

que cada ministro é individualmente responsável perante o presidente.

O princípio da separação dos poderes tem como principal efeito privar o presidente e as assembleias de meios de ação importantes. O presidente, porque não é politicamente responsável perante as assembleias, não pode ser ameaçado de destituição; também não pode, de sua parte, dispor sobre a dissolução das assembleias. Estas, por sua vez, não podem indiscriminadamente promover a responsabilidade do presidente ou de seus ministros.

Ainda diante do princípio da separação de poderes, certas regras complementares determinam o relacionamento entre o presidente e as assembleias, no regime presidencialista, pois tal princípio produz ainda outros efeitos, a saber: os ministros são escolhidos à margem da manifestação das assembleias, pois estas não intervêm na atividade daqueles. Já os ministros também não participam da elaboração das leis, pelo menos diretamente. Mais ainda: as comissões constituídas dentro das assembleias são independentes. Todavia, existem limites quanto a essa separação e, no mais das vezes, se estabelece de fato entre o órgão executivo e o legislativo visível colaboração, tal como seja o caso do veto ou do pedido de reexame de projeto de lei, a ratificação pelo Senado de certas nomeações etc.

Eis, em resumo, a dinâmica e o quadro geral de funcionamento dos dois sistemas de governo: o parlamentar e o presidencial.

5

Direito constitucional

Aspectos Gerais

O poder constituinte. Aspectos gerais da Constituição vigente. Órgãos do Estado. A divisão de poderes. Direitos e garantias individuais. O “habeas corpus” e outros direitos.

Chama-se Constituição, no sentido jurídico, a lei básica e suprema de uma sociedade politicamente organizada. É um conjunto de normas sintéticas que estruturam o Estado e dão-lhe organização jurídica, social e política, estabelecendo também os direitos e as garantias individuais.

Não é preciso ressaltar o valor da Constituição: ela torna claras as atribuições, fixa os limites do poder, define os direitos, deveres e garantias individuais e coletivas. Daí por que Rodrigo Octavio refere-se à Constituição como “a forma extrínseca da soberania”. O mesmo autor esclarece que “o valor de uma Constituição está na razão direta da sua adaptação às circunstâncias, desejos e aspirações do povo, e tanto mais eficaz será se contiver em si os elementos de estabilidade, permanência e segurança contra a desordem e a revolução. Para que isto se verifique é necessário que ela seja nacional, isto é, que os seus princípios correspondam ao caráter, temperamento, índole, usos, costumes e elementos históricos do povo...”.

A Constituição pode ser estudada sob seu aspecto formal e seu aspecto material.

No aspecto formal a Constituição é um sistema de normas sob as quais o Estado se organiza. Essas normas podem incorporar-se em uma só lei ou em leis especiais, nas quais se contêm as regras fundamentais de organização do Estado. Quando as normas se incorporam em uma só lei, esta se chama Constituição política, como é o caso do Brasil e da maioria dos países.

Sob o aspecto material a Constituição é o complexo de órgãos que estruturam o Estado e por meio dos quais o poder é exercido; assim, sob esse prisma, todo Estado tem sua Constituição, sendo nela que ele se corporifica.

As Constituições formais podem ser escritas ou costumeiras, sendo que as escritas, por sua vez, podem ser rígidas ou flexíveis.

A Constituição é escrita quando resulta de textos de leis coordenados num sistema; é o caso do Brasil e de quase todos os países do mundo. A Constituição é costumeira quando resulta da prática consagrada pelos usos e costumes do povo e de sua tradição histórica. País que consagra a Constituição costumeira é a Inglaterra, cuja norma básica remonta à *Magna Carta Libertatum*, editada em 1215 pelo Rei João Sem Terra.

As Constituições escritas foram divulgadas em fins do século XVIII por influência da Constituição norte-americana e da Revolução Francesa. Surgiram o sistema de Constituição escrita e a distinção entre Constituição rígida e Constituição flexível.

A Constituição rígida caracteriza-se pela prevalência de seus preceitos aos das leis ordinárias. Estas jamais poderão contrariar preceitos constitucionais sob pena de serem consideradas inconstitucionais, tornando-se nula a sua validade jurídica quando o Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade.

