

## **A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NO BRASIL**

### *CONSOLIDATION OF THE CONSTITUTIONAL STATE OF LAW IN BRAZIL*

**Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto<sup>1</sup>**

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A construção do Estado Constitucional de Direito no Brasil; 2 Os Direitos Fundamentais como elemento central do Estado Constitucional de Direito; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas

#### **RESUMO**

Um das características mais marcantes da Constituição brasileira de 1988 é, além da centralidade dos direitos fundamentais, a forte presença dos chamados "mecanismos de concretização", os quais se apresentam não só por meio da declaração de aplicabilidade imediata dessa importante categoria de direitos, mas também pela previsão de instrumentos processuais com essa finalidade. Tal situação é o mais claro reflexo da adoção de um Estado Constitucional de Direito em substituição a um Estado Legislativo de Direito, transformação marcada pela superação da ideia de democracia unicamente ligada a vontade da maioria e que, para sua adequada compreensão, impõe a análise das bases em que se operaram essas transformações.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais; Mecanismos de Concretização; Estado Legislativo de Direito; Estado Democrático de Direito; Constituição.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Mestrado e Doutorado – na Universidade do vale do Itajaí-SC e Juiz de Direito Substituto de 2ª Grau do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Email: franciscojneto@uol.com.br

## **ABSTRACT**

One of the most striking features of the Brazilian Constitution of 1988, besides the centrality of fundamental rights, is the strong presence of so-called "delivery mechanisms", which are presented not only by the declaration of immediate applicability of this important category of rights, but also by the prospect of legal instruments for this purpose. This situation is the clearest reflection of the adoption of a constitutional state of law in lieu of a Legislative State of Law, transformation marked by overcoming the idea of democracy solely linked to the will of the majority and that, to be fully understood, involves the analysis of bases in which these changes have taken place.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights; Mechanisms for Implementation; Legislative State of Law; Democratic State of Law; Constitution.

## **INTRODUÇÃO**

Analisando-se a Constituição brasileira de outubro de 1988, percebe-se que, além da forte presença dos direitos fundamentais, também foram nela inseridos vários mecanismos de concretização desses direitos, evidenciando-se o que seria a grande preocupação do período pós-promulgação: como tornar realidade as promessas ali colocadas.

É o que se percebe já no início do texto constitucional, onde há a proclamação da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º), dando-se mais à frente (no art. 5º) o detalhamento de quais são os direitos fundamentais protegidos pela estrutura política. Já quanto ao sistema de garantias, dotou os direitos fundamentais de aplicação imediata (artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal) e, ainda, apresentou novos institutos processuais (como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão), os quais tem a finalidade específica de dar efetividade às normas constitucionais.

Inegáveis os abalos que a inserção desse novo modelo provocou na estrutura política e constitucional brasileira. E um dos mais sentidos foi junto ao Poder

Judiciário, abrindo-se espaço para, em substituição de um modelo de jurisdição calcado na mera mediação de conflitos, surgir outro com uma atuação marcante na concretização de direitos fundamentais.

Reflexo de uma nova forma de compreender a democracia, foi um movimento decisivo para sepultar o Estado Legislativo de Direito, fórmula política que se mostrou insuficiente para impedir as barbáries ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. Afinal, viu-se que, nem mesmo as transformações internas ao qual o Estado Legislativo de Direito foi submetido ao longo dos anos, foram suficientes para dar conta dos problemas da época, percebendo-se que o quadro de miséria que motivou seu surgimento em substituição aos regimes absolutistas, era fundamentalmente o mesmo em meados do Século XX.

E é desse esgotamento que nasce o novo, o chamado "Estado Constitucional de Direito", com a pretensão de impedir a repetição daqueles atos desumanos utilizando-se de uma fórmula até então inédita: a adoção de um modelo de Constituição marcada pela rigidez e pela supremacia, com a colocação dos direitos fundamentais como seu elemento central.

São transformações profundas e complexas, as quais envolveram toda a estrutura teórica do que se pensou em relação ao Estado, a começar pela reformulação do conceito de democracia até então utilizado. Ao se adotar a rigidez como característica principal de uma Constituição, não se poderia mais admitir que a simples maioria pudesse determinar a supressão de qualquer direito, evidenciando-se assim a necessidade de respeito ao direito da minoria.

Pois bem. Tendo essas questões como ponto de partida, o objetivo aqui é analisar esse conjunto de transformações e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro. Ou ainda, e de modo mais específico, como surgiu no Brasil o Estado Legislativo de Direito, como se esgotou e como se deu – e de que forma – a assunção do Estado Constitucional de Direito com todas as suas marcantes características.

## **1 A CONSTRUÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO NO BRASIL**

Antes de tratar especificamente desse tema, é preciso recordar que nosso Estado Constitucional de Direito surge a partir de uma série de transformações que ocorrem no pensamento jurídico e político ocidental, em especial, a partir do final da 2ª Guerra Mundial.

E sem dúvida alguma, a mais importante delas deu-se com a descoberta de um novo espaço às Constituições que, de documento que apenas indicavam as estruturas do Estado e sua relação com a sociedade, passaram a ser documentos que apontavam para a proteção contra a barbárie. Redefine-se a concepção de democracia, que deixa de ser apenas a vontade da maioria para ser também o respeito aos direitos da minoria, reforça-se a ideia de supremacia e estabelece-se a rigidez constitucional, tudo com o objetivo de impedir o retorno do “apagão humanitário” que ocorreu no Século XX.

Dois foram os espaços onde esse reflexo pode ser percebido: de um lado na teoria do direito, onde o impacto do constitucionalismo contemporâneo no positivismo jurídico levou alguns a indagar se ele, o positivismo jurídico, ainda daria conta de explicar o Direito<sup>2</sup>. De outro, na teoria do Estado, operando-se o surgimento do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

De um modo geral, pode ser dito que a transição brasileira do modelo do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito é claramente percebida pelo simples exame dos textos constitucionais outorgados ou promulgados a partir da Independência, em 1822. No mesmo exame, destaca-se a substancial diferença da Constituição de 1988 para as demais, especialmente no que toca aos direitos fundamentais.

---

<sup>2</sup> A esse respeito ver texto de minha autoria: OLIVEIRA NETO, Francisco J. R. de. **A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional**. Pensar: Revista de Ciências Jurídicas. Vol. 16, n. 02 (jul/dez 2011), Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2011, p. 527-561.

## **1.1. O Estado Legislativo de Direito no Brasil**

Como já colocado anteriormente, quando da separação política de Portugal – ocorrida no Brasil em 1822 – as ideias que circulavam no mundo eram as liberais, as quais evidentemente influíram no processo de construção do Brasil como nação independente e para ele foram decisivas. Naquele momento, procurou-se seguir o pensamento defendido pelo abade Emmanuel Siyès momentos antes da Revolução Francesa, quando afirmou que “é impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que se preencham as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é que chamamos de Constituição desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela” (SIEYÈS, 2001, p.48).

Em outras palavras: sem Constituição não há Estado, devendo ainda ela ter suas bases calcadas no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1769: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

Para elaborar essa tarefa e redigir o documento que fundaria politicamente o Brasil, em junho de 1822, fez-se a convocação de uma Assembleia Constituinte que teria por missão redigir tal documento, consolidando o processo de ruptura com Portugal e encerrando o período do Brasil Colônia.

