratamento diferenciado aos menos favorecidos, em vista das particularidades culturais e sociais da sociedade que dificultam o acesso aos bens fundamentais como o emprego e a educação. O tratamento diferenciado pressupõe a adoção de ações afirmativas como instrumento legítimo de inclusão e promoção de uma maior igualação social.

3. ações afirmativas no supremo tribunal Federal (stf) e legislações específicas

Pretende-se neste capítulo demonstrar os mecanismos utilizados pelo Estado e judiciário em oferecer as discriminações positivas visando a equiparação e igualdade de direitos para todos.

No primeiro tópico será feita a análise do caso ocorrido na Universidade de Brasília (UnB) e como foi solucionado por nossa Corte

¹⁰ COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes. *Uma abordagem da neutralidade axiológica do conceito de isonomia a partir do jusnaturalismo e do juspositivismo enquanto tipos ideais*. Disponível em: www.planalto.gov.br/civil_03/revista/Rev_85/Artigos/PDF/JoaoMoraes_Rev85.pdf Acesso em: fev. 2018.

Federal e após, como funciona o sistema atualmente na universidade, no segundo tópico, será realizado uma explanação sobre a lei anti-racismo – Estatuto da Igualdade Racial, que foi instituída para coibir, diminuir as discriminações existentes, para este trabalho vamos nos ater no que diz respeito à educação, mas a norma abrange outros temas como lazer e saúde por exemplo, para todos os grupos étnicos-raciais e por fim, a Lei de Cotas, que é uma lei que dispõe sobre a sistemática das reservas de vagas e suas regras para as instituições realizadas nas instituições federais de educação superior.

3.1. julgado do supremo tribunal Federal sobre o tema sistemas de Cotas – Caso universidade de Brasília (unb)

A Universidade de Brasília (UnB) foi a primeira a implantar ações afirmativas para negros e indígenas. Para que o candidato conseguisse concorrer às vagas nesta universidade pelo sistema de cotas deveria ser negro, de cor preta ou parda, e optar pelo sistema e ser aprovado. Tanto no Sistema de Cotas como no universal, o candidato tem que atender os requisitos, como nota maior que zero na língua estrangeira; 10% (dez por cento) da nota na prova de Linguagens e Códigos e Ciências Sérias; 10% (dez por cento) da nota na prova de Ciências da Natureza e Matemática.

O Partido dos Democratas, mais conhecido por DEM foi contra as medidas tomadas pela Universidade e ajuizou uma ação ADPF (Arguição de descumprimento de preceito fundamental)/186. Questionando sobre os atos da Universidade, se opuseram ao Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e o Centro de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília (CESPE) por instituírem o sistema de reservas com base em critério étnico-racial no processo de seleção para ingresso de estudantes, pretendendo também pela desconstituição desses atos.

O partido demonstra que os atos praticados pela UnB ofenderam em suma os artigos 1º, caput, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II, XXXIII, XLI, LIV, 37, caput, 205, 206, caput, I, 207, caput, e 208, V, todos da Constituição Federal, ou seja, viola o princípio da igualdade, vedação ao preceito de cor e a discriminação, princípio da dignidade da pessoa humana, repúdio ao racismo, princípio da legalidade e combate ao racismo. Foram contra também em relação a porcentagem de 20% (vinte por cento) das vagas do vestibular destinadas ao afrodescendente, sustentando que a discriminação supostamente existente no Brasil é uma questão social e não racial.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional as cotas raciais, ressaltando que as políticas afirmativas não violam o

Princípio da Igualdade, como já analisado acima e também que elas não institucionalizam a discriminação. Os ministros deram liberdade às universidades para reservarem vagas para negros e índios em seus processos seletivos. As cotas raciais foram defendidas sob a égide de que têm o objetivo de igualar as oportunidades e diminuir as desigualdades.

O julgado primou pelo Princípio da Igualdade, norma de grande valia em nosso ordenamento, segundo a ministra Carmen Lúcia¹¹, como sendo de responsabilidade social e estatal fazer valer esse princípio e mais, ela enfatizou que o princípio da igualdade não é um aviso, conselho, mas norma que deve ser cumprida.

Atualmente, a universidade adota o disposto na Lei de Cotas nº 12.711/2012:

A Lei nº 12.711/2012 determinou que, no prazo de quatro anos contados de sua publicação, fosse reservada metade das vagas, por curso e turno, nas universidades federais, a candidatos que cursaram o ensino médio integralmente em escola pública (cursos regulares ou de educação de jovens e adultos). Na UnB, a reserva dessas vagas aconteceu gradativamente, conforme as seguintes percentagens: 2013 – 12,5%; 2014 – 25%; 2016 – 37,5%; 2016 – 50%. As outras vagas foram divididas em dois grupos: 5% para o Sistema de Cotas para Negros (política de ação afirmativa iniciada há mais de dez anos) e as restantes para o Sistema Universal.¹²

Além disso, o candidato que queira ingressar pelo sistema cotas para negros deve possuir traços fenotípicos de que o caracterize como negro, de cor preta ou parda conforme as normas internas das Políticas de Ações Afirmativas da UnB e claro, ter sido aprovado no vestibular.

3.2. estatuto da igualdade racial

O Estatuto da Igualdade Racial chamado também por lei anti-racismo foi sancionada por meio da Lei 12.288 de 20 de julho de 2010. Por meio desta lei, é possível verificar que trata-se de um conjunto de normas e princípios a fim de coibir a discriminação, oportunizando a população negra a ter acesso aos programas e medidas, sendo a norma

¹¹ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/supremo-tribunal-federal-decide-cotas-raciais-sao-constitucionais>>. Acesso em: fev. 2018.

¹² Disponível em: Guia do vestibular http://www.cespe.unb.br/vestibular/vestunb_16_2/arquivos/Guia%20do%20Vest_2016.pdf. Acesso em: fev. 2018.

de natureza compensatória. Objetiva-se também equiparar, superar e corrigir as desigualdades históricas do racismo. Legisla a referida norma sobre várias políticas como a saúde, lazer, trabalho, moradia entre outros.

O Estatuto destaca pontos importantes sobre as ações afirmativas, e já em seu artigo 1º, traz a seguinte redação: (BRASIL, 2013, p.07)

Art. 1º Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica.

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - (...)

II - Desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;

IV - População negra: o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga;

V - Políticas públicas: as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais;

VI - ações afirmativas: os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades.

Art. 2º É dever do Estado e da sociedade garantir a igualdade de oportunidades, reconhecendo a todo cidadão brasileiro, independentemente da etnia ou da cor da pele, o direito à participação na comunidade, especialmente nas atividades políticas, econômicas,

empresariais, educacionais, culturais e esportivas, defendendo sua dignidade e seus valores religiosos e culturais.

Art. 3º Além das normas constitucionais relativas aos princípios fundamentais, aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos sociais, econômicos e culturais, o Estatuto da Igualdade Racial adota como diretriz político-jurídica a inclusão das vítimas de desigualdade étnico-racial, a valorização da igualdade étnica e o fortalecimento da identidade nacional brasileira.

Art. 4º A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País será promovida, prioritariamente, por meio de:

I - Inclusão nas políticas públicas de desenvolvimento econômico e social;

II - Adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa;

III - modificação das estruturas institucionais do Estado para o adequado enfrentamento e a superação das desigualdades étnicas decorrentes do preconceito e da discriminação étnica;

IV - Promoção de ajustes normativos para aperfeiçoar o combate à discriminação étnica e às desigualdades étnicas em todas as suas manifestações individuais, institucionais e estruturais;

V - Eliminação dos obstáculos históricos, socioculturais e institucionais que impedem a representação da diversidade étnica nas esferas pública e privada;

VI - Estímulo, apoio e fortalecimento de iniciativas oriundas da sociedade civil direcionadas à promoção da igualdade de oportunidades e ao combate às desigualdades étnicas, inclusive mediante a implementação de incentivos e critérios de condicionamento e prioridade no acesso aos recursos públicos;

VII - implementação de programas de ação afirmativa destinados ao enfrentamento das desigualdades étnicas no tocante à educação, cultura, esporte e lazer, saúde, segurança, trabalho, moradia, meios de comunicação de massa, financiamentos públicos, acesso à terra, à Justiça, e outros.

Parágrafo único. Os programas de ação afirmativa constituir-se-ão em políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País.

Por meio desta lei, infere-se a importância de sua criação, ela enfatiza ainda mais sobre as ações afirmativas e diz sobre a contribuição.

3.3. Lei de Cotas

Não havia lei que disciplinasse a implantação das ações afirmativas nas universidades públicas, de forma que cada instituição tinha autonomia para criar iniciativas para combater as desigualdades de forma voluntária e espontânea. Com o advento da Lei Federal nº 12.711 de 2012, foram instituídas as mudanças.

A lei reserva no mínimo 50% (cinquenta por cento) das vagas nas instituições federais de ensino superior, levando em consideração critérios sócio racial, ou seja, o candidato poderá concorrer às vagas tanto pelo critério econômico ou racial, tendo atualmente as 128 federais participando do programa. As vagas serão ofertadas aos que se autodeclararem pretos, pardos e indígenas, garantindo também a oferta de reserva de vagas aos estudantes egressos de escolas públicas e a metade a estudantes de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário mínimo.

Os 50% (cinquenta por cento) da reserva de vagas em universidades federais e em instituições federais de ensino técnico e profissionalizante serão destinadas a estudantes que tenham estudado o ensino fundamental em escola pública integralmente e por último, deve-se ressaltar que as vagas serão preenchidas por curso e turno, na proporção de pretos, pardos e indígenas de acordo com o senso demográfico - IBGE.

Apontam dados que após a implantação da lei houve um acréscimo de alunos negros ingressando nas universidades públicas utilizando-se das cotas raciais. Entre 2013 e 2015, a política afirmativa de reserva de cotas garantiu o acesso a aproximadamente 150 mil estudantes negros em instituições de ensino superior em todo o país. Segundo dados do Ministério da Educação, em 1997 o percentual de jovens negros, entre 18 e 24 anos, que cursavam ou haviam concluído o ensino superior era de 1,8% e o de pardos, 2,2%. Em 2013 esses percentuais já haviam subido para 8,8% e 11%, respectivamente¹³.

O dispositivo normativo determina o mínimo de aplicação das vagas, entretanto, as universidades federais têm autonomia para, por meio

¹³ Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/component/tags/tag/35544>>. Acesso em: fev. 2018.

de políticas específicas de ações afirmativas, instituir reservas de vagas suplementares.

Conclui-se, portanto, que a implantação da referida norma está cada vez mais comum nas universidades e em parte, proporciona ao indivíduo maior facilidade ao acesso à educação superior. Como já demonstrado, o número de alunos cotista aumentou de forma significativa após a instituição do acesso às universidades por meio do sistema de cotas. Dessa forma, podemos verificar que a criação das ações afirmativas dá sinais de que o sistema de cotas está funcionando, precisando ainda ser aperfeiçoado para que possamos garantir em futuro próximo o acesso integral das classes menos favorecidas à universidade, aumenta a oferta de pessoas qualificadas no mercado de trabalho e diminui-se a discriminação racial no país.

4. Considerações sobre as ações afirmativas

As ações afirmativas são programas e medidas criadas pelo Estado com o objetivo de corrigir as desigualdades raciais e para dar oportunidades iguais aos grupos discriminados. Para Flávia Piovesan¹⁴ (2008), por conta das desigualdades históricas ocorridas no passado, tais ações almejam pela compensação das perdas provocadas por motivos raciais, religiosos, de gênero e outros. No que se refere ao tema que está sendo trabalhado, as medidas e os programas em teoria contribuem para que o acesso às oportunidades sejam oferecidos para os negros, como forma de usufruir do ensino público superior em igualdade de condições, sem que haja relação com cor da pele da pessoa.

Já para o professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz as ações afirmativas:

Podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patologia física/psicológica, etc. (CRUZ, 2001, p.185), ou como discriminações lícitas que podem amparar/resgatar fatia considerável da sociedade que se vê tolhida no direito fundamental de participação na vida pública e privada. Permitirmos acesso a cargos e empregos públicos e privados, mandatos políticos; garantir-lhes acesso à saúde, à educação, à liberdade

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Rev. Estud. Fem.* v.16, n.3, Florianópolis, set./dec. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000300010&script=sci_arttext>. Acesso em: fev. 2018.

religiosa e de expressão compõe um substrato essencial de democracia atual. (CRUZ, 2001, p.182).

As ações afirmativas são, em nossa opinião, uma necessidade temporária de correção de rumos na sociedade, um corte estrutural na forma de pensar, uma maneira de impedir que relações sociais, culturas e econômicas sejam deterioradas em função da discriminação. (CRUZ,2001, p. 173).

Segundo o autor a política de ações afirmativas é uma forma de dar o direito aqueles que pertencem a determinados grupos discriminados pela exclusão socioeconômica. Seja no passado ou presente, as ações afirmativas têm o objetivo teórico de combater a discriminação étnica, racial, religiosa, de gênero e outros, oferece oportunidade a minorias, como acesso a educação, saúde e emprego por exemplo. As ações afirmativas, como o próprio texto menciona, veio para amparar e resgatar aqueles que tiveram o direito fundamental suprimido de forma temporária.

De acordo com a definição da especialista em Direitos Humanos Dra. Flavia (PUC/SP):¹⁵

As ações afirmativas constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo com o alcance da igualdade substantiva por parte dos grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, entre outros grupos.

Portanto, a existência das ações afirmativas veio de forma temporária, esperando-se que elas durem pouco tempo, pois se assim ocorrer, seu objetivo foi atingido. De acordo com Silva, as ações afirmativas são medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade. Estas medidas têm como principais beneficiários os membros dos grupos que enfrentam preconceito (SILVA, 2009, p. 12).

Para a autora Barbara Lobo, as ações afirmativas servem para a efetivação do Estado Democrático de Direito e do princípio da igualdade, “visto este como efetiva igualdade de oportunidades, chances, consideração, respeito e participação nos debates políticos”. (2013, p. 83). Negar as ações afirmativas significa negar a existência da própria discriminação e dificuldade de acesso à educação pelos negros.

¹⁵ Perguntas frequentes. <http://seppir.gov.br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes>. Data acesso:

4.1. o ensino superior e ações afirmativas

Conforme já mencionado, a existência das ações afirmativa veio como forma de reparar a desigualdade de acesso às universidades, e podemos verificar que de fato tem cumprido seu objetivo, tendo em vista que a presença dos negros nas universidades tem sido cada vez mais notada.

4.2. análise sobre as Cotas raciais no Brasil

No Brasil o tema sobre as cotas raciais é polêmico e muito debatido. O sistema de cotas raciais tem o objetivo juntamente com as políticas públicas favorecer a inclusão social da população negra a ter acesso às universidades públicas e visa assegurar a igualdade de oportunidade ao acesso à educação superior devido à disparidade entre os mais favorecidos e as minorias.

As cotas raciais são um modelo de ação afirmativa implantado em alguns países para amenizar desigualdades sociais, econômicas e educacionais entre as raças. A primeira vez que esta medida foi tomada foi no ano de 1960 nos Estados Unidos, para diminuir a desigualdade socioeconômica entre brancos e negros. No Brasil, as cotas ganharam visibilidade no ano de 2000, quando universidades e órgãos públicos começaram a adotar tal medida em vestibulares e concursos.¹⁶

A primeira universidade a adotar o sistema de cotas raciais foi a Universidade de Brasília (UnB), este fato ocorreu no ano de 2004 e a partir deste ano, várias outras instituições de ensino público (federais) também aderiram ao sistema, na qual possuem ações afirmativas baseadas em raça. A revista *Raça Brasil* publicou em junho de 2012 uma matéria da qual dissertava sobre as cotas raciais. De acordo com a revista, a decisão do Supremo Tribunal Federal ao declarar a constitucionalidade e legitimar as políticas de ações afirmativas coroou um processo iniciado pela militância negra ocorrido há décadas e argumentaram o seguinte:

Não basta, repetimos a mera abstenção da prática discriminatória: impõem-se medidas eficazes de promoção da igualdade de oportunidade e respeito à diferença. (...) adoção de políticas públicas de promoção da igualdade. (REVISTA RAÇA BRASIL, fl.59, junho de 2012).

Depois de ocorrido, os Estados do Rio de Janeiro e Bahia implantaram as políticas públicas de ação afirmativa no que diz respeito a jovens negros

¹⁶ LESME, Adriano. Disponível em: <<http://www.desenvolvimentistas.com.br/blog/blog/2015/03/23/cotas-raciais-complementos-e-analise/>>. Data acesso:

e brancos pobres a terem o acesso ao ensino superior. A partir deste fato, universidades e instituições públicas e privadas vem adotando cotas e outras medidas.

De acordo com o autor Thiago Lauria a forma para acabar com a desigualdade é adoção do sistema de cotas:

[...] Assim, a única forma de solucionar esse problema e promover a igualdade material prevista constitucionalmente seria a adoção da política de cotas. Apenas a partir dessa ação afirmativa seria possível atingir a justiça distributiva aristotélica, através da atribuição de tratamento diferenciado aos desiguais.¹⁷

O argumento feito por Lauria deve ser levado em consideração, pois, se dermos tratamento igual aos desiguais não haverá a igualdade que tanto se almeja. O objetivo é tornar acessível as oportunidades aos socialmente desfavorecidos e não dificultar mais a situação.

O papel das ações afirmativas tem um objetivo de grande importância em nossa sociedade, por meio delas tem-se o trabalho de eliminar as desigualdades e segregações, de forma que não se mantenham grupos elitizados e grupos marginalizados na sociedade, ou seja, busca-se uma composição diversificada onde não haja o predomínio de raças, etnias, gêneros, etc.

5. Conclusão

Embora o Brasil esteja iniciando o processo de inclusão das minorias por meio das ações afirmativas, ainda é um País minado de preconceitos, discriminações e desigualdades, e essas são verificadas na falta de oportunidades em igualdade de condições, menores salários, segregação social, dentre outras.

Sendo assim, as políticas que trabalham a favor de igualdade têm o objetivo primordial de promover chances iguais aos menos favorecidos.

Logo, as ações afirmativas são importantes e vêm para diminuir estas desigualdades, minimizando a situação histórica que se arrasta há séculos. Porém, ainda há muito a trilhar e se deve em um país miscigenado como o Brasil ter cuidado e uma estrutura melhor para aplicar essas ações afirmativas. A implementação das políticas afirmativas deve ser realizada de forma a não aumentar a segregação das minorias, como no caso citado da UNB. Tem-se que se observar ainda, que as políticas afirmativas não

¹⁷ LAURIA, Thiago. *A Política de Cotas para Negros nas Universidades Públicas Brasileiras*. 2006. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=35>. Acesso em: fev. 2018.

podem ser um projeto vitalício, pois se assim ocorrer, é um sinal que as desigualdades não foram sanadas. Portanto, o foco para solucionar o problema das minorias deve ser uma educação de base de qualidade para todos e que no futuro possamos lembrar das ações afirmativas como uma política do passado que ajudou o Brasil superar as desigualdades sociais e raciais, pois sabemos que o racismo e as desigualdades não são eliminados com leis.

reFerênCias

ALCÂNTARA, Fernanda; JR., Hédio Silva. Placar Histórico 10x0 e as Cotas venceram. *Revista Raça Brasil*, São Paulo, p. 56- 65, junho de 2012.

ALMEIDA, Alberto Carlos. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ALBERCA, José Fernando Lujan. *Princípio da Igualdade e Política de cotas nas universidades*. Disponível em: <http://www.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349869797.pdf>. Acesso em: fev. 2018.

BRASIL. *Constituição Federal*. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2011.

BRASIL. *Estatuto da igualdade racial: Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, e legislação correlata*. 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, (Série legislação, 171) Edições Câmara, 2015.

CARRARA, Sergio. Gênero e Diversidade na Escola: Formação de Professoras/ES em Gênero, Sexualidade, Orientação Sexual e Relações Étnico-Raciais. *Livro de Conteúdo*, Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília. Versão 2009.

COUTINHO, João Hélio de Farias Moraes. *Uma abordagem da neutralidade axiológica do conceito de isonomia a partir do jusnaturalismo e do juspositivismo enquanto tipos ideais*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_85/Artigos/PDF/JoaoMoraes_Rev85.pdf>. Acesso em: fev. 2018.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. Nesta obra, vide Ações Afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. 2001.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

GRYNBERG, Fernanda Sapira. *A questão das cotas raciais frente ao princípio constitucional da igualdade*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2012/trabalhos_22012/FernandaSapiraGrynberg.pdf>. Acesso em: fev. 2018.

HAIDAR, Rodrigo. *Supremo decide que cotas raciais são constitucionais*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-26/supremo-tribunal-federal-decide-cotas-raciais-sao-constitucionais>>. Acesso em: fev. 2018.

LAURIA, Thiago. *A Política de Cotas para Negros nas Universidades Públicas Brasileiras*. 2006. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=35>. Acesso em: fev. 2018.

LESME, Adriano. Disponível na internet: <<http://www.desenvolvimentistas.com.br/blog/blog/2015/03/23/cotas-raciais-complementos-e-analise/>>. Acesso em: fev. 2018.

MOREIRA, Gerliane Cabral. *O princípio da igualdade nas ações afirmativas e a política de quotas*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3166>. Acesso em: fev. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MACÊDO, Márcia Andréa Durão de. Cotas raciais nas universidades brasileiras. Legalização da discriminação. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2263, 11 set. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13491>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

MAGNOLI, Demétrio. *sobre a política de cotas raciais*: O Supremo eliminou o artigo 5º que dispõe sobre a igualdade dos cidadãos perante a lei. Instituto Millnium. Disponível em: <<http://www.institutomillennium.org.br/divulgacao/entrevistas/demtrio-magnoli-sobre-cotas-raciais-supremo-eliminou-artigo-5-dispe-sobre-igualdade-dos-cidadados-perante-lei/>>. Acesso em: fev. 2018.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. *Lei de cotas nas universidades: constitucionalidade e necessidade*. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22632/lei-de-cotas-nas-universidades-constitucionalidade-e-necessidade>. Acesso em: fev. 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. George Salomão Leite (org.). São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. *Rev. Estud. Fem.* v.16, n.3, Florianópolis, set./dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2008000300010&script=sci_arttext>. Acesso em: fev. 2018.

RODRIGUES, Lincoln Almeida. *Dignidade da Pessoa Humana: do conceito a sua elevação ao status de princípio constitucional*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7095/Dignidade-da-Pessoa-Humana-do-conceito-a-sua-elevacao-ao-status-de-principio-constitucional>>. Acesso em: fev. 2018.

SILVA, Luiz Fernando Martins. *Estudo sócio jurídico relativo a implementação de políticas de ações afirmativas e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativos, doutrinário, jurisprudencial e comparado*. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5302>>. Acesso em: fev. 2018.

UNB - Universidade de Brasília. Disponível em: <http://www.unb.br/admissao/sistem_a_cotas/index.php>. Acesso em: fev. 2018.

A TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOBRE EDUCAÇÃO E ENSINO

Mariana Amorim Murta

Mestranda pelo UniCEUB. Advogada sócia do Sarubbi Cysneiros Advogados Associados.

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 1. A abordagem da educação nas constituições brasileiras do Império à República; 2. Os intervalos autoritários que antecederam à Constituição de 1988; 3. Considerações Finais; Referências.

Considerações iniciais

Antes de iniciar a abordagem educacional nas constituições brasileiras, merecem ser remontados os fatos históricos que antecederam tais documentos, como as grandes navegações europeias, responsáveis por proporcionar a expansão marítima e comercial, a ascensão da burguesia e do absolutismo, a crise do catolicismo, que abriu portas para a Reforma Protestante (1517), que foi seguida pela contrarreforma. Tais aspectos de história geral contribuíram para a construção do cenário brasileiro no que diz respeito à educação.

No Brasil Colônia, a educação foi introduzida pelos Jesuítas, membros da Companhia de Jesus, que, em 1534, começou com um grupo de missionários dedicados à educação e a trabalhos de caridade ¹. Embora estivessem no Brasil para cuidar da educação e difundir a religião, o governo de Portugal não permitia a criação de universidades, dentre outras medidas que cerceavam a emancipação intelectual da Colônia. Assim, os Jesuítas estavam restritos a alfabetizar os índios, afinal, com uma educação apropriada, os colonos provavelmente iriam buscar emancipação intelectual e política.

Desta forma, os Jesuítas concentraram seus trabalhos na catequização de crianças indígenas e, trabalhando a Filosofia Escolástica, os ensinamentos se concentravam em conhecimentos humanísticos, como arte, história e culturas. Desde os primórdios e, ainda como Colônia, a educação era um privilégio da nobreza. Grupos privilegiados iriam cursar a universidade em Portugal. Apenas com a vinda ao Brasil do político português Marquês de Pombal que ocorreu a expulsão dos Jesuítas, momento em que foi implantado o ensino público, com a nomeação de professores pela Coroa, havendo assim assentado o ensino brasileiro após a Independência.

1 a abordagem da educação nas Constituições brasileiras do império à república

A primeira e de mais longa vigência Constituição brasileira data do período imperial, tendo sido promulgada por Dom Pedro I no ano de 1824 ². Retomando o contexto histórico, o período foi demarcado pelo capitalismo industrial no mundo e pela chegada da Família Real no

¹ BACELAR, Jonildo. *Guia Geográfico História do Brasil*. Disponível em: <<https://www.historia-brasil.com/colonia/jesuitas.htm#targetText=Jesu%C3%ADtas%20s%C3%A3o%20os%20membros%20da,27%20de%20setembro%20de%201540>>.

² BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>

Brasil, o que destacou a ruptura do Pacto Colonial, que, por sua vez, abriu caminho ao processo de Independência. Assim, retratando o momento político seguinte à Independência, a ideia de autonomia coexistia com as ideias advindas da antiga Colônia, estabelecendo princípios de liberalismo moderado ³. A assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil foi instalada em 3 de maio de 1823, no Rio de Janeiro, e reuniu políticos para elaborar uma Constituição e instaurar um novo ordenamento jurídico à nação ⁴.

Neste momento, se discutiu a estruturação da educação no Brasil Império e, no intuito de organizar a educação nacional, foi proposta uma legislação voltada à instrução ⁵. Nesse contexto, foi criada a Comissão de Instrução Pública, cujos trabalhos produzidos nos seis meses de funcionamento não foram integralmente executados, uma vez que o objetivo educacional não foi incorporado nos dispositivos constitucionais em face à dissolução da Constituinte de 1823 ⁶. Dentre as ideias da Comissão de Instrução Pública, manteve-se na Constituição de 1824 o princípio da liberdade de ensino sem restrições e a intenção de uma instrução primária gratuita, conforme se exprime dos incisos XXXII e XXXIII, do artigo 179 da Constituição de 1824 ⁷.

Ainda que não guarde direta relação com a Constituição de 1824, a Lei promulgada em 15 de outubro de 1827 é de extrema importância para tradição da educação brasileira, uma vez que determinou a criação de escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e localidades populosas do Império ⁸. Neste momento, o ensino se dividia em elementar, secundário e superior, e, apesar de o Império fornecer educação primária aos cidadãos, a estrutura da educação básica era fraca e o ensino era propedêutico, isto é, os estudos eram atrelados ao ingresso no ensino superior. Nesse

3 VIEIRA, Sofia Lerche. *A educação nas constituições brasileiras: texto e contexto*. Disponível em: <<http://emaberto.inep.gov.br/index.php/rbep/article/viewFile/749/725>>.

4 BRASIL. *Conheça a história da Assembleia Constituinte de 1823*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/546341-conheca-a-historia-da-assembleia-constituente-de-1823/>>.

5 NASCIMENTO, Maria Isabel M. *O Império e as Primeiras Tentativas de Organização da Educação Nacional (1822-1889)*. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/periodo_imperial_intro.html>.

6 VIEIRA, Sofia Lerche. *A educação nas constituições brasileiras: texto e contexto*. Disponível em: <<http://emaberto.inep.gov.br/index.php/rbep/article/viewFile/749/725>>.

7 Indicando a reduzida preocupação política com a matéria educativa no Brasil Império, a primeira Constituição brasileira traz apenas em dois parágrafos, de um único artigo, conteúdo que guarda respeito com a educação e o ensino: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos. XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>.

8 BRASIL. *Lei de 15 de outubro de 1827*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38398-15-outubro-1827-566692-publicacaooriginal-90222-pl.html>.

sentido, não existia uma articulação entre sistemas primário e secundário, ao contrário do que se percebe atualmente, em que existe um sistema de progressão de ensino.

O Ato Adicional de 1834 promoveu a reforma da Constituição do Império e, a partir de então, os ensinos elementar e secundário ficaram a cargo das províncias, ao passo que o ensino superior passou a ser de responsabilidade do Império⁹. Contudo, vale lembrar que, em 1837, foi criado o Colégio Dom Pedro II, o qual, como se aduz do próprio nome, também era de responsabilidade do Império, apesar de não ser centro de ensino superior. Neste momento, ficou ainda mais evidente o fato de que as províncias não dispunham de recursos para fornecer a mesma estrutura de ensino que a Coroa possuía. Mas foi apenas no ano de 1860 que os debates sobre a educação brasileira ganharam mais espaço no cenário imperial.

Em 1879, foi promovida a Reforma do Ensino Primário e Secundário do Município da Corte e do Superior em todo o Império, conhecida como Reforma Leôncio de Carvalho, a qual abrangia propostas de liberdade de ensino, liberdade de frequência, liberdade de credo religioso, matrícula de escravos nas escolas, dentre outras¹⁰. Ademais, a Reforma trouxe a ideia de implantação da tendência positiva, visando superar o ensino apegado a valores da cultura renascentista e da Igreja Católica (trazidos ao Brasil pelos Jesuítas), o que acabou por trilhar os passos brasileiros rumo à laicidade do ensino que acompanhou o alvorecer da República.

Seguindo a proclamação da República, foi implantada a primeira reforma da educação na República (Reforma Benjamin Constant), com foco em métodos e conteúdo, que objetivava substituir o currículo acadêmico pelo currículo enciclopédico, característico de ideias positivistas¹¹. Como produto da República, a Constituição promulgada em 1891 demarca a o fim do Império e, com isso, faz surgir um novo projeto de educação, trazendo maior número de dispositivos a respeito do tema. A Constituição de 1891 reafirma a descentralização do ensino, ao conferir à União a responsabilidade pelos ensinos secundário e superior¹², de modo que os

9 — BRASIL. *Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/_lim/LIM16.htm>.

10 BRASIL. *Decreto nº 7.242, de 19 de abril de 1879*. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/edicoes/34/doc01a_34.pdf>.

11 FREITAS, Maria Vanderlândia Sousa de. *A Reforma Benjamin Constant e a Educação Básica no Início do Século XX*. Disponível em: <http://www.editorarealize.com.br/revistas/connedu/trabalhos/TRABALHO_EV045_MD4_SAI_ID3823_17082015122010.pdf>.

12 “Art.34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 30. legislar sobre a organização municipal do Distrito Federal, bem como sobre a policia, o ensino superior e os demais serviços que na Capital forem reservados para o Governo da União;” e “Art. 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: 1º) velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de caráter federal; 2º) animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a

estados (não mais províncias, como antes) se responsabilizam pelo ensino primário e profissional.

Ademais, ao inovar, o texto constitucional de 1891 insere uma tendência que se mantém constante na história da política educacional, revelando as atribuições da União em matéria de educação¹³. Merece destaque, também, o fato de a Constituição de 1981 haver instituído o voto direto, reservado aos homens maiores de 21 anos, exceto analfabetos¹⁴. A proibição de voto aos analfabetos revela exclusão do direito dos cidadãos, fato que foi superado somente em 1988, com a atual Constituição.

Além disso, a Constituição de 1891 dispõe sobre a laicidade do ensino ministrado nos estabelecimentos públicos¹⁵, outra disposição que se manteve constante ao longo da tradição constitucional brasileira e introduziu na República diferenças entre católicos e liberais. Em meio às disputas entre liberais e conservadores (católicos, tradicionalistas), surgem no país ideias da Escola Nova (escolanovismo), o que impulsionou, em 1932, o Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova¹⁶, documento assinado por vinte e seis educadores e que defende a educação obrigatória, pública, gratuita e não confessional¹⁷. A influência do escolanovismo no campo pedagógico se manteve nas ideias da Constituição que estava por vir.

A Constituição de 1934 foi a primeira a dedicar um capítulo específico sobre educação, no seu Título V¹⁸. A anterior estrutura educacional de competência e responsabilidade da União foi mantida e, finalmente, foi determinado o dever de se instituir um plano nacional de educação¹⁹.

indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais; 3º) criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados; 4º) prover a instrução secundária no Distrito Federal.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>.

13 VIEIRA, Sofia Lerche. *A educação nas constituições brasileiras: texto e contexto*. Disponível em: <<http://emaberto.inep.gov.br/index.php/rbep/article/viewFile/749/725>>.

14 “Art 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei. § 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados: [...] 2º) os analfabetos;”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>.

15 “Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>.

16 BRASIL. *Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova (1932)*. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/edicoes/22e/doc1_22e.pdf>.

17 SANTOS, Irene da Silva Fonseca dos; PRESTES, Reulcinéia Isabel; VALE, Antônio Marques do. *Brasil 1930-1961: Escola Nova, LDB e Disputa entre Escola Pública e Escola Privada*. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/edicoes/22/art10_22e.pdf>.

18 BRASIL. *Constituição de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>.

19 “Art. 5º - Compete privativamente à União: [...] XIV - traçar as diretrizes da educação nacional;” e “Art. 150 - Compete à União: a) fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e

Ao passo que a manutenção dos sistemas educativos ficaria a cargo dos estados e Distrito Federal ²⁰. Mas a Constituição de 1934 não afastou por completo as tendências conservadoras, favorecendo a facultatividade do ensino religioso ²¹ e a isenção de tributação às instituições de ensino privado ²². Além disso, pela primeira vez foi determinada a vinculação de receitas para a educação ²³, o que não duraria até a constituição seguinte.