É que, a partir da ordem escalonada que figura na célebre pirâmide kelseniana, sobre cujo ápice se situa a norma fundamental pressuposta e hipotética, estabelece-se uma hierarquia entre as normas postas (*jus positum* ou direito positivo).

As nações que adotam o sistema de Constituição escrita, a par da rigidez constitucional e além da divisão de poderes, têm basicamente como pressuposto de validade das normas infra-estruturais a Constituição, sob a qual se escalonam hierarquicamente todas as demais normas jurídicas.

Assim, se houver íntima fusão entre a função legislativa e a judiciária, liquidar-se-á com o princípio de certeza do direito, que constitui uma das mais sólidas garantias do cidadão, enquanto lhe permite saber, com antecipada exatidão, o que a lei lhe permite e o que, em compensação, lhe proíbe (Biscaretti di Ruffia, *Derecho constitucional*, p. 507 e s.).

É despidendo ressaltar a preocupação de atribuir-se à função jurisdicional a incumbência de velar pela constitucionalidade das leis. Há países até, como a Itália, que cometem essa função a uma Corte especial: o Tribunal Constitucional (Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, p. 332 e s.).

A preeminência da função jurisdicional tem sido realçada por inúmeros autores nacionais e estrangeiros, apesar da reação que, em França, ao depois da Revolução, se estabeleceu contra aquilo que ali se designou por “ditadura da toga” (Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Cap. 3, v. 1, cit.).

Desde a primeira Constituição Republicana, o Brasil timbra em fazer do Poder Judiciário o único intérprete e aplicador da Constituição (Pedro Lessa, *Do Poder Judiciário*, p. 134 e s.).

Então, pois, a norma fundamental é a fonte e o fundamento de validade do sistema de normas, de cuja pluralidade constitui a unidade. Uma norma jurídica é válida, ou não, na medida em que esteja conforme à norma fundamental. Esta gera o direito positivo nacional, qualquer que seja seu conteúdo (Hans Kelsen, *Teoria pura do direito*, cit., v. 2, n. 34 e 35).

Há dois órgãos que não podem arrogar-se o exame da constitucionalidade das leis: um deles é o emanador da norma (o Legislativo ou o Executivo), e o outro, o seu destinatário (ou seja: o governado). Portanto, somente ao órgão jurisdicional incumbe o exame da constitucionalidade das leis. Ele é calcado na lei e é o titular de sua própria competência.

No sistema brasileiro, quando se fala em inconstitucionalidade de lei, reporta-se a dois momentos: enquanto a norma não for declarada inconstitucional, é lei; só deixa de sê-lo quando declarada inconstitucional. Tal problema foi equacionado e resolvido por Kelsen e, no Brasil, pelo Prof. Celso Seixas Ribeiro Bastos (*Elementos de direito constitucional*, cit.). Com esta posição fica superada a norte-americana, qual a de que a lei inconstitucional já traz consigo a invalidade; é nula desde o início. Não é exato. Toda lei traz consigo a presunção de constitucionalidade, porque formalmente produzida de acordo com o sistema. Portanto ela existe, ou seja, é válida. Com as Constituições rígidas estabelece-se a subordinação hierárquica entre leis ordinárias e Constituição. Assim, quanto a elas, não vigora o princípio de que a lei posterior revoga a anterior ao regular o mesmo assunto por forma diferente, pois prevalece o preceito constitucional e não o da lei ordinária.

Na hipótese de Constituição flexível não se estabelece entre a Constituição e a lei ordinária nenhuma categoria hierárquica de prevalência e validade jurídica superior daquela sobre esta. A dessemelhança entre a Constituição e a lei ordinária refere-se apenas à matéria de que uma e outra cogitem. Assim, a lei ordinária pode incluir em seu texto norma de direito constitucional, não existindo nenhum problema de constitucionalidade da lei. Nestas condições, o princípio de que a lei posterior revoga a anterior tem plena validade e funcionamento.

No caso de Constituição flexível, o Poder Legislativo é dividido em dois âmbitos: um que, em dado momento, exerce o poder constituinte, e outro que exerce de ordinário o Poder Legislativo propriamente dito, conforme a matéria a ser tratada.