Essa Constituinte, contudo, teve curta duração. Foi dissolvida seis meses e nove dias depois de sua instalação em face das divergências com o Imperador D. Pedro I, o que denunciou a existência de duas forças políticas antagônicas na nação que ainda procurava se formar: de um lado, as ideias republicanas e, de outro, o autoritarismo do Monarca e a pretensão de manter seus poderes. Assim:

Se, por um lado, os deputados constituintes tinham sido eleitos livremente para redigir a primeira Carta Magna brasileira, por outro, todos os poderes monárquicos haviam sido preservados. O imperador tinha o poder de pôr e dispor; os constituintes podiam escrever livremente a Constituição, desde que ela fosse ‘digna de real aprovação’. Em um tal estado de coisas, um dos lados tem que ser

subjugado, já que uma composição parecia hipótese remota (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 100).

Para solucionar o impasse, decidiu-se por uma composição de notáveis, responsável pela redação do texto que foi outorgado em março de 1824 e que durou – apesar de algumas reformas – até 1889. Nesse texto, estabeleceu-se a existência do Poder Moderador, forma encontrada para resolver a tensão política existente e que era, em verdade, a institucionalização do poder absoluto. Dizia o artigo 98:

O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Dentre seus poderes, nomear Senadores, convocar as sessões do parlamento, nomear e demitir Ministros de Estado, suspender Magistrados, perdoar penas, conceder anistias e outros.

Além desse aspecto fundamental, merece ser destacado ainda que se tratou do único texto semirrígido em nossa história política constitucional, já que dizia o seu artigo 178:

É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos, e aos direitos individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas (nos artigos 173 a 177), pelas legislaturas ordinárias.

Foi consagrado o princípio do *jus soli* para o reconhecimento da nacionalidade, regra fundamental para um país colonizado como o Brasil; o voto censitário, ou seja, não podiam votar os que tivessem menos de 25 anos, o clero, os que não possuísem determinada renda (cem mil réis) e as mulheres.

Não foi o documento modelo de expressão do liberalismo no Brasil<sup>3</sup>, o que só veio a acontecer mais à frente, com a República, fato que não retira sua

---

<sup>3</sup> No dizer de Luis Roberto Barroso: é inegável “que a carta do império fundava-se em certo compromisso liberal, a despeito de jamais haver sido encarada pelo Imperador como fonte de legitimidade do poder que exercia” (2006, p. 09).

importância, já que se tratou de um documento que “logrou absorver e superar as tensões entre o absolutismo e o liberalismo, marcantes no seu nascimento, para se constituir, afinal, no texto fundador da nacionalidade e no ponto de partida para a nossa maioria constitucional” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 163).

Esse texto teve vigência até a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, fato histórico que pôs fim à Monarquia e foi inaugurado sob o ponto de vista constitucional com a edição do Decreto 01, em que se adotou uma nova forma de governo: a república federativa. Merece registro o fato assinalado por Seabra:

Nada documenta que a ideia republicana fosse uma aspiração generalizada na opinião pública, embora houvesse grupos diversos, e intelectualmente de grande expressão, que por ela batalhassem. E o episódio, em si, da Proclamação, revestiu todos os aspectos de um mero pronunciamento militar, de um golpe armado. O povo o recebeu atônito e perplexo (FAGUNDES, 1982).

Mais tarde – além de outros Decretos – foi apresentado pelo Governo Provisório o de n. 29, datado de 03 de dezembro de 1889, por meio do qual se instituía uma comissão especial composta por cinco juristas para elaborar o Anteprojeto de Constituição, documento que serviria para nortear o debate na futura Constituinte e, ainda, condensaria o pensamento do Governo (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 221).

Instalado o Congresso Nacional com poderes constituintes, iniciaram-se os trabalhos, com a questão federativa dominando os debates políticos da época, em especial, a distribuição das competências entre a União e os Estados membros. Em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgado seu texto final, em que se encontram as seguintes características: menção à origem do poder, o povo; ausência de qualquer referência a Deus; a adoção do nome “Estados Unidos do Brasil”; a afirmação de que a União é perpétua e indissolúvel; a fixação da tripartição dos poderes; o direito ao voto aos maiores de 21 anos, excluídas as mulheres, os mendigos e os analfabetos; a abolição das penas de banimento e morte e, ainda, a fixação da rigidez constitucional como sua marca.

Como já dito, esse documento consolidou o liberalismo no Brasil, visto nele não mais existirem aqueles dispositivos – presentes na anterior – que possibilitaram a existência de poderes concentrados, a ponto de se poder afirmar:

Nessa linha de distribuição de competência aos poderes políticos, a Constituição da Primeira República foi inexecutável: a finalidade consistia em neutralizar teoricamente o poder pessoal dos governantes e distanciar, tanto quanto possível, o Estado da Sociedade, como era axioma do liberalismo (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 257).

Mas, apesar disso, a realidade não se comportou do modo esperado pelo legislador constituinte, já que a fórmula adotada acabou por enfraquecer o poder central e reacender os poderes locais, adormecidos que tinham estado no período do Brasil Império. Isso fez com que as relações de poder – não controladas mais pelo texto constitucional – viessem a formar uma espécie de “Constituição material”, paralela àquela, em que o coronelismo se mostrou como poder real e efetivo, de modo que esses chefes locais passaram a eleger os governadores, e estes impunham os Presidentes da República (SILVA, 2005, p. 80)<sup>4</sup>.

Apesar da tentativa de corrigir essa distorção com a Emenda Constitucional de 1926, já não havia como interromper o processo de desgaste do texto promulgado em 1891, dando-se então a Revolução de 1930, com a ascensão de um governo provisório e a queda da primeira Constituição republicana.

Abstraída a discussão de ter sido ele um movimento revolucionário ou apenas um golpe de Estado, sobre esse episódio político, é preciso reconhecer:

[...] fez inevitável a reflexão ideológica posterior acerca dos fundamentos da nossa sociedade, envolvendo o atraso, o coronelismo, o patriarcalismo, a patronagem eleitoral, a miséria camponesa, o subdesenvolvimento, a aliança social da Igreja com os poderosos, o misticismo, o cangaço, o ânimo oligárquico da política, toda uma série estrutural de

---

<sup>4</sup> Acrescentem-se as palavras de Luis Roberto Barroso: “A fórmula federalista adotada, inspirada no modelo norte-americano, ignorou o passado unitário e centralizador do país. Recorreu-se ao mesmo critério de repartição de competências lá adotado, como se a União estivesse, subitamente, recebendo poderes expressos, delegados por Estados que antes fossem independentes, numa ficção que beirava a utopia” (2006, p. 15).



vícios que denotavam dependência, imobilidade, apatia ou desprezo para milhões de oprimidos sociais, banidos da participação cívica e totalmente alienados da consciência libertadora que o messianismo ideológico prometia acordar, para fazê-lo assim parte da Nação e da gerência do processo político (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 273).

O resultado foi o surgimento das bases de um Estado Social que viria a ser implantado no Brasil, especialmente a partir da Constituição de 1934, modalidade que representa uma transformação do Estado Liberal, já que sua adesão ao capitalismo se manteve, ao lado da incorporação dos direitos sociais.