2 os intervalos autoritários Que antecederam a Constituição de 1988

Em contraponto às duas primeiras constituições da República, a Constituição de 1937 acompanhou o Estado Novo e, no campo da educação, guardam destaque as Leis Orgânicas de Ensino, concebidas durante a administração do Ministro Gustavo Capanema. Na Constituição do Estado Novo, a União retoma e amplia sua competência para fixar as diretrizes educacionais ²⁴ e, logo após dispor sobre a livre iniciativa e liberdade de ensino ²⁵, a Constituição coloca em segundo plano o dever do Estado para com a educação, atribuindo uma função compensatória na oferta escolar

ramos, comuns e especializados; e coordenar e fiscalizar a sua execução, em todo o território do País; [...] e) exercer ação supletiva, onde se faça necessária, por deficiência de iniciativa ou de recursos e estimular a obra educativa em todo o País, por meio de estudos, inquéritos, demonstrações e subvenções.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>

- 20 “Art 151 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal organizar e manter sistemas educativos nos territórios respectivos, respeitadas as diretrizes estabelecidas pela União.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>.
- 21 “Art 153 - O ensino religioso será de freqüência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno manifestada pelos pais ou responsáveis e constituirá matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>.
- 22 “Art 154 - Os estabelecimentos particulares de educação, gratuita primária ou profissional, oficialmente considerados idôneos, serão isentos de qualquer tributo.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>.
- 23 “Art. 156 - A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos. Parágrafo único - Para a realização do ensino nas zonas rurais, a União reservará no mínimo, vinte por cento das cotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual.” e “Art. 157 - A União, os Estados e o Distrito Federal reservarão uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>
- 24 “Art 15 - Compete privativamente à União: [...] IX - fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deve obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>
- 25 “Art.128 - A arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e a de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>.

aos que não dispuserem de recursos para seu custeio ²⁶. Nesse contexto, a gratuidade educacional é voltada para os que não possuíam recursos para tanto ²⁷.

Na década de 1940, as insatisfações quanto à ditadura ganharam espaço no cenário brasileiro e, aos poucos, se consolidaram condições que levaram o país à redemocratização para, ao fim de 1945, ocorrer a queda da ditadura do Estado Novo ²⁸. A Constituição promulgada em 1946 se orienta por princípios liberais e democráticos, retomando as ideias da Constituição de 1934 e inovando em determinados aspectos, como, por exemplo, na fixação da competência da União para legislar acerca das diretrizes e bases educacionais ²⁹, enquanto as constituições anteriores fixaram apenas a competência de traçar diretrizes e fixar as bases da educação nacional.

Fazendo ressurgir a ideia de educação como um direito de todos, a Constituição de 1946 embarca pela primeira vez a expressão “ensino oficial” ao tratar do ensino primário gratuito a todos ³⁰. Ademais, desde a mencionada Reforma Capanema, a educação nacional se manteve sem novas orientações até a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, promulgada no ano de 1961 em razão da evidente necessidade histórica de estruturar o sistema nacional de educação ³¹. O texto constitucional de 1946 inovou no tocante à vinculação de recursos anuais à educação,

26 “Art. 129 - A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.

O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é em matéria de educação o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais.

É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo Poder Público.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>.

27 “Art. 130 - O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>.

28 VIEIRA, Sofia Lerche. *A educação nas constituições brasileiras: texto e contexto*. Disponível em: <<http://emaberto.inep.gov.br/index.php/rbep/article/viewFile/749/725>>.

29 “Art 5º - Compete à União: [...] XV - legislar sobre: d) diretrizes e bases da educação nacional;” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>.

30 “Art. 168 - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: [...] II - o ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos;” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>.

31 VIEIRA, Sofia Lerche. *A educação nas constituições brasileiras: texto e contexto*. Disponível em: <<http://emaberto.inep.gov.br/index.php/rbep/article/viewFile/749/725>>.

estabelecendo percentuais de aplicação de receita dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino ³².

Após experimentar a redemocratização, em 1964, o Brasil retorna ao autoritarismo anteriormente vivenciado e, com isso, uma nova Constituição surge. A Constituição de 1967 antecedeu o cenário ditatorial mais crítico, demarcado pela supressão das liberdades políticas, de modo que, no caso da educação, os dispositivos constitucionais não traduzem ruptura com o conteúdo disposto nas constituições anteriores ³³. Embora possam ser ressaltados diversos dispositivos constitucionais acerca da matéria educacional, no intuito de enxugar o excesso de detalhes, destaca-se apenas o retrocesso representado pela desvinculação de recursos para a educação, uma vez que a Constituição de 1967 suprimiu a obrigação de vinculação de recursos fixada no texto constitucional de 1946 (art. 169).

A partir de 1978, foi dado início ao declínio do regime militar, momento em que se retomaram os anseios pelo Estado Democrático de Direito, o que convergiu para a promulgação da Constituição de 1988.

Em face das Constituições passadas, evidente se faz o fato de que a Constituição de 1988 traz a maior abordagem da matéria educacional. Além de assegurar a educação como direito social ³⁴, o texto constitucional dedica uma Seção específica apenas para a educação: Seção I, do Capítulo III, do Título VIII ³⁵. A ideia de “Constituição Cidadã” encontra respaldo, também, no quesito educação, sendo assegurada a igualdade de acesso às escolas e a liberdade de ensino ³⁶, bem como se garante a educação como direito público subjetivo ³⁷, a oferta de ensino

32 “Art. 169 - Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>.

33 VIEIRA, Sofia Lerche. *A educação nas constituições brasileiras: texto e contexto*. Disponível em: <<http://emaberto.inep.gov.br/index.php/rbep/article/viewFile/749/725>>.

34 “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

35 BRASIL. *Constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

36 “Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

37 “Art. 208, § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

fundamental obrigatório e gratuito, inclusive aos que não tiverem acesso em na idade estabelecida³⁸, e atendimento educacional especial aos portadores de deficiência³⁹.

A partir desta breve explanação, verifica-se que, por mais que constituições anteriores tenham abordado os deveres estatais relacionados à educação, nenhuma delas se debruçou sobre o tema como a Constituição de 1988. Foi a primeira Constituição a abranger a autonomia universitária, conferindo autonomia didático-científica às universidades⁴⁰. Ademais, auxiliando no sistema progressivo de ensino, o texto constitucional prevê a articulação colaborativa entre os entes federativos, bem como prevê a vinculação de recursos para a educação⁴¹. A Constituição de 1988 determina, ainda, a previsão de lei para estabelecer o plano nacional de educação, exigindo a concentração de esforços para, dentre outras questões, a erradicação do analfabetismo no país⁴².

38 “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; [...]” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

39 “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

40 “Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

41 “Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.

§ 5º A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular.

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

[...]” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

42 “Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País. VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

3 Considerações Finais

A tradição constitucional brasileira no tocante à educação, ainda que a atual Constituição seja a mais ampla e generosa a respeito da matéria, é demarcada pela prevalência de uma espécie de sistema de ensino elitista, em que, no passado, apenas os nobres, os proprietários de terras e seus respectivos filhos tinham acesso irrestrito ao ensino. Ainda hoje, é comum notar em gerações da sociedade brasileira que aqueles que possuíam condições financeiras favoráveis foram à Universidade, enquanto os que não tiveram as mesmas condições buscaram soluções alternativas e imediatas para o mercado de trabalho (e para inserção social).

A consequência é nítida nos dias de hoje: a elite que teve melhores oportunidades de ensino conseguiu criar seus doutores e profissionais bem remunerados, ao passo em que aqueles que não dispuseram de condições financeiras para arcar com as mesmas oportunidades de estudo tiveram que se contentar com o ensino fundamental e profissionalizante. Logo, a população menos favorecida educacionalmente, por assim dizer, se insere hoje no mercado de trabalho com cargos e salários inferiores. Nesse sentido, ainda se anseia por maior igualdade educacional, tendo em vista o anseio para que se tenha uma sociedade pautada na igualdade não apenas de direitos escritos na Magna Carta, mas, também, uma igualdade social dos cidadãos com liberdade intelectual.

Devido ao escasso repasse de recursos às instituições de ensino não privadas, a maior parte da população brasileira se encontra de braços atados ao contar com o Estado para o fornecimento de condições de ensino apropriadas. Claro que os avanços constitucionais são evidentes e, decerto, têm seus reflexos na sociedade, contudo, não se pode fechar os olhos para o absurdo educacional que está sendo vivenciado. As condições e estruturas de ensino público continuam precárias, o que mantém e acentua o dualismo que distingue a educação escolar das elites da educação ofertada para classes populares.

reFerênCias

BACELAR, Jonildo. *Guia Geográfico História do Brasil*. Disponível em: <https://www.historia-brasil.com/colonia/jesuitas.htm#targetText=Jesu%C3%ADtas%20s%C3%A3o%20os%20membros%20da,27%20de%20setembro%20de%201540>.

BRASIL. *Conheça a história da Assembleia Constituinte de 1823*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/546341-conheca-a-historia-da-assembleia-constituente-de-1823/>

BRASIL. *Constituição (1824)*. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>.

BRASIL. *Constituição (1891)*. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>.

BRASIL. *Constituição (1934)*. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>.

BRASIL. *Constituição (1937)*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>.

BRASIL. *Constituição (1946)*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>.

BRASIL. *Constituição (1967)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. *Decreto nº 7.242, de 19 de abril de 1879*. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/edicoes/34/doc01a_34.pdf>.

BRASIL. *Lei de 15 de outubro de 1827*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38398-15-outubro-1827-566692-publicacaooriginal-90222-pl.html>.

BRASIL. *Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM16.htm>.

BRASIL. *Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova (1932)*. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/edicoes/22e/doc1_22e.pdf>.

NASCIMENTO, Maria Isabel M. *O Império e as Primeiras Tentativas de Organização da Educação Nacional (1822-1889)*. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/periodo_imperial_intro.html>.

FREITAS, Maria Vanderlânia Sousa de. *A Reforma Benjamin Constant e a Educação Básica no Início do Século XX*. Disponível em: <http://www.editorarealize.com.br/revistas/conedu/trabalhos/TRABALHO_EV045_MD4_SA1_ID3823_17082015122010.pdf>.

SANTOS, Irene da Silva Fonseca dos; PRESTES, Reulcinéia Isabel; VALE, Antônio Marques do. *Brasil 1930-1961: Escola Nova, LDB e Disputa entre Escola Pública e Escola Privada*. Disponível em: <http://www.histedbr.fe.unicamp.br/revista/edicoes/22/art10_22.pdf>.

VIEIRA, Sofia Lerche. *A educação nas constituições brasileiras: texto e contexto*. Disponível em: <<http://emaberto.inep.gov.br/index.php/rbep/article/viewFile/749/725>>.

A TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA SOBRE A SEGURIDADE SOCIAL

Mariana Rezende Maranhão da Costa

Doutoranda em Direito pela UniCEUB. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO. Especialista em Direito Tributário. Graduada em Direito pela UFG e em Relações Internacionais pela UCG. Advogada. Professora universitária da UniEvangélica e de cursos de pós graduação.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constituição de 1824; 2 Constituição de 1891; 3 Constituição de 1934; 4 Constituição de 1937; 5 Constituição de 1946; 6 Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969; 7 Constituição Federal de 1988; 8 Conclusão; Referências.

introdução

Seguridade Social é uma terminologia relacionada a ideia de segurança a sociedade, através de políticas públicas protetivas aos cidadãos, a fim de ampará-los e assisti-los juntamente com seus familiares nas situações de desemprego por motivo de doença, incapacidade, velhice, morte, desemprego entre outros. Assim, a Seguridade Social tem como base um tripé de atuação nas áreas da Saúde, Previdência e Assistência Social, como forma de proteção social.

Neste contexto será apresentado um estudo sobre as Constituições Brasileiras, explorando seu contexto histórico no país com o objetivo de estudar as origens da Seguridade Social brasileira até a atual Constituição Federal de 1988. Desta forma, pretende-se compreender a evolução do que hoje conhecemos como Seguridade Social sob as luzes da análise individual de cada um dos textos constitucionais correspondentes, considerando, quando possível, o magistério doutrinário dos principais autores de cada período.

1. Constituição de 1824

A primeira Constituição brasileira, logo após o sol da independência raiar no país, foi elaborada por um Conselho de Estado nomeado por Dom Pedro I, composto somente por portugueses. Assim, em 25 de março de 1824, Dom Pedro I outorgou a primeira Constituição brasileira, em que expressa bem a reação absolutista, inclusive com um quarto poder moderador do Imperador.

Esta Constituição outorgada de 1824, que vigorou até o final do Império, baseava em certo compromisso liberal, que se refletia no rol dos direitos individuais. Afinal, na época, era praticamente o que havia de mais moderno. Tanto é que no que diz respeito à proteção social teve uma peculiaridade importante, pois foi “a primeira Constituição do mundo (antes da Constituição belga de 1831) a consagrar em seu texto uma declaração de direitos e garantias fundamentais”¹.

Estes direitos e garantias fundamentais estão expressas no artigo 179 e seus trinta e cinco incisos. Assim, merece destacar o inciso XXXI, deste artigo que prevê “a Constituição também garante os socorros públicos”. Esta previsão constitucional não teve aplicação prática, por ser bastante vaga, não definindo o que seriam socorros públicos. Porém, já previa a possibilidade da assistência social pelo Estado.

¹ NOGUEIRA, Nairton Gutierrez. *A constituição e o direito à previdência social*. São Paulo: LTr, 2009. p. 35.

2. Constituição de 1891

Após o golpe de Estado, de 15 de novembro de 1889, em que foi proclamada a República pelo Marechal Deodoro da Fonseca, abolindo a monarquia e instaurando a República Federativa no Brasil. Transcorrido um pouco mais de um ano, no dia 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada pelo Congresso Constituinte a segunda Constituição do Brasil e a primeira Constituição da República Brasileira, “teve sua inspiração no constitucionalismo norte-americano e buscou implantar o modelo federalista. Foi a mais sintética de nossas Constituições, com 91 artigos.”²

No Brasil, a estruturação da previdência social passou a vigorar com a Constituição republicana de 1891 [.]

No que tange ao aspecto previdenciário, no seu art. 5º, a Constituição determinava que a União deveria prestar socorros públicos, quando solicitada pelos Estados, nos casos de calamidade pública.

No entanto, a expressão “socorro público” assume conotação distinta daquela utilizada no Texto Imperial (Constituição de 1824) na Constituição de 1891: passa do âmbito social para o administrativo.³

Na Constituição Republicana trata no artigo 34, que é de competência privativa do Congresso Nacional, “legislar sobre licenças, aposentadorias e reformas, não as podendo conceder, nem alterar, por leis especiaes”. Portanto, já existia a previsão constitucional para estruturação da Previdência no Brasil.

Mas o preceito mais importante da época em matéria de proteção social, foi o contido no art. 75, que assim prescrevia: “A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.”

Contudo, de acordo com o artigo, a proteção de achava adstrita aos funcionários públicos e aos casos de invalidez.

² NOGUEIRA, Naron Gutierrez. *A constituição e o direito à previdência social*. São Paulo: LTr, 2009. p. 35.

³ SILVA, Roberta Soares da. *Direito social: aposentadoria*. São Paulo: LTr, 2009. p. 95.

Coimbra acrescenta que nem mesmo os socorros públicos se encontravam garantidos, e só no tocante aos servidores o art. 75 assegurava a aposentadoria, no caso de invalidez a serviço do Estado⁴

Desta forma, o artigo 75 da Constituição de 1891, refere-se à concessão de aposentadoria nos casos de invalidez, exclusivamente aos servidores públicos no serviço da nação, sendo que os outros trabalhadores não possuíam qualquer proteção social. Assim, já se observa um tratamento diferenciado e favorecido aos servidores públicos, cultura que ainda está intrínseca no pensamento popular nos dias atuais.

Este dispositivo é bastante emblemático, pois ajuda a entender o tratamento diferenciado dado à previdência social dos servidores e militares. Para tais pessoas, a regra sempre foi a concessão de benefícios custeados, integralmente, pelo Estado, enquanto a previdência social dos trabalhadores em geral, criada posteriormente, já possuía a natureza contributiva desde sua gênese. Tal diferença, comum, em diversos países mundo afora, explica o fato de, no Brasil, ainda termos um regime previdenciário segregado para servidores (RPPS), muito embora a Constituição já preveja, também, sua natureza contributiva.⁵

Nas disposições transitórias da Constituição de 1891, o artigo 6º dispõe sobre as regras de aposentadoria dos primeiros magistrados federais e dos Estados, nestes termos:

Nas primeiras nomeações para a magistratura federal e para a dos Estados serão preferidos os Juízes de Direito e os Desembargadores de mais nota. Os que não forem admitidos na nova organização judiciária, e tiverem mais de trinta anos de exercício, serão aposentados com todos os seus vencimentos. Os que tiverem menos de trinta anos de exercício continuarão a perceber seus ordenados, até que sejam aproveitados ou aposentados com ordenados correspondentes ao tempo de exercício. As despesas com os magistrados aposentados ou postos em disponibilidade serão pagas pelo Governo federal.

Assim, observa-se que a Constituição de 1891, além de instituir a Justiça Federal, ao lado da Estadual e também o Supremo Tribunal Federal, criou-se também as regras para aposentadoria dos magistrados, garantindo a eles proventos integrais somente àqueles que tiverem trinta

†—SILVA, Roberta Soares da. *Direito social: aposentadoria*. São Paulo: LTr, 2009. p. 95.

5 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 59.

anos de exercício ou mais. Desta forma, as regras da Seguridade Social previstas na Constituição de 1891 restringiam aos servidores públicos, somente no início do século XX, o Estado Brasileiro passou a legislar cada vez mais e intervir em diversos aspectos relacionados com a proteção social.

Sob o impacto das ideias nascidas ou expandidas pela vitória das nações democráticas e aliadas na guerra mundial de 1914-1918, a legislação brasileira enriqueceu-se com a primeira Lei de Acidentes do Trabalho, de 1919.

Em 1924, a Lei Eloy Chaves criou o 1º Instituto de Aposentadorias, o dos Ferroviários. O Deputado Henrique Dodsworth fez passar em 1926, a 1ª Lei de Férias para os trabalhadores. Em 1923, um projeto de Agamenon Magalhães e Pacheco de Oliveira pretendia fundar um Instituto de Pensões para empregados no Comércio. Outro se criou para os trabalhadores de Docas. Na Câmara, discutiu-se um Código do Trabalho, participando dos debates, dentre outro, Afrânio Peixoto, antes de 1930.

Um publicista russo, Mirkine-Guetzevitch, divulgava a “racionalização do poder” nas novas Constituições europeias e era traduzido no Brasil.

Foram o pródromos da legislação social que, logo após a Revolução de 1930, Lindolfo Collor induziria Vargas a aceitar⁶

As leis infraconstitucionais publicadas durante a vigência da Constituição de 1891 trouxeram avanços significativos na Seguridade Social brasileira. Tanto é que a Lei Eloy Chaves é considerada o marco inicial da previdência social dos trabalhadores no Brasil, pois a partir do Instituto de Aposentadoria e Pensão – IAP dos ferroviários as outras categorias profissionais se inspiraram e lutaram pelos próprios institutos.

3. Constituição de 1934

A Constituição Brasileira de 1934 constitucionalizou os direitos sociais no país.

[] anunciava marcantes novidades era na parte social. Trazia, como já foi referido, matérias até então consideradas não-constitucionais (p. ex. funcionários públicos, religião, família, cultura e ensino, ordem

⁶ BALEEIRO, Alomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. v. 2. Brasília, Senado Federal, 2001. p. 51.

econômica e social). Deve decorrer daí a tendência nacional de inserir na Carta Política dispositivos materialmente não-compreendidos pelo Direito Constitucional.⁷

“Já em seu preâmbulo, a Constituição de 1934 propugna como missão do Estado brasileiro organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico.”⁸ No artigo 5º tratava que era de competência privativa da União legislar sobre assistência social. O artigo 10 por sua vez tratava da competência concorrente da União e dos Estados-membros de cuidar da saúde e da assistência pública, bem como da fiscalização à aplicação das leis sociais. Já o artigo 121 estabeleceu que a lei deve promover a proteção social do trabalhador, entre as formas elencadas no parágrafo primeiro, na alínea “h” aparece a: assistência e a instituição da 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”.

Assim, a Constituição de 1934 foi a primeira a tratar sobre a forma tríplice de custeio para a Previdência, com contribuições iguais do Estado, empregador e empregado, modelo até hoje utilizado. Foi também a primeira a utilizar a terminologia “previdência”, só que sem o adjetivo “social”.

Alguns autores consideram a Constituição de 1934 um dos maiores monumentos da vida jurídica brasileira, entre eles Ferreira, que assinala que essa Constituição atendeu às novas condições sociais e culturais da época.

De inovador, no financiamento do sistema previdenciário, Balera destaca os partícipes do custeio da previdência social: a União, os empregadores e os empregados. Essa regra, que figura em todas as Constituições posteriores, tinha precisa conotação na Constituição de 1934: é que ali vinha expressa a igualdade entre os contribuintes. Assim, tanto os trabalhadores como os empregadores deviam contribuir com montante de recursos igual ao que a União verteria de seus cofres para o sistema previdenciário.

Com a Constituição de 1934, a proteção social configurou-se como um seguro para o qual contribuía tanto o trabalhador como o empregador

⁷ POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. v. 3. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 34.

⁸ NOGUEIRA, Narlon Gutierrez. *A constituição e o direito à previdência social*. São Paulo: LTr, 2009.

e, em igualdade de condições com essas categorias, o próprio Poder Público.

Duas características identificam o seguro social na Carta de 1934: a obrigatoriedade da contribuição (compulsoriedade) e a gestão estatal do sistema.

Dessa forma, no plano constitucional, o Brasil deixava o estágio primitivo da assistência pública e ingressava na etapa conhecida como seguro (previdência) social, o qual vem confirmar-se, em sua plenitude, com a Constituição de 1988⁹

Na Constituição de 1934 também está previsto que é competência privativa do Poder Legislativo legislar sobre “licenças, aposentadorias e reformas, não podendo por disposições especiais concedê-las nem alterar as concedidas” (art. 39), além de tratar diversas vezes sobre a aposentadoria daqueles vinculados ao serviço público, seja do deputado (art. 33, §3º); do juiz (arts. 64, “a” e 104); dos trabalhadores da imprensa (art. 131); bem como do estatuto dos servidores públicos (art. 170).

4. Constituição de 1937

Getúlio Vargas, no dia 10 de novembro de 1937, deu um golpe de Estado, fechando o Congresso Nacional e implantando o Estado Novo. A quarta Constituição Brasileira foi outorgada nesta data.

O Estado Novo, marcado pelo autoritarismo, não poderia harmonizar-se com uma ordem constitucional avançada e liberal como aquela que foi votada em 1934.

Balera declara que a Carta de 1937 elencava os riscos sociais no art. 137. A assistência médica ao trabalhador e a gestante tinha previsão na letra “l” enquanto a velhice, a invalidez e os acidentes do trabalho. Eram protegidos pelo determinado na letra “m” do mesmo artigo. Mas o texto apresentava uma grave lacuna: não fazia referência ao custeio, tampouco dispunha sobre a contribuição da União...

⁹ SILVA, Roberta Soares da. *Direito social: aposentadoria*. São Paulo: LTr, 2009. p. 97.

Balera continua:”essa omissão pode ser considerada, hoje, o golpe de misericórdia na igualdade contributiva e retrocesso em todo o sistema de custeio do seguro social em nosso país.¹⁰

Por ser uma Carta Magna de um governo autoritário, é muito sintética em matéria de proteção social, refere-se tão somente na letra “m” do artigo 137 da “instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho”.

Merece ser destacado o conteúdo de seu art. 177, norma típica de um Estado totalitário, que permitiu a aplicação de uma espécie de “aposentadoria compulsória” aos funcionários públicos que de alguma forma fossem contrários ou inconvenientes ao regime:

Art.177 Dentro do prazo de sessenta dias, a contar da data desta Constituição, poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis e militares cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime.¹¹

Assim nesta Constituição de 1937, no que se refere à seguridade social não promoveu grandes alterações em relação às disposições que já constavam do texto da Constituição de 1934.

5. Constituição de 1946

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 foi promulgada em 18 de setembro. Esta Constituição garantiu as liberdades previstas na Constituição de 1934 que haviam sido retiradas na Constituição de 1937. Assim, a quinta constituição brasileira promulgada no contexto mundial do fim da Segunda Guerra Mundial, é uma constituição republicana, federativa e democrática.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 sucedeu a deposição de Getúlio Vargas e buscou restaurar o regime democrático e o quadro normativo estabelecido pela Constituição de 1934.

No que se refere ao direito à previdência social, devem ser destacadas as seguintes inovações: a competência para legislar sobre previdência social

¹⁰ SILVA, Roberta Soares da. *Direito social: aposentadoria*. São Paulo: LTr, 2009. p. 99.

¹¹ NOGUEIRA, Narlon Gutierrez. *A constituição e o direito à previdência social*. São Paulo: LTr, 2009. p. 38.

ficou assentada em definitivo, tornando-se competência concorrente entre a União (art. 5º, inciso XV, alínea b) e os Estados (art. 6º), em modelo semelhante ao existente na atual Constituição de 1988; foi estabelecida a competência do Tribunal de Contas para julgar a legalidade das aposentadorias, reformas e pensões dos funcionários públicos (art. 77, inciso III); a previdência social deixou de ser apenas um apêndice do Direito do Trabalho, ganhando autonomia, conforme se depreende pela leitura do art. 5º, inciso XV, alíneas a e b do art. 157, caput; o funcionário público passou a contar com o direito à aposentadoria voluntária após 35 anos de tempo de serviço (art. 191, §1º), além da aposentadoria por invalidez e da aposentadoria compulsória aos 70 anos de idade (art. 191, incisos I e II). Os vencimentos são integrais com o mínimo de 30 anos de serviço e proporcionais, se contar tempo inferior; pela primeira vez foi previsto que “o tempo de serviço público, federal, estadual ou municipal computar-se-á integralmente para efeitos de disponibilidade e aposentadoria.” (art. 192). Embora essa previsão só se tenha materializado por meio da legislação ordinária muitos anos mais tarde, a sua relevância não pode ser olvidada, pois abriu caminho para a contagem recíproca dos tempo de filiação dos regimes de previdência dos funcionários públicos, entre si, e posteriormente também entre eles e o regime geral de previdência social; estabeleceu a paridade entre os proventos da inatividade e os vencimentos dos funcionários em atividade (art. 193).¹²

Nesta constituição de 1946 utilizou, de forma inovadora, a expressão previdência social, sendo garantida pelo constituinte a proteção aos eventos da maternidade, doença, invalidez, velhice e morte, através do trio das contribuições. Foi a primeira tentativa de sistematizar as normas de proteção social na Constituição.

A Constituição de 1946 foi promulgada em 18-9-1946, iniciando-se uma sistematização constitucional da matéria previdenciária, que foi incluída no mesmo artigo que versava sobre o Direito do Trabalho (art. 157).

Nessa Constituição surge pela primeira vez a expressão “previdência social”, desaparecendo a expressão antes em voga: “seguro social”.

O inciso XVI do art. 157 consagrava a “previdência, mediante a contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor

¹² NOGUEIRA, Nairon Gutierrez. *A constituição e o direito à previdência social*. São Paulo: LTr, 2009, p. 38.

da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte.” Essa tríplice forma de custeio foi repetida nas constituições posteriores. Dispõe o inciso XVII do art. 157 a “obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho”.

O Decreto nº 26.778, de 14-6-49, regulamentou a Lei nº 593, de 24-12-48 referente à aposentadoria ordinária, disciplinando a execução das demais legislações em vigor sobre as CAP's.¹³

Assim, o que se observa na Constituição de 1946 é a competência da União para legislar sobre os temas relacionados a seguridade social, quais sejam, “normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; e de regime penitenciário;” como consta no artigo 5º além do previsto no artigo 157 ao tratar sobre os preceitos mínimos que a legislação trabalhista e previdenciária deve dispor, sendo que o §2º deste artigo 157 já trouxe o que hoje denomina-se de princípio da preexistência do custeio, ao prever que “nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social poderá ser criada, majorada ou estendida sem a correspondente fonte de custeio total.”, regra importante e necessária base para garantir um sistema financeiramente equilibrado.

6. Constituição de 1967 e a emenda Constitucional nº 1 de 1969

No dia 15 de março de 1967, o general Artur da Costa e Silva tomou posse como presidente do Brasil, sendo que no governo do Castelo Branco era ministro do Exército. Neste mesmo dia da posse de Costa e Silva, entrou em vigor a sexta Constituição Brasileira, por ser uma Carta do contexto da ditadura militar, o texto incorporou os atos institucionais, aumentando o poder do Executivo, institucionalizando a ditadura no Brasil. Esta Constituição repetiu o que estava disposto em matéria previdenciária na Constituição de 1946, inovando especialmente em três pontos no artigo 158, constitucionalizou o salário-família (inciso II), criou o seguro-desemprego (inciso XVI) e reduziu o tempo de serviço para a concessão da aposentadoria à mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral (inciso XX).

Porém, logo em 31 de agosto de 1969, o general Costa e Silva se afastou do poder por questões de saúde, enquanto o próximo general-presidente não assumiu até 30 de outubro de 1969 (Emílio Médici), o Brasil teve um governo de Juntas Militares, e neste íterim editaram a

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 11.

EC nº 01 em 17/10/1969. Esta Constituição de 1969 tratava no seu artigo 165 sobre os direitos dos trabalhadores, inclusive indicava no caput como objetivo da ordem social da pátria a melhoria na condição social dos trabalhadores. Os incisos XV e XVI, do artigo citado, elencam a assistência e a previdência, sendo que o parágrafo único do artigo preocupa-se com o equilíbrio existente entre as prestações fornecidas e as fontes de custeio.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, embora tenham restringido os direitos e garantias individuais, mantiveram a estrutura do direito à previdência social já consagrada na Constituição de 1946, acrescentando a ela algumas inovações.

Dentre tais inovações, destacam-se:

o seguro de acidentes do trabalho foi finalmente incorporado à estrutura da previdência social;

aposentadoria voluntária das mulheres aos trinta anos de serviço;

exigência de prévia fonte de custeio para a instituição de novos benefícios ou para majoração dos já existentes.

Trouxe também previsão de aposentadoria especial aos 25 anos de serviço aos civis que combateram na Segunda Guerra Mundial.

Foi a partir desse período que o direito à previdência social deixou de beneficiar apenas os funcionários públicos e os trabalhadores urbanos empregados, sendo estendido a outras categorias de trabalhadores, tais como os autônomos, domésticos (Lei nº 5.859/1972) e os rurais (incluídos em um sistema paralelo, de caráter assistencial, o Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural – FUNRURAL, criado pela Lei nº 4.214/1963, aperfeiçoado e efetivamente implementado pelas Leis Complementares nº 11/1971 e nº 16/1973)¹⁴

Neste sentido, a Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 garantia a assistência e previdência, enquanto necessidade primária da ordem econômico-social do país, a grande parte dos trabalhadores brasileiros, obedecendo o modelo tripartite de financiamento, através de contribuição obrigatória de todos: trabalhadores, empresas e o próprio Governo.

¹⁴ NOGUEIRA, Nelson Gutierre. *A constituição e o direito à previdência social*. São Paulo: LTr, 2009. p. 39.

8. Constituição Federal de 1988

Depois de um governo militar, com restrições de direitos e garantias individuais, a sétima Constituição Brasileira, do dia 05 de outubro de 1988 preocupou-se em instituir um Estado Democrático de Direito forte, constitucionalizando todos os direitos dos cidadãos, especialmente em relação a Seguridade Social. A Constituição Federal de 1988 tratou pela primeira vez de um conceito inédito, o de Seguridade Social, como gênero atual de proteção social, compreendendo o direito à previdência social, à assistência social e à saúde, deixando a marca evidente do Estado do Bem-Estar social assumido pelo Constituinte.

A Seguridade Social aparece logo no artigo 22, inciso XXIII que trata da competência da União para legislar sobre diversos temas. Depois quanto aos orçamentos, foi destacado um orçamento próprio para a Seguridade Social (art. 165, §5º, III e §13), sendo que o artigo 167 veda “a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º”. Porém, o grande destaque para a Seguridade Social é o capítulo próprio dentro da Ordem Social, que vai dos artigos 194 a 204 da Constituição.

A atual Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi de pronto chamada “Constituição-cidadã”, o que, segundo Gisela Bester, “deveu-se à restituição ou ao resgate que em seu texto se fez da ampla cidadania e dos direitos fundamentais”, estando isso nitidamente evidenciado pelo destaque que deu à matéria. Já no seu Preâmbulo, afirma que os constituintes se reuniram para instituir um Estado democrático, destinado a 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 e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias¹⁵

Assim, somente na Constituição de 1988 que se constitucionalizou a Seguridade Social, que era um conceito já conhecido mundialmente desde o início do século XX. Afinal, este termo foi criado por Franco Delano Roosevelt, que foi eleito presidente dos Estados Unidos da América em 1932, quando o país estava no fundo da Grande Depressão Econômica. Roosevelt decidiu empreender uma enérgica política intervencionista para recuperar o país, neste contexto foram adotadas várias medidas de ordem

15 - SIMM, Zeno. *Os Direitos Fundamentais e a Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2005. p. 30-31.

econômica e social. Este modelo econômico ficou conhecido como Estado do Bem-Estar Social (Welfare State), no qual há intervenção estatal com respeito à livre iniciativa, que que em 14 de agosto de 1935, o “Social Security Act”, data que pela primeira vez foi utilizado o termo Seguridade Social na legislação ao redor do mundo.

