

A LEGITIMAÇÃO DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA: A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO PARÂMETRO PARA A ATUAÇÃO ESTATAL

THE REPRESENTATIVE DEMOCRACY LEGITIMATION: THE CONSTITUTIONAL PREDICTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND WARRANTIES AS BENCHMARK FOR PARLIAMENTARY OF THE STATE ACTION

Luiz Renato Telles Otaviano*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Aspectos da evolução dos direitos e garantias individuais na história constitucional brasileira. 2 Redemocratização e a centralidade dos direitos e garantias fundamentais. 3 Direitos e garantias fundamentais como parâmetro para a atuação parlamentar. Conclusão. Referências.

RESUMO: Objetiva-se analisar os direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, enquanto parâmetro para a atuação Estatal, como corolário do programa político estabelecido pela Constituição de 1988. Para tanto, aspectos da evolução dos direitos e garantias fundamentais serão analisados, com o propósito de evidenciar o caminhar constitucional brasileiro, desde a Constituição Imperial de 1824, de forma a estabelecer a centralidade e o protagonismo que estabelecem os direitos e garantias fundamentais como norte a ser seguido pelo Estado.

Palavras-chave: Direitos e garantias fundamentais. Evolução constitucional. Interpretação constitucional. Atuação estatal.

ABSTRACT: *The objective is to analyze the fundamental rights and warranties foreseen in the constitution, as parameter for State action, as a corollary of the political program established by the Constitution of 1988. Thus, aspects of the development of fundamental rights and guarantees, will be analyzed in order to highlight the Brazilian constitutional, since the Imperial Constitution of 1824, in order to establish the centrality and leading role that establish the rights and guarantees as north to be followed by the State.*

Keywords: *Fundamental rights and warranties. Constitutional development. Constitutional interpretation. State action.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a previsão constitucional de direitos e garantias fundamentais¹, enquanto fator determinante da efetividade do sistema político representativo brasileiro

* Mestre e especialista em Direito Público pela Unioledo de Araçatuba/SP. Professor Adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul Campus de Três Lagoas. Líder do grupo de pesquisa Tutela jurisdicional na modernidade. Advogado.

¹ Não se pretende discutir (uma) teoria dos direitos fundamentais, consideram-se fundamentais, portanto, os direitos e garantias aos quais o legislador constituinte atribuiu tal natureza, para o fim de analisar aspectos correlatos a consequências dessa natureza.

Como citar: OTAVIANO, Luiz Renato Telles. A legitimação da democracia representativa: a previsão constitucional de direitos e garantias fundamentais como parâmetro para a atuação estatal. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 20, n. 31, p. 213-233, jan/jun. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

- sustentáculo da soberania popular, e base de sustentação da própria democracia – tendo como parâmetro o processo de interação entre a Constituição e a sociedade. Condição que, inexoravelmente, alça os direitos e garantias fundamentais expressos no texto constitucional à centralidade e ao protagonismo da atuação estatal, em todas as suas esferas.

Compreendendo-se, para tanto, processo de interação constitucional como a busca de legitimação e efetividade da Constituição. Não olvidando, contudo, os percalços naturais de tal processo. Ou, em outras palavras, reconhecendo que um novo texto constitucional não produz, instantaneamente, todos os efeitos esperados.

Indispensável observar que a democracia, em termos atuais, não pode ser entendida, simplesmente, como a participação popular formal na composição dos poderes públicos - direito ao voto. A complexidade das relações sociais hodiernas impõe a rediscussão das tradicionais formas de expressão da democracia, que é indispensável para a efetivação da fórmula do governo do povo, e para o impedimento do governo, meramente, legitimado pelo sufrágio. Afinal, uma Constituição democrática não se legitima definitivamente pela promulgação. Trata-se de um caminhar constante, uma construção que se dá, de fato, dia a dia.

Com efeito. O artigo 1º da Constituição Federal estabelece a cláusula federativa, constituindo o Brasil em um Estado Democrático de Direito indissolúvel, e atribui, nos seus incisos, os seus fundamentos. Nos interessa, especialmente, os incisos II, III e V, que estabelecem a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como fundamentos do Estado brasileiro. E, mais adiante, o parágrafo único, que determina a soberania popular mediante a consagrada fórmula: “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Na sequência, consagra-se, no artigo 2º, a clássica tripartição de poderes, estabelecendo a independência e a harmonia entre Executivo, Legislativo e Judiciário.

Já no art. 3º, a CF estabelece: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma discriminação, como objetivos fundamentais da República.

Anote-se que o afastamento da tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder é comumente considerado como símbolo

da pretensão de um Estado Democrático. Assim, busca-se eliminar a concentração de poder, bem como sua inclinação ao arbítrio e ao desprezo pelos interesses e pelas garantias mínimas dos governados.

Com a pretensão de analisar o contexto acima, relacionando-o com o processo de interação entre a Constituição e a sociedade, não podemos olvidar que a cláusula federativa, além do voto, da separação dos poderes e dos direitos e garantias individuais, não está sujeita à emenda constitucional que tenha por objetivo a sua abolição, por determinação expressa do texto Constitucional constante do inciso I, parágrafo 4º do artigo 60.

As cláusulas pétreas, inegavelmente, são de duvidosa valia para o processo de interação entre a constituição e sociedade. Não é novidade que a instabilidade e a falta de perenidade são características das denominadas Constituições rígidas; ou seja, aquelas dotadas de cláusulas pétreas e/ou de procedimentos especiais, mais rigorosos, para alteração de seu texto.