Com efeito, em 1934, no Brasil se adotou um documento marcado pelo “caráter democrático, com um certo colorido social. Procurou-se conciliar a democracia liberal com o socialismo, no domínio econômico-social; o federalismo com o unitarismo; o presidencialismo com o parlamentarismo, na esfera governamental” (BASTOS, 2001, p. 121). É o que se percebe pela análise de algumas das suas características fundamentais, a saber: o voto secreto e o sufrágio feminino; a colocação da justiça eleitoral e da justiça militar na estrutura do Poder Judiciário; a previsão de normas reguladoras para a ordem econômica e social, a família, a educação, a cultura, os funcionários públicos e a segurança nacional; a previsão do princípio da irretroatividade da lei e o reconhecimento do direito de petição aos poderes públicos; a criação do mandado de segurança como forma de controle dos atos da administração pública; a nacionalização das jazidas minerais; a criação do salário mínimo; a previsão de oito horas diárias para o trabalhador; o repouso semanal remunerado e a remuneração das férias, além de indenização por justa causa.

Como se vê, nela foram atendidas demandas provenientes de grupos políticos de expressão da época, almejando inaugurar um novo modo de atuação do Estado, agora focado nas questões sociais.

Contudo, mais uma vez, o descompasso entre a realidade e o texto fez com que este último perdesse legitimidade e, com isso, ganhasse em vulnerabilidade, tornando possível a deflagração de um golpe de Estado, isso como resultado dos movimentos de cunho extremista que proliferaram no país, a saber, “pela direita

a ação integralista e pela esquerda o partido comunista” (BASTOS, 2001, p. 124).

É o momento do Estado Novo e da Constituição de 1937, um documento outorgado e de cunho autoritário, que atribuía inúmeros poderes ao Presidente da República. Dentre esses poderes, dois merecem destaque: 1) o de legislar sozinho, já que um dos seus dispositivos dizia que o Chefe do Poder Executivo – quando em recesso ou dissolvido o Parlamento – poderia expedir decretos-leis a respeito das matérias de competência da União; e 2) a possibilidade de submeter novamente ao exame do Parlamento os atos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, caso fossem relacionados a matérias que envolvessem o bem-estar do povo, a promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. Em nova votação, poderia ser derrubada a decisão judicial (art. 96, parágrafo único).

Ora, como ao longo do período de Getúlio Vargas, o Congresso Nacional permaneceu fechado e ele, com base no texto constitucional, usurpou as funções legislativas e governou por meio de decretos-leis, torna-se adequada a afirmação de que o Brasil viveu um período de “mais completa permissividade jurídica”, já que, além de poder governar sozinho e sem o parlamento, seus atos não poderiam nem mesmo sofrer controle por parte do Supremo Tribunal Federal, já que só ele, o Governante, é quem poderia deflagrar o controle de constitucionalidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 170).

Foi um período que seguia os modelos europeus da época, em especial, o nacional socialismo alemão e o fascismo italiano. Contudo, com o fim da 2ª Guerra Mundial, ficou clara a contradição do governo autoritário, já que, no plano interno se comportava como um regime que seguia a cartilha daqueles contra os quais lutava no plano externo. Daí seu inevitável esgotamento, de que se seguiu a deposição de Getúlio Vargas e a redemocratização do País.

Convocadas eleições presidenciais, estas ocorreram em dezembro de 1945, cabendo ao novo Presidente da República a instalação da Assembleia Nacional Constituinte. Em setembro de 1946, foi por ela apresentado o texto da nova Constituição, a 5ª da história brasileira.

Trata-se de um documento que, ao contrário dos anteriores, não foi elaborado com base em um texto prévio, motivo pelo qual, para sua redação, optou-se pela análise das duas primeiras constituições republicanas (1891 e 1934), o que justifica as afirmações que o definem como um documento voltado para o passado, para fatos que, segundo José Afonso da Silva:

[...] nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente. Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu (SILVA, 2005, p. 85).

Dentre suas características principais, está o municipalismo, com o fortalecimento das três funções do Estado e a retomada da linha da carta de 1934 no que se refere aos direitos individuais. No art. 141, seus incisos e parágrafos, foram previstas garantias como o respeito ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito; a impossibilidade de exclusão, por força de lei, de apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito; a impossibilidade de prisão fora dos casos de flagrante delito ou ordem escrita de autoridade competente; o *habeas corpus* ilimitado e o mandado de segurança; o direito de ampla defesa e a proibição de pena de morte.

O mesmo ocorreu em relação aos direitos sociais, havendo um conjunto de dezessete artigos que repetem o colocado na Constituição de 1934, a primeira considerada como típica de Estado Social, o que demonstra a existência ainda de uma desarmonia interna que procurava – sem sucesso – conciliar o Estado Liberal com o Estado Social (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 421).

Mas, mesmo assim, de 1946 a 1961 a vida constitucional brasileira viveu um período com poucas alterações. A Constituição de 1946 sofreu apenas três emendas, uma delas como resultado de uma tentativa de implantar um sistema parlamentarista no Brasil, opção rechaçada em um plebiscito que resultou no restabelecimento do sistema presidencialista, mantendo o sistema implantado desde o início da república. Após esse fato, deu-se uma crise institucional

determinada pela acusação de que o governo se inclinava demais para a esquerda, originada em setores da população e das forças armadas, grupo que se tornou ator central do golpe de Estado dado em 1964.

Por meio de um "ato institucional" editado nos primeiros dias de abril daquele ano, os Comandantes das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) proclamaram a manutenção da Constituição de 1946, e produziram alterações em nome de um "movimento civil e militar" chamado de "revolução vitoriosa", o qual seria "resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções". Nesse ato, alteravam-se as regras para a eleição presidencial com a retirada do direito do povo de escolher de forma direta seu governante. Além disso, mudaram-se a duração do mandato presidencial, os direitos e garantias individuais, as regras para o estado de sítio e a forma de tramitar o processo legislativo.

Depois deste, outros atos institucionais foram editados e igualmente produziram alterações profundas no sistema político e jurídico brasileiro, fatos que tornaram inviável a manutenção da Constituição de 1946, a essa altura apenas uma "folha de papel".

Em função disso – e por meio de um mero Decreto editado em 15 de abril de 1966 –, o governo deu início aos trabalhos para a elaboração do anteprojeto de uma nova Constituição. Mais à frente, por meio do Ato Institucional n. 04, de dezembro daquele ano, o Presidente da República fez a convocação extraordinária do Congresso Nacional, que deveria permanecer em atividade até 24 de janeiro do ano seguinte, com o objetivo de discutir, votar e promulgar o projeto de Constituição por ele apresentado.

Naquele documento, faz-se a ressalva:

No dia 24 de janeiro de 1967 as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal promulgarão a Constituição, segundo a redação final da Comissão, seja a do projeto com as emendas aprovadas, ou seja, o que tenha sido aprovado de acordo com o art. 4º, se nenhuma emenda tiver merecido aprovação, ou se a votação não tiver sido encerrada até o dia 21 de janeiro.

Nada mais representativo de um puro Estado Legislativo de Direito, não restando alternativa a não ser concordar com a afirmação de que “Não houve propriamente uma tarefa constituinte, mas uma farsa constituinte” (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 436). O que se tinha ali eram parlamentares sem poderes constituintes e, do modo como foram organizados e determinados os trabalhos, não haveria – como não houve – qualquer oportunidade para um debate a respeito do texto apresentado “para aprovação”. O que houve – e só isso é que se esperava que fosse feito – foi apenas uma homologação do texto apresentado pelo chefe do Poder Executivo. Isso tornou claro que, com o novo texto, o objetivo dos ocupantes do poder era “construir uma atmosfera favorável ao sistema que se impopularizava e formar opinião internacional com a ideia de um regime com sua Carta constitucional votada pelo Parlamento” (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 437).