8. ConClusão

Neste estudo sobre a Seguridade Social brasileira e sua tradição constitucional verifica-se que tais direitos a saúde, previdência e assistência social, só foram positivados na constituição recentemente. Afinal, há pouco mais de três décadas que se tratou pela primeira vez na Constituição deste conceito tão importante, como gênero atual de proteção social, dedicando à Seguridade artigos importantes quanto a reserva orçamentária e até mesmo um capítulo inteiro, para dispor sobre as regras existentes.

Assim, somente após 1988 foi possível compreender que a Saúde é direito de todos e dever do Estado, enquanto a Assistência para àqueles que necessitam por sua vez a Previdência Social, somente àqueles que contribuem, por se tratar de um seguro social. Assim, restou evidente o Estado Brasileiro do Bem-Estar social assumido pelo constituinte, justificando o apelido carinhoso de Constituição Cidadã.

reFerênCias

ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2014.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. Vol. 2. Brasília, Senado Federal, 2001.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 10/09/2019.

_____. *Constituição do Brasil de 24 de janeiro de 1967*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

_____. *Decreto 848, de 11 de outubro de 1890*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição federal de 10 de novembro de 1937*. Tomo I. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1938.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. v. 1. Brasília: Senado Federal, 2001.

NOGUEIRA, Naron Gutierre. *A constituição e o direito à previdência social*. São Paulo: LTr, 2009.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. v. 3. Brasília: Senado Federal, 2001.

PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras: 1937*, v. 4. Brasília: Senado Federal, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Roberta Soares da. *Direito social: aposentadoria*. São Paulo: LTr, 2009.

SIMM, Zeno. *Os Direitos Fundamentais e a Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2005.

A FAMÍLIA NA TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Nathália Maria Marcelino Furtado Galvão

Aluna Regular no Mestrado em Direito, no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desenvolvimento; 1.1 A Família na Constituição de 1824 (Brasil Império); 1.2 A Família na Constituição de 1891 (Brasil República); 1.3 A Família na constituição de 1934 (Segunda República); 1.4 A Família na Constituição de 1937 (Estado Novo); 1.5 A Família na Constituição de 1946; 1.6 A Família na Constituição de 1967/1969 (Regime Militar); 1.7 A Família na Constituição de 1988 (Constituição Cidadã); 2 Conclusão; Referências.

introdução

A família moderna brasileira, tal qual a conhecemos hoje, passou por profundas e significativas transformações ao longo dos séculos, até se consolidar na atual conjuntura conhecida por todos, base da sociedade e estrutura de organização social sob o amparo do Estado.

Tais transformações podem ser verificadas ao longo da análise das Constituições brasileiras, desde a Constituição de 1824 do Brasil Império, na qual não havia menção expressa e nem implícita à família, mas apenas à Família Real, até a vigente Constituição de 1988, na qual há uma amplificação no conceito e no tratamento da família contemporânea.

No Brasil Império, a família tinha como características ser patriarcal, hierarquizada, heterossexual, formada unicamente pelo casamento entre um homem e uma mulher, ser voltada à preservação do patrimônio, à subsistência de seus membros, à procriação (proles numerosas), e, em consequência, à manutenção do status social do casal.

Com o passar dos séculos, a família brasileira passou por alterações e adaptações às exigências da vida de cada época. Esse fenômeno acabou por refletir diretamente na seara do direito, que se adaptou ao longo das reivindicações de seu cada tempo.

No Brasil, levou-se certo tempo até se dar o devido reconhecimento às famílias em geral. Isso é constatado, por exemplo, na Carta Magna de 1824, na qual única família contemplada constitucionalmente foi a Família Real.

No presente trabalho será abordado sobre o tratamento dado à família no ordenamento jurídico vigente em cada período histórico das Constituições Brasileiras (do Império até o ordenamento atual regido pela CF/1988), de modo a verificar como cada uma delas percebia suas necessidades e assegurava aos núcleos familiares seus direitos e deveres.

Assim, será possível vislumbrar, a partir de cada momento histórico pelo qual o país atravessava, em quais textos constitucionais a família recebeu tratamento, a forma como ele se deu, bem como seu alcance, a fim de analisar se os anseios de fato foram atendidos e de que modo houve contribuição pelo texto constitucional à sociedade e à família.

1 desenvolvimento

1.1 a Família na Constituição de 1824 (Brasil Império)

A primeira Constituição brasileira, outorgada por Dom Pedro I, em 15 de março de 1824, revela a forte influência da Igreja Católica na vida

Política daquela época, tanto é que abaixo do Título **CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL** há a menção “Em nome da Santíssima Trindade”.

Em seu artigo 5º, há a expressa menção à religião Católica Apostólica Romana como a religião oficial do Brasil Império, nos seguintes termos:

Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.

Tal fato revela que, nessa época, era a Igreja Católica que dispunha e regulamentava a vida civil de toda a sociedade, posto que era quem fazia os registros de nascimento, casamento e morte.

Ao se analisar sobre a família na Constituição Imperial de 1824, verifica-se que o texto Maior da época tratou apenas sobre a família Imperial, em seu Capítulo III, artigos 105 a 115, nada fazendo menção em relação à família *lato sensu*.

Com efeito, o Texto Constitucional de 1824 em nenhum momento garante proteção, por parte do Estado, à estrutura social relativa à sociedade brasileira dessa época, a qual, enquanto entidade familiar, também tinha suas necessidades alimentares, financeiras, educacionais, de lazer, dentre outras.

Os dois primeiros artigos (105 e 106) dispunham sobre o tratamento a que seria dado aos príncipes, filhos do Imperador Dom Pedro I. Assim, dispunha o art. 105 que o herdeiro presuntivo do Império teria o título de “Príncipe Imperial” e seu primogênito o de “Príncipe do Grão Pará”. Os demais receberiam o título de “Príncipes”. Prossegue o dispositivo legal no sentido de que o tratamento do herdeiro presuntivo e o do Príncipe do Grão Pará é o de “Alteza Imperial”. Já os demais Príncipes serão tratados como Alteza.

Pimenta Bueno explica que os títulos e denominações dos príncipes da família imperial dizem respeito a certas denominações e afeições políticas, além de se revestirem do prestígio que lhes é próprio¹.

Dispunha o art. 106 da Constituição Imperial que o Príncipe Imperial, ao completar 14 anos de idade, devia prestar juramento nos seguintes termos “Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador”.

¹ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Publico Brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: 1857. p. 224.

Esse juramento era prestado nas mãos do presidente do Senado em assembleia geral, reunidas ambas as camaras.

O artigo 107, por sua vez, estabelecia que ao Imperador que suceder no Império e à sua Imperatriz seriam assegurados uma dotação correspondente ao decoro de sua alta dignidade.

Também era assegurado ao Príncipe Imperial, bem como aos príncipes sucessores alimentos, nos termos do art. 109 da Constituição Imperial.

Com efeito, aqui se visualiza o direito aos alimentos, contudo, de modo diferente do que atualmente conhecemos, prestados pelos genitores aos filhos incapazes e/ou aos que não dispõe de meios de provê-los.

Fato interessante, ainda sobre o acima mencionado art. 109, é que os alimentos dados ao Príncipes apenas cessarão quando esses saírem do Império.

Quando uma das Princesas, sucessoras Imperiais, fossem se casar, a Assembleia deveria apresentar seu dote e com a entrega dele os alimentos eram cessados. É o que dispunha o art. 112 da Constituição Imperial.

O art. 113 também continha regra relacionada aos alimentos, especificamente, em relação a cessação dos mesmos, nos casos de casamentos do Príncipes que fossem residir fora do Império.

Tanto os alimentos, quanto as dotações e dotes acima mencionados eram pagos pelo Tesouro Público, conforme dispunha o art. 114 da Lei Maior da época. Tais valores eram entregues a um Mordomo nomeado pelo Imperador.

No que se refere ao casamento, na época da Constituição Imperial, esse só existia

Importante também registrar que a Constituição Imperial apenas consagrou o casamento religioso, o qual, tendo em vista a religião oficial da época, era católico.

Tanto o Concílio Tridentino quanto a Constituição do Arcebispo da Bahia disciplinavam o casamento católico.²

1.2 a Família na Constituição de 1891 (Brasil República)

A Constituição de 1891, promulgada em 24 de fevereiro, é a primeira a consagrar, no Brasil, a separação entre Igreja e Estado, decorrente da Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889. Por isso, é conhecida como Constituição Republicana.

² COSTA, Dilvanir José da. *A família nas Constituições*. Brasília: 2006, a. 43, n. 169, p. 14. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92305/Costa%20Dilvanir.pdf>>.

A Lei Maior desse tempo, da mesma forma que a anterior, também não disciplinou sobre a família.

No que se refere ao casamento, há nova regra legal, segundo a qual o casamento válido e legalmente reconhecido é o civil, o qual terá sua celebração gratuita. É o que disciplinava o §4º do art. 72.

Assim, o casamento deixa de ser apenas religioso e passa a ter efeitos civis.

No ponto, o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890 passou a considerar válidos os casamentos que, no Brasil, fossem celebrados de acordo com suas normas.

Portanto, o que se verificava é que o casamento válido era o civil, contudo, caso marido e mulher também desejassem se casar no religioso, tal opção lhes era permitida, tanto antes quanto depois do casamento civil, inclusive, na religião que confessassem e não apenas na religião católica.

Diante da insistência na celebração do casamento católico unicamente, em 26 de junho de 1890 é expedido novo Decreto n. 521, regulamentando que o casamento civil precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto. Assim, determina o referido Decreto que, no caso de ser celebrada qualquer cerimônia religiosa do casamento antes do ato civil, pelo ministro de qualquer confissão, o mesmo será punido com seis meses de prisão e multa da metade do tempo.

Outro ponto interessante de ser mencionado relaciona-se ao §7º do art. 72 do Texto Maior de 1891, no qual se verifica a separação entre Igreja e Estado ao mencionar que “§ 7º Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União, ou o dos Estados. A representação diplomática do Brasil junto à Santa Sé não implica violação deste princípio”.

Assim, diferentemente do que ocorria na vigência da Constituição de 1824, em que a vida civil dos brasileiros estava sob o controle da Igreja Católica, a partir da Constituição Republicana, há a oficialização da separação entre o Estado e a Igreja.

Importante ressaltar que, entre a Constituição de 1891 e a de 1934, entra em vigor o Código Civil de 1916, cujo autor foi Clóvis Beviláqua, no qual continha vasto regulamento sobre o casamento civil, seus requisitos, efeitos, formalidades, casos de nulidade e anulação, bem como sua dissolução por meio do desquite (artigos 180 a 277).

1.3 a Família na Constituição de 1934 (segunda república)

A partir da Constituição de 1934, promulgada em 16 de julho pela Assembleia Nacional Constituinte, a família passa a ter seu devido

tratamento, em capítulo próprio (Título V – Da Família, da Educação e da Cultura, Capítulo I – Da Família).

Os artigos 144 a 147 dispunham de regras atinentes à regulamentação da família. Com efeito, o art. 144 continha regra segundo a qual a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a especial proteção do Estado. Tal dispositivo demonstra que toda a família daquela época deveria ser constituída pelo casamento, o qual era indissolúvel.

Seu parágrafo único dispõe sobre o desquite e anulação do casamento, os quais eram determinados pela lei civil.

Prosseguindo, o artigo 145 dispunha sobre a regulamentação da lei sobre a manifestação da prova de sanidade física e mental pelos nubentes, devendo-se atentar às condições específicas de cada região do Brasil.

Já o art. 146 determinava que o casamento era civil e gratuita a sua celebração. Também garantia que o casamento celebrado diante de ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrariasse os bons costumes e a ordem pública, teria os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que fosse perante a autoridade civil verificados os impedimentos e no processo de oposição fossem observadas as disposições da lei civil, bem como fosse o casamento inscrito no Registro Civil, o qual era gratuito e obrigatório.

Por fim, no art. 147, último artigo da Lei Maior da época, que trazia regra atinente à família, havia expressa menção ao reconhecimento dos filhos naturais.

Outro ponto interessante de mencionar é que diversas leis especiais vieram a regulamentar o casamento religioso com efeitos civis, como podem ser citadas as seguintes legislações: Lei n. 379/1937, Decreto Lei n. 3.200/1941, Lei n. 1.110/1950, Lei n. 6.015/1973 (artigos. 71 a 75) e Código Civil de 2002 (artigos 1.515 e 1.516).

1.4 a Família na Constituição de 1937 (estado novo)

A Lei Maior de 1937, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, tratou da família em apenas quatro dispositivos legais, menos artigos, ao se comparar com a Constituição de 1934.

O artigo 124, primeiro que regulamenta sobre a família no Estado Novo, é uma repetição do artigo 144 da Constituição anterior, na medida em que diz que a família será constituída pelo casamento indissolúvel e encontra-se sob a proteção especial do Estado. Porém, acrescenta que serão concedidas, às famílias numerosas, compensações na proporção dos seus encargos. Tal garantia constitucional revela época na qual as mulheres tinham muitos filhos.

O próximo artigo (art. 125) trata a respeito da educação dos filhos, como um direito deles e dever dos genitores. Também menciona sobre o papel do Estado em garantir a educação, seja de maneira principal ou subsidiária, quando houve deficiência e lacuna na educação particular.

O artigo 126 determina que será assegurada por lei a igualdade entre os filhos, legítimos ou não, sendo extensivo a esses os mesmos direitos e deveres que os pais terão em relação aos filhos legítimos.

Por fim, o artigo 127 prescreve sobre a importância da infância e da juventude, as quais devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, o qual deverá assegurar todas as medidas necessárias a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades.

Abaixo desse dispositivo legal há dois parágrafos, sendo que o primeiro determina que será considerado falta grave, por parte dos responsáveis, o abandono moral, intelectual ou físico da infância e juventude, devendo o Estado provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral dos jovens e menores.

Ademais, o segundo e último parágrafo abaixo do art. 127 chama atenção ao fato de que é direito dos pais miseráveis invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação de sua prole.

O que se observa dos artigos acima mencionados é que a Constituição de 1937, conhecida como “Polaca”, inova ao instituir novas garantias relativas à família, à educação dos filhos, bem como relacionadas à proteção da infância e juventude e à assistência social, por parte do Estado, às famílias tidas como miseráveis, isto é, sem meios financeiros de prover sua subsistência.

1.5 a Família na Constituição de 1946

A Constituição de 1946 é promulgada em 18 de setembro, em um contexto pós Segunda-Guerra Mundial e início da Guerra Fria.

Na análise de seu tratamento pelo Texto Maior de 1946, nota-se que apenas três dispositivos legais abordam sobre o tema, quais sejam: artigos 163 a 165.

O artigo 163 dispõe da mesma maneira que as duas Constituições anteriores, no sentido de ser a família constituída pelo indissolúvel vínculo do matrimônio e terá direito à devida proteção do Estado.

Seu parágrafo primeiro repete regra já verificada em Constituições anteriores, como na de 1891 e 1934, segunda a qual o casamento válido e legalmente reconhecido é o civil, o qual terá sua celebração gratuita. Todavia, acrescenta que no caso do casamento religioso, esse equivalerá

ao civil caso sejam observados os impedimentos e as prescrições próprias da lei, bem como assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, desde que o ato seja inscrito no Registro Público. Ou seja, o casamento religioso tem os mesmos efeitos que o casamento civil.

Outrossim, seu parágrafo segundo chama atenção para o fato de que se o casamento religioso fosse celebrado sem a observância das formalidades do artigo 163, ainda sim terá efeitos apenas civis quando, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

O artigo seguinte, de número 164, determinava sobre a obrigatoriedade de ser garantia a assistência à maternidade, à infância e à adolescência em todo o território nacional, bem como repete regra da Constituição anterior de que no caso das famílias de prole numerosa será garantias a elas o seu devido amparo pelo Estado.

Por fim, o artigo 165 regula sobre a sucessão de bens a favor do cônjuge ou filhos brasileiros de estrangeiros.

1.6 a Família na Constituição de 1967/1969 (regime militar)

A sexta Constituição Federal, de 1967, é elaborada durante o regime militar e entra em vigor em 15 de março daquele ano.

De sua análise, no tocante à proteção à família, depara-se que ela prevê mais dispositivos legais sobre o tema, ao compará-las às Constituições anteriores. No ponto, os artigos 167 ao 172, bem como seus parágrafos, tratam de forma minuciosa sobre o assunto.

Pontos de destaque na Carta Magna de 1967 refere-se ao casamento o qual é indissolúvel (§1º do art. 167), conforme normais previstas nas Constituições anteriores, bem como à família, que é a constituição pelo casamento e que tem direito à proteção dos Poderes Públicos (art. 167, *caput*).

O parágrafo 2º do art. 167 fala sobre o casamento ser civil e gratuita a sua celebração, também assinala que o casamento religioso equivalerá ao civil quando forem observados os impedimento e prescrições da lei, se assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

Seu parágrafo 3º repete regra da constituição passada no sentido que o casamento religioso terá efeitos civis, ainda que celebrado sem as formalidades legais, desde que a requerimento do casal fosse inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Seu parágrafo 4º disciplina sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência, a ser instituída pela lei.

Chama-se atenção para o fato de que o Texto Maior de 1967, com a redação da Emenda Constitucional n.1/1969 no art. 175, parágrafos 2º e 3º, manteve o casamento religioso com efeitos civis. Outrossim, pela Emenda Constitucional n. 9/1977 acabou com a indissolubilidade do matrimônio (§1º do art. 175) prevendo sua dissolução nos casos previstos em lei.

Segundo Barroso, na vigência da Constituição de 1967 reconhecia-se que apenas se era possível ocorrer a formação familiar pelo casamento. No ponto, nenhuma outra forma de união era prevista na Carta Magna de 1967, que previa o seguinte: “A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” (art. 167). Contudo, a despeito disso, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida que avançavam as concepções culturais e sociais.³

Consoante Barroso⁴, pode-se verificar durante a vigência dessa Constituição uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família, o qual teve as seguintes etapas nos dizeres do Ministro:

a) primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção; b) em uma segunda etapa, parte dos dissídios começa a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos prestados a seu par; c) em seguida, insere-se esse tipo de relação no direito obrigacional, de modo a impedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconhece-se, então, a existência de sociedade de fato; d) num momento posterior, passou-se a reconhecer verdadeira união de fato entre companheiros, prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc.; e) por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento. No RE 878.694, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, reconheceu-se a igualdade de direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros.⁵

Prosseguindo, os dispositivos seguintes contidos dentro do Título IV, que tratado sobre a família, abordam sobre a educação e ensino e suas nuances.

3 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 399.

4 *Ibidem*, p. 399.

5 *Ibidem*, p. 399.

1.7 a Família na Constituição de 1988 (Constituição Cidadã)

A Constituição Federal de 1988 simboliza um avanço no Estado Democrático de Direito. Apelidada “Constituição cidadã”, em razão de assegurar uma ampla gama de garantias e direitos fundamentais não previstos nas Constituições anteriores, representa um marco na democracia, após longo e delicado período de ditadura militar.

Na Constituição vigente, a partir do Capítulo VII, denominado “Da família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, há os dispositivos constitucionais sobre o tratamento da família, atualmente como conhecemos hoje.

O artigo 226, primeiro a tratar do assunto, em seu *caput* inova em relação aos que outrora regulamentavam sobre família nas constituições pretéritas, ao dispor que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Nas Cartas constitucionais anteriores, os primeiros artigos que tratavam da família dispunham que a família era constituída pelo casamento, o qual era indissolúvel. Assim, há a mudança de pensamento na época da promulgação do atual Texto Constitucional, que trouxe a ideia de ampliação no conceito de família, núcleo elementar composto por vários integrantes ou não.

A Carta Magna vigente proporcionou também novas interpretações de seu texto, que proporcionaram significativas mudanças na sociedade ao reconhecer como entidade familiar as uniões homoafetivas, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A partir dessa nova realidade vivenciada, verifica-se que a noção de família não diz respeito apenas àquela constituída pelo casamento de duas pessoas de sexos diferentes, mas também, aquela constituída por pessoas que decidiram viver juntas, por meio de uma união estável ou aquela na qual seus integrantes são compostos de duas pessoas, por exemplo, filho(a) e pai ou mãe.

À luz da *zeitgeist* vivenciada com a atual Constituição, as famílias contemporâneas tem como referência princípios e valores incorporados ao texto constitucional.

Segundo Daniel Carnnacioni, com o movimento pós-positivista, que é a base filosófica do novo constitucionalismo, há uma grande repercussão nas relações familiares. Com efeito, com o pós-positivismo, que altera substancialmente as relações familiares e transforma estruturas do modelo de família, há o reconhecimento e a tutela de novos núcleos familiares, fora

da tradicional família pautada no modelo único do casamento, de forma que há a ruptura de barreiras históricas.⁶

O parágrafo 1º do art. 226 manteve o reconhecimento do casamento civil e da gratuidade de sua celebração.

Seu parágrafo 2º reconhece o casamento religioso com efeitos civis, nos termos da lei.

Importante inovação foi a prevista no parágrafo 3º, no qual se reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, a qual encontra-se sob o pálio do Estado, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Outra salutar alteração acrescida foi o parágrafo 4º segundo o qual também é entidade familiar aquela composta por qualquer dos pais e seus descendentes.

Ponto de destaque refere-se à previsão estampada no parágrafo 5º que salienta ser do homem e da mulher de igual forma os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

Conforme mencionado, a Constituição atual inovou e apresentou inúmeros acréscimos e mudanças, de forma que o próximo parágrafo do art. 226, qual seja, o 6º, também traz considerável acréscimo ao prever o fim do casamento civil pelo divórcio. No ponto, em razão dos presentes apontamentos se referirem à família nas Constituições brasileiras, não se abordará sobre leis que regulamentaram de alguma forma a família, como por exemplo, a Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/1977), dentre outros atos normativos.

O parágrafo 7º disciplina que o planejamento familiar é livre decisão do casal, cabendo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Já o parágrafo 8º assegura que o Estado prestará assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Finalmente, do art. 227 ao 230, último que traz regras atinente à família, no Capítulo VII, há a regulamentação voltada aos cuidados e devidos tratamentos a serem dados aos filhos, crianças e adolescentes, e aos idosos.

2 Conclusão

Ao longo da história, a regulamentação da família nas Constituições passou por significativas mudanças, na busca de sua construção e adaptação aos acontecimentos de cada época.

⁶— CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. p. 1458.

Tendo como parâmetro a análise do núcleo familiar pelo viés constitucional brasileiro, o que se verifica é que, ao longo da história do Brasil, nem sempre a família teve posição de destaque, conforme se observa, por exemplo, na Constituição de 1824, na qual a única família com direitos e deveres previstos constitucionalmente era a Família Real.

Porém, no decorrer dos anos, com os avanços em diversos campos do direito e acontecimentos na sociedade, a família passa a ganhar o seu devido reconhecimento, o que é facilmente verificado na vigente Constituição de 1988.

Com efeito, é necessário estar atendo ao contexto histórico de cada período da história, no estudo do núcleo familiar, posto que a família possui dinamismo em sua configuração.

Conclui-se, portanto, que o reconhecimento jurídico constitucional da família, ao longo das Constituições brasileira de 1824 a 1988, está em consonância com seu respectivo contexto histórico, político e social de cada época.

reFerênCias

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 23 set 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967/69*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm e <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 27 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2019.

_____. *Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Decreto n. 521, de 26 de junho de 1890*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0521.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e analyse da Constituição do Imperio*. Rio de Janeiro: 1857.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

COSTA, Dilvanir José da. *A família nas Constituições*. Brasília: 2006, a. 43, n. 169. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92305/Costa%20Dilvanir.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2019.

ANÁLISE HISTÓRICA DO PROBLEMA DA REPARTIÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Renato Cesar Guedes Grilo

*Procurador da Fazenda Nacional. Assessor de Ministro do Superior Tribunal
de Justiça. Pós-graduado em Direito Constitucional e em Tributário.
Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de
Brasília*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As normas de competência tributária nas Constituições de 1824 e 1891; 2 As materialidades abertas à tributação na Constituição de 1934 com a inclusão da técnica de repartição do produto; 3 A repartição de competências na Constituição Federal de 1937; 4 O início do alargamento das competências da União na repartição da competência tributária na Constituição de 1946; 5 O advento de um Sistema Tributário na Constituição de 1967 com a repartição hiperbólica de competências em favor da União; 6 A repartição de competências no Sistema Tributário Nacional na Constituição Federal de 1988; 7 Conclusão; Referências.

introdução

Mediante duas técnicas tributárias se promove a destinação de recursos para o agir estatal: a atribuição de competência tributária para a instituição de tributos sobre determinadas materialidades abertas à tributação pela Constituição Federal; ou, por participação no produto da arrecadação tributária.

Pode-se imaginar que, chegando os recursos suficientes para a consecução das finalidades a serem perseguidas e serviços a serem prestados pelo respectivo ente federativo, pouco importa a técnica que foi utilizada – se por exercício de uma competência tributária própria, ou por participação no produto da arrecadação proveniente do exercício de competência tributária de outro ente federativo.

Contudo, a supressão ou o desprestígio *normogenético* tributário precisa ser analisado sob o ponto de vista da autonomia federativa. É que, quando um ente perde a prerrogativa única e indelegável de instituir um tributo, mediante o exercício de competência própria, para vir a receber parte do produto final da arrecadação de tributo instituído por outro ente, há redução do poder criativo capaz de desestabilizar a harmonia na Federação. Em outras palavras, a divisão de competências representa o espaço federativo ocupado pelos entes, e o resultado disso pode sim levar a instabilidades e desequilíbrios na Federação.

O nosso objetivo é analisar o problema da repartição da competência tributária na história constitucional brasileira e de que modo se processou uma concentração de atribuições instituídas de tributos em determinado ente federativo.

1 as normas de CompetênCia tributária nas Constituições de 1824 e 1891

A primeira Constituição brasileira, de 1824, não trouxe uma técnica de repartição de receitas tributárias, cuidando apenas da atribuição da competência tributária - outorgada privativamente a iniciativa “sobre impostos” à Câmara dos Deputados (art. 36, I) e, em seu artigo 15, § 10º, a competência do Poder Legislativo de “fixar, anualmente, as despesas públicas, e repartir a contribuição direta”

Assim, na sistemática da CF de 1824, a iniciativa “sobre impostos” deveria partir privativamente da Câmara dos Deputados, que era “eletiva e temporária” (art. 35), cabendo ao Poder Legislativo a repartição da “contribuição direta”.

Em termos de direito tributário, a disposição constitucional que mais chama a atenção, na Carta de 1824, é a que invoca o dever fundamental de pagar tributos na medida de sua capacidade contributiva (“*Ninguém será exempto de contribuir pera as despesas do Estado em proporção dos seus haveres*” - art. 179, XV).

Trata-se de cláusula inserta em um contexto de direitos e garantias fundamentais, fazendo sobressaltar também a instituição dos deveres fundamentais (art. 179, XIII a XVII).

O interessante dessa disposição é que ela se encontra em uma sequência de incisos que remetem ao valor constitucional da igualdade. A explicitação do dever fundamental de o contribuinte pagar tributos, na proporção de suas possibilidades, representa um chamado constitucional da Constituição de 1824 à isonomia no custeio das despesas gerais do Estado e viabilização dos serviços públicos que ele presta à sociedade.

É uma disposição normativa que poderia ter sido reproduzida nas Constituições seguintes, mas não se encontra expressa na atual CF de 1988 - muito embora o Supremo Tribunal Federal reconheça o “dever fundamental de pagar tributos”¹.

Voltando ao tema específico da repartição constitucional das competências tributárias, a Constituição Federal de 1891 foi a primeira a instituir um sistema de divisão específico das materialidades a serem tributadas pelos entes federativos.

A Constituição de 1891 adotou a República Federativa como forma de governo, constituindo-se por união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias em Estados Unidos do Brasil (art. 1º). Cada uma das antigas províncias formara um Estado e o antigo município neutro se transformara no Distrito Federal, que continuou a ser a capital da União (art. 2º).

As materialidades abertas à tributação foram discriminadas, por meio da técnica de repartição por competência. A Carta de 1891, por coerência com o regime Federativo que adotou, inaugura a repartição constitucional tributária por competência no constitucionalismo brasileiro; a Constituição de 1934, por sua vez, é a que vai inaugurar a sistemática de repartição por participação na receita tributária de tributos que são da competência de outros entes federativos.

Da competência exclusiva da União, a CF de 1891 discriminou apenas uma materialidade tributada por imposto e duas taxas (art. 7º):

¹ “A solução do presente caso perpassa, portanto, pela compreensão de que, no Brasil, o pagamento de tributos é um dever fundamental. A propósito do tema, vale destacar, por seu pioneirismo, a obra do jurista português José Casalta Nabais. No livro “O Dever Fundamental de Pagar Impostos”, o professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra demonstra, em síntese, que, no Estado contemporâneo – o qual é, essencialmente, um Estado Fiscal, entendido como aquele que é financiado majoritariamente pelos impostos pagos por pessoas físicas e jurídicas – pagar imposto é um dever fundamental” ADI 2390/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 24.2.2016. (ADI-2390).

o imposto sobre a importação de procedência estrangeira; taxas de selo; taxas dos correios e telégrafos federais.

Para os Estados, a CF de 1891 atribuiu quatro materialidades para tributação privativa por tributo da espécie imposto (art. 9º): exportação de mercadorias de sua própria produção; imóveis rurais e urbanos; transmissão de propriedade; sobre indústrias e profissões.

Interessante anotar que, na atual Constituição Federal de 1988, toda as materialidades que a CF de 1891 atribuiu para que os Estados tributassem por meio de impostos estão sob a competência de outros entes federativos. Assim, exportação, imóveis rurais, indústrias e profissões são tributados pela União; a propriedade de imóveis urbanos e a transmissão da propriedade são tributadas pelos Municípios.

Assim, a Carta de 1891 deu destacada preferência aos Estados na repartição da competência tributária privativa que promoveu. Contudo, embora tenha feito repartição de competência privativa para a tributação, a possibilidade do exercício da competência residual era deveras ampla, se comparada com a atual experiência constitucional brasileira².

Portanto, conclusivamente, a Constituição Federal de 1824 não promoveu uma repartição das materialidades tributárias, muito embora tenha trazido alguma normas relevantes de direito tributário; por sua vez, a Constituição de 1891 inaugurou a técnica de repartição das materialidade abertas à tributação, dando destacada relevância à competência privativa dos Estados – com quatro materialidades abertas à tributação por imposto, contra apenas uma da União.

2 as materialidades abertas à tributação na Constituição de 1934 Com a inclusão da técnica de repartição do produto da arrecadação tributária

A Constituição Federal de 1934 aprimorou a sistemática de repartição da competência tributária e inaugurou no constitucionalismo brasileiro um sistema de repartição do produto da arrecadação dos tributos.

Após descrever extenso rol de competências materiais ou administrativas da União (art. 5º), a Constituição lhe atribui, privativamente, competência para instituir impostos sobre as seguintes materialidades (art. 6º): 1) a importação de mercadorias de procedência estrangeira; 2) consumo de quaisquer mercadorias, exceto os combustíveis de motor de explosão; 3) renda e proventos de qualquer natureza, excetuada a renda cedular de imóveis; 4) transferência de fundos para o exterior; 5) sobre atos emanados

² Art 12 - Além das fontes de receita discriminadas nos arts. 7º e 9º, é lícito à União como aos Estados, cumulativamente ou não, criar outras quaisquer, não contravindo, o disposto nos arts. 7º, 9º e 11, nº 1.

do seu Governo, negócios da sua economia e instrumentos de contratos ou atos regulados por lei federal; 6) e, nos Territórios, os impostos que a Constituição atribui aos Estados. Especificamente quanto às taxas, a União podia cobrar taxas telegráficas, postais e de outros serviços federais; de entrada, saída e estadia de navios e aeronaves. Portanto, cinco eram as materialidades abertas à tributação pela União.

Por sua vez, os Estados tinham a previsão de competência para instituir impostos sobre as seguintes materialidades: 1) propriedade territorial, exceto a urbana; 2) transmissão de propriedade causa mortis;

3) transmissão de propriedade imobiliária inter vivos, inclusive a sua incorporação ao capital da sociedade; 4) consumo de combustíveis de motor de explosão; 5) vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive os industriais; 6) exportação das mercadorias de sua produção; 7) indústrias e profissões; 8) atos emanados do seu governo e negócios da sua economia ou regulados por lei estadual. Havia uma previsão genérica para a cobrança de taxas de serviços estaduais.

Da normatividade presente na Constituição de 1934, percebe-se que os Estados permaneceram com a maior parte das materialidades abertas à tributação por meio dos impostos, das quais, no atual regime constitucional de 1988, remanescem apenas duas das oito bases econômicas tributáveis em 1934 – as demais estão hoje como competências da União ou Municípios.

Diferentemente da CF de 1891, a Carta de 1934 fez uma regulamentação específica sobre o exercício da competência residual para a instituição de impostos. Na CF de 1934 a competência residual foi denominada de “competência concorrente” da União e Estados para criar outros impostos, além dos que lhes são atribuídos privativamente (art. 10, VII).

Contudo, em norma extremamente interessante (art. 10, parágrafo único), a Constituição Federal estabeleceu que a arrecadação dos impostos residuais fosse feita pelos Estados, os quais entregavam, dentro do primeiro trimestre do exercício seguinte, trinta por cento à União, e vinte por cento aos Municípios de onde tenham provindo.

Ou seja, a Constituição inaugura, no constitucionalismo brasileiro, a técnica de repartição da receita tributária, através da qual um ente participa da arrecadação dos tributos que são arrecadados por outro ente federativo³. Assim, por exemplo, a União poderia criar um imposto residual, mediante o exercício da sua competência concorrente com os Estados, mas a estes

³ De acordo com a Constituição, se o Estado faltasse ao pagamento das cotas devidas à União ou aos Municípios, o lançamento e a arrecadação passariam a ser feitos pelo Governo federal, que atribuiria, nesse caso, trinta por cento ao Estado e vinte por cento aos Municípios.

caberia a arrecadação, mediante subsequente repartição do produto com a própria União e com os Municípios.