Note-se, entretanto, que (ao contrário do que se defende aqui) assegurar a estabilidade e a perenidade do texto constitucional já foi citado, também, como justificativa para o impedimento ou a dificuldade de reforma do texto. Ademais, já se entendeu que a imposição de regras imutáveis, a par de não evitar abusos contra a lei maior, acaba por induzir a ruptura do sistema constitucional: eis que todas as vezes que uma cláusula pétrea contraria fortemente a vontade da maioria legislativa – detentora do poder –, a opção que resta é a utilização do poder constituinte originário para a elaboração de uma nova Constituição.

Dito isso, é de se considerar que o respeito à dignidade humana (pela via da efetividade dos direitos e garantias fundamentais) é indispensável para que a representação política seja eficazmente utilizada como forma de sustentar a democracia.

Já a representação política, a seu turno, não prescinde da cidadania e do pluralismo político. Nesse passo, o art. 14 da CF estabelece que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito; referendo; iniciativa popular.

Assim, forma-se um círculo virtuoso, no qual o integral respeito à dignidade humana - objetivo último da constitucionalização de direitos e garantias fundamentais - permitirá o adequado exercício da cidadania, que, por sua vez, estabelecerá as bases da representação política pluralista. Essa representação política, no que lhe concerne, terá como tarefa, entre outras, impulsionar a atuação estatal positiva garantidora dos direitos e

garantias fundamentais, legitimando a democracia rumo aos objetivos estabelecidos pela Constituição.

Importante mencionar que a democracia legítima não pode se limitar ao respeito às liberdades civis. Já que deve, necessariamente, respeitar, também, os direitos humanos, incluindo todos os indivíduos e não apenas aqueles com direito ao voto. Assim, temos que o ponto inicial da legitimação da democracia está na previsão constitucional dos direitos e garantias humanas fundamentais. Uma vez respeitados, plenamente, os direitos individuais, a soberania popular poderá, de fato, representar a vigência da democracia.

Nas ocasiões em que as Constituições brasileiras nasceram como fruto de assembleias constituintes legitimadas pelo voto, para representar a soberania popular, pôde-se afirmar, por óbvio, que a elaboração do texto constitucional foi o primeiro ato da atividade parlamentar representativa do povo.

Seguindo o mesmo passo, a previsão de direitos e garantias individuais é o ponto inicial da legitimação da democracia, uma vez que é tarefa dos representantes do povo (eleitos de acordo com a forma constitucionalmente determinada) garantir a continuidade da soberania popular sob a organização de Estado de Direito.

Considerando, portanto, o respeito à dignidade da pessoa humana como o ponto de partida para a efetividade do regime democrático (sustentado pela representatividade política pluralista), far-se-á a análise de aspectos da evolução constitucional dos direitos e garantias fundamentais no Brasil.

Adiante, portanto, apresentar-se-á, em linhas gerais, a evolução histórico-constitucional dos direitos e garantias fundamentais no Brasil. Observe-se que as categorias conceituais em estudo serão analisadas e contextualizadas por intermédio do método histórico-analítico, com a utilização dos textos constitucionais brasileiros – desde o primeiro de 1824 até o vigente de 1988 – e de literatura doutrinária pertinente e disponível,

considerando-se os limites próprios de um ensaio acadêmico que não contém a pretensão de apresentar conclusões definitivas.

1 ASPECTOS DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NA HISTÓRIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A Carta de Lei de 1824, primeira e única Constituição do Brasil Imperial, outorgada pelo Imperador Dom Pedro Primeiro, tratou dos direitos e garantias individuais dos cidadãos no título VIII, artigos 173 a 179, sob a denominação “Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”. De forma ousada, para a época, teve início a história constitucional brasileira, e a era dos direitos e garantias individuais concebidos no Brasil. Desde o descobrimento até 1824, vigoraram no Brasil as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, de Portugal.

A forma moderna como foi tratada a questão dos direitos individuais em 1824 foi tão expressiva que, hodiernamente, os princípios ali insculpidos se mantêm atuais. O que revela maior perplexidade, entretanto, é que (até hoje) aqueles direitos não alcançaram completa efetividade; isto é, nunca houve total interação entre as normas e a sociedade brasileira, em razão das constantes alterações constitucionais, inclusive. Tais direitos se mantiveram no plano da formalidade, sem plena materialização.

A influência do liberalismo, que tomou conta da Europa no início do século XIX, fez com que a maioria dos dispositivos erigidos à qualidade de direitos e garantias individuais em 1824 permaneçam atuais, ainda que não se possa afirmar que são plenamente eficazes. Por óbvio, o Brasil não ficou imune às novas tendências políticas e jurídicas de origem europeia, conforme apontado adiante:

Mas aqui já se constituíra uma nobreza brasileira. [...] bem como ‘uma aristocracia intelectual, graduada na sua maioria pelas universidades européias (sic), [...] que haveria de influir na formação política desses primeiros tempos, que coincidem com o aparecimento de um novo fator, um novo modificador da estrutura política, que são as novas teorias políticas que agitavam e renovavam, desde os seus fundamentos, o mundo europeu: o Liberalismo, o Parlamentarismo, o Constitucionalismo, o Federalismo, a Democracia, a República. Tudo isso justifica o aparecimento do movimento constitucional, no Brasil, ainda quando D. João VI mantinha a sua corte no Rio de Janeiro. Cogitou-se até de aplicar

aqui, salvo as modificações que as circunstâncias locais tornassem necessárias, a própria constituição elaborada pelas Cortes portuguesas, chamada Constituição do Porto'. (SILVA, 1998, p. 75)

Confirmando o que se disse, é possível mencionar direitos previstos já em 1824, e que, até a atualidade, se mostram de efetividade questionável. Veja-se o parágrafo 21, do art. 179, que tratou das condições necessárias para que um indivíduo fosse submetido ao cumprimento de pena privativa de liberdade, e estabelecia “as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes”.