Daí que o texto apresentado foi “promulgado” com pouquíssimas e superficiais modificações em 24 de janeiro de 1967. Nele se destaca a concentração de poderes como marca fundamental, até porque, no aspecto federativo, pouco deixou aos Estados e Municípios do ponto de vista da autonomia financeira e política. No que se refere às funções do Estado, deixou o Poder Executivo hipertrofiado, já que a ele caberia a iniciativa legislativa de uma série de matérias de relevância.

Foi sob esse documento que se editou o mais duro dos golpes produzidos no Estado de Direito e na democracia brasileira: o “Ato Institucional n. 05”, maior manifestação de força até então ocorrida por parte dos militares, introduzida à margem da ordem constitucional vigente. Nesse documento, foi decretado o recesso do Congresso Nacional e fixada a competência plena do Poder Executivo para legislar. Além disso, esse Ato deu atribuição ao Presidente da República para cassar mandatos eletivos, suspender direitos políticos e confiscar bens; suspendeu as garantias da magistratura; o direito de *habeas-corpus* aos acusados de prática de crimes políticos ou outros da mesma natureza; e, por fim, determinou a exclusão de apreciação judicial de atos praticados com base em seu texto.

Cerca de um ano depois, em outubro de 1969, o governo militar, dando sequência ao seu projeto de poder, editou a Emenda Constitucional n. 01, que – apesar da forma escolhida – revelou-se uma nova Constituição, já que não foram poucas as mudanças promovidas no sistema político nacional<sup>5</sup>.

Pouco há para ser dito a respeito desta Constituição (1969), já que se resumia a um documento que, como o anterior (1967), tinha como pretensão dar legitimidade a um governo de força e, ainda, reorganizar a base jurídica estatal, recortada que estava por vários “Atos Institucionais”. Apesar disso, pode-se considerá-la como uma Constituição:

[...] instrumental, destinada tão somente a dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato; há, dentro dela, um núcleo, por assim dizer, tradicional, que reconhece as realidades históricas e políticas da formação nacional, e, por isso mesmo, é a sua parte duradoura; afora isso, o seu texto é de escassa, ou, mesmo, nenhuma importância (MELO FRANCO, 1986, p. 179).

Depois desse documento, sob o aspecto constitucional, poucas foram as alterações feitas na Carta de 1967, pelo menos até a edição da Emenda Constitucional n. 26, em novembro de 1985, ato pelo qual ocorreu a convocação da Assembleia Nacional Constituinte encarregada de elaborar o que seria, anos mais tarde, a Constituição de outubro de 1988.

## **1.2. O Estado Constitucional de Direito no Brasil**

A redemocratização do País mostrou-se um processo irreversível, especialmente após o Congresso Nacional ter rejeitado uma proposta de emenda à Constituição que pretendia restabelecer o direito de a população brasileira eleger seu Presidente da República de forma direta, mesmo após o que é chamado de “a mais impressionante campanha popular da história política brasileira” (BARROSO, 2006, p. 40). Frustrada essa tentativa, a oposição foi eleita no pleito

---

<sup>5</sup> Afirma José Afonso da Silva: “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova Constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil” (2005, p. 87).

indireto e, com a doença do Presidente eleito, veio a assumir o Vice, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte responsável pela Constituição de 1988.

Nesse momento, após longos anos, deu-se efetivamente o primeiro espaço verdadeiramente democrático em que os brasileiros puderam ter, não só contato com as novas tendências do constitucionalismo pós-guerra que já circulavam pelo mundo, mas também a possibilidade de experimentar novas modalidades de controle de poder.

Na história constitucional brasileira, três são os momentos claramente identificados pelos quais passou o constitucionalismo: o primeiro vai da independência até a proclamação da república e sofre forte influência do constitucionalismo inglês e francês – ao lado da adoção do sistema bicameral e da tripartição dos poderes, igualmente fixa um rol de direitos e garantias fundamentais de natureza liberal; o segundo ocupa o espaço da Primeira República até a Revolução de Trinta, quando a marca fundamental é o constitucionalismo norte-americano, o que se percebe especialmente pela adoção do sistema presidencialista e federativo; e, por fim, o terceiro se inicia nos anos trinta e alcança o momento atual, sofre influência do constitucionalismo alemão e das cartas de Weimer (1919) e Bonn (1949) (BONAVIDES, 2005, p. 360).

Registre-se que o primeiro alimentou o modelo de Estado Liberal no império; o segundo, a implantação da república; e o terceiro, o Estado Social e a ideia de um Estado Democrático de Direito com base constitucional. A esta última tradição se incorporou a Constituição de 05 de outubro de 1988, já que se trata de um texto com considerável avanço em relação a várias matérias, especialmente de ordem social.

Em relação a ela, pode-se dizer:

[...] avança e testifica a modernidade quando faz do racismo, da tortura e do tráfico de drogas crimes inafiançáveis, quando estabelece o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o habeas data, quando reforça a proteção dos direitos e das liberdades constitucionais, quando restitui ao Congresso Nacional

prerrogativas que lhe haviam sido subtraídas pela administração militar, quando valoriza a função do controle parlamentar sobre o Executivo por via das comissões parlamentares de inquérito dotadas de poderes de investigação idênticos aos da autoridade judiciária, quando substitui o Conselho de Segurança Nacional por dois novos conselhos de assessoria do Presidente da República no propósito de fazer mais eficaz, mais aberto e mais fiscalizado o sistema de defesa das instituições, quando define os princípios fundamentais de um estado social de direito, quando determina os princípios da ordem econômica, a defesa do meio ambiente, a proteção aos índios, as conquistas da seguridade social (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p. 490)<sup>6</sup>.

## **2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO ELEMENTO CENTRAL DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

Pela construção feita até o momento, é possível identificar que efetivamente os direitos fundamentais apresentam-se como elemento central que caracteriza o Estado Constitucional de Direito, não sendo exagero algum afirmar que a proteção a esses direitos constitui-se no principal objetivo de sua existência<sup>7</sup>.

Daí ser fundamental sua análise, tanto no plano geral, como no caso específica de sua construção no Brasil.

---

<sup>6</sup> A esse respeito, afirma Luis Roberto Barroso: "é inegável que a Constituição de 1988 tem a virtude de espelhar a reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao País" (2006, p. 41).

<sup>7</sup> A esse respeito, claras são as palavras de Paulo Bonavides quando afirma: "Os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas" (2005, p. 375).



## **2.1. Direitos Fundamentais: um plano geral (construção histórica, fundamentos, gerações, conceito, características e tipologia)**

Em relação aos direitos fundamentais, de modo amplo e geral, é possível falar que seu desenvolvimento ao longo dos anos coincide com a construção do constitucionalismo e do Estado moderno.