Hoje, na Carta de 1988, a competência residual para instituir imposto é privativa da União (art. 154, I), com determinação de repartição do produto da arrecadação entre Estados (25%).

Além da previsão da repartição do produto da arrecadação do imposto residual, a Constituição ainda trouxe a repartição do produto do imposto de indústrias e profissões, de competência dos Estados: metade do arrecadado pertencia aos Municípios.

Também de modo inédito, a Constituição trouxe previsão de competência tributária para os Municípios: 1) imposto de licenças; 2) impostos predial e territorial urbanos; 3) imposto sobre diversões públicas; 4) o imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais. Também houve previsão da possibilidade de os Municípios cobrarem as taxas sobre serviços municipais.

É interessante que a Constituição trouxe uma previsão de transferência para os Municípios da competência tributária para instituição dos impostos privativos do Estado (§2º, art. 13). Ou seja, uma espécie de delegação da competência tributária, não mais existente no regime constitucional de 1988.

Conclui-se que a Constituição de 1934 trouxe um sofisticado sistema de previsão de competência tributária privativas para União, Estados e Municípios, combinado com mecanismos de participação dos entes federativos na arrecadação tributária dos outros. Observa-se, ainda, que permaneceu a proeminência dos Estados na repartição da competência tributária - muito embora a União tenha, em 1934, mais materialidades abertas à tributação do que tinha em 1891.

3 a repartição de Competências na Constituição Federal de 1937

A Constituição Federal de 1937 manteve inalterada as competências tributárias abertas e repartidas à tributação entre União, Estados e Distrito Federal, de modo que os impostos privativos de cada um desses entes são os mesmos da Carta anterior, de 1934.

De igual modo, foi mantida a repartição do produto do imposto de indústrias e profissões, de competência dos Estados: metade do arrecadado pertencia aos Municípios.

Apenas a repartição dos impostos residuais sofreu alteração, deixando de existir previsão específica de repartição do produto. A previsão da competência residual veio no art. 25 da Constituição, seguindo o qual: “Os

Estados poderão criar outros impostos. É vedada, entretanto, a bitributação, prevalecendo o imposto decretado pela União, quando a competência for concorrente. É da competência do Conselho Federal, por iniciativa própria ou mediante representação do contribuinte, declarar a existência da bitributação, suspendendo a cobrança do tributo estadual”.

Portanto, na Constituição de 1937 a repartição das competências tributárias permanece inalterada, de modo que a maior parte das materialidades abertas à tributação se encontravam na competência dos Estados.

4 o início do alargamento das Competências da união na repartição da Competência tributária na Constituição de 1946

Na Constituição Federal de 1946, as competências tributárias da União - que já haviam sido aumentadas na comparação entre as Constituições de 1891, 1934 e 1937 – foram objeto de maior concentração em relação às competências dos Estados.

Assim, o art. 15 da Carta, estabeleceu a competência da União para instituir impostos sobre as seguintes materialidades: 1) importação de mercadorias de procedência estrangeira; 2) consumo de mercadorias; 3) produção, comércio, distribuição e consumo, e bem assim importação e exportação de lubrificantes e de combustíveis líquidos ou gasosos de qualquer origem ou natureza, estendendo-se esse regime, no que for aplicável, aos minerais do País e à energia elétrica; 4) renda e proventos de qualquer natureza; 5) transferência de fundos para o exterior; 6) negócios de sua economia, atos e instrumentos regulados por lei federal; 7) Propriedade territorial rural.

A União, que na Constituição de 1891 tinha apenas competência para instituir imposto sobre a importação, chega na Carta de 1946 com sete materialidades abertas à tributação por impostos, em uma conformação parecida com a da atual Carta de 1988.

Contudo, na medida em que alargou as possibilidades abertas à tributação pela União, a Constituição de 1946 também expandiu a técnica de repartição das receitas tributárias. Assim, do produto arrecadado com o imposto sobre “produção, comércio, distribuição e consumo”, sessenta por cento no mínimo eram entregues aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, proporcionalmente à sua superfície, população, consumo e produção, nos termos e para os fins estabelecidos em leifederal.

Já do produto da arrecadação do imposto da União sobre consumo de mercadorias, 10% eram entregues aos Municípios, em partes iguais.

Da arrecadação imposto da União sobre renda e proventos, 15% eram entregues aos Municípios, em partes iguais.

Quanto ao produto da arrecadação do imposto territorial rural, a totalidade era entregue pela União aos Municípios onde estejam localizados os imóveis sobre os quais incidia a tributação.

Já os Estados, que na Constituição Federal de 1937 possuíam sete materialidades abertas à tributação, passam a ter quatro fatos tributáveis presuntivos de riqueza: 1) Transmissão de propriedade causa mortis; 2) vendas e consignações efetuadas por comerciantes e produtores, inclusive industriais, isenta, porém, a primeira operação do pequeno produtor, conforme o definir a lei estadual; 3) exportação de mercadorias de sua produção para o estrangeiro, até o máximo de 5% (cinco por cento) ad valorem, vedados quaisquer adicionais; 4) os atos regulados por lei estadual, os do serviço de sua justiça e os negócios de sua economia.

Havia uma interessante previsão de repartição condicional de receita tributária, dos Estados para os Municípios, nos seguintes termos: “Quando a arrecadação estadual de impostos, salvo a do imposto de exportação, exceder, em Município que não seja o da Capital, o total das rendas locais de qualquer natureza, o Estado dar-lhe-á anualmente trinta por cento do excesso arrecadado” (Art. 20).

A atribuição de competência residual para a instituição de impostos foi entregue à União e aos Estados, mas o imposto federal excluía o estadual idêntico - essa é uma disposição normativa reveladora do espírito da Carta, que prestigiava a União em um grau maior do que nas Constituições anteriores.

Os Estados realizavam a arrecadação dos impostos residuais e entregavam vinte por cento do produto à União e quarenta por cento aos Municípios onde se tiver realizado a cobrança (art. 21).

Para a competência tributária dos Municípios, a Constituição Federal reservou sete materialidades: 1) propriedade territorial urbana; 2) predial; 3) transmissão de propriedade imobiliária inter vivos e sua incorporação ao capital de sociedades; 4) licenças; 5) indústrias e profissões; 6) diversões públicas; 7) atos de sua economia ou assuntos de sua competência.

Ademais, a Constituição de 1946 trouxe a previsão da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a cobrança de (art. 30): I - contribuição de melhoria, quando se verificar valorização do imóvel, em consequência de obras públicas; II - taxas; III - quaisquer outras rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços. É a primeira vez que a “contribuição de melhoria” surge na nossa experiência constitucional.

Também é na Constituição de 1946 que encontramos as normas de incompetência tributária (imunidades), de um modo bastante semelhante ao

que hoje vige no nosso ordenamento jurídico; nos termos do art. 31, V, da Carta de 1946, estava vedado aos entes federativos a instituição de impostos sobre: a) bens, rendas e serviços uns dos outros, sem prejuízo da tributação dos serviços públicos concedidos, observado o disposto no parágrafo único deste artigo; b) templos de qualquer culto bens e serviços de Partidos Políticos, instituições de educação e de assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins; c) papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros.

O que se extrai da Constituição de 1946 é a estruturação de um sistema tributário mais complexo, com a previsão de normas de incompetência tributária (imunidades), tributos de competência comum (taxas e contribuição de melhoria), previsão de diversas materialidades abertas à tributação para que todos os entes federativos instituísem impostos e uma mais ampla previsão de repartição da receita tributária.

Assim, muito embora tenham sido alargadas as materialidades econômicas abertas à tributação pela União, por meio de impostos, também fora expandida a repartição do produto da arrecadação desses impostos federais com os demais entes federativos, equilibrando, pelas duas técnicas (repartição por competência e pelo produto), a forma como o ‘bolo’ dos recursos é repartido na Federação.

5 o advento de um sistema tributário na Constituição de 1967 Com a repartição hiperbólica de Competências em Favor da união

Antes da Constituição Federal de 1967, a previsão de competências tributárias era feita logo após a enunciação das competências materiais ou administrativas do ente federativo; assim, as Constituições anteriores descreviam o que deveria ser feito e logo após apontava de onde viria a derivação dos recursos dos particulares para a respectiva execução de tais tarefas ou objetivos.

A Carta de 1967 estrutura as questões tributárias de um modo inédito, mediante a previsão de um capítulo apartado e específico para o “Sistema Tributário”. Portanto, é nesse momento da experiência constitucional brasileira que se cria uma verdadeira “Constituição Tributária”. É interessante perceber que o atual regime constitucional de 1988, no que diz respeito ao arquétipo tributário fundamental, é deveras semelhante ao que veio disposto na Constituição de 1967.

O “Sistema Tributário” da Constituição de 1967 representa um amadurecimento constitucional da previsão de tributos, competências, limites e regras de repartição do produto tributário.

Destaco que uma das mais relevantes garantias para os contribuintes veio prevista ineditamente na Carta de 1967: a utilização da lei complementar para o estabelecimento de normas gerais de direito tributário. Essa previsão garante segurança jurídica a todos os contribuintes, a partir do fato de que todos os entes tributantes partirão de um tronco comum (lei complementar) para derivar recursos das riquezas produzidas na sociedade.

Substancialmente, alargou-se as materialidades abertas à Tributação pela União (dez bases econômicas), em relação àquelas sobre as quais Estados e Municípios podiam instituir impostos (duas materialidades para cada um), prevendo de início que todos os entes federativos tem competência para instituir taxas de polícia e de serviço e contribuição de melhoria.

Assim, a União podia instituir impostos sobre: I - Importação de produtos estrangeiros; II - exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados; III - propriedade territorial, rural; IV - rendas e proventos de qualquer natureza; V - produtos industrializados; VI - operações de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VII - serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal; VIII - produção, importação, circulação, distribuição ou consumo de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos; IX - produção, importação, distribuição ou consumo de energia elétrica; X - extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais do País.

Os Estados podiam instituir impostos sobre as seguintes materialidades: I - transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre direitos à aquisição de imóveis; II - operações relativas à circulação de mercadorias, realizadas por produtores, industriais e comerciantes.

Aos Municípios foi franqueada a instituir de impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar.

Muito embora substancialmente alargada a competência da União, também foram ainda mais alargadas as previsões de repartição da arrecadação tributária. Inclusive, com esse propósito, foi instituída nova técnica de repartição, feita de modo indireto, mediante a previsão de três diferentes fundos (Art. 26): o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, o Fundo de Participação dos Municípios e o Fundo Especial. Do produto da arrecadação do IPI e do IR, 5% era destinado ao FPE, 5% era encaminhado para o FPM e 2% ao Fundo Especial. Além da repartição indireta, há a previsão da participação direta dos entes federativos, no produto da arrecadação de impostos da União (art. 28),

que chegava a 90% do produto, no caso do imposto sobre a extração, circulação, distribuição ou consumo de minerais do País.

A Constituição de 1967 pode ser considerada como a que promoveu a maior concentração de competências tributárias para a União; em nenhum momento da história constitucional brasileira os Estados e Municípios tiveram tão poucas materialidades tributáveis por impostos e, em contrapartida, em nenhum momento histórico a União possuiu tamanha abrangência material tributável.

Destaco, em arremate desse tópico, que a Emenda Constitucional n. 1 de 1969, por muitos constitucionalistas considerada como Constituição Federal de 1969, não trouxe substancial modificação no Sistema Tributário da Constituição de 1967.

6 a repartição de CompetênCias no sistema tributário naCional na Constituição Federal de 1988

Muito embora tenha estruturado o sistema tributário de um modo temático semelhante ao do regime tributário pretérito, a Constituição de 1988 reduziu as materialidades tributárias abertas à União, em relação aos impostos, e aumentou a competência dos Estados e Municípios. Mas o que chama maior atenção na Carta de 1988 é a substancial repartição do produto tributário que fora prevista.

Conforme dados divulgados pela Receita Federal, que estimou em 32,66% do PIB a carga tributária de 2015, a arrecadação da União corresponderia a 68,26% da carga, a dos Estados, a 25,37%, e a dos Municípios, a 6,37%⁴. Portanto, não obstante nos faltem dados comparativos entre a arrecadação atual, por ente, e aquela existente na vigência da Constituição de 1891, salta aos olhos a proeminência arrecadatória da União.

Mesmo com a redução das materialidades abertas à tributação via imposto – de dez, na Carta de 1967, para sete, na atual CF de 1988 – a União exerce a maior parte de sua competência por meio das contribuições sociais, que agigantaram o sistema tributário brasileiro, praticamente inaugurando um capítulo paralelo no estudo do direito tributário. A inserção na Constituição das contribuições sociais, interventivas e de interesse de categorias profissionais (art. 149) são uma novidade no constitucionalismo brasileiro, alargando o espectro da tributação do Estado sobre a sociedade e tornando o sistema deveras complexo.

Hoje, somando-se as competências para instituição dos impostos com as contribuições (cujas materialidades podem ser encontradas no art. 195 da CF), a União abarca a maior parte do exercício da competência

⁴PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 119.

tributária na Federação brasileira. Acrescente-se a isso a possibilidade de instituição, pela União, de contribuições residuais e impostos residuais.

Em relação aos impostos, contudo, há um sistema de repartição do produto extremamente generoso com os demais entes federativos; comparando a repartição instituída pelas Constituições passadas, o atual mecanismo de repartição alcança percentuais consideravelmente maiores.

Tomemos como comparação a repartição indireta, via fundo; na Carta de 1967, um total de 12% do arrecadado pela União de IR e IPI eram destinados a três fundos: FPE (5%), FPM (5%) e o Fundo Especial (2%).

Na Constituição Federal de 1988, um total de 49% do total arrecadado pela União de IR e IPI são destinados aos Fundos de Participação. Ou seja, a repartição tributária do IR e do IPI saltou de 12% para 49%.

Além dessa destinação aos fundos, 10% do arrecadado com o IPI é destinado diretamente aos Estados; estes, em relação ao montante que recebem, repassam 25% aos Municípios. Assim, mais da metade da arrecadação do IPI não fica com a União, mas é repartida.

Há ainda repartição direta do produto do IR, IOF-Ouro, do ITR, dos impostos residuais e da CIDE-Combustíveis; em relação aos impostos dos Estados, são repartidos o IPVA e o ICMS.

Portanto, muito embora a Constituição de 1988 tenha mantido uma concentração de competência tributária com a União, podemos afirmar que houve uma maior contrapartida em termos de participação na arrecadação dos tributos federais.

7 Conclusão

A repartição das materialidades econômicas abertas à tributação nasce no constitucionalismo brasileiro com a Carta de 1891; naquela ocasião, os Estados possuíam a proeminência na competência para a instituição dos tributos (impostos).

Enquanto a União detinha, em 1891, apenas a competência para tributar a importação, os Estados podiam tributar quatro materialidades, mediante imposto (art. 9º): exportação de mercadorias de sua própria produção; imóveis rurais e urbanos; transmissão de propriedade; sobre indústrias e profissões.

A competência tributária da União foi se alargando, e a Constituição Federal de 1934 passou a prever competências também aos Municípios, mas se destacou principalmente pela técnica de repartição da arrecadação tributária - que viria a ser aprimorada, já na Constituição de 1967, com a previsão da chamada repartição indireta, por meio dos Fundos de Participação.

O que se observa é que a União passou a ter uma maior competência tributária (cujo ápice de concentração se deu na Constituição de 1967), mas, em contrapartida, também passou a repartir mais amplamente o produto da arrecadação dos tributos de sua competência.

Desse modo, o alargamento da repartição da competência, em favor da União, foi equilibrado com o aumento das hipóteses de repartição do produto tributário, assegurando que os recursos que são derivados das riquezas que a sociedade produz sejam equanimemente repartidos entres os entes da Federação.

Essa opção se sujeita à crítica no sentido de que a repartição do produto tolhe a prerrogativa de instituição do tributo, vulnerando a autonomia federativa. Em outras palavras, pode-se argumentar que, ao reduzir a repartição por competência tributária e alargar a repartição do produto, o ente somente receberá percentual do tributo instituído e cobrado por outro, fica a mercês daquele que possui a competência tributária⁵.

De fato, a participação no produto como opção à supressão da previsão de competência tributária ocorre em demérito à autonomia federativa, a representar uma redução das possibilidades normogenéticas de um ente federativo.

Considerando o apanhado histórico, não é o caso de se retornar ao modelo de 1891, que prestigiava os Estados em detrimento da União, tampouco se reaproximar aos termos da Constituição de 1967, que fazia o contrário; mas o sistema também não pode permanecer do modo como está, repartindo o exercício da competência tributária de modo hiperbólico para a União, em relação às competências dos demais entes federativos.

Uma reforma tributária precisa ser feita de modo a equacionar as materialidades abertas à tributação, reequilibrando igualmente os percentuais de repartição do produto tributário - por conseguinte e na proporção em que sejam redistribuídas as competências para a instituição dos impostos sobre as grandezas econômicas.

⁵ Destacamos que o ente que recebe o produto da arrecadação de tributo da competência de outro fica sujeito às consequências arrecadatórias dos benefícios fiscais eventualmente concedidos. Nesse sentido é o Tema 653 da sistemática da repercussão geral do STF: "É constitucional a concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos ao Imposto de Renda e Imposto sobre Produtos Industrializados por parte da União em relação ao Fundo de Participação de Municípios e respectivas quotas devidas às Municipalidades." (RE 705423, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-020 DIVULG 02-02-2018 PUBLIC 05-02-2018)

reFerênCias

ABRAHAM, Marcus. *Curso de direito financeiro brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 17. ed. São Paulo: Globo,

2005. AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. São Paulo:

Saraiva, 2006.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

CARDOSO, Alessandro Mendes. *O dever fundamental de recolher tributos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

NABAIS, José Cassalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Os direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

O DIREITO URBANÍSTICO NA TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Roberlei José Resende Belinati

Mestrando em Direito no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desenvolvimento: 1.1 O Direito Urbanístico na Constituição de 1824; 1.2 O Direito Urbanístico na Constituição de 1891; 1.3 O Direito Urbanístico na Constituição de 1934; 1.4 O Direito Urbanístico de 1937; 1.5 O Direito Urbanístico de 1946; 1.6 O Direito Urbanístico de 1967/1969; 1.7 O Direito Urbanístico de 1988; 2 Conclusão; Referências.

introdução

Em 07 de setembro de 1822, o Brasil tornou-se independente de Portugal, em que pese haver certa dúvida sobre o acerto do termo “independente”, uma vez que a família real permaneceu no comando do país tropical por mais 67 (sessenta e sete) anos.

O que importa suscitar é que, desde a década 20, do século XIX, até os dias atuais, o Brasil foi regido por 7 (sete) Constituições, a saber: 1) 1824; 2) 1891; 3) 1934; 4) 1937; 5) 1946; 6) 1967/1969; 7) 1988.

Neste artigo, será tratado, longe da pretensão de se esgotar o assunto, sobre como o Direito Urbanístico foi tratado no Brasil nos últimos dois séculos. A análise será subdividida em 7 (sete) tópicos, um para cada ordem constitucional.

Tentar-se-á extrair, das aludidas constituições e dos respectivos períodos, as normas materiais urbanísticas. Nas palavras de José Afonso da Silva¹, entende-se como Direito Urbanístico material ou objetivo: “conjunto de normas que têm por objeto organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”.

Nessa seara, destacar-se-á algumas normas que visavam organizar espaços habitáveis, a propiciar melhores condições de vida às pessoas naturais, e, principalmente, elucidará normas que ditam sobre a propriedade, eis que o direito à propriedade é um ponto do qual o direito urbanístico não se olvida, bem como está previsto em todas as Cartas Políticas.

1 desenvolvimento

1.1 o direito urbanístico na Constituição de 1824

A Carta Política de 1824 não possui o termo “Direito Urbanístico”. O que se vislumbra, todavia, é a proteção das terras por meio de dispositivos normativos nos quais impediam a divisão do Império, e, por conseguinte, de seu território, as denominadas províncias, nada obstante elas pudessem ser subdivididas.

Em outro giro, vislumbra-se na Constituição de 1824 que o direito à Propriedade era pleno, havendo uma única exceção em sua perda, a ensejar, inclusive, indenização.

A Constituição de 1824 foi outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, em 25/03/1824. Segundo o seu artigo 2º, o território do Império do

¹ SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 49

Brasil era dividido em províncias, nas quais poderiam ser subdivididas, acaso assim fosse melhor para o Estado.

Nos termos do artigo 103, da Carta de 1824, era atribuição do Imperador, antes de ser aclamado, prestar um juramento, no qual jurava manter a integridade e indivisibilidade do Império, bem como prover ao bem geral do Brasil.

Portanto, entende-se que o chefe do Poder Executivo, entre 1824 a 1888, Dom Pedro I e II, não podiam dividir o Império por questões constitucionais. No caso, o Imperador detinha da Força Militar para manter a integridade do território - art. 145.

No que se refere à propriedade, a Constituição Imperial a previa como uma garantia de Direitos Cíveis, nos termos do seu artigo 179, caput.

Nota-se que o referido artigo era o maior da primeira Constituição brasileira, composto por 35 (trinta e cinco) incisos, dos quais se destacará dois, os XX e XXII.

O artigo 179, XX, dizia que nenhuma pena passaria da pessoa do delinquente, e ainda explica, *ipsis litteris*: “Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.”

Em outras palavras, acaso um delinquente fosse condenado a entregar sua casa para indenizar determinada vítima, porém, não mais tivesse um bem imóvel, entende-se do dispositivo em análise, que não se poderia “confiscar” a casa do filho ou pai do delinquente, pois a pena não transmitia para os parentes, qualquer grau que fosse.

O último inciso que se percebe uma certa harmonia para com o Direito Urbanístico é o XXII, que aborda especificamente sobre a propriedade. A Constituição Imperial garantia o Direito à Propriedade em toda a sua plenitude. Só havia uma única hipótese na qual o proprietário poderia perder a propriedade, qual seja: “Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão”. Nada obstante, o mesmo inciso já incluía o direito de o Proprietário ser indenizado, acaso houvesse o uso pelo Estado, *in verbis*: “será elle préviamente indemnizado do valor della.”

A Constituição delegava à lei o ônus de disciplinar as regras de arbitramento da indenização: “A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.”

Nada obstante a Constituição de 1824 não disciplinar diretamente o Direito Urbanístico, salvo questões de integridade do Império e propriedade, houve normas infraconstitucionais relevantes na seara urbana.

Não é o objetivo deste artigo, no qual se pretende pincelar a tradição constitucional brasileira, sob a ótica do Direito Urbanístico, porém, a título de curiosidade, separamos 3 regramentos que, com base no conceito de

José Afonso da Silva, é possível vislumbrar uma organização de espaços habitáveis, a propiciar melhores condições de vida, abaixo:

Em 13/09/1824, aprovou-se o regimento interno da biblioteca imperial, que se proibia o passeio, falar em voz alta e longas conversações em seu interior, devendo guardar-se o maior respeito e silêncio.

Em 27/08/1828, a lei dessa data deu regimento para os Conselhos Gerais das Províncias, e, para manter a ordem, os arts 110 a 112 disciplinam que as pessoas podiam assistir às deliberações dos conselhos, mas não podiam falar com os membros ou dar sinal de aprovação ou reprovação, ou perturbar a sessão, sob pena de ser expulso.

Em 29/11/1831, a decisão n 400, mandou executar as posturas da Câmara Municipal da Corte sobre Espetáculos Públicos. A aludida decisão determinava que ninguém dentro do teatro poderia dirigir vozes altas, palavras ou gritos, salvo aos atores e os de “bravo, caput ou fora”. Para quem perturbasse o sossego, estava sujeito a multa de 6 a 10\$000, e de 2 a 6 dias de cadeia.

Por fim, ainda no período Imperial, é relevante destacar algumas leis ou decretos infraconstitucionais que possuíam o escopo de regular o espaço, quais sejam:

A lei 1/10/1828, especificamente no seu Título III, art. 66, ditava sobre “posturas policiaes”, muitas objeto de estudo do direito urbanístico.

A lei 601, de 18/09/1850, que dispunha sobre as terras devolutas do Império.

Por fim, o Decreto 816, de 10/07/1855, que dispunha sobre desapropriação para construção de estrada de ferro.

1.2 o direito urbanístico na Constituição de 1891

Em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a segunda Constituição do Brasil, e a primeira da República. A Carta sofreu uma Emenda, de 3 de setembro de 1926, o que alterou-se parcialmente os artigos 6º, 34, 37, 59, 60 e 72, porém, a análise da Constituição será realizada em seu texto original, ou seja, antes da referida Emenda.

O artigo 1º da aludida Carta já apresentava regramento na qual as antigas Províncias eram indissolúveis e perpétuas, razão pela qual chamava-se o Estado brasileiro de “Estados Unidos do Brasil”.

Seguindo a linha de raciocínio do nome dado ao Estado, as antigas províncias ganharam o nome de Estado, e o Município Neutro constituiu-se como o Distrito Federal, a Capital da União, é o que subtrai do artigo 2º.

Interessante destacar a ideia urbanística traçada no artigo 3º, da Constituição sob análise, de construir a futura Capital federal no planalto

central, em uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que ficava, desde então, pertencendo à União.

O artigo 4º permitia a incorporação, subdivisão, desmembramento dos Estados para anexar-se a outros ou a formar novos, desde que houvesse aquiescência das respectivas Assembleias Legislativas e aprovação do Congresso Nacional.

Já o artigo 34, em seus parágrafos 29 e 30, vislumbra-se que era atribuição do Congresso legislar sobre as terras e minas de propriedade da União, bem como realizar a organização municipal do Distrito Federal, assim como sobre a polícia, o ensino superior e demais serviços reservados para o Governo da União.

Quanto às minas e terras devolutas, nos termos do artigo 64, pertenciam, em regra, aos respectivos Estados onde se encontravam, salvo se a referida terra fosse indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais, hipóteses nas quais atraíam a propriedade para a União.

A figura do Município, Ente de bastante relevância no desenvolvimento do Direito Urbanístico, já era presente na Constituição de 1891. O artigo 68 dizia que os Estados deveriam organizar-se de forma que ficasse assegurada a autonomia dos Municípios em decidir questões de interesses locais.

Naseção II, encontra-se o artigo 72, que carregava uma “Declaração de Direitos”, dentre os quais, no caput, havia a previsão de ser assegurada a propriedade tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no país. A casa era tida como asilo inviolável do indivíduo, proibindo qualquer pessoa de invadi-la. Só se permitia a entrada após consentimento do morador, salvo se fosse para acudir vítimas de crimes ou desastres, é o que extrai do § 11, do artigo 72.

O § 17, do artigo 72, mantinha, assim como na Constituição de 1824, o direito de propriedade em toda a sua plenitude, porém, excetuava-o quando fosse para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, desde que houvesse indenização prévia. Inclusive as minas pertenciam aos proprietários do solo, salvo se alguma lei limitasse tal direito a bem da exploração deste ramo de indústria.

Por fim, não se pode olvidar que a primeira Carta Política da República também não detinha termos como “direito urbanístico”, “cidade” ou “metrópole”, em que pese na vigência da aludida Constituição adveio o Código Civil de 1916, que já possuía seções e títulos sobre direitos de vizinhança, dos bens imóveis, dos bens públicos e particulares, do bem de família, do direito das coisas, do direito de construir, do direito de tapagem, da perda da propriedade imóvel, do condomínio, dos direitos

reais sobre coisas alheias, da enfiteuse, das servidões prediais, do usufruto, do registro de imóveis, da empreitada, e etc.

1.3 o direito urbanístico na Constituição de 1934

Em 16/07/1934 foi promulgada a Constituição de 1934, famosa pelo seu curto prazo de vigência, eis que só permaneceu por 3 (três) anos.

No que se refere ao Direito Urbanístico, inicialmente, cumpre suscitar que competia privativamente à União explorar e dar em concessão os serviços de navegação aérea, incluindo as instalações de pouso, bem como vias-férreas, ligadas de portos marítimos a fronteiras nacionais, ou aquelas que transponham os limites de um Estado - art. 5º, VIII.

O inciso IX, do artigo 5º, acrescentava que competia privativamente à União estabelecer o plano nacional de viação férrea e o de estradas de rodagem, e regulamentar o tráfego rodoviário interestadual.

A organização da administração dos territórios e do Distrito Federal também era de competência privativa da União - inciso XVI, do artigo 5º. Porém, cabia ao Poder Legislativo legislar sobre a organização do DF, dos Territórios e dos serviços neles reservados à União, ante o artigo 39, 8), c).

Pode-se dizer que a Constituição de 1934 inovou ao elaborar dispositivos em defesa da cidade e de seus bens, quando no artigo 10 aduz que competia concorrentemente à União e aos Estados proteger as belezas naturais e os monumentos de valor histórico ou artístico, e inclusive a impedir a evasão de obras de arte.

Curioso o artigo 16 ao definir que o Acre era um território nacional, porém, assim que atingisse 300.000 habitantes e recursos suficientes para a manutenção dos serviços públicos, o Território poderia ser erigido em Estado - § 1º, do mesmo artigo.

Outra curiosidade da Constituição em comento é o artigo 68, inserido no capítulo IV, do Título I (Da organização Federal), que dispunha sobre o Poder Judiciário. Era vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas. Em outras palavras, salvo melhor juízo, o mérito do ato administrativo, a conveniência e oportunidade do Poder Executivo não podiam sofrer interferências pelo Poder Judiciário.

O Capítulo II, do Título III (Da Declaração de Direitos), introduz os direitos e garantias individuais, começando pelo artigo 113, caput, o qual assegurava a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade à propriedade.

A alínea 16, do artigo 113, mantém a previsão da Constituição anterior quando reitera que a casa é o asilo inviolável do indivíduo,

impedindo qualquer penetração sem o consentimento do morador, salvo nos casos de crimes ou desastres, ou nas formas prescritas em lei.

O artigo 113, 17), inova ao dispor que, embora fosse garantido o direito de propriedade, essa não poderia ser exercida contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinasse. Também diz da existência da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Por fim inova acrescentando que: “em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.”

Depreende-se, portanto, que o direito à propriedade tornou-se mitigada na Constituição de 1934, condicionada ao interesse social ou coletivo.

Mais adiante, encontra-se o artigo 121, inserido no Título IV, Da Ordem Econômica e Social. O que interessa destacar é o § 5º, no qual tece uma das primeiras normas constitucionais a favor da evolução do Direito Urbanístico, vale transcrevê-lo: “A União promoverá, em cooperação com os Estados, a organização de colônias agrícolas, para onde serão encaminhados os habitantes de zonas empobrecidas, que o desejarem, e os sem trabalho.”

Vislumbra-se uma responsabilidade da União e dos Estados na organização de espaços, para o fim de melhor assentar os habitantes.

Outro artigo de adiantada significância foi o art. 124, que previa a contribuição de melhoria, quando eventual valorização do imóvel fosse atingida em razão de obras públicas, revertendo tal cobrança para a administração que as tivesse efetuado.

A usucapião também era tema constitucional, especificamente no artigo seguinte. O artigo 125 estipulava prazo de 10 anos de ocupação contínua, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, em um trecho de terra até dez hectares, desde que o tornasse produtivo pelo trabalho próprio, bem como fixasse ali sua moradia, após tais requisitos, poderia adquirir o domínio do solo.

Interessante observar o incentivo do Estado quando o bem de família fosse fixado em imóvel rural, porquanto haver-se-ia redução de 50% (cinquenta por cento) dos impostos que recaiam sobre o referido imóvel, desde que a área não fosse superior a 50 (cinquenta) hectares, e de valor até 10 (dez) contos de réis - art. 126.

O artigo 130, por sua vez, mitiga a autonomia da vontade do proprietário que desejasse realizar concessão de terras de superfície, acaso a área dessas fossem superior a 10.000 (dez mil) hectares, nessa hipótese, dependia-se da autorização do Senado Federal.

Por fim, nas disposições transitórias, o artigo 4º reforça que a Capital da União seria transferida para “um ponto central do Brasil”. E caberia ao presidente nomear uma comissão para a realização de estudos a fim de averiguar várias localidades adequadas, cuja escolha dependia da Câmara dos Deputados.

1.4 o direito urbanístico na Constituição de 1937

A Constituição de 1937 não foi promulgada, mas outorgada por Getúlio Vargas em 10/11/1937, instaurou-se o regime do Estado novo. É conhecida como a constituição Polaca, pois foi inspirada no modelo Polonês, na qual concedia poderes amplos e autoritários ao Poder Executivo, principalmente ao chefe desse.

O artigo 18, c, começa autorizando os Estados a legislar de forma complementar ao Poder Legislativo Federal assuntos sobre assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais.

Prosseguindo, embora a Constituição Polaca fosse autoritária, não deixou de prever direitos e garantias individuais. É o caso da inicial existência do artigo 122, composto por 17 alíneas. No caput encontra-se que permanecia assegurado aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à propriedade.

A Carta Política, no mesmo artigo supracitado, alínea 14, previa o direito de propriedade, excetuando-o quando fosse necessário em caso de necessidade ou utilidade pública, hipótese na qual se aplicaria a desapropriação, mediante indenização prévia.

Ocorre que, a Lei Constitucional n 5, de 1938, alterou o aludido dispositivo ao acrescentar mais uma hipótese de perda à propriedade, qual seja, incorrer na hipótese do art. 166, § 2º, que dispunha da defesa do Estado, a saber, em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas, o presidente poderia declarar o estado de emergência, e nesse Estado, a propriedade não era mais um direito ou garantia individual.

Em 31 de agosto de 1942, Getúlio Vargas declarou estado de guerra em todo território nacional, por meio do decreto n 10.358, quando se suspendeu por completo o direito de propriedade.

Por outro lado, com fulcro no artigo 148, permaneceu a hipótese da usucapião de terra rural.

Ao compulsar a constituição de 1937 com os fatos históricos, chega-se à conclusão que, embora houvesse dispositivos que delegassem competências para o Poder Legislativo, o Senado e a Câmara haviam sido dissolvidos e assim permaneceram durante todo regime autoritário, outrossim, durante

toda ditadura Vargas, aplicou-se o artigo 180, que preconizava o seguinte: “Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.”