Extremamente atual, em pleno século XXI, é a questão da individualização da pena e, muito mais, a relativa às condições mínimas de tratamento do ser humano preso. É de causar profundo dissabor a realidade das prisões brasileiras - realidade que não é diferente em grande parte do mundo civilizado - e a total incompetência e inoperância do Estado quando se trata de solucionar o problema.

Insta consignar, entretantes, que o preceito Constitucional de 1824 – que impunha ao Estado o dever de separar os presos em razão dos diferentes tipos de crimes e ainda de oferecer prisões com as condições mínimas necessárias para a sobrevivência e convivência humanas – não mudou a sociedade da época. Tampouco, inibiu os abusos cometidos contra aqueles que se achavam submetidos a sentenças de prisão e, até mesmo, contra aqueles que se achavam no aguardo de solução para acusações ainda não comprovadas.

Da mesma forma, apesar de passado um quarto de século da promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI) e as regras mínimas de tratamento da ONU, ratificadas pelo Brasil, não impedem as condições subumanas a que são submetidos aqueles que se acham custodiados pelo Estado, acusados ou condenados pela prática de crimes.

Essa é uma pequena demonstração da modernidade do texto da Constituição Imperial de 1824. Evidencia, por outro lado, o fato de que a República brasileira permanece sem resolver questões básicas para o bem-estar da coletividade, ainda que o ordenamento jurídico constitucional garanta os direitos individuais dos cidadãos.

Como buscamos demonstrar, a Constituição Imperial de 1824 pode ser definida como extremamente avançada para a sua época, ao

menos no que tange aos direitos e garantias individuais (ainda que toda essa modernidade não tenha tido o condão de modificar os valores sociais da época). Prova disso era a situação dos escravos, que viviam numa sociedade extremamente avançada na questão dos direitos humanos, e continuaram por muito tempo sendo concebidos apenas como objeto de direito, pertencentes aos seus donos, e não como sujeitos de direitos (seres humanos).

Importa registrar, ainda, que a Carta Política de 1824, apesar de prever expressamente inúmeros direitos e garantias individuais, não trazia em seu texto qualquer forma prescrita para sua defesa contra eventuais abusos cometidos, por autoridades ou não.

Remédios jurídicos, como o *habeas corpus* ou o mandado de segurança, não faziam parte do ordenamento jurídico durante o Império. Somos impelidos a concluir, portanto, que – embora pródiga em prever direitos e garantias individuais – a Constituição de 1824 carecia de meios que permitissem o exercício desses direitos, deixando, assim, os indivíduos à mercê de todo tipo de abuso, cometidos por autoridades ou meros pertencentes às classes sociais dominantes da época. Os direitos previstos na Constituição eram formais, nada além disso.

Por fim, analisar-se-ão as disposições constantes dos parágrafos 34 e 35, do art. 179, da Constituição de 1824², que tratam da suspensão da Constituição, especificamente, no que respeita aos direitos e garantias individuais, que continham a previsão de hipóteses em que os direitos individuais podiam ser suspensos.

Como se pode observar pela leitura do texto, em que pese o fato de a Constituição não estar dotada de meios para que os indivíduos pudessem efetivar os seus direitos e garantias individuais, e, tampouco, meios para que pudessem se proteger contra abusos, essa mesma Constituição previa

² 34. Os Poderes constitucionais não podem suspender a Constituição no que diz respeito aos direitos individuais, salvo nos casos e circunstâncias especificados no parágrafo seguinte. 35. Nos casos de rebelião ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado que se dispensem, por tempo determinado, algumas formalidades que garantem a liberdade individual, poder-se-á fazê-lo por ato especial do Poder Legislativo. Não se achando, porém, a esse tempo reunida a Assembléia (sic), e correndo a Pátria iminente perigo, poderá o Governo exercer esta mesma providência, como medida provisória e indispensável, suspendendo-a imediatamente, quando cesse a necessidade urgente que a motivou; devendo, em um e outro caso, remeter á Assembléia (sic), logo que reunida for, uma relação motivada das prisões e de outras medidas de prevenção tomadas; e quaisquer autoridades que tiverem mandado proceder a elas serão responsáveis pelos abusos que tiverem praticado a esse respeito.

expressamente os casos em que o poder constituído poderia suspender a vigência da Constituição quanto aos direitos e garantias individuais.

Não podemos deixar de realçar o subjetivismo do termo “rebelião”, como também, a não menos subjetiva expressão “pedindo a segurança do Estado”, ainda mais levando-se em consideração a época em que foi concebida aquela Constituição.

As duas primeiras Constituições Republicanas do Brasil, promulgadas em 1891 e 1934, seguiram a linha da Carta de 1824. Havia a previsão dos direitos e garantias individuais, a esta altura já consolidada nas Constituições ocidentais, evidenciando-se a inspiração liberal. Assim, dispensam-se maiores comentários.