No caso de Constituição rígida, como se verifica no Brasil, o poder constituinte é inteiramente separado do Poder Legislativo. Aquele é convocado especialmente para elaborar o texto da Constituição, ao passo que o Legislativo tem a missão de elaborar apenas leis ordinárias. No caso de haver reforma constitucional, essa reforma haverá de obedecer aos requisitos estabelecidos pela própria Constituição e, conforme o sistema adotado, terá tramitação que poderá variar: ou se exige maioria

absoluta ou qualificada do Congresso, ou se exige que a proposição da reforma seja renovada para aprovação no período legislativo seguinte, ou se consultam os poderes legislativos estaduais, no caso de Estado Federal etc. Se o Congresso se reúne para votar emendas à Constituição, fica investido de poder constituinte.

Quando se fala em maioria, é bom que se expliquem as suas três espécies: a maioria é simples quando se refere a mais da metade dos membros presentes à sessão; é absoluta a maioria que depende da presença de mais da metade dos membros do respectivo órgão; finalmente, é qualificada a maioria de dois terços dos membros.

Se do cálculo não resultar número inteiro, a aproximação se dá sempre pelo número maior; exemplo: dois terços de treze são nove.

Finalmente, quanto à sua elaboração, as Constituições podem ser históricas, dogmáticas e outorgadas.

Históricas são as Constituições costumeiras, a exemplo, já se viu, da Inglaterra — que se baseia no desenvolvimento dos direitos de seus cidadãos pelos usos e costumes, e portanto da tradição histórica.

São dogmáticas as Constituições elaboradas pelas assembleias constituintes, integradas por representantes do povo especialmente convocados para isso.

As Constituições outorgadas são resultado de concessões que o governo faz ao povo, independentemente da manifestação direta deste por seus representantes.

As Constituições brasileiras são as seguintes:

- 1) a de 25 de março de 1824;
- 2) a de 24 de fevereiro de 1891;
- 3) a de 16 de julho de 1934;
- 4) a de 10 de novembro de 1937;
- 5) a de 18 de setembro de 1946;
- 6) a de 24 de janeiro de 1967;

7) a de 17 de outubro de 1969;

8) a de 5 de outubro de 1988.

A primeira — que foi a do Império — foi outorgada por D. Pedro I. A quarta, isto é, a de 1937, foi outorgada pelo Presidente Getúlio Dornelles Vargas. As de 1891, 1934, 1946 e 1988 foram Constituições dogmáticas, porque oriundas de poder constituinte convocado especialmente para editá-las.

Não se pode afirmar que as duas penúltimas Constituições do Brasil tenham sido promulgadas. Elas foram elaboradas pelo Poder Legislativo excepcionalmente investido de poder constituinte, embora sem a eleição direta do povo, para a missão de elaborar o texto constitucional. Aliás, a penúltima Constituição foi objeto, na verdade, de uma emenda constitucional, que recebeu o n. 1.

Quando a Constituição é outorgada costuma chamar-se “carta constitucional”.

O poder constituinte

O poder constituinte pode ser aplicado ao estabelecimento ou à revisão da Constituição, em sentido formal. Ele pode ser originário, quando se aplica à elaboração da Constituição — fato que só ocorre por ocasião do surgimento de um novo Estado ou depois de uma revolução. Ele pode, ainda, ser derivado, quando se destina à revisão da Constituição, e deverá ser exercido nas condições previstas pela própria Constituição, tal se viu acima.

Adotado o princípio da legitimidade democrática, o poder constituinte, que, com efeito, se destina a preencher um vácuo jurídico, pertence necessariamente ao povo. Este tanto pode exercê-lo por intermédio de representantes eleitos (é o caso da Assembléia Constituinte) como por meio de manifestação direta, ou seja, o referendo.

Assim, por poder constituinte entende-se a faculdade que cabe ao povo de elaborar sua Constituição política.

Aspectos gerais da Constituição vigente

A atual Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte, em Brasília, no dia 5 de outubro de 1988. Tem como princípios fundamentais a união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se a República em Estado democrático fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Estabelece que todo o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos.