Portanto, a referida Carta possui inúmeros artigos inócuos, eis que, por meio de decretos-leis, o Ditador podia fazer o que bem entendesse, sem interferência de outro Poder.

1.5 o direito urbanístico na Constituição de 1946

Em 18/09/1946, houve a redemocratização do Estado brasileiro, quando se promulgou a Constituição de 1946, a consagrar liberdades, algumas inclusive já previstas na Constituição de 1934.

Inicialmente, vale começar suscitando sobre o instituto da desapropriação. Conforme art. 5º, XV, g), cabia à União legislar sobre a mesma, que não podia ser objeto de legislação supletiva ou complementar por meio de legislação estadual, ante a leitura sistemática do artigo 6º.

No que tange à habitação, há interessante dispositivo que se isentava de impostos de consumo os bens classificados por lei como o mínimo indispensável à habitação, art. 15, § 1º.

O § 6º, do mesmo artigo acima, incentivava a urbanização das zonas rurais quando obrigava os municípios a investir ao menos metade do dinheiro repassado pela União em benefícios de ordem rural, que se entendiam como os serviços ou obras realizadas com o escopo de melhoria das condições econômicas, sociais, sanitárias e culturais das populações das zonas rurais.

A Constituição de 1946 assegurava autonomia aos Municípios, com base no art. 28, II, bem como autorizava a cobrança de contribuição de melhoria quando se verificasse valorização de imóvel em consequência de obras públicas, art. 30, I.

O artigo 141 inaugura o capítulo Dos Direitos e das Garantias Individuais, cujo caput mantém a propriedade no rol de direitos assegurados. O § 15, do artigo, aduz ser a casa o asilo inviolável do indivíduo, condicionando o consentimento do morador como requisito para que outrem adentre o local, salvo para acudir vítimas de crime ou desastre.

O texto original da Carta de 1946 previa que o direito de propriedade era garantido, salvo caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, assim como, em caso de perigo iminente, autoridades competentes poderiam usar da propriedade, cabendo indenização ulterior - § 16º.

Ocorre que, a Emenda Constitucional n 10, de 1964, alterou o referido parágrafo, acrescentando exceção do pagamento de indenização em dinheiro na desapropriação, quando subsumisse à hipótese prevista no art. 147, § 1º, a saber, a propriedade devia ser condicionada ao bem-estar social, art. 147, caput, e se assim não fosse, haver-se-ia desapropriação da propriedade rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com correção monetária pré-moldada, resgatáveis em até 20 anos, ou seja, a indenização não seria em espécie.

O artigo 156 incentiva a elaboração de planos de colonização e de aproveitamento das terras públicas, para facilitar a fixação do homem no campo. Dentre os beneficiados, seriam preferidos os nacionais e, dentre eles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados.

A constituição também assegurava aos posseiros de terras devolutas, que moravam nas mesmas, a preferência para aquisição, desde que a terra não passasse de 25 hectares. A Emenda n 10, de 1964, aumentou tal limite para 100 hectares.

A mesma Emenda reforçou a necessidade de autorização do Senado Federal para alienar ou conceder terras públicas, aumentando a necessidade do aval para negócios envolvendo terras amplas, antes de 10 mil hectares para 3 mil hectares, salvo quando se tratasse de execução de planos de colonização aprovados pelo Governo Federal.

Por outro lado, a Emenda n 10, de 1964, alterou o § 3º, do artigo 156, a aumentar a possibilidade da usucapião, antes limitadas a terras de 25 hectares para 100 hectares.

Por fim, a Constituição em análise manteve dispositivo que visava transferir a Capital da União para o planalto central do País, ficando a cargo do presidente nomear comissão técnica para proceder estudo da localização da nova capital. Após o estudo deveria ser encaminhado ao Congresso Nacional, que, após deliberação, deveria estabelecer prazo para o início da delimitação da área a ser incorporada ao domínio da União. Depois da demarcação, também caberia ao Congresso resolver a data da mudança da Capital, tudo conforme o art. 4º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

1.6 o direito urbanístico na Constituição de 1967/1969

Após 30 anos da Constituição autoritária de Getúlio Vargas (1937), em 24 de janeiro de 1967 foi promulgada a constituição de 1967. Neste artigo, considerar-se-á a existência de uma única Constituição durante todo Regime Militar, embora há quem considere a Emenda n. 1, de 1969, como uma nova constituição outorgada.

A Constituição de 1967 alterou o nome do país, que vinha, desde 1891, sendo chamado de Estados Unidos do Brasil, para simplesmente Brasil. Trata-se da “Constituição do Brasil”. Porém, a Emenda n. 1, de 1969 (ou Constituição de 1969), alterou o nome para “República Federativa do Brasil”, o que permaneceu na CF/88.

A Carta Política em comento não prevê normas urbanísticas, ou, a menos com a denominação “direito urbanístico”, ou “urbanização”. Porém, o artigo 8º, inciso XIII, previa que Competia à União estabelecer e executar planos regionais de desenvolvimento. E, segundo o inciso XVII, f, a União também era responsável para legislar sobre desapropriação. O art. 47, V, por outro lado, aduzia ser competência exclusiva do Congresso Nacional aprovar a incorporação ou desmembramento de áreas de Estados ou de Territórios.

A Constituição assegurava a criação de Municípios, desde que cumprissem os requisitos de uma ulterior Lei Complementar, assim como concedia autonomia municipal, mormente para administrar interesses peculiares próprios, com fulcro nos artigos 14-16, da Constituição. Contudo, vale salientar que a maioria dos representantes do Poder Legislativo Municipal deveria fazer um verdadeiro serviço voluntário, uma vez que o § 3º, do art. 16, só autorizava remuneração aos Vereadores cujas cidades possuíssem população superior a 300.000 (trezentos mil) habitantes.

O caput do artigo 150 assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade à propriedade. O § 10º diz que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, só podendo penetrar nela com o consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre.

O § 22 garante o direito de propriedade, exceto no caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, salvo no caso de desapropriação de propriedade territorial rural, que seria mediante pagamento de justa indenização, por meio de títulos especiais da dívida pública, nos termos do artigo 157, § 1º.

Insta salientar que a denominação “função social da propriedade” aparece pela primeira vez no inciso III, do artigo 157, como um princípio da ordem econômica, cuja finalidade era realizar a justiça social. A Constituição anterior, de 1946, por exemplo, utilizava a expressão bem-estar social, isto é, o uso da propriedade era condicionada ao bem-estar social.

Nada obstante acima listar algumas competências do Poder Legislativo, em 13/12/1968, foi publicado o Ato Institucional 5, que autorizava o Presidente da República decretar recesso do Congresso Nacional (“fechar o Congresso”), bem como legislar sobre todas as matérias nesse período. Nessa seara, no mesmo dia, foi editado o Ato Complementar

n. 38, no qual decretou recesso do Congresso Nacional, implementando-se um Poder sem contrapesos.

Em 30/10/1969, entrou em vigor a 1ª Emenda da Constituição de 1967, que, em razão de seu formato, pode-se considerá-la uma novel Carta Política. Para efeitos deste artigo, não houve mudança relevante aos dispositivos sobre a propriedade, mantendo-se no art. 160, III, a expressão “função social da propriedade”.

1.7 o direito urbanístiCo na Constituição de 1988

A famosa foto de Ulysses Silveira Guimarães, então presidente da Assembleia Nacional Constituinte, segurando a nova Constituição da República Federativa do Brasil, trouxe não só na imagem, mas também no discurso, um sentimento de revolução democrática.

Na sessão de 5/10/1988, após proferir cumprimentos ao último presidente da República eleito por voto indireto, José Sarney, Ulysses Guimarães foi ovacionado ao proferir as seguintes palavras, referindo-se ao novo instrumento de maior potência normativa²:

[...]

Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.

[...]

A Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar.

A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.

Nesse contexto, em 05/10/1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Grandes mudanças vieram com a Carta Magna, principalmente nos direitos fundamentais.

² Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>> Acesso em: 21 set. 2019.

No que alude ao direito urbanístico, é a primeira Constituição que prevê a palavra “urbanístico”, a saber, no Art. 24, I, quando distribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre direito urbanístico.

Ademais, a palavra “função social”, adjetivando o termo propriedade, é escrita 6 (seis) vezes no correr da Constituição Cidadã, nos seguintes artigos: 5º, XXIII; 170, III; 182, § 2º; 184, caput; 185, Parágrafo único; 186, caput.

A nova Carta inova ao incrementar um capítulo sobre Política Urbana, constitucionalizando a matéria de desenvolvimento urbano, distribuída para competência do Poder Público municipal – Arts. 182 e seguintes.

O Art. 182 dispõe que diretrizes gerais seriam fixadas por lei, cujo objetivo seria ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Em outras palavras, não só a propriedade dever-se-ia possuir uma função social, mas também a própria cidade.

Em que pese o esforço dos Constituintes da década de 80, a lei que regulamenta os referidos dispositivos só foi promulgada em 10/07/2001, sob o n 10.257, mais conhecida como o Estatuto da Cidade. 14 anos depois, adveio o Estatuto da Metrópole, sob o n 13.089, publicado em 13/01/2015.

2 Conclusão

A Constituição da nova democracia foi o instrumento político que oficializou a relevância de uma novel área a ser estudada do direito, o direito urbanístico.

É cediço que o mundo do direito começa a se ater a questões de fato da vida quando estas podem afetar os sujeitos de direito.

Segundo o IBGE³, as décadas de 1970 e 1980 houve um intenso êxodo rural, em razão da mecanização da produção agrícola.

A título de curiosidade, em 1970, cantava-se a canção “Pra frente Brasil”, escrita por Miguel Gustavo, para alegrar a Copa do Mundo daquele ano, cuja letra eternizada foi “Noventa milhões em ação, pra frente Brasil do meu coração.”

O IBGE⁴ apresenta dados dos quais elucidam que, em 1970, havia por volta de 94.508.583 brasileiros, enquanto em 1872, a população girava em 9.930.478. Por outro lado, 3 (três) anos após a Constituição de 1988, em 01.09.1991, já existiam 146.917.459 brasileiros.

3 Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18313-populacao-rural-e-urbana.html>>. Acesso em: 23 set. 2019.

4 Disponível em Tabela 1.4: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?&t=resultados>>. Acesso em: 23 set. 2019.

Outrossim, problemas no desenvolvimento e ampliação das cidades foram consequências do êxodo rural de 1970 e 1980, bem como do crescimento da população, antes não existentes ou pouco relevantes, por exemplo, no período do Império, traduzido pelos artigos da Constituição de 1824; da República Antiga, visto na Constituição de 1891; da Nova República, por meio da Constituição de 1934 e 1937; do período pós-Vargas, vislumbrada na Constituição de 1946; e até mesmo no período da ditadura, Constituição de 1967/1969.

Destarte, até a Constituição de 1967/1969, percebe-se que há, em suma, apenas tipos normativos que se atém à propriedade e desapropriação, e de suas competências legislativas, eis que a urbanização do Brasil veio a consolidar-se tão somente após a promulgação ou outorga de tais Cartas Constitucionais. Por outro lado, a CF/88 preocupa-se com o novo problema que a industrialização trouxe consigo, isto é, o êxodo rural, bem como com o crescimento exponencial da população brasileira.

Ademais, a demora para o regulamento do artigo 182, da CF/88, o que aconteceu apenas 13 anos após o advento da Carta Magna, pode ter contribuído para a formação e ampliação das periferias do Brasil, mundialmente conhecidas e, por conseguinte, de seus efeitos, tais como, da falta de saneamento básico, da desigualdade social, da escolaridade precária, da ausência de serviços públicos acessíveis e, principalmente, da violência.

Por fim, não se pode olvidar que, uma lei que dita as regras de expansão e desenvolvimento de uma cidade não vale absolutamente nada sem que Políticas Públicas sejam implementadas, portanto, o trabalho deve ser realizado em conjunto com todos os Poderes da República. Aliás, como bem disse Ulysses Guimarães sobre a Constituição cidadã: “[...] discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. [...]”.

reFerênCias

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 19 SET. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 21 set. /09/2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 23 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967/69*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm e <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 24 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

IBGE. *População rural e urbana*. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18313-populacao-rural-e-urbana.html>>. Acessado em: 26 set. 2019.

IBGE. *Censo demográfico 2010 – tabela 1.4*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html?=&t=resultados>>. Acesso em: 23 set. 2019.

SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DO SISTEMA TRIBUTÁRIO, PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LANÇAMENTO FISCAL

Rycardo Henrique M. de Oliveira

Mestrando em Direito no Uniceub. Possui Especialização em Direito Tributário pela FGV (2004) e graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2002). Ex-conselheiro do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS. Ex-Conselheiro Vice-Presidente de Câmara do 2o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda; Ex-Conselheiro Vice-Presidente de Câmara do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF; Ex- Conselheiro da 2a Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF

SUMÁRIO: 1 O Sistema Tributário na Constituição Federal; 2 Princípios Constitucionais do Sistema Tributário; 3 Obrigação Tributária; 4 Lançamento; 5 Conclusão; Referências.

1 o sistema tributário na Constituição Federal

O Direito Tributário, como não poderia deixar de ser, encontra lastro e limites primordialmente na Constituição, alicerce do direito brasileiro, de onde se extrai os princípios e demais elementos essenciais para os demais ramos do direito. Por esta razão, todas as relações entre Estado e sociedade, devem ser regidas a partir das normas constitucionais, refletindo a atuação entre ambos.

No Estado Democrático de Direito, há diversos interesses e objetivos delimitados e, para que sejam alcançados, mister a existência de uma relação jurídica entre Estado e sociedade, tendo em vista que é a partir desta relação que se concretiza os objetivos estatais.

A finalidade do Direito tributário se funda na regulamentação da relação jurídica entre o Estado e o contribuinte, onde o primeiro possui o poder de tributar e o segundo a obrigação de pagar os tributos, a fim de que o poder público possa utilizar os valores arrecadados em prol da sociedade. Segundo as palavras de Hugo de Brito Machado (2010, p. 56):

É possível conceituar o Direito Tributário como o ramo do Direito que se ocupa das relações entre o fisco e as pessoas sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos desse poder.

Neste sentido, é essencial que se estabeleça uma relação jurídica entre Estado e sociedade, de maneira que os interesses e objetivos estatais sejam alcançados, preservando-se assim o interesse público.

A relação jurídica é compreendida como aglomerado de direitos e deveres, que norteiam o relacionamento entre duas ou mais pessoas para o alcance de determinados interesses. Dessa forma, é possível inferir que, a relação jurídica entre Estado e sociedade é baseada em um conjunto de direitos e obrigações que estabelecem a ambos o modo como devem agir para o alcance do bem comum.

De modo específico, em matéria tributária, a relação jurídica surge de uma obrigação, em que figuram como partes o Estado, na qualidade de credor (sujeito ativo) e o contribuinte, como devedor (sujeito passivo). Portanto, trata-se de relação de direito pessoal, uma vez que figuram em seus polos pessoas, estando estas vinculadas entre si em razão do objeto da relação jurídica.

Por sua vez, o tributo é conceituado pelo Código Tributário Nacional, em seu artigo 3º, como *“toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou*

cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

A finalidade primordial do tributo é arrecadar receitas, objetivando viabilizar o custeio das despesas estatais, sendo por isso, uma função fiscal. Assim, o Sistema Tributário Nacional tem a função de instituir, aplicar e fiscalizar os tributos, a fim de que estes sejam utilizados para custear as atividades estatais, contribuindo para o desenvolvimento social e econômico do país.

2 princípios Constitucionais do sistema tributário

A análise apurada do Sistema Tributário Nacional, possibilita compreender que os princípios tributários constitucionais são normas que se destacam das demais, devido à natureza constitucional, pois a Carta Magna é a principal norma do ordenamento jurídico pátrio, e esta visa harmonizar e estruturar o sistema tributário.

Para Hugo Brito (2010, p.322) *“Tais princípios existem para proteger o cidadão contra os abusos do Poder. Em face do elemento teleológico, portanto, o intérprete, que tem consciência dessa finalidade, busca nesses princípios a efetiva proteção do contribuinte”.*

Por esta razão, o sistema tributário deve seguir todos os princípios estabelecidos pela Constituição, visando alcançar o objetivo principal que é o interesse público. Por princípios entende-se que são juízos de valor abstratamente previstos na ordem jurídica que norteiam a interpretação e aplicação do direito, possuindo a natureza de dever e obrigação. Celso Bandeira (2009, p. 882) define princípio como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e sentido servido de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Partindo dessas premissas, conclui-se que os princípios são o alicerce de um ordenamento jurídico, conduzindo o Estado sob a égide dos preceitos fundamentais. Em matéria tributária, os princípios servem para direcionar os agentes públicos na correta aplicação das normas e do equilíbrio na cobrança de tributos, e ao contribuinte, são instrumentos de proteção contra abusos que possam vir a ser praticados pelo Fisco.

O poder de tributar é investido, por meio de lei, ao Estado, porém, em observância a instrumentos que limitam a atividade tributária, de modo a proteger o contribuinte de eventuais abusos. Os princípios de

maior notoriedade, segundo Hugo Brito Machado (2010, p. 37) são *“da legalidade, da anterioridade, da igualdade ou isonomia, da competência, da capacidade contributiva, da vedação do confisco e o da liberdade de tráfego”*.

O princípio da legalidade, característico do Estado democrático de direito, tem como finalidade a proteção da sociedade diante da capacidade estatal de recolher tributos, servindo de parâmetro para nortear e limitar a atuação do Fisco, sendo, imprescindível a observância das normas legais para a instituição e arrecadação de tributo, eis que a criação e majoração dos tributos somente serão consideradas válidas se realizadas por meio de previsão legal, na esteira do disposto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal.

O doutrinador Hugo Machado (2010, p.38) afirma que o princípio da legalidade serve para *“criar um tributo e estabelecer todos os elementos de que se necessita para saber qual é a situação de fato que faz nascer o dever de pagar esse tributo, qual é o seu valor, quem deve pagar e a quem deve ser pago”*. Na mesma linha, Sérgio Pinto Martins (2009, p. 63) baseando-se no artigo 97 do CTN, afirma que *“a lei tem de definir o fato gerador, a base de cálculo e o contribuinte do tributo [...] A lei deve descrever o fato jurídico e a relação obrigacional, caracterizando a tipicidade tributária”*.

Por sua vez, o princípio da irretroatividade, insculpido no artigo 150, inciso III, letra “a”, da CF, contempla a aplicação da legislação tributária a determinados atos, impedindo que normas posteriores, interfiram em fatos já ocorridos antes de sua vigência, não sendo possível a alteração posterior destes fatos, quais sejam: o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido.

Os princípios da anterioridade e da noventena (anterioridade mitigada), previstos no artigo 150, inciso III, da CF, são importantes dispositivos para a proteção do contribuinte, pois vedam a aplicação de determinada legislação tributária que prevê um novo tributo ou sua majoração no mesmo exercício financeiro em que houve a sua publicação e antes do prazo de noventa dias. Sobre o tema, Hugo Machado (2010, p. 41) assevera que:

A exigência da anterioridade não se confunde com a exigência da vacância legal de 90 dias. Assim, se a lei que cria ou aumenta o tributo é publicada até o último dia de dezembro está atendida a exigência do princípio da anterioridade, e a exigência da vacância de 90 dias faz com que a vigência da lei só tenha início 90 dias depois de sua publicação. Isto quer dizer que se a lei é publicada no último dia de dezembro está atendida o princípio da anterioridade, mas essa lei só entrará em vigor em abril do ano seguinte.

Outro princípio que merece notoriedade é o da isonomia, previsto no artigo 150, II, da CF/88, o qual veda “*instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos*”. A capacidade contributiva deve estar de acordo com a capacidade econômica do contribuinte.

A respeito da isonomia tributária, Hugo Machado (2010, p.43) ponderou afirmando que:

Aquele que tem maior capacidade contributiva deve pagar imposto maior, pois só assim estará sendo igualmente tributado. A igualdade consiste na proporcionalidade da incidência à capacidade contributiva, em função da utilidade marginal da riqueza.

O princípio da competência, contemplado no artigo 6º do CTN, estabelece que o poder de instituir e arrecadar tributos pertence ao poder público, ou seja, atribuição conferida a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que atuando em conformidade aos limites constitucionais e mediante a edição de lei, arrecadam seus respectivos tributos. Essa divisão de poder estabelecida pela norma e concedida aos entes públicos é chamada de competência tributária.

Hugo de Brito Machado (2010, p.44) afirma que “*o princípio da competência é aquele pelo qual a entidade tributante há de restringir sua atividade tributacional àquela matéria que lhe foi constitucionalmente destinada*”.

O princípio da capacidade contributiva, inscrito no artigo 145, §1º, da CF, orienta a instituição e cobrança de tributos de acordo com a capacidade econômica do contribuinte de recolher aos cofres públicos. Nesse sentido, o contribuinte de melhores condições financeiras contribui mais do que aquele que possui menores condições, visando a contribuição proporcional com base na condição financeira do sujeito passivo, de modo a preservar a justiça fiscal.

A capacidade contributiva deve ser aferida de acordo com os aspectos objetivos do contribuinte, ou seja, por meio das circunstâncias exteriores é possível ao Fisco a verificação objetiva da aplicação do princípio mencionado. Sérgio Martins (2009, p. 74) explica que “*A capacidade contributiva somente poderá ser notada quando existir um patrimônio ou uma renda [] A tributação será feita sobre a exteriorização da riqueza, sobre os efeitos econômicos produzidos pela atividade do contribuinte*”.

O princípio constitucional da vedação ao confisco prescreve limites à atividade estatal de cobrar tributos, visando coibir o excesso de carga tributária e proteger o contribuinte de eventuais cobranças demasiadamente onerosas. O objetivo do Estado ao instituir tributos é a manutenção e o bom andamento das atividades estatais essenciais, o que não pode justificar a cobrança desses encargos tributários de modo a causar grave prejuízo econômico ao sujeito passivo. É o que determina o artigo 150, IV, da CF, c/c artigo 3º do Código Tributário Nacional.

A propósito da matéria, o ilustre professor Hugo Machado (2010, p. 47) preleciona:

O tributo deve ser um ônus suportável, um encargo que o contribuinte pode pagar sem sacrifício do desfrute normal dos bens da vida. Por isto mesmo é que não pode ser confiscatório. Já a multa, para alcançar sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado, de sorte a que as condutas que ensejam sua cobrança resem efativamente desestimuladas. Por isto mesmo pode ser confiscatória.

Partindo dessas premissas, é possível inferir que o princípio da vedação ao confisco está intimamente ligado a razoabilidade e proporcionalidade, princípios estes de observância obrigatória nas atividades estatais, sempre buscando o equilíbrio neste desiderato, e aplicando ao dever de tributar, o qual deve ser realizado de modo a não onerar demasiadamente o contribuinte.

Por fim, o último princípio que está estritamente vinculado à matéria é o da liberdade de tráfego, previsto no artigo 150, inciso V, da CF/88. Tal dispositivo veda a imposição de “*limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais*”, excepcionando a cobrança de pedágio.

Portanto, extrai-se destes preceitos constitucionais que o Estado, ao exercer seu poder-dever de instituir e arrecadar tributos, deve ater-se aos princípios que norteiam a matéria tributária, a fim de que a atividade tributária seja realizada em conformidade com as normas fundamentais que regem o estado Democrático de Direito.

2 obrigação tributária

A obrigação tributária é verificada a partir de um fato que se amolda a uma previsão legal de incidência tributária, que a faz florescer, podendo ser compreendida como um vínculo jurídico entre credor (Estado) e devedor (contribuinte), tendo por objeto a contribuição pecuniária, conforme estabelece o artigo 3º do CTN.

Neste sentido, constata-se que a obrigação tributária nasce com a ocorrência do fato gerador e, após o nascimento do ônus tributário, é necessário delimitar o montante do tributo a ser cobrado, a individualização do devedor, a data para o pagamento, tudo isto, com o objetivo de conferir ao tributo certeza e liquidez.

Após a ocorrência do fato gerador, nos termos do CTN, surge a obrigação tributária, mas para que a exigência fiscal possa ser imputada ao contribuinte, é necessária a formalização do crédito tributário.

O lançamento é o instrumento pelo qual a obrigação tributária, prevista na legislação de regência, é documentada e materializada, sendo, portanto, um procedimento de formalização da obrigação. Depois de formalizada a obrigação tributária, por meio do lançamento, este encargo passa a receber o nome de crédito tributário.

Em síntese, conclui-se que a obrigação tributária nasce a partir do fato gerador, se concretiza com o lançamento e desagua no crédito tributário, o qual, após sua constituição definitiva, passa ser exequível.

Não bastasse isso, é importante compreender que a obrigação tributária é gênero e suas espécies são obrigação principal e acessória, cujas definições encontram respaldo originalmente na Constituição Federal, em seu artigo 146, III, “a e b”.

A obrigação tributária principal é o encargo conferido ao contribuinte de pagar o tributo propriamente dito. Este dever recebe expressa previsão no artigo 113, § 1º, do Código Tributário Nacional, possuindo natureza jurídica de obrigação de dar. Essa obrigação, como já mencionado, surge a partir da ocorrência do fato gerador e tem como objetivo o pagamento do tributo legalmente previsto, extinguindo juntamente com o crédito decorrente.

Por outro lado, a obrigação acessória, inscrita no artigo 113, § 2º do CTN, relaciona-se às prestações positivas ou negativas, constantes da legislação tributária de interesse da arrecadação e/ou fiscalização, sendo exemplo de seu descumprimento a contribuinte deixar de informar em GFIP os fatos geradores de todas contribuições previdenciárias. Nesse caso, o sujeito passivo se compromete a realizar determinada obrigação em prol do Fisco. O doutrinador Ricardo Alexandre (2015, p. 73) classifica obrigação tributária acessória da seguinte forma:

Ao falar em prestações positivas ou negativas, o legislador tributário quis se referir às obrigações que os civilistas classificam como de fazer ou deixar de fazer. Não se incluem as obrigações de dar dinheiro, porque estas () são consideradas” principais “. São, na realidade, obrigações

meramente instrumentais, simples deveres burocráticos que facilitam o cumprimento das obrigações principais.

Como visto, a obrigação tributária acessória deriva de uma obrigação legal, que surge para auxiliar a atividade do Fisco, servindo para facilitar o cumprimento das obrigações impostas ao contribuinte. Sacha Navarro (2002, p. 36) afirma que:

A obrigação tributária nasce da ocorrência de um fato, por isso jurígeno, previamente descrito na lei, contratual e lícito. Trata-se de dever heterônomo, pela adoção do princípio da imputação condicional. Ao revés, as chamadas obrigações acessórias não passam de condutas obrigatórias impostas imperativamente pela lei (“emita notas fiscais”; “preste declaração de rendimento”...).

Portanto, verifica-se que o legislador, ao definir estes conceitos de obrigação, visa instrumentalizar as normas abstratas, de modo a facilitar as atividades estatais tributárias. Além disso, constata-se que dessas obrigações surge uma relação jurídico-tributária, com os polos ativo e passivo.

O sujeito ativo na relação jurídico-tributária é o Estado, o detentor do poder-dever de tributar e o sujeito passivo é o particular que possui o ônus de cumprir a obrigação tributária, cujas conceituações se encontram previstas nos artigos 119 e 121 do CTN, senão vejamos:

Art. 119. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento.

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao qual o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – Contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – Responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Neste sentido, conclui-se que o CTN definiu os sujeitos na relação jurídica- tributária, com o fim de estabelecer quais os direitos e deveres que cada parte possui, facilitando o controle dos atos praticados pelos agentes públicos e pelos contribuintes.

4 Lançamento

Conforme explicitado alhures, uma vez constatada a ocorrência do fato gerador do tributo, surge a obrigação tributária, que consiste em um vínculo jurídico entre o Estado (sujeito ativo) e o contribuinte (sujeito passivo). Após a verificação do fato gerador, determina-se o montante do tributo a ser pago.

Alberto Xavier (2005, p. 23) conceitua lançamento como *“o ato administrativo de aplicação da norma tributária material, que se traduz na declaração da existência e quantitativo da prestação tributária e na sua consequente exigência”*.

O conceito de lançamento tributário está previsto no artigo 142 do CTN e, além desta definição, o mesmo Diploma legal, no artigo 3º, o vincula à atividade administrativa, como segue:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional.

Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Nos termos do artigo 142 do CTN, é possível concluir que o lançamento constitui procedimento administrativo, sendo sua atividade privativa da autoridade administrativa, a quem compete a verificação do fato gerador, a identificação do sujeito passivo e a quantificação do montante a ser pago pelo contribuinte.

No entanto, a doutrina não é pacífica quando se discute a natureza jurídica do lançamento, pois para alguns doutrinadores, o lançamento tributário é um procedimento administrativo, que por afetar direitos dos administrados, deve ser desenvolvido com máxima obediência às formalidades legais. A definição de procedimento extrai a ideia de ato de caráter dinâmico, procedimental, do exercício estatal de aplicação das leis de matéria tributária aplicadas ao caso concreto.

Esse entendimento de que o lançamento tributário possui natureza jurídica de procedimento administrativo, trouxe uma visão inovadora em confrontação com a clássica visão estática, que prevalece em países como a Itália à época em que Código fora elaborado.

Em contrapartida, parte da doutrina afirma que o lançamento é um ato jurídico administrativo e não um procedimento, como consta no artigo 142 do CTN, porquanto como tal possui todos os elementos que o caracterizam, como por exemplo, a presença de um agente competente, um motivo específico, uma forma determinada por lei, dentre outros.

Por sua vez, o ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles (2010, p. 382) assim se manifesta ao conceituar o ato administrativo, verbis:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Ainda nesse viés, a autora Camila Lorga, em seu artigo jurídico define o lançamento como:

Desta feita, o lançamento é um ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, constitutivos e vinculados, mediante o qual se insere na ordem jurídica brasileira uma norma individual e concreta, que tem como antecedente o fato jurídico tributário, e como consequência, a formalização do vínculo obrigacional, pela individualização dos sujeitos ativo e passivo, a determinação do objeto da prestação, formado pela base de cálculo e correspondente alíquota, bem como pelo estabelecimento dos termos espaço-temporais em que o crédito há de ser exigido.

Constata-se, assim, não haver unanimidade na definição da natureza jurídica do lançamento, cabendo ressaltar, no entanto, que o CTN o conceitua como um “procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo”.

5 Conclusão

À luz de tudo que fora exposto, é imperioso concluir que há diversas necessidades que norteiam a vida em sociedade, e estas devem ser, em sua maioria, supridas pelo Estado, porquanto a ele recai a responsabilidade

de gerir os recursos em prol do interesse comum. No entanto, para que o Estado possa cumprir com seus encargos, é mister que sejam arrecadados recursos financeiros, por meio de obrigações impostas aos indivíduos dessa sociedade.

No Direito Tributário, essas obrigações são impostas por lei, e após o lançamento, tornam-se crédito tributário e sua constituição definitiva se dá após a notificação do sujeito passivo, responsável pelo pagamento do tributo, conquanto que não recorra à esfera administrativa, hipótese em que a constituição definitiva somente ocorrerá quando da decisão final administrativa transitada em julgado.

É possível inferir que o lançamento tributário é o grau de certeza jurídica elaborado e confirmado pela autoridade tributária responsável, na qual lhe incumbe liquidar e exigir do contribuinte o pagamento do encargo fiscal.

Em matéria tributária, o poder conferido ao Estado de arrecadar tributos mostra-se pertinente, sendo verdadeiro sustentáculo da soberania estatal, necessário ao bom andamento da máquina pública e, por conseguinte, ao interesse público.

A obrigação tributária nasce da verificação de determinada situação fática, prevista em lei como necessária e suficiente, justificando a ocorrência do fato gerador e do lançamento. Em outras palavras, a concretização da hipótese de incidência tributária, se dá a partir de situações fáticas que se enquadram aos dispositivos legais, ensejando, assim, a exigência de encargos tributários.

Conforme o ministrado no presente trabalho, o lançamento é ato (ou procedimento) administrativo designado a declarar a ocorrência do crédito tributário, no qual constata-se a existência da obrigação ao sujeito passivo e o quantitativo a ser pago por este.

Ademais, é relevante mencionar que a atividade tributária, como um todo, se expressa por meio de um conjunto de normas e princípios que a norteia, sendo tais normas essenciais ao bom desenvolvimento do sistema tributário, e é dever dos agentes competentes a fiel observância destes preceitos, que visam o alcance do interesse público e da justiça fiscal/social.

reFerênCias

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 9. ed. revisada, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Camila Lorga Ferreira. *Conceito de lançamento tributário e sua relação com as categorias norma, procedimento e ato*. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/conceito-de-lancamento-tributario-e-sua-relacao-com-as-categorias-norma-procedimento-e-ato/>>. Acesso em: jul. 2019.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento no Direito Tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HISTÓRIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1824 E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA RURAL

Thiago Cícero Serra Lyrio

Mestrando em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Oficial Registrador de Imóveis.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Desenvolvimento; 2 Considerações Finais; Referências;

introdução

A questão da regularização fundiária rural é um tema, dada a sua relevância, que quase sempre permeou a nossa legislação. No tocante as nossas Constituições, a situação não é diferente. Vamos analisar, ao decorrer deste artigo, aspectos e circunstâncias relacionados a regularização fundiária rural antes e durante a Constituição de 1824 e a Lei de Terras nº 601 de 1850. Inicialmente, vamos falar brevemente da situação atual com seus desafios e complexidade.