É conclusão que exsurge pela observação das concepções filosófico-jurídicas que procuram justificá-los. Encontram-se primeiro os adeptos do Direito Natural, para quem os direitos fundamentais estão localizados em uma ordem superior universal e imutável e, por isso mesmo, não se constituem em criação dos homens através da legislação ou dos Tribunais e a positivação significa apenas a sua declaração. Depois, os adeptos do juspositivismo, na visão de quem os direitos fundamentais são aqueles assim colocados dentro do sistema (escritos na ordem jurídica). É a expressão da contradição dos revolucionários franceses, que ascenderam ao poder defendendo um Direito Natural e, depois, adotaram o Direito Positivo como única fonte. O sistema jurídico não é (como no caso anterior) meramente declaratório, mas sim constitutivo. Ao lado deles, os idealistas, para quem direitos fundamentais são ideias que se projetam sobre o processo histórico, ou ainda, princípios abstratos que a realidade vai recolhendo ao longo do tempo. Por fim, os realistas, para quem os direitos fundamentais são resultado direto das lutas sociais e políticas, de modo que as condições sociais é que vão determinar o real alcance e sentido dos direitos e liberdades, ou seja, não é o que existe em uma ordem natural, nem o que está escrito, nem o que se pensa, mas sim o que é conquistado (MIRANDA, 2000, p. 42).

A esse respeito, Norberto Bobbio afirma que a busca de um fundamento absoluto para os direitos fundamentais está ligada a quatro dificuldades: a primeira resultante da ideia de que "direitos do homem" é uma expressão muito vaga, o que leva a definições tautológicas (direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem); a segunda, ao aspecto de que é uma classe variável, como bem demonstrou a História nos últimos séculos; a terceira está ligada a sua heterogeneidade, já que a diversidade de pretensões torna algumas incompatíveis entre si; e a quarta, relacionada à possível antinomia entre direitos

invocados pelas mesmas pessoas, já que atualmente não existem só direitos de oposição diante do poder do Estado, mas também direitos sociais, que exigem ações concretas (BOBBIO, 2004, p. 17-22).

Sendo assim, o problema fundamental deixa de ser a busca do fundamento absoluto ou de justificá-los, deslocando-se para a questão da proteção, deixando de ser um problema filosófico, para ser um problema político, daí porque “não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis” (BOBBIO, 2004, p. 23).

Essa tem sido a opção prestigiada pela doutrina, não se desconsiderando a necessidade de reconhecer que os diversos elementos que irão compor esse fundamento são frutos de momentos históricos completamente distintos, o que inibe – como já dito – a busca de um fundamento absoluto, válido para todos os direitos em todos os tempos. Em lugar disso, melhor buscar os vários fundamentos possíveis para a justificação de um determinado direito como fundamental:

[...] sempre tendo presentes as condições, os meios e as situações nas quais este ou aquele direito deverá atuar. Não bastaria, assim, que um direito encontrasse bons fundamentos filosóficos, aceitos no momento, para ser positivado; seria indispensável o concurso de condições sociais e históricas para que tal venha a ocorrer (MENDES, 2000, p. 114).

Cronologicamente, as declarações de direitos se confundem com a elaboração dos documentos que se apresentaram como antecedentes dos textos constitucionais e da formação do Estado Moderno. Foram documentos de grande importância, mas tinham como objetivo central não a garantia de direitos para todos e sim para alguns grupos sociais somente. Daí não se poder falar em autênticos documentos de direitos fundamentais. Em outras palavras, eram documentos outorgados pelo poder real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais de direitos de cunho estamental,

já que não se preocupavam em incentivar qualquer forma de mobilidade social; ao contrário, mantinham a desigualdade do sistema<sup>8</sup>.

Várias foram as correntes de pensamento que se fizeram presentes em tais documentos, podendo-se destacar dentre elas: o pensamento cristão, que afirma a dignidade da pessoa humana e a semelhança do homem a Deus (a igualdade de todos); a doutrina do Direito Natural dos séc. XVII e XVIII, de natureza racionalista, em contraposição à ideia do poder derivado da divinização próprio da Idade Média; e, ainda e por consequência, o Iluminismo, que defende a ordem natural e a crença nos valores individuais<sup>9</sup>.

Assim foi com a *Magna Charta* de 1215, em que se tratou do devido processo legal como um direito de todos, o que depois deu origem ao *habeas-corpus*, o acesso à justiça e, ainda, à proporcionalidade entre o delito e a pena, à liberdade de igreja, à moderação na tributação, etc; com a *Petition of rights*, de 1628, e com a *Bill of rights*, de 1688. Esses documentos significaram:

[...] a evolução das liberdades e privilégios estamentais medievais e corporativos para liberdades genéricas no plano do direito público, implicando expressiva ampliação, tanto no que diz com o conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no que toca à extensão da sua titularidade à totalidade dos cidadãos ingleses (SARLET, 2006, p. 51).

Declaração de direitos fundamentais propriamente dita, e com caráter universal, só mesmo em 12 de janeiro de 1776, com a "Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia" nos Estados Unidos da América, documento anterior à Declaração da Independência daquele país, que trazia afirmações como a de que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, todo o poder está investido no povo e dele deriva, além de outras nesse mesmo padrão.

---

<sup>8</sup> No dizer de Ingo Wolfgang Sarlet: os direitos eram "atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população do seu gozo" (2006, p. 49).

<sup>9</sup>A esse respeito ver trabalho de GARCIA (2006, p. 137), intitulado "O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito", onde está colocado que, antes da positivação, é preciso destacar a existência de um "processo de formação ideal dos direitos fundamentais", o qual está relacionado à pergunta de qual deve ser o conteúdo dos direitos fundamentais. Esta fase, segue o autor, está localizada naquele período chamado por PECES-BARBA de "trânsito à modernidade", um longo período que "se iniciará no século XIV e chegará até o século XVIII, no qual pouco a pouco a sociedade irá se transformando e preparando o terreno para o surgimento dos direitos fundamentais".

Posterior a ela, refletindo o pensamento de liberdade comum na época, em 1789, surge na França a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. De caráter mais abstrato que a norte-americana, pode-se dizer que tinha três características fundamentais: 1) **o intelectualismo**, já que a afirmação de que há direitos imprescritíveis do homem e a restauração de um poder legítimo, calcado no consentimento popular, foram operações meramente intelectuais e se desenvolveram somente no campo das ideias – é um documento filosófico e jurídico que devia anunciar a chegada de uma sociedade ideal; 2) **o mundialismo**, os princípios anunciados pretendiam ultrapassar o homem do país, buscando alcançar um valor universal; 3) **o individualismo**, porque só consagra as liberdades dos indivíduos, não mencionando a liberdade de associação nem de reunião – preocupa-se em defender o cidadão dos abusos do Estado (SILVA, 2005, p. 157-158).

Ao distinguir entre direitos do homem e do cidadão, tratou primeiro do homem independentemente de sua inserção em uma sociedade política, garantindo-lhe, de qualquer forma, a liberdade, a propriedade, a segurança (liberdades públicas). Depois cuidou do cidadão, aí entendido o homem dentro de uma sociedade política, elencando o direito de resistência à opressão, o direito de concorrer, por si ou não, para a formação da lei, o direito de acesso a cargos públicos, etc.

São esses os hoje considerados direitos políticos ou direitos civis e demonstram a preocupação excessiva que tinham com o excesso de poder político, deixando completamente de lado a opressão exercida através do poder econômico, preocupação esta que só ganha lugar a partir do Manifesto Comunista (1848), cuja importância é equiparada à publicação do “Contrato Social” de Rousseau no século XVIII (BONAVIDES, 1996, p. 169).

Com o surgimento das tensões sociais decorrentes do crescimento da burguesia a partir do triunfo das revoluções do século XVIII e o aparecimento do proletariado, ampliaram-se os direitos fundamentais, que passaram a alcançar os direitos econômicos e sociais, situação decorrente não só do Manifesto Comunista antes referido, mas também da chamada “Doutrina Social da Igreja”,

iniciada pelo Papa Leão XIII com a encíclica *Rerum Novarum*, editada em maio de 1891, que reconheceu o direito de propriedade e também a necessidade de adoção de uma solução apresentada como “definitiva”: a caridade.