A mudança não tardou, entretantes, e o *status quo* sofreu significativa alteração. Com efeito, em 10 de novembro de 1937, após um golpe de estado que originou a ditadura intitulada “Estado Novo”, Getúlio Vargas outorgou uma nova Constituição, que revogava a Carta Política de 1934.

Desde a Constituição Imperial de 1824, as Constituições brasileiras foram inspiradas no liberalismo, o que se refletia claramente na questão dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Não por outro motivo, frisamos, mais de uma vez, o espírito moderno e avançado da Carta Imperial de 1824. Entretanto, a Constituição de 1937, fruto de golpe de estado, brecou essa tendência.

Em novembro de 1937, Getúlio Vargas outorgava à nação a nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil, suprimindo o termo *República* do nome do país. O novo texto Constitucional nasceu sob a justificativa de uma imperiosa necessidade de mudança fundada na alegação de que “a paz política estava profundamente perturbada por conhecidos fatôres (sic) de desordem’ e pelo extremado dos ‘conflitos ideológicos’ que assim ‘colocavam a nação sob funesta iminência da guerra civil’”. (FRANCO SOBRINHO, 1970, p. 53).

Há pouco tempo do início da segunda guerra mundial, o fantasma da ameaça comunista e o avanço das ditaduras de cunho fascista-nacionalista justificavam a necessidade de medidas autoritárias para garantir a “paz”. Outorgou-se uma Constituição com claras inspirações autoritárias, que mostrava a tendência de centralização do poder, reinante em vários países europeus. A Constituição acabou apelidada de *polaca*, por ser claramente inspirada na Constituição Polonesa de 1935. Com efeito, a Constituição polonesa de 1935 “concebida no governo do Marechal Pilsudski, 1926 a

1935, conhecido como a Ditadura Moralizadora, sucedeu a Carta de 1921, de inspiração liberal, que introduziu o princípio da igualdade cidadã” (SCHILLING, 2003, p. 19).

Ao tratar da Constituição de 1937, José Afonso da Silva a qualifica como “ditatorial na forma, no conteúdo e na aplicação, com integral desrespeito aos direitos do homem, especialmente os concernentes às relações políticas” (1998, p. 175).

A supressão do Congresso Nacional e demais órgãos legislativos, estaduais e municipais, legitimou a centralização do poder nas mãos do executivo (Getúlio Vargas), e os decretos-lei passaram a ser a forma comum de manifestação do poder. Como é comum, o regime ditatorial atinge os meios de representação política pelos quais se expressa a democracia.

Sob o pretexto da necessidade de garantia da ordem pública, do bem-estar dos cidadãos e da necessidade de defesa, a Constituição previa, no seu art. 123, a limitação dos direitos e garantias individuais ao arbítrio do poder centralizado nas mãos do então Presidente Getúlio Vargas.³

Nesse diapasão, pode-se observar que os direitos individuais comportavam ressalvas e momentos de exceção, sempre com a nítida ideia de garantir o poder. Era clara a preocupação com a possibilidade de revolta da população contra o regime ditatorial vigente.

Em suma, pode-se concluir que os direitos e garantias individuais estavam garantidos, desde que não apresentassem qualquer perigo ao regime autoritário em curso. Exemplo claro disso, era a previsão expressa de possibilidade de censura prévia da imprensa – art. 122, parágrafo 15, “a”⁴ – configuradora de limitação da liberdade de expressão impensável numa democracia. O temor da ingerência de opiniões estrangeiras, mormente as de cunho democrático, se acham evidenciadas no texto constitucional; não por outro motivo, havia limitações na liberdade de pensamento e associação, por exemplo.

Ponto que merece destaque na análise do texto constitucional de 1937 era a presença do *habeas corpus* como forma de garantir o direito de

³ 123. A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

⁴ Todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação.

ir e vir do cidadão. Direito este que podia vir a ser cerceado, entretanto, sob argumentos como a necessidade de se assegurar a ordem pública.

A possibilidade de legalização da pena de morte, por meio de legislação ordinária, para os casos previstos pela Constituição, como “tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição” ou “tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social” (art. 122, parágrafo 13, “d” e “e”) demonstra que o Estado se dispunha a utilização de qualquer meio para se garantir contra investidas da população em oposição à ditadura, mesmo que sob o disfarce de livrar o país de uma possível “ditadura de uma classe social”.

Pode-se afirmar que a Constituição de 1937 impunha graves limitações aos direitos e garantias individuais, com clara inclinação à legitimação e à sustentação do regime ditatorial imposto pelo Estado Novo. E isso porque, na medida em que se observavam os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, ao mesmo tempo se apresentava uma alternativa para a limitação desses direitos e garantias. Com isso, rompia-se um processo de materialização dos direitos e garantias fundamentais, que caminhava lentamente desde 1824.

Com o fim do Estado Novo e a realização de eleições presidenciais em 1945, a democracia foi retomada. Em setembro de 1946, foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. O novo texto constitucional retomou a inspiração liberal - interrompida pelo regime autoritário - fortificada pelas consequências da Segunda Guerra, que provocaram profunda mudança nas Constituições ocidentais.

Já no artigo 1º se expressaram as opções pela República Federativa e pelo regime político representativo⁵. O retorno à democracia representativa pôs fim ao autoritarismo fundado na centralização do poder e na limitação aos direitos e garantias individuais, conforme se declarava expressamente no art. 141⁶.