O problema da irregularidade da propriedade é crônico no Brasil. Além de ser altamente concentrador da propriedade e da produção rural, o sistema brasileiro nunca conseguiu promover justiça social no campo, quer pela secular prática da grilagem de terras, quer pela precariedade da atividade agropecuária de subsistência em relação ao domínio.¹

Não é realmente exato dizer que a propriedade privada, antes da era moderna, era vista como condição axiomática para admissão à esfera pública; ela era muito mais que isso. A privatividade era como que o outro lado escuro e oculto da esfera pública; ser político significava atingir a mais alta possibilidade da existência humana; mas não possuir um lugar próprio e privado significava deixar de ser humano.²

Essas medidas públicas têm como reflexo proporcionar o fim da instabilidade jurídica que acarreta a grilagem de terras e o incremento dos conflitos agrários que disseminam a violência no campo. Violência esta que é um conceito que possibilita um número infindável de abordagens - política, jurídica, antropológica, psicológica, sociológica, filosófica, etnológica - pois, em cada contexto, permite que sejam destacados aspectos sob ângulos diferentes.³ A regularização fundiária das ocupações exercidas em lotes rurais é uma política pública de reconhecimento jurídico de uma situação de fato, garantindo àquele que preenche os requisitos legais e regulamentares o direito ao domínio da terra.⁴

É longa a tradição da análise integrada da economia e da política social. Constituiu o eixo analítico das grandes vertentes da moderna

1 REIS, Emílien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. A regularização fundiária urbana e rural: necessidade de marcos teóricos e de políticas públicas distintos. *Rev. Bras. Polít. Públicas (Online)*, Brasília, v. 7, n. 2, 2017. p. 47.

2 ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p.74.

3 CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Violência x Cidade: o papel do Direito Urbanístico na violência urbana*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 87.

4 EMI nº 00020/2016 MCidades MP CCPR. Exposição de motivos da Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP%20759-16.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

sociologia histórica e dos estudos do desenvolvimento econômico, de Marx a Weber, a Durkheim e a Polanyi.⁵

O Estado-Providência é o resultado de um compromisso, ou de um certo pacto teorizado no plano econômico por Keynes, entre o Estado, o capital e o trabalho, nos termos do qual os capitalistas renunciam a parte das suas reivindicações (as que respeitam à subversão da sociedade capitalista e à sua substituição pela sociedade socialista). Esta dupla renúncia é gerida pelo Estado. O Estado transforma o excedente libertado, ou seja, os recursos financeiros que lhe advêm da tributação do capital privado e dos rendimentos salariais, em capital social. () O Estado-Providência assenta, assim, na ideia de compatibilidade (e até complementariedade) entre crescimento econômico e políticas sociais, entre acumulação e legitimação, ou mais amplamente, entre capitalismo e democracia. () O Estado-Providência é, de fato, uma forma política muito complexa e contraditória. A transformação profunda do Estado liberal que com ele se obtém não reside apenas, nem sequer predominantemente, nas novas funções que o Estado desempenha, mas sobretudo nas novas formas de atuação política e nas alterações que elas provocam nos aparelhos institucionais do Estado e, portanto, na estrutura interna do Estado.⁶

Quanto à regularização fundiária rural, os robustos alicerces estão no artigo 184 e seguintes da Carta de Outubro, na Lei Federal nº 8629/93, na Lei Federal nº 13465/2017 e nos Decretos nºs 9309/2018 e 9311/2018.

1 desenvolvimento

A origem da propriedade rural no Brasil está diretamente relacionada com o fim da Idade Média e o princípio da Idade Moderna, quando a Igreja exercia autoridade moral em relação às nações cristãs. Sucede que, após o descobrimento da América, em 12 de outubro de 1492, o Papa Alexandre VI divulgou nova Bula *Inter Coetera*, pela qual foram concedidos aos Reis Católicos da Espanha grandes poderes senhoriais em relação às terras ainda desconhecidas. Porém, em virtude da pressão exercida por Portugal, essa Bula foi substituída por outra, que veio a chamar-se *Eximial Devotions*, datada de 3 de maio de 1493, que não agradou a nenhuma das partes interessadas.

Finalmente, diante das injustiças dessas bulas, D. João II, Rei de Portugal, protestou com maior veemência junto à Santa Sé e ao trono espanhol, obtendo maiores benefícios que os anteriores. Simultaneamente,

⁵ HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (org.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007. p.29.

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, a Sociedade e as Políticas Sociais. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 23, set. 1987. p. 14-17.

remeteu diplomatas à Espanha com propostas de nova linha divisória em relação aos respectivos domínios ultramarinos.

Com base nas novas propostas, surgiu o Tratado de Tordesilhas, celebrado em 7 de junho de 1494 por D. João, rei de Portugal, e pelos reis espanhóis, D. Fernão e D. Isabel. Com esse tratado, as terras por descobrir foram divididas entre essas duas grandes potências que, na época, disputavam os domínios das mesmas.⁷

A história do Direito Agrário no Brasil passa pelo Tratado de Tordesilhas.

Em relação a Lei de Sesmarias temos que foi publicada em Portugal, no ano de 1376 (bem antes do Descobrimento do Brasil) e que previa penalidade aos infratores.

As Sesmarias em Portugal, não atingiram o resultado desejado. Contudo, constituíram um remédio jurídico de caráter emergencial para solucionar uma situação porque passava a nação portuguesa. Exatamente, por causa disso, sofreram enormes modificações, principalmente, no que tange as atividades dos Sesmeiros, que eram funcionários do governo com poderes para distribuir glebas de terras.

No curso dos anos, chegou-se à conclusão de que as Sesmarias se notabilizaram mais como lei de colonização do que como norma agrária, posto que sobreviveram sem que fossem capazes de provocar o desenvolvimento do campo. No entanto, tiveram o condão de aumentar a área agricultável.

A colonização brasileira iniciou-se com a divisão do território em capitânicas hereditárias, que foi efêmero e praticamente não deixou traços em nossa estrutura interna, bem como sem grande repercussão em nossa evolução social, política e econômica.⁸

Nas Ordenações Filipinas do ano de 1603 constava que Sesmarias são propriamente as dadas de terras, a casaes ou pardieiros que farão, ou são de alguns senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas, e aproveitadas, e agora o não são. As quaes terras, e os bens ali danificados e destruídos podem, e devem ser dados de Sesmarias, pelos Sesmeiros, e os pôr nos lugares onde houver terras, ou bens de raiz que de sesmarias houverem de dar, forem foreiras, ou tributárias a nós, ou a Coroa de nossos Reinos, quer se os foros, e tributos arrecadem para nós, quer para outrem a que tenhamos, costumamos por Sesmeiros os nossos almoxarifados lugares, ou almoxarifado, onde os tais bens, ou terras estão.⁹

⁷ SILVA, Leandro Ribeiro da. Propriedade Rural. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 85-86.

⁸ Ibidem, p. 93-94.

⁹ Ordenações Filipinas, publicadas no Reino de Portugal no ano de 1603, Livro IV, título XXXIII das Sesmarias, p. 67-74.

Passadas essas informações históricas relevantes, vejamos acerca da Constituição de 1824.

A Constituição do Império teve vigência de 25/03/1824 a 15/11/1889, sendo a Carta Magna de maior longevidade de nosso país.¹⁰

Apesar disso, o período constitucional do Império é aquela quadra de nossa história em que o poder mais se apartou talvez da Constituição formal, e em que essa logrou o mais baixo grau de eficácia e presença na consciência de quantos, dirigindo a vida pública, guiavam o País para a solução das questões nacionais da época.¹¹

Muito embora outorgada, ela marcou o início da institucionalização da monarquia constitucional. E, a partir daí, institui os Poderes do Estado, garantiu os direitos e conteve os abusos. Sob o ponto de vista material, a Constituição de 1824 se completa por uma série de leis ordinárias que são substantivamente constitucionais. Sua única emenda porém, é o Ato Adicional, a única reforma de seu texto. Entre essas leis complementares, uma das mais importantes, por sua implicação institucional é a de nº 601, de 18 de setembro de 1850 (Lei de Terras), que pôs fim ao regime dominial, que vinha da Colônia.¹²

Embora a Constituição do Império tenha sido outorgada, é importante destacar que foi através dela que se instituiu a monarquia constitucional, os Poderes do Estado e a garantia dos direitos para a contenção de abusos.¹³

A Constituição de 1824 não trouxe normas reguladoras a respeito de aquisição de terras. Sabe-se, que em seu texto, apenas um acanhado artigo cogitava de uma legislação civil que só viria em 1917. Nada, porém, especificamente sobre terras. A “Lei de Terras”, como tal consagrada e ainda hoje assim apelidada, foi votada pela Assembleia Geral e sancionada pelo Imperador e teve por objetivos básicos: proibir a investidura de qualquer súdito, ou estrangeiro, no domínio de terras devolutas, excetuando-se os casos de compra e venda; outorgar títulos de domínio aos detentores de sesmarias não confirmadas; outorgar títulos de domínio a portadores de quaisquer outros tipos de concessões de terras feitas na forma da lei então vigente, uma vez comprovado o cumprimento das obrigações assumidas nos respectivos instrumentos; e assegurar a aquisição do domínio de

10 GOMES, Júlio de Souza; ZAMARIAN, Livia Pitelli, organizadores. *As Constituições do Brasil: análise histórica das constituições e de temas relevantes ao constitucionalismo pátrio*. 1. ed. Birigui, São Paulo: Boreal editora, 2012. p. 03

11 BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2004. p.15

12 NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 17-18

13 GOMES, Júlio de Souza; ZAMARIAN, Livia Pitelli, organizadores. *As Constituições do Brasil: análise histórica das constituições e de temas relevantes ao constitucionalismo pátrio*. 1. ed. Birigui, São Paulo: Boreal editora, 2012. p. 09.

terras devolutas através da legitimação de posse, desde que fosse mansa e pacífica, anterior e até a vigência da lei.

Os propósitos delineados na aplaudida lei- que viria a ser regulamentada pelo Decreto nº 1318, de 30.1.1854- foram indiscutivelmente salutares, porquanto permitiram a conversão, para o mundo jurídico, de situações do mundo fático. A par daqueles objetivos, o diploma legal teve ainda o mérito de definir o instituo de “terras devolutas”, bem como de estabelecer mecanismos para a sua discriminação, extremando-as das terras de particulares. Aliás, o procedimento discriminatório até hoje persiste no ordenamento jurídico pátrio, passados quase dois séculos.¹⁴

A Lei nº 601 foi muito festejada por ocasião de seu surgimento, não só porque tinha como objeto resolver as questões do campo, que apresentava estrutura muito confusa, já caminhando para a constituição dos grandes latifúndios, como também autorizava o governo a promover a colonização estrangeira, permitindo a vinda de imigrantes europeus, como suíços, italianos e alemães, numa tentativa de substituir-se paulatinamente grande parte da mão de obra escrava existente no país desde o primeiro século da colonização.¹⁵

A Lei nº 601 regulava desde a apuração das áreas objeto de posse por particulares até o sistema de alienação das terras devolutas, possibilitando, assim, o processo de legitimação do domínio àqueles que nelas tivessem “morada habitual” e “cultura efetiva”.¹⁶

Para se ter uma noção da gravidade de se ficar sem uma norma acerca da regularização de terras, busquemos na história nacional um extravagante (e longo) período de 28 anos que isso ocorreu.

As sesmarias foram extintas em 1822 e até a Lei de Terras de 1850, o Brasil ficou sem legislação a respeito. Nesse período, a ocupação desenfreada do vasto território foi absolutamente desordenada. Imperou o apossamento indiscriminado de áreas, menores ou maiores, dependendo das condições de cada um, sem que houvesse quaisquer óbices. Esse período considerado anárquico gerou o seguinte quadro: proprietários legítimos, por títulos de sesmarias concedidas e confirmadas, com todas as obrigações adimplidas pelos sesmeiros; possuidores de terras originárias de sesmarias, mas sem confirmação, por inadimplência das obrigações assumidas pelos sesmeiros;

14 MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 10. ed. revisada e ampliada, São Paulo: Atlas, 2012. p. 24-25

15 SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade Rural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 115

16 BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen De; SOARES, Mário Lúcio Quintão, organizadores e colaboradores. *O Direito Agrário na Constituição*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 69.

possuidores sem nenhum título hábil subjacente; terras devolutas, aquelas que, dadas em sesmarias caíram em comisso.¹⁷

Já Maria Helena Diniz ensina que com a Independência do Brasil e, posteriormente, com a Constituição Imperial de 1824, a propriedade passou a ser resguardada; conseqüentemente, baseadas em princípios constitucionais, foram publicadas, em nosso país: a Lei orçamentária n. 317, de 21 de outubro de 1843, regulamentada pelo Decreto n° 482, de 14 de novembro de 1846, que criou o nosso primeiro registro geral de hipotecas, embora imperfeito, pois continuaram a subsistir as hipotecas gerais, incompatíveis com um sistema regular de publicidade. Essa lei teve por fim resguardar o crédito e não o domínio privado, tendo em vista que a terra seria a base para a segurança dos credores; a Lei n° 601, de 18 de setembro de 1850, primeira lei de terras, que veio dar um grande passo, discriminando os bens do domínio público dos do particular (art. 3° § 2°), criando o registro paroquial das terras possuídas no Império, que visava inventariar as posses existentes em todas as províncias brasileiras. Os proprietários rurais, sob severas penas, eram obrigados a registrar suas terras. Com isso, já no início do século XX, havia um cadastro rural parcial, da competência do Ministério da Agricultura, por abranger apenas imóveis rurais dos proprietários que solicitassem benefícios legais.¹⁸

2 Considerações Finais

A história constitucional do Brasil, de conhecimento indispensável a quantos buscam estudar nossas instituições políticas e sociais, representa um dos mais profundos mergulhos na compreensão do passado nacional. O exame e análise aos sucessos políticos e às raízes institucionais do País há de trazer sempre luz para o entendimento da realidade contemporânea, onde os acontecimentos transcorrem com a velocidade da crise e fazem não raro extremamente difícil a percepção das causas que de imediato devem ser removidas, em escala prioritária, a fim de podermos fazer estável e seguro o destino da Nação e a preservação da sua unidade.¹⁹

Como dito alhures, a Constituição de 1824, submerso em um período de grandes turbulências institucionais, não dispôs acerca de aquisição de terras, entretantes esse lapso foi sanado com a Lei de Terras de 1850.

As terras devolutas jamais tiveram disciplina constitucional tão abrangente como a da Constituição da República de 1988, que lhes

17 MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 10. edição revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012. p. 24-25.

18 DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registros de Imóveis*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.52.

19 BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2004. p.13.

condicionou a destinação à conformidade com os objetivos das políticas agrícola e de reforma agrária. Isto se torna especialmente relevante para o atual federalismo brasileiro, pois os Estados-membros são os titulares das maiores extensões de terras desse tipo e, no exercício de suas funções legislativa e administrativa, estão condicionados às normas gerais estabelecidas pela Constituição Federal.²⁰

A Constituição de 1988 dispõe em seu Título VII, Capítulo III sobre a política agrícola e fundiária e a reforma agrária. As políticas públicas, como expressão da ação do governo no escopo de concretizar os direitos positivados na Constituição, devem proporcionar programas que visem erradicar, ou ao menos diminuir em larga escala, essas antípodas posições apresentadas. Indigitada política pública, além de suas vantagens na área econômica, possui o condão de inclusão social do cidadão e do bem estar da família, o que vai ao encontro do basilar princípio da dignidade humana e; possibilita a exploração sustentável dos recursos naturais o que desemboca na preservação do meio ambiente saudável.

reFerênCias

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen De; SOARES, Mário Lúcio Quintão. Organizadores e colaboradores. *O Direito Agrário na Constituição*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____. *Decreto nº 9.309, de 15 de março de 2018*. Regulamenta a Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para dispor sobre a regularização fundiária das áreas rurais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9309.htm>. Acesso em: 04 ago. 2019.

_____. *Decreto nº 9.311, de 15 de março de 2018*. Regulamenta a Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, e a Lei nº 13.001, de 20 de junho de 2014, para dispor

²⁰ BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, Alcir Gursen De; SOARES, Mário Lúcio Quintão. Organizadores e colaboradores. *O Direito Agrário na Constituição*. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 89.

sobre o processo de seleção, permanência e titulação das famílias beneficiárias do Programa Nacional de Reforma Agrária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9311.htm>. Acesso em: 04 ago. 2019.

_____. *EMI nº 00020/2016 MCidades MP CCPR*. Exposição de motivos da Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP%20759-16.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Violência x Cidade: o papel do Direito Urbanístico na violência urbana*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de Registros de Imóveis*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Júlio de Souza; ZAMARIAN, Lívia Pitelli, organizadores. *As Constituições do Brasil: análise histórica das constituições e de temas relevantes ao constitucionalismo pátrio*. 1. ed. Birigui, São Paulo: Boreal editora, 2012.

HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (org.) *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 10. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. Publicadas no Reino de Portugal no ano de 1603, Livro IV, título XXXIII das Sesmarias.

REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. A regularização fundiária urbana e rural: necessidade de marcos teóricos e de políticas públicas distintos. *Rev. Bras. Polít. Públicas (Online)*, Brasília, v. 7, n. 2, 2017

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, a Sociedade e as Políticas Sociais. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 23. Setembro 1987.

SILVA, Leandro Ribeiro da. *Propriedade Rural*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

A EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E O TEMA DO ESTADO DE EXCEÇÃO

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

*Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo-USP. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e
do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O *Estado de Exceção* na história constitucional brasileira; 2. A *medida de salvação do Estado* na Constituição de 1824; 3. O *estado de sítio* na Constituição de 1891; 4. O *estado de exceção* na Era Vargas; 5. O *estado de sítio* na Constituição de 1946; 6. O *regime de exceção* na Era Militar; 7. O *estado de sítio* na Constituição de 1988; 8. Conclusões; Referências.

introdução

O *estado de exceção* identifica um período de anormalidade constitucional que se pretende recorrentemente regrar, limitar e nomear, com objetivos de normalização, em termos constitucionais e, no limite, também com balizas legais e regulamentares. Essa anormalidade na conjuntura de uma pretensa normalidade é a característica mais marcante do estado de exceção, que consiste também em permanente problema para a teoria do direito público.

Há um dilema regulamentador, uma aporia, que acompanha a conceituação e a prática do *estado de exceção*, que de algum modo encontra-se confinado a fronteiras que supostamente abstrairiam a vontade política da vontade normativa, isto é, a ação política propriamente dita do direito positivo. Além do que, como a experiência histórica tem apontado, o *estado de exceção* deslumbra aqueles que o decretam, e que o pretendem definitivo. As experiências da Alemanha nazista, do Estado Novo e da Era Militar no Brasil são exemplos emblemáticos dessa assertiva.

O assunto foi teorizado por Giorgio AGAMBEN em provocador estudo no qual comparou e contrastou o *estado de exceção* em dois autores alemães absolutamente opostos, na teoria, na ideologia e na experiência existencial: Carl Schmitt e Walter Benjamin (2005). Agamben partiu do mote de SCHMITT, para quem “soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (2007, p. 7), contrapondo-o com a tese de BENJAMIN, no sentido de que “a tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de emergência no qual vivemos não é uma exceção, e sim uma regra” (1985, p. 257).

Há uma tensão entre o decisionismo de Schmitt e a penumbra da conjectura política de Benjamin, que o teórico italiano identifica como uma “*terra de ninguém*”, um espaço limítrofe entre o direito público e o fato político, entre a ordem jurídica e a vida (AGAMBEN, 2005, p. 12). Agamben percebeu a insuficiência dos instrumentos de análise jurídica para a compreensão do *estado de exceção*, que situou no ambiente dos problemas políticos (cf. ECHEVERRIA, 2013, p.14).

O *estado de exceção* é, de um lado, o instrumento necessário para a manutenção da ordem, exatamente no contexto patriótico invocado por CÍCERO, para quem, no século I a.C., infeliz a sorte de quem administra e conserva a República (s.d., p. 57). Há também percepção brasileira, nesse mesmo sentido, de que o *estado de exceção* seria mecanismo de defesa e conservação do Estado, qualificando-se como um direito potestativo, garantido pelo direito positivo por intermédio de um conjunto de regras de aplicação episódica (GODINHO, 1986). Por outro lado, e de um modo mais instrumental a práticas totalitárias, o *estado de exceção* é a suspensão

do direito existente, no interesse de uma ação eficaz (cf. SCHMITT, 2007, p. 329 e ss.).

O presente ensaio tem por objetivo tratar do *estado de exceção* no contexto da experiência constitucional brasileira, cotejando-a, quando possível com nossa reminiscência histórica. Com tal finalidade, o ensaio procura explicitar o tema do *estado de exceção* ao longo de nossa trajetória constitucional, confrontando-o com os textos constitucionais aprovados ou outorgados com seus respectivos autores contemporâneos, vinculando-os a uma dimensão histórica, reveladora de intenso autoritarismo, circunstância que é recursiva em nossa história política (cf. SCHWARTZMAN, 1982).

1 o estado de exceção na história Constitucional brasileira

Na história constitucional brasileira o *estado de exceção* se desdobra discursivamente por ampla terminologia, transitando em expressões como *segurança do Estado* (Constituição de 1824), *estado de sítio* (Constituições de 1891, 1934, 1946, 1967, 1946 e 1988), *estado de emergência* (Constituição de 1937), *estado de guerra* (Constituição de 1937), *estado de defesa* (Constituição de 1988). O *estado de exceção* marcou substancialmente e com mais intensidade quatro momentos da história política do Brasil, designadamente, a ditadura de Floriano Peixoto, disfarçada de volta à legalidade (CARONNE, 1988, p. 23), o golpe do Estado Novo, camuflado por Getúlio Vargas como plano de combate a integralistas e a comunistas (HENRIQUES, 1961, pp. 395 e ss.), e as duas grandes intervenções militares de 1964 e de 1968 (GASPARI, 2002).

Opções terminológicas nunca são neutras, especialmente no sentido de que “*a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento*” (AGAMBEN, 2005, p. 15). Isto é, várias opções de nomenclatura tentaram justificar em nossa história as hipóteses de utilização de estados de suspensão de garantias.

Em 1824 o *estado de exceção* seria justificado pela rebelião e invasão de inimigos. Em 1891, pela agressão estrangeira e grave comoção intestina. Em 1934, pela iminência de agressão estrangeira e emergência de insurreição armada. Em 1937, pela ameaça externa, iminência de perturbação interna, conspiração ou plano para perturbação da segurança do Estado, dos cidadãos, da paz pública, bem como perigo estrutural para as instituições. Em 1946, pela guerra externa e comoção intestina com caráter de guerra civil. Na Era Militar, pela grande perturbação da ordem e ameaça de irrupção de guerra. Presentemente, o *estado de exceção* é justificado por comoção grave de repercussão nacional, fatos comprovatórios de ineficácia de medidas tomadas durante o estado de defesa, declaração do estado de guerra e resposta a agressão armada estrangeira.

A par das explicitações constitucionais, o *estado de exceção* também foi tratado por vários documentos legais de fortíssimo apelo casuístico, a exemplo do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889 (intervenção do governo republicano provisório), do Decreto nº 19, de 11 de novembro de 1930 (intervenção do governo provisório de Vargas), do Ato Institucional de nº 1, de 9 de abril de 1964 (intervenção do golpe militar) e do Ato Institucional de nº 5, de 13 de dezembro de 1968 (radicalização da ditadura militar).

Esses documentos comprovam a compulsão dos arranjos institucionais brasileiros para regulamentar os vários *estados de exceção*, alguns deles de expressiva duração, a exemplo do mencionado Ato Institucional de nº 5, vigente por dez anos, e formalmente revogado pela Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, circunstância que marcou o processo de abertura política.

O estudo do *estado de exceção* deve também se ocupar com as várias *leis de segurança nacional* que conhecemos. Os textos variam de intensidade limitativa de direitos e garantias, especialmente processuais. Assim, a Lei nº 38, de 4 de abril de 1935, disponibilizou instrumentos normativos para a organização do Estado Novo. A Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953, de algum modo refletia o contexto internacional da guerra fria. O Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967 e o Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, garantiram as investidas da ditadura militar na luta contra os grupos de oposição.

A Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978 e a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, mitigaram uma situação que pavimentou um processo de transição relativamente leniente. Deve-se também retomar e explicitar o conteúdo da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, a *Lei de Anistia*, em função do modo como o direito brasileiro tratou os casos ocorridos durante o *estado de exceção* vigente ao longo da era militar. Diferentemente do modelo argentino, no qual os militares que violentaram direitos humanos foram processados e condenados (cf. BIANCHI, 2007), no Brasil aplicou-se a *Lei de Anistia*, com conseqüente inexistência de processos de responsabilização, ainda que conhecemos uma Comissão da Verdade, que produziu relatórios assustadores.

E se plausível a tese de Carl Schmitt, para quem a soberania é definida e medida por quem tem competência para fixar o *estado de exceção*, a trajetória dos modelos brasileiros de regulamentação da matéria sugere uma oscilação politicamente muito eloquente, com indicação de épocas de extremo autoritarismo: foi prerrogativa do Poder Legislativo, ou do Imperador se a Assembleia não estivesse reunida (1824), foi do Congresso Nacional, ou do Presidente, quando aquele não estivesse em sessão (1891, 1946), foi exclusiva do Legislativo, que autorizaria o Presidente a

decretar o estado de sítio (1934), foi exclusiva do Presidente em todas as circunstâncias (1937, 1967), foi da União, com Congresso aprovando ou suspendendo determinação do Presidente (1969) e atualmente é também da União, com o Presidente ouvindo o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, e em seguida pedindo autorização para o Congresso Nacional (1988).

Os níveis de regulamentação também oscilam substancialmente. Procedimentos são fixados com abundância de pormenor, inclusive com indicação de limites da ação governamental, hipóteses de imunidades, responsabilização por abusos, possibilidade (ou não) de provocação de intervenção judicial. O que se observa é uma ampliação da regulamentação do modelo, sintético ao extremo, na Constituição de 1824, para superlativamente analítico, na Constituição de 1988, que inclusive conta com título próprio para tratar do que se denominou de *Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*. É esse o grande paradoxo do *estado de exceção*, que concebido para a defesa das instituições democráticas e para o combate da tirania, fez-se historicamente instrumento da tirania e recurso para minar as instituições para as quais fora concebido para defender.

2 a medida de salvação do estado na Constituição de 1824

Outorgada por D. Pedro I e construída a partir de um esboço liberal que resultou da Assembleia abortada em 1823 (MELLO, [1863], 1996) a Constituição de 1824, foi veículo de uma proposta liberal de progresso e modernização (WOLKMER, 2007, p. 98). A Constituição de 1824 recebeu fortíssima influência do direito público francês (ALECRIM, 2011), especialmente da Carta Constitucional de 4 de junho de 1814, documento político que caracterizou o interregno de Luís XVIII, ao longo das hesitações do retorno e da derrota de Napoleão Bonaparte. Nesse caso, a influência mais importante recebida pelo constitucionalismo brasileiro derivava da definição da religião católica, como religião oficial do Estado¹.

O *estado de exceção* é assunto reentrante na tradição do direito constitucional francês, especialmente a partir da Constituição do Ano VIII que dispunha que em casos de revolta a mão armada, ou de levantes que ameaçassem a segurança do Estado, poderia a lei suspender, em locais e pelo tempo por ela determinado, as proteções constitucionais². Os

¹ Carta Constitucional Francesa de 4 de junho de 1814, art. 6. No original: Cependant la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'Etat.

² Constituição de 22 do Frimário do ano VIII (13 de dezembro de 1799), art. 92. No original: Dans l'ecas de revolte à main armée, ou de troubles que menacent la sûrete de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle determine, l'empire de la Constitution.

franceses, por meio de um ato adicional, datado de 1815, dispuseram sobre o *estado de sítio*, em caso de invasão de força estrangeira ou de levantes civis; para o primeiro caso bastava uma mera ordem governamental, na segunda hipótese, havia reserva de lei³. Essa tradição foi mantida, com variações de minudência, na Constituição de 14 de janeiro de 1852, que outorgava ao Presidente da França a prerrogativa de declarar o *estado de sítio*, permissivo mantido na Constituição da Vª República, de 4 de outubro de 1958.

No Brasil, o Imperador exercia o Poder Moderador, podendo, entre outros, prorrogar ou adiar a Assembleia Geral, dissolvendo a Câmara dos Deputados, justificada pela necessidade negociada de *salvação do Estado*, quando então o Imperador convocaria imediatamente uma outra Assembleia, substituindo aquela que dissolvera⁴; tal circunstância era de índole política, de organização do parlamentarismo brasileiro, muito peculiar (especialmente se comparado com o modelo inglês). Na Inglaterra, as eleições apontavam o partido majoritário que indicava o Primeiro-Ministro; no Brasil, o Imperador indicava o Primeiro-Ministro, que organizava as eleições, que resultavam na afirmação do partido ungido pelo Imperador; esse modelo é denominado *Parlamentarismo às Avessas*. Foi a base de organização da política do Segundo Reinado: o Imperador convocava deputados, a quem ouvia sobre crises já pronunciadas (FIGUEIREDO JUNIOR, 1998, p. 61).

Um comentarista da época afirmou essa intervenção se tratava de “(...) *uma prerrogativa indispensável e essencialmente ligado ao Poder Moderador (...) medida grave, já em si, já em sua origem, que pode estar na má política, ou nos abusos do ministério*” (MARQUÊS DE SÃO VICENTE, [1857] 2002, p. 287). O exercício do Poder Moderador fazia do Imperador um árbitro de uma disputa política que opunha liberais e conservadores (cf. NOGUEIRA, 2012, p. 33), ainda que essas duas facções representassem interesses relativamente convergentes (MATTOS, 2004). O Poder Moderador era metáfora com a qual constitucionalizou-se o absolutismo (cf. BONAVIDES e ANDRADE, 1991, p. 96), não obstante o fato de que nossa experiência do Segundo Reinado fora aparentemente de muita tranquilidade (BESOUCHET, 1993, pp. 448 e ss.).

Dispôs-se no texto de 1824 que os poderes constitucionais não poderiam suspender a Constituição, especialmente no que dissesse respeito

³ Ato Adicional de 22 de abril de 1815, art. 66. No original: *Aucune place, aucune partie du territoire, ne peut être déclarée en état de siège, que dans l'ecas d'invasion de la part d' une force étrangère, ou de troubles civils. Dans le premier cas, la déclaration est faite par un acte du gouvernement. Dans le second cas, ele ne peut l'etre que par la loi.*

⁴ Constituição de 1824, art. 101, V.

aos direitos individuais, salvo nos casos e circunstâncias então elencados⁵. Previa-se hipóteses de rebelião ou invasão de inimigos, momento de perigo a segurança do Estado, quando dispensadas estariam, por tempo determinado, algumas das formalidades garantidoras da liberdade individual, o que se fazia por ato especial do Poder Legislativo⁶. Nossa tradição foi construída a partir da prerrogativa original afeta ao Poder Legislativo; o Executivo (ou o Moderador) apenas poderia intervir no recesso da Assembleia.

Isto é, na hipótese de a Assembleia não estar reunida, e *correndo a Pátria perigo iminente*, poderia o Governo tomar as providências necessárias, como medida então definida como provisória e indispensável⁷. A medida seria imediatamente suspensa quando cessasse a necessidade urgente, que a motivara; em ambos os casos a matéria era devolvida à Assembleia, assim que essa se reunisse, ocasião em que receberia relação motivada das prisões, e de outras medidas de prevenção tomadas; os abusos seriam investigados e punidos⁸.

Entendeu o principal intérprete da Constituição de 1824 que a suspensão das garantias constitucionais era um ato anormal, de maior importância do sistema representativo, e que em tese não deveria ser admitido e nem mesmo tolerado; por meio da suspensão das garantias atestava-se que a sociedade se achava em posição extraordinária, o que demandava meios fora dos meios comuns ou regulares (cf. MARQUÊS DE SÃO VICENTE, [1857] 2002, p. 522).

Contava-se também com disposições do Código Criminal de 1830, que criminalizavam o que se denominava de “*ajuntamento ilícito*”, no qual, três ou mais pessoas teriam se agrupado, com o objetivo, entre outros, de privarem ilegalmente a alguém do gozo, em exercício de algum direito ou dever⁹. As penas eram mais graves se o objetivo do ajuntamento ilícito fosse o de impedir recebimento de tributos ou execução de lei¹⁰. Essa fórmula normativa, ajuntamento ilícito, ainda que de certa forma timidamente, ao que consta, poderia ser modelo ágil e mais simplificado para que o governo excepcionasse a proteção das liberdades individuais. O progresso das ideias

5 Constituição de 1824, art. 179, XXXIV.

6 Constituição de 1824, art. 179, XXXV.

7 Constituição de 1824, art. 179, XXXV.

8 Constituição de 1824, art. 179, XXXV.

9 Código Criminal do Império, Lei de 16 de dezembro de 1830. No original: Art. 285. Julgar-se-ha committido este crime, reunindo-se tres, ou mais pessoas com a intenção de se ajudarem mutuamente para commetterem algum delicto, ou para privarem illegalmente a alguem do gozo, em exercicio de algum direito, ou dever.

10 Código Criminal do Império, Lei de 16 de dezembro de 1830. No original: Art. 287. Se o ajuntamento illicito tiver por fim impedir a percepção de alguma taxa, direito, contribuição, ou tributo legitimamente imposto; ou a execução de alguma Lei, ou sentença; ou se fôr destinado a soltar algum réo legalmente preso. Penas - de quarenta a quatrocentos mil réis, além das mais, em que o réo tiver incorrido.

liberais, observou importante autor do século XIX, “*tinha chegado à maior expansão no Código Penal de 1830*” (NABUCO, 1997, p. 53).

A década de 1830 foi marcada por periódicos movimentos de insurreição (ELLIS JÚNIOR, 1980), sem que tenha sido necessário a utilização de formulas constitucionalmente previstas de excepcionalismo político. Bem mais tarde, aconselhando a Princesa Regente, o Imperador recomendou indulgência para com a Imprensa, o que significava o uso também muito mitigado de fórmulas de exceção (CARVALHO, 2007, p. 90). As crises revolucionárias pelas quais passamos ao longo da segunda metade do século XIX foram enfrentadas sem que o Governo se valesse do permissivo constitucional da *segurança do Estado* (SODRÉ, 1998, p. 118 e ss.), mesmo em face do golpe republicano de 1889.