Em termos constitucionais e de positivação, de modo concreto, o reflexo dessa preocupação com o poder econômico somente ocorreu em 1917, com a Constituição Mexicana, que foi a que primeiro sistematizou o conjunto de direitos sociais do homem, seguida que foi pela Constituição alemã de Weimar em 1919. Em todos esses documentos, duas características fundamentais: a universalidade e o socialismo, expressão aqui empregada em sentido amplo (SILVA, 2005, p. 162).

Ainda na perspectiva de análise histórica dos direitos fundamentais, para que deles se tenha uma adequada compreensão, é preciso fazer referência às gerações (ou dimensões), ou ainda, à “mutação histórica” por eles experimentada (SARLET, 2006, p. 54).

Por isso, chamam-se de *direitos de primeira geração* aqueles que são resultado direto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo perante o Estado. São direitos de defesa, que demarcam uma esfera de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia do indivíduo. São direitos negativos na medida em que pedem uma não ação do Estado, uma abstenção. Aí estão incluídos os direitos de liberdade, os direitos civis e os direitos políticos. Em uma expressão, são direitos de resistência ou oposição perante o Estado.

*Direitos de segunda geração* são os que foram reconhecidos a partir das doutrinas socialistas e dos movimentos ocorridos no século XIX, dos quais resultaram amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. Aqui se trata de direitos positivos, no sentido de que se busca uma ação concreta do Estado, e não sua passividade. Os direitos sociais são também a busca da liberdade por intermédio do Estado. Além dos direitos sociais, aqui estão incluídos os direitos culturais e econômicos.

Como *direitos de terceira geração*, apontam-se os direitos que se desprendem da figura do indivíduo, calcados na fraternidade e na solidariedade e inseridos como direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação.

*Direitos de quarta geração* são entendidos como aqueles ligados à democracia, à informação e ao pluralismo. Uma representação adequada desta categoria é a de que os três primeiros formam a pirâmide da qual este é o ápice (BONAVIDES, 2005, p. 562-572).

Dentre suas características<sup>10</sup>, pode-se destacar sua *universalidade*, elemento pelo qual se torna possível afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para ser titular desses direitos. Essa universalidade, contudo, deve ser entendida em termos, já que alguns direitos fundamentais são dirigidos a grupos específicos e somente a eles dizem respeito (exemplo: os trabalhadores). Ao lado dela, o seu perfil *absoluto*, no sentido de se situarem esses direitos no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição, afirmação que também merece reparos, posto que comum a todos os sistemas a ideia de que há restrições possíveis e necessárias aos direitos fundamentais, especialmente quando diante de outros valores constitucionais.

Outra de suas características é a *historicidade*, ou seja, a variação da sua compreensão conforme os momentos históricos, podendo-se afirmar que os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente fazem sentido num determinado contexto histórico, sendo a compreensão histórica fundamental para a compreensão de cada um deles.

Por fim, a *inalienabilidade ou indisponibilidade* também aparece neste rol, e está relacionada a qualquer ato de disposição que tenha por objeto a renúncia ao exercício do direito fundamental. Sua consequência prática é deixar claro que a

---

<sup>10</sup> A esse respeito ver Paulo Gustavo Gonet Branco, in **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e COELHO Inocêncio Mártires (org.). Brasília: Brasília Jurídica, 2000, páginas 118-137.

preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir.

Além dessas, pode-se ainda apontar a *imprescritibilidade*, que impede sua corrosão pelo tempo; a *inviolabilidade*, que proclama sua preservação a todo e qualquer custo; a *efetividade*, ou seja, validade em todos os sentidos; e, por fim, sua *eficácia horizontal*, posto que tais direitos são passíveis de reclamação não só verticalmente (do particular para o Estado), mas também entre particulares.

No que toca a sua classificação, Gilmar Ferreira Mendes (2000, p. 139), ao tratar do assunto, após reconhecer que os direitos fundamentais desempenham funções múltiplas dentro do sistema jurídico e que disso decorrem as inúmeras dificuldades em classificá-los, apresenta a chamada “teoria dos quatro status de Georg Jellinek”, autor alemão de obra referente à Teoria Geral do Estado. Para este autor, são quatro as posições (*status*) em que o sujeito pode estar diante do Estado, das quais são extraídos deveres ou direitos: 1) **Status passivo**: decorre de uma posição de subordinação do indivíduo em relação aos poderes públicos, de modo que será ele detentor de deveres para com o Estado, que o vincula com mandamentos ou proibições; 2) **Status negativo**: considerando-se fundamental que os homens tenham um espaço de liberdade sem atuação do Estado, o poder do Estado é exercido “sobre homens livres”; 3) **Status positivo**: em algumas situações o homem poderá exigir que o Estado atue positivamente, que realize uma prestação – assim, ao indivíduo é reconhecido o direito de que o Estado atue a seu favor; e 4) **Status ativo**: O indivíduo desfruta de competência para influir sobre a vontade do Estado (direito ao voto).

A partir dessa formulação, é possível apresentar a seguinte classificação dos direitos fundamentais, no caso, reduzida a três tipos.

**1) Direitos de defesa**: são aqueles que impõem ao Estado uma abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do sujeito; limitam a atuação do Estado (incisos II, III, IV, XII, XIII, XV, todos do art. 5º, da CF/198) e se mostram como normas de competência negativa para os poderes públicos.

**2) Direitos a prestação:** se os direitos de defesa visam a assegurar o *status quo* do sujeito, os direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades e, com isso, estabelecer um novo molde para o futuro da sociedade. Estes direitos partem do pressuposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. São direitos de promoção que surgem da vontade de estabelecer uma igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política e se realizam por meio do Estado (p. 143). Como se traduzem em ação positiva do Estado, existem peculiaridades especiais que se referem à densidade normativa, o que os distingue dos demais na medida em que seu modo de exercício e sua eficácia será diferenciada. Duas são as formas de prestação: 2.1) Direitos a prestação jurídica: existem direitos fundamentais que se esgotam com a edição de uma simples norma jurídica. Daí afirmar-se que “o objeto do Direito será a normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental” (p. 143). Poderão ser normas penais, que o Estado deve editar para coibir práticas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, ou de procedimento, como é o caso daquelas que tratam do acesso à justiça. 2.2) Direitos a prestações materiais: são os chamados direitos a prestações em sentido estrito. Resultam da concepção social do Estado e são relacionadas a saúde, educação, maternidade, criança, adolescente, etc.

**3) Direitos de participação:** há quem não reconheça essa categoria como um terceiro tipo. Contudo, é preciso reconhecer que esses direitos tratam de assuntos que, à primeira vista, pouco se identificam com os outros dois. Aqui, estão localizados os direitos políticos de votar e ser votado<sup>11</sup>.