A barbárie do holocausto criou um clima propício ao fim do autoritarismo político baseado na ideia de que o interesse coletivo devia ser assegurado à custa da limitação individual. Com efeito, é sabido que,

⁵ Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.

⁶ A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes.

após o florescimento do liberalismo, a concepção de *interesse público* foi utilizada como forma de defesa de regimes autoritários, por intermédio da visão enviesada de que o respeito ao indivíduo podia criar embaraços à coletividade e que, nesses casos, devia prevalecer o interesse comum. Assim, justificava-se o autoritarismo e a centralização ditatorial do poder.

Merece destaque, neste ponto, o pensamento do jurista alemão Carl Schmitt, colaborador do regime nazista alemão de Hitler, que difundiu a ideia de que o direito deveria estar submetido ao Estado, representado pelo seu condutor (*Führer*), e nunca pela autonomia do cidadão. Schmitt defendia a ditadura como forma de suplantar a incapacidade decisória decorrente da submissão da ordem jurídica estatal aos direitos individuais; para ele, a vontade do comandante da nação não podia ser questionada, já que representava a supremacia do Estado, o interesse público, portanto (ALVES; OLIVEIRA, 2012, p. 254-256).

Em *Concepto y cualidad de la Constitución Federal: identidad e defensa de la normatividad*, Raúl Gustavo Ferreyra apresenta esclarecedor decálogo demonstrando a inadequação do pensamento de Carl Schmitt aos postulados comezinhos da vida humana em uma sociedade democrática (2013, p. 12-13).

A supremacia do direito individual no Brasil, entretanto, não resistiu por muito tempo. A partir da década de 1960, a América do Sul foi tomada por uma onda de golpes de Estado perpetrados por comandos militares, que atingiu Brasil, Paraguai, Argentina, Peru, Bolívia, Uruguai, Equador e Chile.

Com efeito. Jânio Quadros foi eleito presidente do Brasil em 1960, assumiu o cargo em janeiro do ano seguinte e renunciou em agosto, permanecendo, assim, apenas sete meses à frente do governo. O vice-presidente João Goulart assumiu o cargo em setembro daquele mesmo ano. A sucessão, entretanto, não foi pacífica, já que integrantes do alto escalão das forças armadas tentaram, sem sucesso, impedir posse. A justificativa para a resistência à posse de João Goulart foi o temor pela implantação do comunismo no Brasil, fomentada pela intensa propaganda dos Estados Unidos da América contra a União Soviética.

Os militares não conseguiram impedir a posse de João Goulart, lograram, entretanto, no curto espaço de tempo entre a renúncia de Jânio Quadros e sua posse, a aprovação de uma emenda constitucional que implantou o regime parlamentarista de governo no Brasil. O objetivo,

evidentemente, era diminuir os poderes do presidente da república. O ato foi assim definido:

Essa emenda, também chamada Ato Adicional, formava-se de 25 artigos. Vinha para impor, o que é curioso em ciência política, a estrutura de um parlamentarismo híbrido. Criava um Conselho de Ministros limitando as prerrogativas normais do presidente da República. Ao presidente cabia apenas algumas atribuições de representar a nação e de conceder condecorações, enquanto ao Conselho de Ministros cabia a ‘direção e a responsabilidade da política do governo (sic) assim como a administração federal’. (FRANCO SOBRINHO, 1970, p. 56)

A mudança não foi suficiente, a insatisfação dos militares aumentou e resultou na deposição de João Goulart, em 31 de março de 1964. As forças armadas assumiram o comando da nação e, a partir de então, o cenário político-jurídico do país sofreu impactantes alterações.

Dois Atos Institucionais foram idealizados e impostos pelo Alto Comando da Revolução, denominação adotada pelos próprios militares, e acatada por todos que entendiam a tomada do poder como uma verdadeira revolução, e não um golpe contra a democracia. Com os dois Atos Institucionais, datados de 9 de abril de 1964 e 27 de outubro de 1965, legitimou-se o governo de exceção e se abriu o caminho para uma nova ordem constitucional, investindo-se de poder constituinte o governo ditatorial em curso. Sem pudor, adeptos da teoria da revolução reverenciaram o final da democracia e o início da ditadura, que se tentou legitimar por atos institucionais:

No Brasil, com o Ato Institucional nº 1, procurou-se a legitimação de uma situação de fato, irrecorrível, realizada, onde a mudança de governo já se tinha efetivado com o controle da nação pelo Alto Comando da Revolução. [...] A importância do Ato Institucional nº 2, outorgado num período de conturbação ambiente, está incorporado à história constitucional do país. É um documento, pela extensão do significado, preparador da carta de 34 de janeiro de 1967. (FRANCO SOBRINHO, 1970, p. 60)

Em 24 de janeiro de 1967, o Congresso Nacional decretou e promulgou a Constituição da República Federativa do Brasil, que, além de estabelecer o retorno da república presidencialista, fortaleceu, sobremaneira, a figura do presidente da república. Assim, o regime parlamentarista,

imposto ao Congresso Nacional pelos militares que temiam a *ameaça comunista*, não servia à *revolução*, perpetrada por eles próprios.

Nos anos que se seguiram à tomada do poder pelos militares, cada vez mais, o regime mostrava a sua verdadeira identidade de regime ditatorial. A participação popular no exercício do poder não ficaria imune ao endurecimento do regime. Expressão maior da repressão imposta pela ditadura se deu com o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968.