3 o estado de sítio na Constituição de 1891

A Proclamação da República foi imediatamente consolidada, no plano jurídico, pelo Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, que estabelecia a república federativa como forma de governo da “nação brasileira”. Não houve resistência armada à nova ordem, que se consolidou por conta da exaustão do segundo reinado, que se esgotou pela própria seiva (VIOTTI DA COSTA, 1999, pp. 447 e ss.); o povo, na visão de um contemporâneo, assistira ao golpe, bestializado, como se fora uma parada militar (CARVALHO, 1987).

A utopia republicana realizou-se também mediante proclamações simbólicas, marcadas pela retomada do heroísmo de Tiradentes, a par de uma bandeira e de um hino, elementos que os positivistas manejaram na construção de um forte imaginário popular, justamente porque “*a elaboração de um imaginário é parte integrante da legitimação de qualquer regime político*” (CARVALHO, 1990, p. 10).

O decreto que instalava a nova ordem, dispunha, entre outros, que em qualquer dos Estados, onde a ordem pública fosse perturbada, e onde faltassem ao Governo local os meios eficazes para a repressão de desordens e para que se assegurasse a paz e tranquilidades públicas, poderia intervir o Governo Provisório, com o apoio da força pública, para assegurar o livre exercício dos direitos dos cidadãos e a livre ação das autoridades constituídas¹¹. Formatava-se o roteiro típico do *estado de exceção*, isto é, anunciava-se a possibilidade da suspensão da ordem, em defesa da própria ordem. Subordinava-se a força pública regular ao Governo Provisório, a quem caberia decretar a organização de uma guarda cívica¹².

¹¹ Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, art. 6º.

¹² Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, art. 8º.

O *estado de sítio* foi regulamentado pela Constituição de 1891, que o autorizava em caso de agressão estrangeira, de grave comoção intestina ou de exigência da segurança da República. O *estado de sítio* seria declarado em qualquer parte do território da União, quando então se suspenderiam as garantias constitucionais, por termo determinado¹³. O Congresso Nacional poderia declará-lo ou, quando afirmado pelo Presidente, o Congresso poderia aprová-lo ou suspendê-lo¹⁴; o Presidente poderia declará-lo se o Congresso não estivesse reunido, e quando se reconhecesse perigo eminente¹⁵.

Ao que consta, conta-nos um historiador que participou da Assembleia Constituinte que confeccionou nossa primeira constituição republicana, “*os dispositivos sobre o estado de sítio não só não foram discutidos, como não sofreram emendas outras que não as de simples redação*” (DE ROURE, 1979, p. 411). Copiou-se o modelo francês, então definitivamente transplantado. Um prestigiado comentador também contemporâneo ao texto de 1891 também captou a ambiguidade e o paradoxo que resultam da decretação do estado de sítio:

Fora contraditório, fora inepto fazer uma Constituição e regular nela o exercício do poder público para assegurar a liberdade e o direito do cidadão, dando à autoridade ao mesmo tempo a faculdade de apartar-se das normas tutelares para isso estabelecidas e empregar meios heroicos contra as ocorrências que se podem vencer sem sacrifícios da liberdade individual, com os recursos originários. Constituição que tal permitisse seria antes uma negação e uma armadilha, urdidura digna de Tibérios e de Machiavellos, que não dos procuradores do povo para garanti-lo e mantê-lo soberano. Seria uma constituição-suicídio. (BARBALHO, 1992 [1902], p.119).

De acordo com outro comentador da Constituição de 1891, “*o poder competente para declarar o estado de sítio é o Congresso Nacional; em não estando, porém, reunido este, exerce a atribuição o Presidente da República, que àquele deve contas logo que se reúna ()*” (LACERDA, s.d., p. 437). Entendia-se que o poder de declaração de estado de sítio era um poder excepcional, e que decorria “() *do dever supremo de assegurar a ordem e defender a honra e a integridade da pátria*” (MAXIMILIANO, 1918, p. 521). Compreendido pelos constitucionalistas da época como uma “() *exceção tristemente inevitável*” (MILTON, 1898, p. 459), o *estado de sítio* deveria ser decretado mediante um mínimo possível de arbítrio (MILTON, loc. cit.).

¹³ Nesse pormenor, Constituição de 1891, art. 80, combinado com dispositivos do art. 6º, 3, e do art. 34, 21.

¹⁴ Constituição de 1891, art. 34, 21.

A Constituição de 1891 também fixava os limites do *estado de sítio*, quanto às medidas que poderiam ser tomadas, nomeadamente, a detenção em local não destinado aos réus de crimes comuns e o desterro para outros sítios do território nacional¹⁶. Havia, assim, uma restrição às medidas de exceção, que o texto constitucional então vigente nominava de *medidas de repressão*, no que se refere ao destino dos acusados. Por exemplo, em um dos *estados de sítio* decretados por Floriano Peixoto, em 1892, os perseguidos foram para o Estado do Amazonas, em São Joaquim do Rio Branco (entre eles, Mena Barreto e Elísio dos Reis), em Cucui (entre eles, J.J. Seabra e José Carlos do Patrocínio) e em Tabatinga (entre eles, Eduardo Wandenkolk, Pardal Mallet e Nogueira da Gama (CAMÊU e PEIXOTO, 1983 [1925], p. 293).

Ao longo da República Velha o *estado de sítio* foi decretado por Deodoro da Fonseca, por Floriano Peixoto, por Hermes da Fonseca e, principalmente, por Artur Bernardes, que usou do instrumento de exceção na maior parte de seu governo (cf. BELLO, 1964, pp. 310 e ss.). Deodoro o fez pela primeira vez, decretando o *estado de sítio* para a capital e para Niterói, pelo prazo de 60 dias, determinando que os jornais “(...) não inserissem quaisquer censuras aos atos do governo” (CAMÊU e PEIXOTO, 1983 [1925], p. 84). Essa ordem, que revelava os plenos poderes exercidos por Deodoro (SENNA, 1981, p. 135) foi revogada por Floriano Peixoto, quando assumiu a presidência em virtude da renúncia de Deodoro da Fonseca, reconhecendo que a ordem e a tranquilidade públicas não estavam perturbadas ou ameaçadas (cf. CAMÊU e PEIXOTO, 1983 [1925], p. 84).

Floriano, no entanto, teria reiteradamente utilizado da competência constitucional para decretar o *estado de sítio*, no que foi impugnado por Rui Barbosa no Supremo Tribunal Federal (cf. RODRIGUES, 1991, p. 19), em julgamento aberto ao público, quando houve sustentação oral, marcado por intenso sensacionalismo (cf. VIANA FILHO, 1965, p. 233). O conjunto dos escritos de Rui Barbosa sobre o assunto consubstancia uma doutrina brasileira do *estado de exceção* (BARBOSA, 1956 [1892]), na qual se destacam, designadamente: a. aos Tribunais se faculta apreciar a procedência dos motivos invocados para decretação do *estado de sítio*, isto é, o juízo último de sua constitucionalidade; b. o *estado de sítio* somente pode ter natureza repressiva, vedando-se que seja decretado de forma preventiva; c. o *estado de sítio* não autoriza qualquer medida antes de decretado e regularmente publicado; d. as medidas tomadas durante o *estado de sítio* não se constituem como penalidades, são, antes, meros impedimentos de desordem; e. as medidas tomadas durante o *estado de sítio* não se prolongam além do prazo de sua vigência; f. as imunidades

16 — Constituição de 1891, art. 80, 2º, 1 e 2.

parlamentares não se suspendem durante a vigência do *estado de sítio*; g. os Tribunais podem ser provocados para assegurar direitos individuais violados durante a vigência do *estado de sítio*; h. o *habeas corpus* garante a liberdade pessoal em todos os casos de coação ilegal decorrentes da decretação do *estado de sítio* (cf. BARBOSA, 1956 [1892]).

A partir do tema do enfrentamento do *estado de sítio* Rui Barbosa também desenvolveu uma *doutrina brasileira do habeas corpus* (GALVÃO JR., 2005, LAGO, 2005), especialmente para a defesa de 46 cidadãos, “*presos ou ameaçados de o serem, alguns seus inimigos políticos, presos pelo governo, abrindo campanha contra a ditadura*” (LAGO, 2005, p. 9), o que teria granjeado a Rui o epíteto de o patrão judiciário das instituições democráticas (cf. NOGUEIRA, 1999, pp. 151 e ss.).

Rui também impetrou *habeas corpus* em nome próprio para discutir os efeitos do *estado de sítio* em situação pessoal de senador, petição protocolada em sessão do Supremo Tribunal Federal de 6 de maio de 1914. Combatia-se risco iminente de prisão e desterro, por força de *estado de sítio*, que continha também efeitos de restrição à atividade de Rui Barbosa, como senador e jornalista (BARBOSA, 1989 [1914]). O Tribunal negou o pedido, firme na posição de que “() a liberdade de imprensa era uma das que poderiam ser restringidas em caso de estado de sítio, sendo que não cabia ao Poder Judiciário apreciar a regularidade de sua decretação, mas sim ao Congresso Nacional” (HORBACH, 2007, p. 98-99).

O que se constata, com certa segurança, é o uso do *estado de sítio*, no contexto de situações políticas limítrofes. Nessas situações se revelavam forças políticas absolutamente autoritárias. Suspendiam-se garantias, sob o pretexto de que se perseguia a retomada da ordem, ameaçada pelas garantias então suspendidas. Nesse sentido, a recorrência do uso desse método político pelos Presidentes Deodoro da Fonseca, Floriano Peixoto, Hermes da Fonseca e Artur Bernardes, cujos respectivos mandatos foram marcados por intenso autoritarismo.

4 o estado de exceção na era vargas

Vitorioso o golpe de 1930, e ao mesmo tempo em que montava um Governo Provisório, Getúlio Vargas baixou um decreto¹⁷, que objetivamente estabeleceu os contornos de um *estado de exceção* que, entre outros, conviveu até 1934 com um texto constitucional de eficácia substancialmente suspensa. Getúlio determinou a suspensão das garantias constitucionais, bem como a exclusão da apreciação judicial dos atos decorrentes da mencionada

¹⁷ Trata-se do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930.

suspensão¹⁸; concomitantemente, criou-se um Tribunal Especial para julgamento de crimes políticos e funcionais¹⁹, cuja objetivo, indisfarçado, era justamente possibilitar a perseguição dos inimigos vencidos, então chamados desdenhosamente de *carcomidos*.

A Constituição de 1934, elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte, foi antecedida por um valioso trabalho realizado por uma comissão de notáveis juristas, denominada de Comissão do Itamaraty, porquanto as reuniões eram realizadas na sede do Ministério das Relações Exteriores no Rio de Janeiro. Nessa comissão pontificaram homens públicos muito experientes, a exemplo de João Mangabeira, Carlos Maximiliano, Agenor de Roure, Góes Monteiro, Castro Nunes e Temístocles Brandão Cavalcanti. Os debates revelam intensa preocupação com o momento histórico e político pelo qual se passava, marcado pela polarização ideológica entre as ideologias comunista e integralista.

João Mangabeira, parlamentar baiano que reivindicava a herança política liberal de Rui Barbosa, notabilizou-se pela ênfase com a qual defendeu posições liberais e democráticas ao longo do debate, entendendo o *estado de sítio*, como uma medida no entanto necessária, que deveria ser observada em casos de insurreição armada do povo e das forças militares, especialmente durante a guerra e no contexto de suas consequências (cf. AZEVEDO, 2004, p. 271). Góes Monteiro, que era militar, e que representava os ideais do Exército naquela Comissão, no entanto, defendia que o texto constitucional deveria estabelecer as condições para que o *estado de sítio* pudesse ser decretado por lei ordinária, e que não se outorgasse ao Executivo poderes muito amplos para sua decretação; por outro lado, insistia que deveria se distinguir muito bem o *estado de sítio do estado de guerra externa*, porque mesmo em caso de guerra, observava, poderia haver necessidade de extensão do *estado de sítio* para outras zonas distantes do cenário de guerra, o *teatro das operações*, por força mesmo da extensão territorial brasileira (cf. AZEVEDO, 2004, p. 272). Agenor de Roure pretendia uma construção constitucional que limitasse o uso do *estado de sítio*, com prevenção dos vários abusos, pelo que, sua decretação deveria ser competência do Poder Legislativo (cf. AZEVEDO, 2004, p. 273).

Mais tarde, na Assembleia Nacional Constituinte, os deputados Levi Carneiro, Prado Kelly e Carlos Maximiliano debateram intensamente de que forma o *estado de sítio* seria regulamentado pela Constituição. Entre outros, discutiu-se o problema da autorização para apreensão de jornais durante a decretação do *estado de sítio*, a qual esses constituintes entendiam

¹⁸ Decreto nº 19.398, de 1930, art. 6º.

¹⁹ Decreto nº 19.398, de 1930, art. 16.

como condicionada à autorização judicial, precavendo-se contra o *arbitrio dos governos* (cf. CARNEIRO, 1936, p. 374).

Com a conclusão dos trabalhos da Assembleia aprovou-se que o *estado de sítio* poderia ser decretado nos casos de iminência de agressão estrangeira ou de emergência de insurreição armada²⁰. Ao Legislativo competia autorizar o Presidente para que decretasse o *estado de sítio*²¹, o Congresso também detinha prerrogativa de aprova-lo, suspendê-lo e prorroga-lo²². Ao Presidente facultava-se decretá-lo se o Congresso não estivesse reunido, o que exigia, no entanto, aquiescência prévia de Sessão Permanente do Senado Federal; devendo o Congresso se reunir em 30 dias, para deliberar sobre o *estado de sítio* já decretado, independente de convocação²³.

Dispôs-se que não poderia ultrapassar 90 dias, podendo ser prorrogado, uma única vez, por igual prazo²⁴. Havia também um limite para as medidas que poderiam ser tomadas, e que consistiam no desterro, na detenção (ainda que se proibisse detenção ao lado de réus comuns), na censura da correspondência e das comunicações, na suspensão da liberdade de reunião e de manifestação das tribunas, bem como na autorização para busca e apreensão domiciliar²⁵. Fixou-se na Constituição que ninguém poderia ser desterrado para lugar deserto ou insalubre do território nacional, e tampouco para local a mais de 1000 km de onde se encontrasse ao tempo da determinação²⁶. Todos aqueles que fossem afetados deveriam ser apresentados, em cinco dias contados da medida de restrição, a juízes comissionados, que para esse fim deveriam ser indicados²⁷.

Na Constituição de 1934 havia um grupo de autoridades políticas que não poderiam ser atingidas pelas medidas de exceção, durante o *estado de sítio*, desenhando-se assim, pela primeira vez, um sistema de imunidades no direito brasileiro, no ambiente das medidas de exceção. Por isso, o *estado de sítio*, e as conseqüentes medidas restritivas de liberdade, não atingiriam deputados, senadores, ministros do Supremo Tribunal Federal, do Supremo Tribunal Militar, do então Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, do Tribunal de Contas, de Governadores e Secretários de Estado, bem como membros de Assembleias Legislativas e Tribunais

20 — Constituição de 1934, art. 175.

21 — Constituição de 1934, art. 175.

22 — Constituição de 1934, art. 40.

23 — Constituição de 1934, art. 175, § 6º.

24 — Constituição de 1934, art. 175, 1.

25 — Constituição de 1934, art. 175.

26 — Constituição de 1934, art. 175, § 1º.

27 — Constituição de 1934, art. 175, § 3º.

Estaduais²⁸. Proibia-se que se emendasse a Constituição na vigência do *estado de sítio*²⁹.

Em meados da década de 1930 o Brasil conheceu intensa polarização ideológica, marcada pelo dissenso entre direita e esquerda, entre integralistas e comunistas, agrupados em torno da Ação Integralista Brasileira e da Aliança Nacional Libertadora, respectivamente. Getúlio aproveitou-se dessa extremada antítese ideológica, preparando o ambiente político para o golpe de estado que deu em 1937. O integralismo organizou-se de modo paramilitar, com fortíssima simbologia, que incluía inclusive cerimônia de juramento (cf. CAVALARI, 1999, p. 169). O integralismo agrupou inicialmente importantes nomes da intelectualidade jurídica, a exemplo de Miguel Reale (cf. REALE, 1986, pp. 85-94), Goffredo Telles Júnior (cf. TELLES JÚNIOR, 2004, pp. 105 e ss.) e Santiago Dantas (cf. DUTRA, 2014, pp. 203 e ss.). O integralismo qualificou-se como um *fascismo caboclo*, criado por Plínio Salgado, e que contou com intenso apoio da classe média.

Simultaneamente ao crescimento dos integralistas era intenso o avanço dos comunistas, grupo cujo nome mais representativo era o de Luís Carlos Prestes, herói do movimento tenentista, que retornara ao Brasil com a aura do invicto líder revolucionário (cf. PRESTES, 2015, pp. 162 e ss.). Getúlio oscilou entre as duas facções, eliminando-as, posteriormente, por intermédio de sucessivas declarações de situações emergenciais (DULLES, 1967, pp. 199 e ss.), justificando-se e resguardando-se no argumento de que mantinha forte postura nacionalista (SODRÉ, 1988, pp. 33 e ss.).

Getúlio primeiramente aprovou uma Lei de Segurança Nacional, promulgada em 1935, de autoria de Vicente Rao, que definia os crimes contra a ordem política e social. Vicente Rao havia lutado ao lado dos constitucionalistas de São Paulo, exilando-se na França, onde estudou direito comparado. Retornando ao Brasil, em 1933, dedicou-se à advocacia e ao magistério, lecionando na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Um dos fundadores do Partido Constitucionalista de São Paulo, colaborou com Armando de Sales de Oliveira, que Getúlio nomeara para interventor em 1933.

Getúlio nomeou Vicente Rao ministro da Justiça, em 1934, o que resultou em grande colaboração, da qual a lei de segurança nacional é um dos documentos mais emblemáticos. Em 1936 Vicente Rao chefiou a Comissão Nacional de Repressão ao Comunismo. Getúlio obcecava-se com providências para evitar o descontrole da ordem pública (cf. VARGAS, 1994, p. 401). Vicente Rao era um nacionalista exacerbado, tendo aderido à uma prosaica *doutrina da bandeira*, centrada na concepção de um estado

²⁸ Constituição de 1934, art. 175, § 4º.

²⁹ Constituição de 1934, art. 178, § 4º.

forte, e da qual participaram também figuras conhecidas da intelectualidade brasileira, a exemplo de Afonso Taunay, Menotti del Picchia, Paulo Prado, Paulo Setúbal e Plínio Barreto (cf. MARTINS, 1997, p. 73).

Extremamente draconiana, a lei de exceção redigida por Vicente Rao castigava com pena de reclusão, por 6 a 10 anos, a quem tentasse mudar diretamente, por meios violentos, a Constituição da República³⁰, crime certamente praticado pelo próprio Getúlio, por ocasião do golpe de estado de 1937. Servidores públicos que entrassem em greve perderiam os respectivos cargos³¹. Aqueles que instigassem a desobediência coletiva ao cumprimento de lei de ordem pública poderiam ser condenados de 1 a 3 anos de prisão³². A incitação ao ódio, à violência, à luta de classes, à luta religiosa, a prática de atentados por motivos doutrinários, políticos ou religiosos, de igual modo, seriam severamente apenadas³³.

Dispôs-se que não se toleraria a propaganda de processos violentos para subversão da ordem política ou social³⁴. Se esses crimes fossem cometidos pela imprensa, sem prejuízo da ação penal competente, seriam apreendidas as respectivas edições³⁵. Proibia-se a existência de partidos, centros ou agremiações que visassem a subversão, pela ameaça ou violência, da ordem política e social³⁶. Por requisição do Chefe da Polícia, encaminhada ao Ministro da Justiça, poderia ser cassado, por ato fundamentado do Ministro do Trabalho, o reconhecimento de sindicatos e associações profissionais que atentassem contra a lei de segurança nacional³⁷. Naturalizações poderiam ser canceladas, na hipótese de estrangeiros naturalizados que cometessem crimes descritos na mencionada lei³⁸. Os crimes punidos pela lei de segurança nacional eram inafiançáveis, na hipótese de penas de prisão superiores ao um ano³⁹.

A adesão ao aspecto conceitual da tipologia dos *estados de exceção* comprova-se com determinação para que as penas de prisão fossem cumpridas em estabelecimentos distintos daqueles destinados aos criminosos que cometeram crimes comuns⁴⁰. Fixou-se também que no interesse da

³⁰ Lei nº 38, de 4 de abril de 1945, art. 1º.

³¹ Lei nº 38, de 1945, art. 8º.

³² Lei nº 38, de 1945, art. 9º.

³³ Lei nº 38, de 1945, Capítulo II.

³⁴ Lei nº 38, de 1945, art. 22.

³⁵ Lei nº 38, de 1945, art. 25.

³⁶ Lei nº 38, de 1945, art. 30.

³⁷ Lei nº 38, de 1945, art. 31.

³⁸ Lei nº 38, de 1945, art. 37.

³⁹ Lei nº 38, de 1945, art. 40.

⁴⁰ Lei nº 38, de 1945, art. 42.

ordem pública, ou a requerimento do condenado, as sentenças poderiam ser cumpridas fora do distrito da culpa⁴¹. Os crimes da lei de segurança nacional seriam processados pela Justiça Federal, e sempre sujeitos a julgamentos singulares⁴². Essa lei vigorou até 1953, quando o próprio Getúlio Vargas a substituiu. Consubstanciou-se uma política presidencial de autocracia, por intermédio da qual a concentração de poderes nas mãos do chefe do Poder Executivo era absoluta, o que ensejou a percepção de um brasilianista, para quem contávamos com *Sua Majestade o Presidente do Brasil* (HAMBLOCH, 2000).

O golpe de 1937, por intermédio do qual Getúlio inaugurou período ditatorial denominado de Estado Novo, foi constitucionalizado em 1937 (CASTRO, 2003 [1937], p. 367 e ss.). A construção desse texto político contou com influência de Francisco Campos, político mineiro conhecido por vastíssimo conhecimento de direito público, e que cogitava de uma paradoxal *técnica do estado totalitário a serviço da democracia* (cf. CAMPOS, 2001, p. 29). Na Constituição de 1937 o *estado de exceção* era denominado *de estado de emergência e de estado de guerra*⁴³.

De competência exclusiva do Presidente da República⁴⁴, o que refletia a hipertrofia do Chefe do Poder Executivo, o *estado de exceção* poderia ser decretado nas hipóteses de ameaça externa, de iminência de perturbação da ordem interna, de conspiração ou plano conspiratório para perturbação da paz pública, da necessidade de se garantir a segurança do Estado e dos cidadãos, isto é, era instrumento para utilização em todos os momentos nos quais o Presidente vislumbrasse um perigo para a estrutura das instituições⁴⁵. No rigor, todo o período do Estado Novo, isto é, de 1937 a 1945, consistiu em um permanente *estado de exceção*.

Nos termos da Constituição de 1937 o Presidente não precisava de autorização parlamentar para decretar o *estado de emergência*; o Parlamento também não poderia suspendê-lo⁴⁶; reconheça-se, no entanto, a natureza empiricamente vazia da norma constitucional, levando-se em conta que ao longo do Estado Novo não houve atividade parlamentar. Entre as medidas que poderiam ser adotadas pelo Presidente, a Constituição de 1937 previa a detenção em edifício ou local não destinado a réus de crime comum, o desterro, a residência forçada, bem como a privação de liberdade de ir e vir; poderia haver censura da correspondência de todas as comunicações,

41 — Lei nº 38, de 1945, art. 43.

42 — Lei nº 38, de 1945, art. 44.

43 — Constituição de 1937, art. 74.

44 — Constituição de 1937, art. 74.

45 — Constituição de 1937, art. 166.

46 — Constituição de 1937, art. 166, § 1º.

orais e escritas, a suspensão de liberdade de reunião e a busca e apreensão em domicílio⁴⁷.

Regulamentando radicalmente a questão, a Constituição de 1937 autorizava que o Presidente, durante o *estado de emergência*, poderia pedir ao Congresso autorização para suspender imunidades de parlamentar, uma vez de que houvesse suspeitas de envolvimento com conspiração que atentasse contra a segurança do Estado⁴⁸. A demora do Congresso -- o prazo que teria para se manifestar era de doze horas, muito exíguo, propositadamente -- suscitava que o Presidente, a seu juízo, ordenasse a detenção de parlamentares, independente de comunicação a qualquer das Câmaras,⁴⁹ que somente poderiam se manifestar, nesses casos, após o término do *estado de emergência*⁵⁰.

O radicalismo do modelo é acentuado com a proibição de apreciação de matérias relativas ao *estado de emergência*, pelo Poder Judiciário, enquanto durassem as medidas⁵¹. Dispôs-se que na vigência do *estado de guerra* deixariam de vigorar as partes da Constituição indicadas pelo Presidente⁵². Por fim, os crimes cometidos contra a segurança do Estado estariam sujeitos a juízos de exceção⁵³.

Há três registros muito simbólicos das fórmulas de exceção utilizadas pela ditadura de Getúlio Vargas. Refiro-me aos processos de Olga Benário Prestes, de Genny Gleiser e de Ernesto Gattai, todos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, o que revela também o papel do Judiciário no chamado *estado de emergência*. Olga era uma militante comunista, alemã, judia, uma *estrangeira nociva*, no contexto das imagens da ditadura (cf. MORAIS, 1989, p. 187). Presa pelas forças repressivas, comandadas por Filinto Müller, era pretensão do governo entregá-la à Alemanha nazista. Por essa razão, Heitor Lima, advogado de Olga, impetrou *habeas corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal⁵⁴.

A medida era caracterizada pelo inusitado do pedido. O *habeas corpus* é remédio que tem por objetivo a liberdade do paciente; no caso de Olga, o que se pretendia, pelo contrário, é que permaneça presa, no Brasil, especialmente porque estava grávida. Argumentou-se, inclusive, que a pena transcenderia a pessoa do acusado. Heitor Lima argumentou que Olga

47 Constituição de 1937, art. 168.

48 Constituição de 1937, art. 169.

49 Constituição de 1937, art. 169, § 1º.

50 Constituição de 1937, art. 169, § 2º.

51 Constituição de 1937, art. 170.

52 Constituição de 1937, art. 171.

53 Constituição de 1937, art. 172.

54 Trata-se do Habeas Corpus nº 26.155.

deveria ser punida depois de julgada, se condenada, e não expulsa, antes de qualquer julgamento, ainda que sumário. Olga foi deportada, entregue aos alemães, onde morreu em um campo de concentração.

O Supremo Tribunal Federal, então presidido por Edmundo Lins, não conheceu do pedido, por maioria de votos. Não conheceram do pedido os Ministros Bento de Faria, Edmundo Lins, Hermenegildo de Barros, Plínio Casado, Laudo de Camargo, Costa Manso, Octávio Kelly e Ataulfo de Paiva. Conheceram, e no mérito indeferiram, Carlos Maximiliano, Carvalho Mourão e Eduardo Espínola. O não conhecimento fora fundamentado pelo comando do art. 2º do decreto nº 702, de 21 de março de 1936, que declarava pelo prazo de noventa dias, equiparada ao estado de guerra, a comoção intestina grave, em todo território nacional, vedando, de tal modo, a concessão de habeas corpus.

Trata-se de documento normativo que de fato estabelecia *estado de exceção*, e que fora baixado para atender novas diligências e investigações que, no entender de Getúlio, revelavam grave recrudescimento de atividades subversivas. O decreto permitia que o Governo tomasse medidas reputadas como indispensáveis, enérgicas, de prevenção e de repressão, sob a justificativa de que era dever fundamental do Estado defender os então dominantes princípios da autoridade e da ordem social. O decreto suspendia várias garantias constitucionais, entre elas, a do habeas corpus.

O caso de Genny Gleiser, jovem imigrante romena, e também comunista, é do mesmo modo indicativo da violência policial no *estado de exceção*, bem como da leniência do Poder Judiciário para com as medidas então tomadas. A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal⁵⁵, em forma de *habeas corpus*, protocolado pelo advogado Sylvio de Fontoura Rangel. A paciente fora presa em São Paula, mantida incomunicável, acusada de ser comunista. O Supremo Tribunal Federal decidiu que Genny era estrangeira, e que, comprovada a nocividade à ordem pública, justificável o decreto de expulsão. Quanto aos maus tratos que teria recebido da polícia, entendeu-se que essa matéria deveria ser discutida com as autoridades responsáveis, isto é, com a polícia do estado de São Paulo.

O Supremo Tribunal Federal também apreciou matéria semelhante, em habeas corpus impetrado pelo advogado René Souza Aranha Lacazé⁵⁶, em favor do imigrante italiano Ernesto Gattai, acusado de fazer propaganda anarquista. Naturalizado brasileiro, Gattai foi perseguido pelas autoridades do Estado Novo. Conseguiu evitar a deportação, porque comprovada sua naturalização, ainda que tenha deixado a prisão em estado lastimável,

⁵⁵ Trata-se do Habeas Corpus nº 25.906.

⁵⁶ Trata-se do Habeas Corpus nº 26.643.

morrendo logo em seguida, em 1940, aos 54 anos, de acordo com informação do livro de memórias de sua filha, Zélia GATTAI (2004, p. 23).

Vingavam as ideias de Francisco CAMPOS, a quem coube a fundamentação doutrinária e filosófica do Estado Novo, e para quem, o Estado deixara “() *de ser o guarda-noturno, cuja única função era velar sobre*

o sono dos particulares, garantindo-se o sossego público, para assumir funções de criação e de controle em todos os domínios da atividade humana” (2001, p. 89). Francisco Campos empolgou-se na defesa do regime, proclamando a adequação dos atos de exceção, o que provocou reação de Osvaldo Aranha, então embaixador brasileiro nos Estados, que por telegrama se queixou a Getúlio Vargas, dando conta das dificuldades que havia em se defender o Brasil entre as nações democráticas, à vista do modo ostensivo como Francisco Campos fazia apologia do regime ditatorial. Em resposta, Getúlio determinou que Osvaldo Aranha interpretasse e comentasse as repercussões das intervenções de Francisco Campos de acordo com os interesses do Brasil⁵⁷.

O *estado de exceção* permanente da ditadura de Getúlio Vargas, especialmente como definido e implementado no Estado Novo, foi criticado por ampla literatura memorialista (RAMOS, 1994, LIMA, 1974, p. 122 e ss.), bem como por reiteradas referências a experiências dolorosas no exílio, a exemplo do sofrido por Octávio Mangabeira (cf. OLIVEIRA, 1971, p. 129 e ss.).

5 o estado de sítio na Constituição de 1946

Reinstalou-se o regime democrático com a queda de Vargas, em 1945, em contexto internacional que marcou o fim de alguns regimes ditatoriais, ainda que governo totalitários persistissem em Portugal e Espanha. A Constituinte de 1946 surgira de um movimento de repúdio ao Estado Novo, “*ditadura unipessoal de inspiração fascista e totalitária*” (cf. BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, 1991, p. 349). Nesse sentido, construiu-se um texto liberal com características fortemente democráticas.

A competência para reconhecimento do *estado de sítio* era do Congresso Nacional, que poderia fazê-lo nos casos de comoção intestina grave ou de fatos que evidenciassem a iminência dessa comoção, bem como nos casos de guerra externa⁵⁸. Do Presidente se exigia, após edição de lei

⁵⁷ De acordo com telegrama de Osvaldo Aranha endereçado a Getúlio Vargas, datado de 29 de novembro de 1937, sob guarda do Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC) da Escola de Ciências Sociais da Fundação Getúlio Vargas. Microfilmagem: rolo 5 fot. 0719-2 z 0720-2.

⁵⁸ Constituição de 1946, art. 206.

que fixasse o *estado de sítio*⁵⁹, imediatamente decretá-lo⁶⁰. A referida lei deveria indicar as garantias constitucionais que permaneceriam em vigor, especificando também os casos em que os crimes contra a segurança da Nação ficariam sujeitos à jurisdição militar quando cometidos por civis⁶¹.

A responsabilidade que a Constituição de 1946 atribuía ao Presidente é marcadamente política, a exemplo também a de mobilização total ou parcial das forças armadas, bem como a intervenção federal nos Estados (cf. FERREIRA, 2003, p. 209). O Poder Legislativo preponderava no modelo de 1946, ao contrário da fórmula de 1937, na qual se constava a hipertrofia do Poder Executivo Federal. Os constituintes de 1946 empenharam-se em evitar o *estado de sítio permanente*, característica marcante do Estado Novo, pelo menos em seu aspecto fático (cf. ESPINOLA, 1946, p. 462). De qualquer modo, o *estado de sítio* se impunha como providência excepcional, efetivamente transitória (cf. MAXIMILIANO, 1954, p. 277).

Publicada a lei instituidora do *estado de sítio* o Presidente deveria então designar por decreto a quem seria cometido executar os gravames, bem como as zonas de alcance das medidas⁶². A competência do Presidente para decretar *estado de sítio* somente seria possível no intervalo das sessões legislativas⁶³; no entanto, decretada a medida, o Presidente do Senado Federal deveria imediatamente convocar o Congresso Nacional para, em quinze dias, aprovar (ou não) o ato do Presidente⁶⁴. A Constituição de 1946 também disciplinava as medidas que poderiam ser tomadas, nomeadamente, a obrigação de permanência em localidade determinada, a detenção em edifício não destinado a réus de crimes comuns, o desterro para qualquer localidade, desde que povoada e salubre, do território nacional, a censura de correspondência ou de publicidade, a suspensão de liberdade de reunião, a busca e apreensão em domicílio, a suspensão do exercício de cargo ou função pública e a intervenção nas empresas de serviços públicos⁶⁵.

Na hipótese de *estado de sítio* decretado como mecanismo de combate a comoção intestina grave, as medidas não poderiam ultrapassar 30 dias, permitindo-se apenas uma prorrogação, por igual prazo⁶⁶. O decreto do *estado de sítio* deveria especificar as regiões que abrangeria⁶⁷. Com seu

59 — Constituição de 1946, art. 207.