Tão difícil quanto a busca de um fundamento para os direitos fundamentais é a busca de um conceito, pecando muitos deles pela exagerada abertura ou, ainda, por serem circulares, algo como “direitos fundamentais são aqueles definidos como tal” (MARTINS NETO, 2003, p. 78). Inegável que são direitos subjetivos, vez que se apresentam como prerrogativas ou possibilidades reconhecidas a alguém, e suscetíveis de imposição coativa. Além disso, são direitos subjetivos fundamentais, ou seja, marcados pela fundamentabilidade, em contraposição aos

---

<sup>11</sup> Importante frisar que Luigi Ferrajoli apresenta classificação diversa, que será objeto de análise no capítulo seguinte.



não fundamentais, e marcados, ainda, por uma série de características que inegavelmente não se afastam do entendimento de que os direitos fundamentais integram, em cada ordenamento jurídico positivo, um conjunto mais ou menos extenso de prerrogativas subjetivas comumente pensadas como “pressupostos jurídicos elementares da existência digna de um ser humano” (MARTINS NETO, 2003, p. 88).

## **2.2. Os Direitos Fundamentais na história constitucional brasileira: das meras declarações aos mecanismos de concretização**

No caso do Brasil, o desenvolvimento dos direitos fundamentais não se deu de forma diversa do que ocorreu com as Constituições. Em um primeiro momento, surgiram as declarações típicas do liberalismo, refletidas diretamente nas duas primeiras Constituições (1824 e 1891). Às posteriores, agregaram-se os postulados do Estado Social e Constitucional de Direito, chegando-se hoje à mais extensa declaração de direitos já feita em um documento desse porte no País.

São 77 (setenta e sete) incisos previstos no art. 5º, com a ressalva de que não se trata de um rol exaustivo, já que no parágrafo 2º do mesmo artigo dá-se o reconhecimento explícito de outros que porventura existam ocultos e “decorrentes do regime e dos princípios” adotados pelo texto maior, que os divide da seguinte forma: I – Direitos individuais (art. 5º); II – Direitos coletivos (art. 5º); III – Direitos sociais (art. 6º e 193 e seguintes); IV – Direitos à nacionalidade (art. 12); e V – Direitos políticos (arts. 14 a 17) (SILVA, 2005, p. 184).

Ao lado deles, ainda como característica do constitucionalismo contemporâneo, constata-se a incorporação de uma série de mecanismos de concretização desses direitos, já que se chega à conclusão de que o problema destes tempos está “em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas

técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos” (BONAVIDES, 2005, p. 373).

Se a carência maior não é a declaração de direitos, mas sim a necessidade de sua concretização, de torná-los realidade, andou bem a Carta de 1988 ao prever uma série de mecanismos com essa finalidade, dentre eles a declaração de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º), o mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI) e a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º).

### **2.2.1 A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais**

No que se refere ao primeiro deles, a aplicabilidade imediata prevista no parágrafo 1º do art. 5º da Constituição da República, que objetiva determinar a eficácia máxima de norma que defina direitos e garantias fundamentais, tem inspiração em outros sistemas constitucionais, dentre eles o art. 1º, inciso III, da Lei Fundamental de Bonn de 1949, que dizia: “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário”.

Longe está o consenso a respeito da adequada compreensão desse dispositivo, que suscita várias polêmicas, a começar pela adequada definição de sua abrangência, ou seja, se é aplicável apenas ao art. 5º, ou a todo e qualquer direito fundamental previsto na Constituição, optando a maioria pela última posição, o que se conclui não só pela expressão utilizada (“direitos e garantias fundamentais”), mas também pelo recurso à interpretação sistemática utilizada quando se trata da Constituição. Sustentar o contrário deixaria fora do âmbito de incidência da norma os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, o que não parece ter sido a intenção do legislador constituinte (SARLET, 2006, p 273).

Outra questão está relacionada ao significado e ao alcance dessa regra, entendimento que oscila entre os que sustentam não poder ela atentar contra a natureza das coisas, motivo pelo qual a eficácia só se dá na medida da lei e, de

outro lado, os que sustentam que até mesmo as normas programáticas podem ensejar, por força dela, a fruição imediata do direito previsto.

Em meio às várias opiniões, um pensamento que ganha corpo é o de que um dos objetivos da norma foi justamente o de evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, conclusão que não afasta as divergências a respeito do alcance do dispositivo, sustentando Ingo Wolfgang Sarlet que deve ser entendido como uma ordem de otimização (ou maximização) dos direitos fundamentais, ou seja, uma cláusula constitucional que estabelece aos órgãos estatais a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 274).

Evidentemente que problemas existem em decorrência deste entendimento, mas não são maiores do que aqueles que sustentam a eficácia acima de qualquer impossibilidade que se apresente, já que alguns dos direitos colocados como direitos fundamentais são de difícil ou quase impossível implementação se analisados exclusivamente pela redação dada pela Constituição; também não há como se desconhecer que o grau de eficácia dependerá, ainda, “da forma de positividade, do objeto e da função que cada preceito desempenha” (SARLET, 2006, p. 284).

### **2.2.2. – O mandado de injunção**

Sob o aspecto processual, sem dúvida alguma, a grande novidade foi a criação de um instituto próprio para dar efetividade às normas constitucionais, no caso, o mandado de injunção, instituto previsto no inciso LXXI do art. 5º da CF, em que está dito que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Trata-se de um instrumento cujo objetivo é dar concretude às normas previstas na Constituição da República, não permitindo que o ali previsto permaneça sem a efetividade esperada. Surge para tratar do que é chamado pela doutrina de uma “dramática patologia nacional: o descrédito da Constituição causado pela inércia

do legislador” (BARROSO, 2006, p. 244) e, apesar de ser um instituto existente em constituições de outros países (por exemplo, a antiga Iugoslávia e Portugal), sua inclusão no sistema jurídico brasileiro foi permeada de dúvidas e grandes discussões doutrinárias a respeito de seu conteúdo, significado e amplitude das decisões nele proferidas<sup>12</sup>.

Em relação aos efeitos da sua decisão, aspecto que traz toda uma linha de compreensão e que engloba os demais itens, duas correntes se fixaram: de um lado, os que sustentam ser a decisão lançada em mandado de injunção de natureza constitutiva, derivando daí a obrigação de que o juiz crie a norma regulamentadora para o caso concreto; de outro, os que sustentam ser a decisão de caráter mandamental, razão pela qual caberia ao Poder Judiciário apenas e tão somente dar ciência ao órgão omissor da mora existente, devendo ele adotar as providências necessárias para sua supressão (BARROSO, 2006, p. 124).

Em função disso, é da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal que se podem extrair elementos para uma adequada compreensão desse instituto e de seu espaço de atuação dentro do sistema jurídico nacional. Nesse passo, merece atenção a decisão lançada na Questão de Ordem do Mandado de Injunção n. 107, julgado em 23 de novembro de 1989, em que ficou assentado, por unanimidade, que a norma constitucional que fez sua previsão era autoaplicável, não dependendo seu uso de regulamentação por parte do legislador ordinário. Quanto aos efeitos de sua decisão, determinou-se que seu objetivo era obter a declaração judicial de inconstitucionalidade pela omissão, desde que caracterizada a mora em regulamentar o direito reclamado, com a finalidade de que fosse dada ciência – ao responsável pela omissão – do atraso existente, à semelhança da inconstitucionalidade por omissão<sup>13</sup>.

Após esse primeiro pronunciamento, outro de grande importância foi o que ocorreu no julgamento do Mandado de Injunção n. 283, em 20 de março de 1991, em que o Supremo Tribunal Federal, além de declarar a mora do legislador

---

<sup>12</sup> Um resumo dessas discussões pode ser encontrado em MENDES; COELHO; BRANCO (2008, p. 1205).