Nem mesmo os simpatizantes do regime de exceção conseguiram tratar o AI 5 de forma amena; as limitações impostas pelo ato eminentemente ditatorial atingiram em cheio os poucos resquícios de liberdade individual e política dos cidadãos brasileiros. Vejamos as palavras de Franco Sobrinho, defensor dos “ideais revolucionários de 1964”, sobre as restrições impostas por intermédio do AI 5:

A consequência (sic) maior está na suspensão da garantia do ‘habeas corpus’ nos casos de crimes políticos e contra a economia popular. A garantia do ‘habeas corpus’, em face da tradição do direito brasileiro, somente (sic) podia suspensa ser nos casos de estado de sítio. Outra consequência (sic) se reflete no artigo 11 do Ato nº 5 excluindo de ‘qualquer apreciação judicial os atos praticados com base no Ato Institucional n.º 5 e seus atos complementares, bem como seus efeitos’. (1970, p. 99)

Em 1969, o governo ditatorial do Brasil, representado pelos Ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica, assumiu completamente sua natureza autoritária e, com base no poder atribuído pelos inúmeros atos institucionais em vigor, promulgou a Emenda Constitucional I, de 17 de outubro de 1969. A emenda alterou a esmagadora maioria dos artigos da Constituição de 1967, criando, de fato, uma nova Constituição.

Em que pese a manutenção da república e do sistema político representativo no art. 1º da Emenda Constitucional⁷, o que houve (de fato) foi uma ditadura de triste memória para o Brasil. Novamente, os direitos e garantias individuais foram demonizados e alçados à condição de terrível ameaça ao interesse público, e podiam ser suspensos pela decretação das medidas de emergência consistentes no estado de sítio e estado de emergência.

⁷ O Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 1º Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.

A ditadura militar perdurou até 1985, quando Tancredo Neves venceu as eleições presidenciais indiretas, realizadas pelo colégio eleitoral formados por deputados federais e senadores. Tancredo Neves faleceu sem tomar posse e, em seu lugar, assumiu José Sarney, que conduziu o governo durante a elaboração da nova Constituição.

2 REDEMOCRATIZAÇÃO E CENTRALIDADE DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988 foi elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte, formada por Senadores e Deputados Federais, que declararam agir sob o espírito de colocar o país, definitivamente, no caminho democrático, após uma fase recheada de abusos do poder público contra os direitos e garantias individuais do povo brasileiro.

A Constituição cidadã, como passou a ser conhecida, deixou clara a imensa preocupação dos constituintes com a questão dos direitos e garantias individuais. Analítica, como as demais Constituições brasileiras, encarta em seu artigo 5º extenso rol de direitos e garantias individuais e coletivos, considerados invioláveis⁸.

Não há como negar o caráter garantista da Constituição de 1988. A ânsia da população pela redemocratização do país, facilmente verificável pelas manifestações populares ocorridas na época, em processo que ficou registrado na história como “Diretas já”, influenciou o legislador constituinte, que procurou de todas as formas expressar o caráter democrático-garantidor da Carta de 1988.

Entretanto, conforme dissemos ao analisar o texto Constitucional de 1824, a simples positivação do direito não é capaz de garantir a efetividade do mandamento, tornando-se imperioso o processo de interação, que é a única forma de garantir a efetividade plena das normas constitucionais. E, ainda assim, esse processo enfrenta percalços naturais, conforme se retrata, adiante:

À evidência, por mais radical transformação que determine numa sociedade, uma nova Constituição jamais deixa de assimilar pelo menos alguns valores jurídicos, e diversos aspectos do modo de ser político e social anteriores à sua

⁸ 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 seguintes termos.

vigência: seus elaboradores sempre terão sido pessoas formadas culturalmente sob o regime constitucional anterior; além disso, não se muda por imposição constitucional ou legal, do dia para a noite, costumes enraizados numa sociedade ao longo de décadas, quando não de séculos. (SILVA, 2001, p. 11).

Que a Constituição de 1988 representou significativo avanço, tendo em vista a situação vivida pelo país até então, não há como negar. Exemplo disso, é que em função do declarado desejo de se efetivar a obediência aos direitos individuais fundamentais, novos remédios jurídicos constitucionais, como o *habeas data* e o mandado de injunção, foram acrescentados ao rol de garantias constitucionais.

A exemplo das Constituições democráticas anteriores, entretanto, necessita de tempo para sua plena integração com a sociedade. E, sobretudo os direitos e garantias individuais, somente serão plenamente eficientes à medida que a participação popular pela vida do sistema político representativo seja eficaz.

Por fim, anote-se que a própria noção contemporânea de Constituição se relaciona intimamente com a ideia de respeito à dignidade humana, como postulado mínimo de organização social, na condição de *superprincípio*. O constitucionalismo moderno conferiu legitimidade ao surgimento da Constituição moderna, entendendo-se sob esta denominação “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (CANOTILHO, 2003, p. 52).

A ideia de Constituição, em si, remete automaticamente a uma série de categorias tidas como essenciais para a vida humana em uma sociedade democrática, tais como, liberdade, igualdade, direitos humanos e suas garantias, organização e limitação dos poderes estatais constituídos (FERREYRA, 2013, p. 5).