60 — Constituição de 1946, art. 87, XIII.

61 — Constituição de 1946, art. 207.

62 — Constituição de 1946, art. 207, parágrafo único.

63 — Constituição de 1946, art. 208.

64 — Constituição de 1946, art. 209, parágrafo único.

65 — Constituição de 1946, art. 209.

66 — Constituição de 1946, art. 210.

67 — Constituição de 1946, art. 212.

fim, expirariam seus efeitos⁶⁸. A Constituição de 1946 permitia que se suspendessem as imunidades parlamentares, desde que mediante o voto de dois terços dos membros da Câmara ou do Senado⁶⁹.

Em 1953 tem-se a aprovação de uma nova lei que definiu os crimes contra o Estado e a ordem política e social, sancionada por Getúlio Vargas, em seu segundo governo⁷⁰. A submissão do território da Nação, ou parte dele, à soberania de Estado estrangeiro é definida como crime, em sua forma tentada⁷¹. A expressão “*subversivo*” radicava em tipo penal fixado nessa lei de exceção; isto é, era capitulado como “*subversivo*” quem tentasse subverter, por meios violentos, a ordem vigente⁷². As penas eram duríssimas, chegando em até 30 anos de reclusão no caso de tentativa de submissão do território brasileiro à soberania de Estado estrangeiro. Atentado contra a vida, a incolumidade e a liberdade do Presidente da República poderia ser penalizada em até 20 anos de reclusão⁷³.

É na referida lei que se tipificou a prática de ato público que exprimisse menosprezo, vilipêndio ou ultraje ao nome do Brasil, bem como qualquer dos símbolos nacionais, dos Estados e dos Municípios⁷⁴. A promoção ou manutenção, no território nacional, de serviço secreto destinado à espionagem, poderia ser penalizada com reclusão de até 20 anos⁷⁵. A simples posse ou guarda de uma câmara aerofotográfica justificaria pena de reclusão de até dois anos⁷⁶. Aos estrangeiros incursos nos crimes previstos na lei seriam penalizados como expulsão do território nacional⁷⁷. Os dispositivos dessa lei de segurança, que vigoraram até 1967, foram utilizados no combate aos comunistas, na conjuntura da guerra fria.

O Brasil assumiu o lado norte-americano, colocando-se o partido comunista na ilegalidade, em 1947, por força de decisão do Tribunal Superior Eleitoral, sob o argumento de que a Constituição de 1946 não permitia a existência de partidos políticos que fossem contrários ao regime democrático.

Exemplifica-se essa obsessão no combate ao comunismo com a perseguição sofrida pelo escritor João Cabral de Melo Neto, também

68 — Constituição de 1946, art. 214.

69 — Constituição de 1946, art. 213.

70 — Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953.

71 — Lei nº 1.802, de 1953, art. 2º.

72 — Lei nº 1.802, de 1953, art. 2º, IV.

73 — Lei nº 1.802, de 1953, art. 6º, a.

74 — Lei nº 1.802, de 1953, art. 22.

75 — Lei nº 1.802, de 1953, art. 25.

76 — Lei nº 1.802, de 1953, art. 28.

77 — Lei nº 1.802, de 1953, art. 33.

diplomata, que em 20 de julho de 1953 impetrou mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal⁷⁸, por meio do advogado Guimarães Menegale, impugnando decreto de Getúlio Vargas que o colocou em disponibilidade inativa, sem remuneração. O decreto radicava em conclusão de comissão que acusou o escritor de ser vinculado com atividades subversivas ligadas à atuação do Partido Comunista. Em 1954 o decreto foi anulado e Melo Neto pode retomar as atividades de diplomata, inclusive com direito ao recebimento dos salários que não lhe foram pagos enquanto perduraram os efeitos do decreto.

A escalada de enfrentamento ao comunismo, especialmente após a renúncia de Jânio Quadros e a discussão em torno da posse de João Goulart, obstaculizada por um veto militar (cf. SKIDMORE, 1967, p. 205), levaram a violação da experimentação democrática, marcada por um golpe de estado, que promoveu um novo *estado de exceção*.

6 o regime de exceção na era militar

A ordem instaurada pela intervenção militar buscou legitimação por meio de um ato institucional, datado de 9 de abril de 1964, que dispunha sobre a manutenção da ordem vigente, com modificações então introduzidas por um *poder constituinte originário da revolução vitoriosa*. O texto é precedido por uma declaração, no qual os signatários⁷⁹ afirmavam que se abria uma nova perspectiva para o futuro do país, por uma revolução que traduzia “*o interesse e a vontade da Nação*”. Invocou-se um *poder constituinte revolucionário*, identificado como “*a forma mais expressiva e mais radical de Poder Constituinte*”, com prerrogativas para editar normas jurídicas que não eram limitadas pela ordem anterior vigente.

Justificava-se o *estado de exceção* que estão se instaurava afirmando-se a necessidade do uso dos meios indispensáveis “*à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil*”. Insistia-se na legitimação de regras de exceção afirmando-se que a revolução vitoriosa necessitava de se institucionalizar. Invertendo-se a lógica dos arranjos institucionais democráticos os vitoriosos em 1964 deixavam claro que entendiam que a revolução não se legitimava pelo Congresso; era o Poder Legislativo que estaria recebendo legitimidade do Poder Constituinte *revolucionário* que emergia da nova ordem.

Na sessão dispositiva do ato dispôs-se que o Presidente poderia decretar o *estado de sítio*, ou prorrogá-lo, pelo prazo máximo de 30 dias;

⁷⁸ Trata-se do Mandado de Segurança nº 2.264.

⁷⁹ General do Exército Arthur da Costa e Silva, Tenente Brigadeiro Francisco de Assis Correia de Mello e Vice-Almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald.

essa deliberação seria submetida ao Congresso Nacional, acompanhado de justificação, 48 horas depois de baixada⁸⁰. O ato suspendia as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e de estabilidade, por seis meses; podendo-se demitir os detentores dessas garantias, por meio de investigação sumária⁸¹.

Por fim, em defesa do que se identificava como “*interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição*” os comandantes do movimento poderiam suspender direitos políticos pelo prazo de 10 anos, bem como poderiam cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais. Esses atos não poderiam ser submetidos ao Poder Judiciário, determinação que efetivamente classificou o *estado de exceção* que durou até o processo de abertura no início dos anos 80.

A tradição de intervenções militares na vida política brasileira era recorrente desde a proclamação da república. Oficiais eram recrutados de um meio aristocrático (cf. CARVALHO, 2005, p. 20), ainda que ao longo da década de 20 tenha havido uma forte presença de oriundos da classe média, representada pelos tenentes, cujo protesto inicial em 1922 dirigiu-se contra Epitácio Pessoa, a quem se acusou de ferir a dignidade do Exército (cf. TÁVORA, 1973, p. 115). Acrescente-se a influência norte-americana (cf. BANDEIRA, 2010, pp. 331 e ss.) e o ideário conservador que se apresentava sob formas determinadas, a exemplo do pensamento burocrático, que pretendia converter todos os problemas políticos em questões de administração (MERCADANTE, 1980, p. 274). Um dos mentores do golpe insistiu em suas memórias que havia repudiado uma ditadura militar (MOURÃO FILHO, 1978, p. 405), a qual, no entanto, acabou ocorrendo.

O *estado de exceção* se impôs na justificação de que havia indícios de perigo real do autoritarismo de esquerda (república sindicalista), do prosseguimento da anarquia *peleguista* (representada por João Goulart) ou de uma guerra civil de confrontação ideológica (cf. CAMPOS, 1994, p. 450). Uma nova lei definidora dos crimes contra a segurança nacional foi objeto de um decreto-lei baixado em 1967⁸², substituído em 1969⁸³. Definiu-se segurança nacional como a garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos⁸⁴, cláusula absolutamente vaga que permitia que a lei alcançasse os opositores do regime, porquanto compreenderia, essencialmente, medidas destinadas à

⁸⁰ Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, art. 6º.

⁸¹ Ato Institucional nº 1, de 1964, art. 7º.

⁸² Decreto-lei nº 314, de 13 de março de 1967.

⁸³ Decreto-lei nº 898, de 29 de setembro de 1969.

⁸⁴ Decreto-lei nº 314, de 1967, art. 2º.

preservação externa e interna, “*inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva*”⁸⁵. Inclusive os civis ficavam sujeitos ao foro militar, que detinha competência absoluta para julgar os crimes definidos nessa lei⁸⁶.

Francisco Julião, Carlos Heitor Cony e Miguel Arraes estão entre aqueles que foram processados com base nessa legislação de exceção. Líder das *Ligas Camponesas*, núcleo da resistência ao regime militar no campo, Julião provocou o Supremo Tribunal Federal para obter liberdade, no que foi defendido (com sucesso) por Sobral Pinto, que reverteu decisão do Superior Tribunal Militar que havia indeferido o habeas corpus requerido em favor de Francisco Julião⁸⁷. Carlos Heitor Cony também provocou o Supremo Tribunal Federal para discutir a perseguição que então sofria, quando foi defendido (também com sucesso) por Nelson Hungria⁸⁸. Miguel Arraes, que ficou preso e incomunicável, também recorreu ao Supremo Tribunal Federal para obter liberdade⁸⁹, ainda que a perseguição tenha persistido com posterior exílio.

Nesse mesmo ano, 1967, outorgou-se uma nova Constituição que previa possibilidade de decretação do *estado de sítio* nos casos de grande perturbação da ordem ou ameaça de sua interrupção, ou na ocorrência de guerra⁹⁰. Às cláusulas já tradicionais de possibilidade de decretação (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 associação e de reunião, censura de correspondência, da imprensa, das telecomunicações e diversões públicas) ampliou-se a disposição de intervenção nas empresas de serviço público em uso e ocupação temporária de bens das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou concessionárias de serviço público, bem como a suspensão do exercício do cargo, função ou emprego nas mesmas entidades⁹¹.

A competência para decretação do *estado de sítio* era da União⁹², exercida pelo Presidente⁹³ que deveria submeter o ato ao Congresso Nacional, acompanhado de justificação, no prazo de cinco dias.⁹⁴ Além do

85 — Decreto-lei nº 314, de 1967, art. 3º.

86 — Decreto-lei nº 314, de 1967, art. 44.

87 — Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 42.560.

88 — Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 40.976.

89 — Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 42.160.

90 — Constituição de 1967, art. 152.

91 — Constituição de 1967, art. 152, § 3º.

92 — Constituição de 1967, art. 8º, III.

93 — Constituição de 1967, art. 153.

94 — Constituição de 1967, art. 153, § 1º.

que, dispôs-se também que para 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 e corrupção, o Presidente, ouvido um Conselho de Segurança Nacional, poderia tomar outras medidas, estabelecidas em lei⁹⁵. Previu-se também que durante a vigência do *estado de sítio* o Congresso Nacional poderia determinar a suspensão das garantias constitucionais⁹⁶.

A oposição ao regime militar e a guerrilha armada suscitaram violenta reação. Tendo como pretexto um discurso do Deputado Márcio Moreira Alves, que denunciou na Câmara a invasão da Universidade de Brasília, baixou-se o Ato Institucional nº 5, em 13 de dezembro de 1968 (ALVES, 1993). Seguiu arbítrio intolerável, com absoluta centralização dos poderes em uma Junta Militar e nos Presidentes subsequentemente apontados pelas Forças Armadas, em absoluto detrimento da expressão política do Congresso Nacional (ANDRADE, 1985, p. 309 e ss.). O *estado de exceção* então instalado matizou os chamados *anos de chumbo* (BRANCO, 2007), institucionalizando-se a violência contra a cidadania (ALVES, 2005).

O Ato Institucional nº 5, de 1968, principia com referência ao fato de que o Presidente (Arthur da Costa e Silva), após ter ouvido o Conselho de Segurança Nacional, invocava a perturbação da ordem, e a imperiosa necessidade de adoção de medidas que visavam impedir que fossem frustrados “*os ideais superiores da Revolução, preservando a ordem, a segurança, a tranquilidade, o desenvolvimento econômico e cultural e a harmonia política e social do País comprometidos por processos subversivos e de guerra revolucionária*”⁹⁷. Trata-se de argumento típico e recorrente nessas situações: suspende-se a ordem democrática, em nome da liberdade e da tranquilidade, justificando-se a medida como necessária e imperativa para a manutenção da liberdade, da tranquilidade e dos valores da democracia, não obstante então violada e suprimida.

Facultou-se que o Presidente decretasse o recesso do Poder Legislativo, “*em estado de sítio ou fora dele, só voltando () a funcionar quando*

convocados” pelo próprio Presidente⁹⁸; durante o recesso o Presidente teria competência legislativa plena⁹⁹. Permita-se também que o Presidente decretasse intervenção nos Estados e nos Municípios, no interesse nacional, e “*sem as limitações previstas na Constituição*”¹⁰⁰. Direitos políticos de quaisquer

95 Constituição de 1967, art. 153, § 3º.

96 Constituição de 1967, art. 154.

97 Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, Parte Introdutória.

98 Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 2º.

99 Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 2º, § 1º.

100 Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 3º.

cidadãos poderiam ser suspensos por 10 anos, mandatos eletivos federais, estaduais e municipais poderiam ser cassados¹⁰¹. Liberdade vigiada, proibição de frequentar determinados lugares e a fixação de um determinado domicílio eram medidas que poderiam ser impostas, em nome da ordem que se pretendia defender¹⁰².

O *estado de exceção* então instalado facultava a suspensão das garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade, de inamovibilidade e de estabilidade, existentes em alguns setores do serviço público, a exemplo do Poder Judiciário¹⁰³. Ao Presidente reservava-se a prerrogativa de decretar o *estado de sítio* e de prorrogá-lo, fixando o respectivo prazo¹⁰⁴. A garantia do *habeas corpus* foi suspensa¹⁰⁵; o Poder Judiciário estava proibido de apreciar e julgar os atos praticados de acordo com o Ato que se baixava, bem como com seus Atos Complementares¹⁰⁶.

O Brasil viveu em seguida um tempo de extrema violência institucional, relatado por ampla obra memorialística (TAVARES, 2012, GABEIRA, 2009), de reminiscência história (LE MOS, 2004) e de investigação, a exemplo do Projeto *Brasil Nunca Mais*, conduzido pela Arquidiocese de São Paulo, pelo Conselho Mundial de Igrejas, coordenado pelo então Cardeal D. Paulo Evaristo Arns e pelo Reverendo Paul Wright, publicado em 1985. Há também impressionantes relatos pertinentes à perseguição de religiosos católicos, ainda que setores da Igreja Católica tivessem pregado a favor da nova ordem, quando da deposição de João Goulart (SERBIN, 2001).

A Constituição de 1969, também conhecida como Emenda Constitucional nº 1, manteve as linhas gerais da Constituição de 1967, com pequena variação de pormenor. Persistiu a competência da União¹⁰⁷, exercida pela Presidente¹⁰⁸, com submissão superveniente ao Congresso, a quem competiria aprovar ou suspender o ato presidencial¹⁰⁹.

Gravíssimas violações a direitos humanos ocorridas durante o *estado de exceção* circunstancialmente permanente que vigorou durante a Era Militar foram apuradas pela Comissão Nacional da Verdade, instituída pela Lei nº 12.528, de 18 de dezembro de 2011. Vários temas centrais

¹⁰¹ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 4º.

¹⁰² Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 5º.

¹⁰³ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 6º.

¹⁰⁴ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 7º.

¹⁰⁵ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 10.

¹⁰⁶ Ato Institucional nº 5, de 1968, art. 11.

¹⁰⁷ Constituição de 1969, art. 8º.

¹⁰⁸ Constituição de 1969, art. 155.

¹⁰⁹ Constituição de 1969, art. 44, IV.

nortearam os trabalhos da Comissão, que investigou as estruturas do Estado brasileiro e as graves violações de direitos humanos, os órgãos e procedimentos de repressão política (especialmente a partir da atuação do Serviço Nacional de Informações-SNI), os métodos e práticas utilizadas pelos setores da repressão, bem como vários níveis e especificidades de violências praticadas, a par de desaparecimentos forçados, execuções, mortes, sevícias sexuais, num amplo e macabro quadro de tortura. Os trabalhos da Comissão da Verdade ilustram empiricamente a atuação estatal no contexto do Estado de Exceção¹¹⁰.

Efetivas medidas de punição foram barradas pela Lei de Anistia¹¹¹. Concedeu-se a anistia àqueles que cometeram crimes políticos ou conexos, entre 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, alcançando-se os servidores da administração pública, bem como aos militares; foram também anistiados dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em atos inconstitucionais e complementares. Crimes praticados durante a vigência do *estado de exceção* não foram processados e punidos por conta da construção conceitual de uma *anistia de dupla mão*, que alcançaria os opositores do regime militar, bem como os agentes da repressão.

A Lei de Anistia foi questionada no STF pela Ordem dos Advogados do Brasil-OAB¹¹². Seus termos foram mantidos, o que contrasta com decisão da Corte Americana de Direitos Humanos, que definiu por sua imprestabilidade, desde que a tortura é crime imprescritível¹¹³. Registre-se também ação protocolada no STF pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), cujo objetivo é a declaração, pelo STF, do efeito vinculante da decisão da Corte de São José de Costa Rica no caso da guerrilha do Araguaia¹¹⁴.

Registre-se também que o tema da afastabilidade de apreciação pelo Judiciário de atos produzidos durante o *estado de exceção* persistiu na própria regra que revogou os atos institucionais. Trata-se da Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, que excluiu da competência

¹¹⁰ Trata-se do tema da Justiça de Transição. Remete-se aos Relatórios da Comissão Nacional da Verdade, publicados pela própria Comissão, em dezembro de 2014. Há também extensa bibliografia, a exemplo de ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. *Os Direitos de Transição e a Democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2012. TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Belo Horizonte: Forum, 2012 e SILVA FILHO, José Carlos Moreira; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição nas Américas- Olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

¹¹¹ Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979.

¹¹² Supremo Tribunal Federal, ADPF 153, relatada pelo Ministro Eros Grau.

¹¹³ Trata-se do caso Julia Gomes Lund, também conhecido como caso *Guerrilha do Araguaia*, no qual a Corte, em decisão de 24 de novembro de 2010, fixou entendimento no sentido de que os crimes cometidos pelos agentes do Estado durante o *estado de exceção* vigente no Brasil de 1964 a 1985 deveriam ser investigados e punidos.

¹¹⁴ Supremo Tribunal Federal, ADPF 320, relatada pelo Ministro Luiz Fux.

do Judiciário o poder de julgar os atos praticados com base nos atos institucionais e complementares então revogados¹¹⁵. À época, entendeu-se que essa afastabilidade também se operava em relação “(...) à eventual violação de direitos fundamentais declarados na Constituição Federal [porque] um entendimento diferente deste estaria concedendo ao poder reformador a possibilidade de contrariar a Constituição naquele cerne inviolável que lhe dá um mínimo de sentido ao constitucionalismo brasileiro (...)” (FERRAZ, in CLÈVE e BARROSO, 2011, p. 1342); isto é, a tripartição dos poderes. Esse entendimento, acrescido às disposições da Lei da Anistia, de algum modo condimentaram o mito de que o Brasil teria passado por uma transição pactuada para a democracia.

7 o estado de exceção na Constituição de 1988

O decidido na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 resultou de um consenso em torno de projetos, impasses e adiamentos, traduzidos em textos provisórios reconhecidos por nomenclatura por vezes prosaica, a exemplo de versões “*Frankenstein*”, “*Bebê de Rosemary*”, “*Hércules*”, “*Cabral 1*” e “*Cabral 2*” (PILATTI, 2008, p. 147-192). O tema *estado de exceção* não suscitou muita variação topográfica e conceitual, pelo que recorrentemente foi identificado como *estado de defesa e estado de sítio*, desde o Substitutivo 1 da Comissão de Sistematização, mantendo-se da mesma forma nas versões seguintes, até a versão final, e sempre no contexto das disposições sobre a defesa do Estado e das instituições democráticas (LIMA, PASSOS e NICOLA, 2013).

A Assembleia Nacional Constituinte que redigiu a Constituição de 1988 fora convocada por conta do disposto pela Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, modo inusitado como uma ordem foi construída a partir de uma outra ordem, que lhe deu vida, nos contornos iniciais de um texto produzido por um colégio de notáveis, pelo que inicialmente criticada como veículo inclusive de uma “*miscelânea indigesta*” (FERREIRA FILHO, 1997, p. 98).

O modelo atual, promulgado em 5 de outubro de 1988, concebe um *estado de defesa*, cuja decretação é de competência do Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional¹¹⁶. O *estado de defesa* pode ser decretado para a preservação ou para o restabelecimento, em locais restritos e determinados, da ordem pública ou da paz social, na medida em que ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional

¹¹⁵ Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978, art. 3º.

¹¹⁶ Constituição de 1988, art. 136.

ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza¹¹⁷. O *estado de defesa* possibilita restrições a direitos de reunião, de sigilo de correspondência, de sigilo de comunicação telegráfica e telefônica, bem como limitações para ocupação e uso de bens públicos¹¹⁸. Durante o *estado de defesa*, entre outros, é vedada a incomunicabilidade do preso¹¹⁹. A fórmula também se aplica para o enfrentamento de calamidades de grandes proporções na natureza, circunstância absolutamente neutra no contexto político (cf. CARDOSO, in CLÈVE e BARROSO, 2001, p. 1228).

O *estado de sítio* pode ser decretado pelo Presidente da República, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, depois de autorização do Congresso Nacional, e nas hipóteses de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; bem como no caso de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira¹²⁰. Há inovação em relação aos modelos anteriores, na medida em que o Congresso Nacional permanecerá em funcionamento até o término das medidas coercitivas¹²¹.

Permanecem as medidas já autorizadas em textos constitucionais anteriores, a exemplo da permanência em localidade determinada, detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns, inviolabilidade da correspondência, do sigilo das comunicações, da prestação de informações e da liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, suspensão da liberdade de reunião, busca e apreensão em domicílio, intervenção nas empresas de serviços públicos; inovou-se, no entanto, com a permissão para a requisição de bens¹²². Ao longo do *estado de sítio* não há restrições para a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa¹²³.

Persiste um núcleo conceitual centralizado no juízo de que o estado de sítio se configura como um“() *regime jurídico especial, para situações excepcionais, em que alguns bens ou esferas da liberdade são provisoriamente sacrificados no interesse superior da ordem e da segurança do Estado ()*” (SILVA, in DIMOULIS, 2007, p. 150). Assim, cogita-se de um “*sistema constitucional das crises*” (SILVA, 2006, p. 617), domesticando-se o estado de exceção, justificado como “*princípio fundante da necessidade ou da temporariedade*”,

117 Constituição de 1988, art. 136.

118 Constituição de 1988, art. 136, § 1º.

119 Constituição de 1988, art. 136, § 1º, IV.

120 Constituição de 1988, art. 137.

121 Constituição de 1988, art. 138, § 3º.

122 Constituição de 1988, art. 139.

123 Constituição de 1988, art. 139, parágrafo único.

como meio de resposta prática, com executoriedade restrita e vinculada às irregularidades da vida política (cf. SILVA, 2006, p. 618).

8 Conclusões

O *estado de exceção*, em suas várias manifestações, *estado de sítio*, *estado de defesa*, *estado de emergência*, *estado de guerra*, é uma anormalidade constitucional que se pretende obcecadamente normatizar. É circunstância de fato que a doutrina constitucional ambiciona transformar em fato jurídico. Decorrente de um estado de necessidade, verdadeiro ou argumentável, justificativo da exceção, e das limitações e constrangimentos que as medidas tomadas projetam sobre as pessoas, o *estado de exceção* exige construção teórica que justifique que a necessidade não precisaria de leis.

O *estado de exceção* se revela controlável, administrável, exatamente nas formas como são estampados nos vários textos constitucionais e legais. Sua decretação efetiva, no entanto, conduz a abstração conceitual construída na normalidade a uma agressiva e hostil estrutura política e burocrática que viabiliza as mais monstruosas barbáries. Disso faz prova o regime nazista, o terror do Estado Novo varguista e a sistemática violação a direitos humanos ocorrida durante a Era Militar no Brasil, aos quais pode se acrescentar a Itália de Mussolini, o regime salazarista em Portugal, o regime franquista na Espanha, as fórmulas norte-americanas para o combate ao terrorismo, as ditaduras da Argentina, do Uruguai, do Chile, de Uganda e de várias e incontáveis outras ocorrências, de triste reminiscência.

Uma teorização do *estado de exceção*, em conclusão, indica-nos que se pretende regulamentar o que, por definição, transcenderia a qualquer fórmula regulamentadora. A experiência constitucional brasileira pode comprovar, na medida em que cotejada com a experiência de nossa história política, a intuição de Giorgio Agamben, no sentido de que o *estado de exceção* seria menos um arranjo institucional de direito público do que propriamente um fato político, no qual se constataria o sacrifício da ordem democrática.

Ao mesmo tempo, a experiência histórica brasileira poderia confirmar a construção teórica de Carl Schmitt, que pragmática e astutamente concebeu o *estado de exceção* como a possibilidade da suspensão do direito, com o objetivo de se alcançar uma ação eficaz.

Nesse dilema, defesa da ordem no estado de necessidade, em face da instrumentalização para tomada do poder com instrumentos para destruição do inimigo, é que se localiza esse *ponto cego* do direito público. Para a teoria democrática o *estado de exceção* é a expressão de sua salvação,

bem como o procedimento de sua aniquilação: é sua redenção; e, ao mesmo tempo, o seu anátema.

reFerênCias

ABRÃO, Paulo; GENRO, Tarso. *Os Direitos da Transição e a Democracia no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2005.

ALECRIM, Octacílio. *Ideias e Instituições no Império- Influências Francesas*. Brasília: Senado, 2011.

ALVES, Márcio Moreira. *68 Mudou o Mundo- A explosão dos sonhos libertários e a guinada conservadora num ano que valeu por décadas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

ALVES, Maria Helena Moreira. *Estado e Oposição no Brasil-1964-1984*. Bauru: EDUSC, 2005.

ANDRADE, Auro Moura. *Um Congresso contra o Arbítrio*. Diários e Memórias, 1961-1967. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil Nunca Mais*. Petrópolis: Vozes, 1985.

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. *Elaborando a Constituição Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2004.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *O Governo João Goulart, as Lutas Sociais no Brasil, 1961-1964*. São Paulo: Editora da UNESP, 2010.

BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira*. Brasília: Senado Federal, 1992.

BARBOSA, Rui. *Estado de Sítio*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956.

BARBOSA, Rui. *Trabalhos Jurídicos, Obras Completas*. vol. XLI- 1914, Tomo IV, Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.

BELLO, José Maria. *História da República (1889-1954)*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

BENJAMIN, Walter. *Illuminations*. New York: Schocken Books, 1985. Tradução do alemão para o inglês de Harry Zohn.

BESOUCHET, Lúcia. *Pedro II e o Século XIX*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

BIANCHI, Alberto B. *Uma Corte Liberal- La Corte de Alfonsín*. Buenos Aires: Ábaco, 2007.

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

BRANCO, Carlos Castello. *Os Militares no Poder- de 1964 ao AI-5*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.

BRASIL. *COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE*. Relatório. Brasília: CNV, 2014.

CAMÊU, Francolino; PEIXOTO, Artur Vieira. *Florian Peixoto- Vida e Governo*. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

CAMPOS, Roberto. *Lanterna na Popa*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994.

CARNEIRO, Levi. *Pela Nova Constituição*. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1936.

CARONNE, Edgard. *A Primeira República- 1889-1930*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. *A Formação das Almas, o Imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

_____. *D. Pedro II*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

_____. *Forças Armadas e Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. *Os Bestializados- o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CASTRO, Araújo. *A Constituição de 1937*. Brasília: Senado Federal, 2003.

CAVALARI, Rosa Maria Feiteiro. *Integralismo- Ideologia e Organização de um Partido de Massa no Brasil (1932-1937)*. Bauru: Edusc, 1999.

CÍCERO. *Orações*. Rio de Janeiro: Ediouro, s.d. Tradução de Pe. Antônio Joaquim.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Doutrinas Essenciais- Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Emília Viotti da. *Da Monarquia à República, Momentos Decisivos*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

COUTO, Ronaldo Costa. *História Indiscreta da Ditadura e da Abertura*. Brasil: 1964-1985, Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 1999.

DIMOULIS, Dimitri (coord.). *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo; Saraiva, 2007.

DULLES, John W. F. *Vargas of Brazil- a Political Biography*. Austin: University of Texas, 1967.

DUTRA, Pedro. *San Tiago Dantas, a Razão Vencida*. São Paulo: Singular, 2014.

ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. *Combatente Inimigo, Homo Sacer ou Inimigo Absoluto? O Estado de Exceção e o Novo Nomos da Terra- O Impacto do Terrorismo no Sistema Jurídico Político do Século XXI*. Curitiba: Editora CRV, 2013.

ELLIS JÚNIOR, Alfredo. *Feijó e a primeira metade do século XX*. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1990.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A Nova Constituição do Brasil- Direito Político e Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Anteprojeto dos Notáveis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2003.

FIGUEIREDO JÚNIOR, Afonso Celso. *Oito Anos de Parlamento*. Brasília: Senado Federal, 1998.

GABEIRA, Fernando. *O que é isso companheiro?* São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

- GALVÃO JR., João Carlos. *Rui Barbosa e a doutrina brasileira do habeas corpus*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005.
- GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GATTAI, Zélia. *Anarquistas Graças a Deus*. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- GODINHO, Gualter. *Sistemas Jurídicos de Defesa do Estado*. São Paulo: RT, 1986.
- HAMBLOCH, Ernest. *Sua Majestade o Presidente do Brasil- um Estudo do Brasil Constitucional (1889-1934)*. Brasília: Senado Federal, 2000. Tradução de Lêda Boechat.
- HENRIQUES, Affonso. *Vargas, o Maquiavélico*. São Paulo: Palácio do Livro, 1991.
- HORBACH, Carlos Bastide. *Memória Jurisprudencial- Ministro Pedro Lessa*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.
- LACERDA, Paulo M. *Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Azevedo Editora, s.d.
- LAGO, Laone. *Rui Barbosa e o habeas corpus: o “nascimento” de uma doutrina*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2005.
- LE MOS, Renato. *Justiça Fardada*. Rio de Janeiro: Bom Texto, 2004.
- LIMA, Hermes. *Travessia*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1974.
- LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. *A Gênese do Texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2013.
- MARQUÊS DE SÃO VICENTE. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. São Paulo: Ed. 34, 2002.
- MARTINS, Wilson. *História da Inteligência Brasileira*. v. VII. São Paulo: Cultrix, 1978.
- MATTOS, Ilmar Rohloff. *O Tempo Saquarema*. São Paulo: HUCITEC, 2004.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro e São Paulo: Freitas Bastos, 1954.

- _____. *Commentarios à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santhos, 1918.
- MELLO, F.I. Marcondes Homem de. *A Constituinte Perante a História*. Brasília: Senado Federal, 1996.
- MERCADANTE, Paulo. *A Consciência Conservadora no Brasil. Contribuição ao Estudo da Formação Brasileira*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1980.
- MILTON, Aristides. *A Constituição do Brasil- Notícia Histórica, Texto e Commentário*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.
- MORAIS, Fernando. *Olga*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1989.
- MOURÃO FILHO, Olympio. *Memórias: a Verdade de um Revolucionário*, Porto Alegre: L& PM, 1978.
- NABUCO, Joaquim. *Um Estadista do Império*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
- NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras (1824)*. Brasília: Senado Federal, 2012.
- NOGUEIRA, Rubem. *História de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.
- OLIVEIRA, Yves de, Otávio Mangabeira. *Alma e Voz da República*. Rio de Janeiro: Saga, 1971.
- PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988- Progressistas e Conservadores- Ordem Econômica e Regra do Jogo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PRESTES, Anita Leocadia. *Luiz Carlos Prestes- um Comunista Brasileiro*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- RAMOS, Graciliano. *Memórias do Cárcere*. Rio de Janeiro: Record, 1994.
- REALE, Miguel. *Memórias*. volume 1, Destinos Cruzados. São Paulo: Saraiva, 1987.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I, 1891-1898, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

ROURE, Agenor de. *A Constituinte Republicana*. Brasília: Senado Federal, 1979.

SCHMITT, Carl. *La Dictadura*. Madrid: Alianza Editorial, 2007. Tradução do alemão para o espanhol de José Díaz García.

_____. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHWARTZMAN, Simon. *Bases do Autoritarismo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Campus, 1982.

SENNA, Ernesto. *Deodoro: Subsídios para a História*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

SERBIN, Kenneth P. *Diálogos na Sombra, Bispos e Militares, Tortura e Justiça Social na Ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. Tradução de Carlos Eduardo Lins da Silva e de Maria Cecília de Sá Porto.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição nas Américas- Olhares interdisciplinares, fundamentos e padrões de efetivação*. Belo Horizonte: Forum, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SKIDMORE, Thomas E. *The Politics of Military Rule in Brazil, 1964-85*. New York e Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. *Politics in Brazil, 1930-1964, An Experiment in Democracy*. New York: Oxford University Press, 1967.

SODRÉ, Nelson Werneck. *Do Estado Novo à Ditadura Militar, Memórias de um Soldado*. Petrópolis: Vozes, 1988.

SODRÉ, Nelson Werneck. *Panorama do Segundo Império*. Rio de Janeiro: Graphia, 1998.

TAVARES, Flávio. *Memórias do Esquecimento*. Porto Alegre: L & PM, 2012.

TÁVORA, Juarez. *Uma Vida e Muitas Lutas*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército e Livraria José Olympio Editora, 1973.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *A Folha Dobrada- Lembranças de um Estudante*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2004.

TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

VARGAS, Getúlio. *Diário*. São Paulo: Siciliano, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1995.

VIANA FILHO, Luiz. *A Vida de Rui Barbosa*. São Paulo: Livraria Martins, 1965.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.