Seus princípios não se afastam substancialmente dos adotados no País desde 1934. É portanto uma Constituição intervencionista porque admite a intervenção do Estado na ordem privada e, além de fixar seus fins jurídicos, permite-lhe o cumprimento de fins sociais.

Possui a Constituição nove títulos, a saber:

I — “Dos Princípios Fundamentais”, que se acenam acima.

II — “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, em que o legislador constituinte prescreve normas sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos.

III — “Da Organização do Estado”, onde se encontra a estrutura político-administrativa da nação relativamente à União Federal, aos Estados Federados, aos Municípios, ao Distrito Federal e aos Territórios, além de regras sobre a intervenção nos Estados e Municípios, sobre a administração pública e seus servidores civis e militares e sobre as regiões.

IV — “Da Organização dos Poderes”: Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo certo que o Poder Legislativo, no âmbito federal, é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe do Senado Federal e da Câmara dos Deputados; nos Estados, o Legislativo é exercido pelas Assembléias Legislativas, e nos Municípios, pelas Câmaras de Vereadores, ou Câmaras Municipais. O Poder Executivo Federal é exercido pelo presidente e

para o cargo público que ocupa. O cargo por si mesmo não pode constituir órgão do Estado, pois lhe faltaria a atividade biopsíquica que somente o ser humano pode realizar. A pessoa, por outro lado, só agirá em nome do Estado, enquanto investida em determinado cargo, ao qual correspondem determinadas tarefas e poderes.

Os órgãos do Estado são a exteriorização do poder do Estado, ou seja, um aspecto do mesmo Estado considerado em uma de suas múltiplas atividades.

O órgão não tem fins próprios nem personalidade jurídica, porque nele há a projeção da personalidade jurídica do Estado. Portanto os órgãos não são diretamente responsáveis pelos atos praticados por quem exerça as funções a eles correspondentes, cabendo tal responsabilidade ao próprio Estado.

A coordenação dos órgãos é realizada por meio da competência, definida como a medida ou complexo de poderes a eles atribuídos. Assim, cada órgão só poderá atuar dentro dos limites de sua competência.

Essa competência pode verificar-se em relação à matéria, ao território e ao grau.

A competência em razão da matéria restringe a atuação do órgão a determinada tarefa ou conjunto de tarefas, cuja execução constitui a razão dos mesmos órgãos. Exemplo: ministérios.

A competência quanto ao território restringe a atuação do órgão a determinada região territorial. Exemplos: o ministro da Fazenda e o delegado regional do Imposto de Renda.

A competência quanto ao grau parte da circunstância de que os órgãos não se encontram todos sobre um mesmo plano, mas sobre planos diferentes, subordinando-se uns aos outros de modo sucessivo. Trata-se da competência em função de hierarquia. Exemplos: o presidente da República, os governadores de Estado, os prefeitos municipais (cf., também, Mário Masagão, *Curso de direito administrativo*, cit. V. neste livro a parte referente ao direito administrativo).

A divisão de poderes

Algumas funções são fundamentais e não podem deixar de ser efetivadas, sob pena de deixar de existir o próprio Estado.

Essas funções básicas consistem:

a) Na elaboração de normas gerais e abstratas que devem regular a estrutura mesma do Estado, as relações deste com os particulares e as dos particulares entre si, ou seja, a função legislativa.

b) Na aplicação da norma — geral e abstrata — aos casos concretos, ou seja, a função jurisdicional ou judiciária.

c) Na realização dos serviços públicos tendentes a assegurar a ordem interna, defender a soberania nacional e promover o bem comum, ou seja, a função executiva ou administrativa.

A atribuição de cada uma das funções a determinado poder constitui idéia relativamente moderna, resultado da luta contra o absolutismo.

Assim foi que Montesquieu partiu da consideração de que, “segundo uma experiência eterna, todo homem tende a abusar do poder que lhe foi atribuído, só não o fazendo se encontrar limites à sua ação. E, para que ninguém possa abusar do poder, é necessário que, pela disposição das coisas, ‘o poder limite o poder’”.

Essa forma de limitação é encontrada na atribuição das funções básicas do Estado a três poderes independentes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.