A existência de uma Constituição democrática, entretanto, não garante uma sociedade plenamente democrática e moderna. A Constituição democrática até pode ser vista como essencial, mas somente será instrumento da democracia moderna, caso expresse um verdadeiro modelo de atuação estatal. Daí se afirmar que de democracia nunca é um produto pronto, acabado, mas uma constante construção. Tal assertiva pode ser ratificada nesta fala:

A democracia moderna avançada não é simplesmente um determinado dispositivo de técnica jurídica sobre como

colocar em vigor textos e normas; não é, portanto, apenas uma estrutura (legislatória) de textos, o que vale essencialmente também para o Estado de Direito. Não é tão-somente *status activus* democrático. Além disso, ela é - e nesse sentido ainda ao nível da estrutura textual - o dispositivo organizacional para que prescrições postas em vigor de forma democrática também caracterizem efetivamente o fazer do Poder Executivo e do Poder Judiciário. É o dispositivo organizacional para que impulsos de normatização democraticamente mediados configurem aquilo, para que eles foram textificados e postos em vigor com tanto esforço: a realidade social cotidiana (e com isso também a realidade individual). [...] Democracia significa direito positivo – o direito de cada pessoa. (MÜLLER, 2003, p. 114)

Não é de se estranhar, portanto, que a evolução constitucional brasileira seja marcada por avanços e retrocessos no que respeita à previsão de direitos e garantias individuais, tanto quanto é marcada por momentos de avanço na busca da legitimidade democrática, intercalados por períodos obscurecidos por regimes autoritários que primaram pela limitação da liberdade individual e concentração do poder.

3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMO PARÂMETRO PARA A ATUAÇÃO ESTATAL

Conforme mencionado de início, a atual Constituição estabelece um Estado democrático de Direitos, com fundamentos e objetivos próprios. Não há como negar que aos direitos e garantias fundamentais foi conferida centralidade e protagonismo nos fundamentos e objetivos da República. Disso decorre, indubitavelmente, a noção de que tais direitos e garantias devem nortear a atuação do Estado no fortalecimento dos seus fundamentos e na busca dos seus objetivos.

Importante mencionar também, nesse momento, que a democracia legítima não pode se limitar ao respeito às liberdades civis, pois, deve necessariamente respeitar também os direitos humanos, incluindo todos os indivíduos e não apenas aqueles com direito ao voto (MÜLLER, 2003, p. 76).

E isto, considerando-se, ainda, que “no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito, modelo adotado pela Constituição Brasileira de 1988, a ação dos Poderes Públicos é especialmente relevante para se atingirem objetivos coletivos transformados em princípios e regras juridicamente vinculantes” (DUARTE, 2013, p. 16).

Observe-se, entretanto, que a atividade parlamentar representativa não caminha sozinha no mister de legitimar a democracia, já que:

[...] disso faz parte não apenas a atuação dos políticos, mas também o trabalho prático da docência, da pesquisa e sobretudo da decisão dos juristas, pois o seu fazer é operacionalizado nos termos do Estado de Direito somente em caso de procedimento racionalmente controlável dos titulares das funções jurídicas no Executivo e no Judiciário, bem como no trabalho prévio para o Legislativo. E só então existe a oportunidade de que ao menos uma parte relevante da vida social seja determinada pela democracia, à medida que ela ainda possa ser genericamente controlada pelo direito". (MÜLLER, 2003, p. 87).

Os objetivos enumerados no art. 3º da CF, pontuados inicialmente (construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma discriminação), somente serão alcançados, de fato, reconhecendo-se que os direitos e garantias fundamentais vinculam juridicamente a atuação dos Poderes Públicos.

O estabelecimento da dignidade humana, na condição de *superprincípio*, "significou a prevalência da igualdade material sobre a igualdade meramente formal consagrada em todos os outros textos constitucionais brasileiros da República" (BERTOLIN; BENEDITO, 2013, p. 371-372).

O *sistema* estabelecido pela CF leva, inevitavelmente, à conclusão de que, na busca pelos objetivos da República - que se impõe aos Poderes Públicos -, a atuação estatal deverá ter por parâmetro os direitos e garantias fundamentais, sob pena de se ferir de morte a busca pela democracia avançada. Nesse passo, mostra-se interessante a observação de Ralph Christensen:

Se a democracia se torna apenas possível enquanto impossível, postergada e dividida pela soberania da constituição, ela não pode mais ser compreendida de acordo com a fórmula simples do governo do povo. Muito pelo contrário, ela deve ser compreendida como dificuldade progressiva do governo por meio do povo. (MÜLLER, 2003, p. 42).

E, também interessante e crucial, a observação de que “uma constituição democrática não pode alcançar a legitimidade de uma vez para sempre, mas apenas em um processo que se renova de maneira permanente”. (MÜLLER, 2003, p. 42).

Não há dúvida, ainda, acerca da possibilidade de se submeter ao Judiciário o descumprimento dos direitos e garantias fundamentais pelo Estado⁹. Dessarte, impõe-se a afirmação de que a atuação de qualquer dos Poderes Públicos poderá ser questionada judicialmente sempre que não for norteadada pelo absoluto e irrestrito respeito aos direitos e garantias fundamentais. Já que são, tais direitos e garantias, princípios juridicamente vinculantes, aos quais a atividade Estatal (em qualquer de suas esferas) está submetida.

CONCLUSÃO

Uma análise da evolução histórico-constitucional brasileira, sob qualquer aspecto, não prescinde da observação de que estão sendo considerados aproximadamente dois séculos da evolução humana ocidental, na qual o Brasil está inserido. Daí, porque imperioso considerar a profunda influência dos diversos estágios da evolução humana e social nos quais cada um dos textos constitucionais foi concebido.