<sup>13</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília, S.T.F., 1957, volume 133, página 11.

no caso ali referido, concedeu prazo para a sanção presidencial, reconhecendo que, se vencido ele sem a promulgação, poderia o impetrante “obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrarem”<sup>14</sup>.

Foi a primeira vez que se deu prazo para a manifestação do legislador, rompendo com uma tradicional leitura do princípio da separação dos poderes que, até então, impedia qualquer medida mais rigorosa – e com consequências – por parte do poder judiciário, quer em relação ao legislativo, quer em relação ao executivo.

Depois disso, ainda os julgamentos nos mandados de injunção ns. 283 e 284, em que soluções semelhantes foram adotadas, até que se deu o julgamento de outros três mandados de injunção que revolucionaram definitivamente a forma de compreender o instituto na Suprema Corte brasileira. São os mandados de injunção ns. 670<sup>15</sup>, 708<sup>16</sup> e 712<sup>17</sup>, que trataram da regulamentação do direito de greve do servidor público, matéria prevista na Constituição Federal no art. 37, inciso VII, mas pendente de regulamentação desde 1988. Nesses casos, o Supremo Tribunal Federal, além de reconhecer a mora legislativa e a situação de violação de direitos daí decorrentes, fixou prazo para a edição de ato normativo e, em caso de sua não ocorrência, que outra legislação – ali indicada – fosse aplicada aos casos concretos.

---

<sup>14</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção n. 232, julgado em 20 de março de 1991, relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicado no Diário da Justiça da União de 14 de novembro de 1991.

<sup>15</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção n. 670, julgado em 15 de maio de 2003, relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 31 de outubro de 2008.

<sup>16</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção n. 708, julgado em 25 de outubro de 2007, relator Ministro Gilmar Mendes, publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 31 de outubro de 2008.

<sup>17</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Mandado de Injunção n. 712, julgado em 25 de outubro de 2007, relator Ministro Eros Grau, publicado no Diário da Justiça da União de 31 de outubro de 2008.

### **2.2.3. A inconstitucionalidade por omissão**

Criação da década de setenta em alguns países, a inconstitucionalidade por omissão tem sua existência decorrente do parágrafo 2º do art. 103 da Constituição de 1988, que determina: "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias".

Aqui, a exemplo dos outros dois institutos analisados, a preocupação maior do legislador constituinte foi evitar que a inércia do legislador viesse a criar um espaço de violação da própria Constituição, que se manifestaria na ausência de eficácia da norma nela prevista. A diferença aqui fica por conta de ser medida judicial que se insere no mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, o que leva à conclusão de que seu cabimento deverá estar ligado a uma omissão que viole a Constituição, ou seja, inconstitucional<sup>18</sup>.

Em relação a esse instituto, importante destacar que a discussão a seu respeito se dá no mesmo sentido do mandado de injunção, vale dizer, em relação à decisão e seu alcance. Em sua maioria, tais decisões se mantêm na linha da impossibilidade de ir além da ciência do legislador em mora para que adote as providências sob sua responsabilidade, sem previsão de qualquer consequência<sup>19</sup>.

Exceção a essa regra foi o julgamento ocorrido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3682, julgada em 09 de maio de 2007, cuja decisão foi publicada no Diário da Justiça da União de 06 de setembro de 2007. Nele, após reconhecer a existência de inércia do legislador no caso em exame, determinou-

---

<sup>18</sup> Esclarece Luis Roberto Barroso: "Como regra geral, o legislador tem a faculdade discricionária de legislar, e não um dever jurídico de fazê-lo. Todavia, há casos em que a Constituição impõe ao órgão legislativo uma atuação positiva, mediante a edição de norma necessária à efetivação de um mandamento constitucional" (2006, p. 223).

<sup>19</sup> "A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 1.439-MC, Rel. Min. Celso de Mello, publicada no DJ 30/05/03).

se que, em um prazo de dezoito meses, fossem adotadas todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do comando constitucional ali examinado.

Através da Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009, houve a inclusão de dispositivos na Lei 9868/99, interessando no momento o artigo 12-H, onde está dito que, em caso de declaração de inconstitucionalidade por omissão, o primeiro passo ser a ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias, repetindo no parágrafo 1º o afirmado pela Constituição: "Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido".

Trata-se de dispositivo que reedita o colocado no parágrafo 2º, do art. 103 da Constituição da República, deixando ainda aberta a possibilidade para que o Supremo Tribunal Federal mantenha a construção que vem sendo feito ao longo dos anos, as quais têm condições de contribuir legitimamente para uma diminuição dos espaços legislativos que impedem o exercício de muitos dos direitos e garantias constitucionais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O exame da Constituição de 1988, e sua comparação com os textos anteriores, evidencia que o Brasil está submetido a um Estado Democrático de Direito, operando-se uma completa superação do Estado Legislativo de Direito. E esse documento é o marco da mudança, vez que promove os direitos fundamentais a fundamento maior da estrutura política e jurídica nacional e, ainda, estabelece mecanismos de concretização.

Contudo, e ao contrário das expectativas geradas logo após a adoção desse texto, o que se percebe é que, até hoje, tais instrumentos ainda não se mostraram eficazes para a plena concretização das “promessas” constitucionais.

Falta ao Brasil um verdadeiro Estado Democrático de Direito, o que se evidencia pela constatação de que, ao fim e ao cabo, o tratamento jurisprudencial que foi (e é) dado aos “novos” institutos transformadores da promessa constitucional em realidade, foram redutores de seus efeitos.

Raras foram as ocasiões em que o Poder Judiciário emprestou efeitos concretos às decisões que evidenciavam a omissão do legislador constituinte. Assim foi durante anos com o mandado de injunção e com a interpretação do cláusula da aplicabilidade imediata, transcorrendo quase um quarto de século até se dar efeitos concretos a normas constitucionais diante de indesculpáveis atrasos na conformação legislativa dos direitos fundamentais.

E é justamente por isso que é preciso repensar os caminhos da implementação do Estado Democrático de Direito no Brasil. Quiça abandonando as esperanças que tal ocorra via Poder Judiciário para depositá-las no Poder Legislativo, inegavelmente o espaço mais democrático em uma República.

Afinal, as modificações operadas na estrutura democrática – com a inserção das limitações materiais – retiraram dos legisladores a possibilidade de se submeterem apenas a vínculos formais. Agora, submetidos também a vínculos de conteúdo, duas as possibilidades de atuação: 1) a inércia ou, 2) o desenho legislativo para implementar direitos, já que a retirada é inviável em um quadro de respeito a ordem constitucional.

Desafortunadamente, até agora a primeira hipótese foi a mais adotada, restando como alternativa a pressão popular para que a segunda ocorra. Não se desconhece a dificuldade do caminho, mas talvez seja ele a única alternativa, já que inviáveis os atalhos para alcançar o objetivo maior do Estado brasileiro: ser democrático.



## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed, São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de COUTINHO Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 4ª ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 107.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. 2ª ed. Campinas: Millennium Editora, 2006.

CANOTILHO J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FAGUNDES, M. Seabra. **A legitimidade do poder político na experiência brasileira**. Recife: Publicação da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Pernambuco, 1982.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais, conceito, funções e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (org.). Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 114.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A consolidação do estado constitucional de direito no Brasil. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.7, n.3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV – Direitos Fundamentais. 3ª ed., revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 42.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. BASTOS Aurélio Wander (org.). 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.