Exemplos evidentes dessa influência marcaram as Constituições de 1824 e 1937. Impossível olvidar que a modernidade do texto da Constituição Imperial se deveu ao liberalismo europeu da época. Da mesma forma, não se pode negar a influência dos movimentos totalitários europeus do início do século XX na Constituição de 1937, que se mostrava praticamente uma cópia da Constituição polonesa de 1935.

Não é menos verdade, também, que o temor pela “ameaça comunista”, fruto da intensa propaganda norte-americana durante a Guerra Fria, foi decisivo para que a América Latina fosse tomada por

⁹ É certo - tal como observei no exame da ADPF 45/DF [...] que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...]. Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. (Supremo Tribunal Federal. Ministro Celso de Mello. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5-São Paulo). .

ditaduras frutos de golpes militares na década de 1960.¹⁰ E que, por outro lado, a redemocratização da década de 1980 teve como pano de fundo a intolerância ocidental em relação aos regimes autoritários.

Feitas as considerações necessárias, e em atenção ao objetivo declarado do presente trabalho, passa-se aos delineamentos conclusivos em relação à previsão constitucional de direitos e garantias individuais como fator determinante da efetividade do sistema político representativo brasileiro, que se propõe a dar vida à soberania popular, base de sustentação da democracia.

Mostra-se incontestável, hodiernamente, que a legitimidade da democracia exige mais que a participação popular pelo voto, até porque o exercício da cidadania pelo voto não contempla a integralidade do povo já que se limita aos eleitores e, além disso, evidencia o problema dos interesses das minorias vencidas nas consultas populares.

Vista a Constituição, desde que elaborada por assembleia popularmente eleita, como primeira manifestação da representação popular pela via da atuação parlamentar, é possível afirmar que a previsão de direitos e garantias individuais e sua intangibilidade pelo Estado são essenciais para legitimação da democracia.

Ainda que o texto constitucional estabeleça as bases para um Estado de Direito e consagre a fórmula de que todo poder emana do povo, somente o respeito integral aos direitos e garantias individuais permitirá que o poder seja efetivamente exercido pelo povo. Muito além da utilização do voto como forma de legitimação do poder, a democracia exige que Estado atue em busca do respeito integral aos direitos e garantias fundamentais. Assim, cabe ao indivíduo o direito de resistência contra o abuso do poder, além de receber prestações estatais positivas voltadas ao respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, além das atuações dos Poderes Executivo e Judiciário, destaca-se a atuação do Poder Legislativo, com a inestimável função de estabelecer parâmetros legais para a atuação dos dois primeiros, sempre tendo como inspiração a declaração de direitos e garantias.

Se é certo que o texto constitucional, por si, não tem o poder de mudar a realidade de um Estado (pois somente a interação entre a

¹⁰ Não é objetivo do presente trabalho se aprofundar nas causas ensejadoras das ditaduras militares latino-americanas, das décadas de 1960 e seguintes. Em virtude disso, não se questionará além da influência ideológica norte-americana e, tampouco, se houve apoio efetivo dos EUA para os golpes militares ou para a manutenção dos regimes ditatoriais citados.

Constituição e a sociedade permite a sua absoluta eficácia), pode-se afirmar, também, que compete aos representantes do povo atuar com objetivo de garantir a plena fluência dos direitos e garantias individuais. E, com isso, garantir que se avance rumo à legitimação da democracia pautada pela soberania popular.

É de se salientar que esse processo de interação deve ter solução de continuidade, uma vez que a democracia está sempre em construção, da mesma forma como os direitos e garantias fundamentais estão sempre em busca de aprimoramentos conceituais e aptos a novas conquistas voltadas à concretização do respeito à dignidade humana.

A ação Estatal, dessarte, em qualquer de suas formas ou esfera, deverá ter como parâmetro de verificação de legitimidade, a incondicional busca dos objetivos estabelecidos pela Constituição. E, sempre tendo como meio para tanto, ações que se pautem pela supremacia dos direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Adamo Dias; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Carl schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 105, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/P.0034-7191.2012v105p225/187>>. Acesso em: 16 dez. 2013.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins; BENEDITO, Alessandra. Ações afirmativas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O direito e as políticas públicas no brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O direito e as políticas públicas no brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREYA, Raúl Gustavo. Concepto y cualidad de la constitución federal: identidad e defensa de la normatividad. In: **CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL JORGE CARPIZO**, 11ª edição, 2013, San Miguel de Tucumán. Problemas, novedades y desafíos del constitucionalismo iberoamericano. San Miguel de Tucumán, 2013.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **História breve do constitucionalismo no brasil**. 2. ed. Curitiba: [s.n], 1970.

MORAES, Alexandre. Reforma política do estado e democratização. **Revista de direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, n. 32, p.116-146, jul./set. 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? a questão fundamental da democracia**. Tradução Peter Naumann e revisão de Paulo Bonavides. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad Editora, 2003.

SCHILLING, Voltaire. Polônia: a luta pela liberdade. In: SCHILLING, Voltaire; GUSMÃO, Luiz Alberto. **Caderno de História**. Porto Alegre: Memorial do RS, 2003. Disponível em: <<http://www.memorial.rs.gov.br/cadernos/polonia.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Versión española de Francisco Ayala. 2ª reimpresión. Salamanca: Alianza Universidad Textos, 1996.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. **Constituição e sociedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.