O princípio da separação de poderes foi inscrito nas primeiras Constituições modernas, a partir da do Estado de Virgínia, em 1776, e na dos EUA, em 1787. A declaração francesa de “Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, no art. 16, estatui: “toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada, nem determinada a separação de poderes, não tem Constituição”.

A Constituição brasileira do Império (de 25-3-1824), no art. 9º, rezava: “A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o prin-

cípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”.

Não obstante a adoção do princípio da separação de poderes, não só pelos juristas como pelas próprias Constituições, nunca existiu uma identidade perfeita entre a função (de caráter objetivo) e o poder (de caráter subjetivo).

A função legislativa, concernente à elaboração de normas gerais e abstratas que estabelecem a estrutura do Estado, suas relações com os particulares e as destes entre si, nem sempre é atribuída, de modo integral, ao Poder Legislativo.

A função jurisdicional ou judiciária, caracterizada pela distribuição da justiça (ou seja, a aplicação da norma geral e abstrata aos casos singulares), é exercida pelo Poder Judiciário.

Além da inexistência da perfeita identidade entre determinada “função” e o “poder” correspondente, não é real a completa independência entre os poderes, notando-se a superioridade ora de um, ora de outro, sobre os demais.

O Executivo, para realizar suas tarefas, necessitou ampliar, sobremaneira, o quadro de servidores e aumentar os recursos necessários. Passou também a dispor quanto a aspectos essenciais à vida de um povo, assim como os relativos à moeda e câmbio, às indústrias de base, à produção e circulação de bens etc., ressaltando-se a importância, oriunda do desenvolvimento dos meios de transporte e vias de comunicação em geral, das forças armadas no tocante à função da defesa do território nacional, e da diplomacia, no campo das relações internacionais.

Compete ainda ao Executivo, em regra geral, o comando da ação política, ou seja, a coordenação dos vários poderes do governo e a fixação de diretrizes uniformes de ação (v. “Direito administrativo”, neste livro).

Já nos primórdios do constitucionalismo moderno, enquanto nos países europeus prevalecia a tese da impossibilidade de qualquer exame da constitucionalidade das leis, nos Estados Unidos da América do Norte ganhava consistência a idéia de se atribuir ao Judiciário competência para rever as leis, quanto à constitucionalidade.

O princípio da revisão constitucional pelo Judiciário foi estabelecido naquele país, de maneira categórica, em 1803.

Alguns autores criticam a competência atribuída ao Judiciário para rever a constitucionalidade das leis, salientando que tal possibilidade implicaria o “governo dos juizes”, uma “oligarquia judicial”: a “aristocracia da toga”.

No Brasil, a tese americana foi adotada pela Constituição de 1891, tendo sido Rui Barbosa o seu grande defensor. Qualificando o Supremo Tribunal Federal como o “derradeiro árbitro da constitucionalidade dos atos do congresso”, salientava Rui que a competência para tal mister constituía não só “direito inabalável ou inalienável”, como, principalmente, “dever de guardar a Constituição contra os atos usurpatórios do governo e do congresso” (Anacleto de Oliveira Faria, *Instituições de direito público*, cit., e Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1933).

As demais Constituições brasileiras mantiveram a mesma orientação, sendo que a atual Carta consagrou, em toda a plenitude, a tese da revisão, pelo Judiciário, da constitucionalidade das leis, atribuindo tal faculdade, em última instância, ao Supremo Tribunal Federal. Porém, só pelo voto da maioria absoluta dos seus membros poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público. O direito brasileiro foge ao modelo norte-americano e se curva à influência francesa.

Por isso dizemos nós, em outro livro, que o Poder Judiciário é o último reduto de todas as garantias (Ricardo Teixeira Brancato, *Imposto sobre imposto*, Revista dos Tribunais, 1956).

É preciso referir que, quando o Supremo Tribunal Federal declarar, no todo ou em parte, a inconstitucionalidade de uma lei, compete ao Senado suspender a execução dessa lei.

Direitos e garantias individuais

Da personalidade humana e sua imanente dignidade decorrem os chamados direitos naturais do homem, inalienáveis

e sagrados, que não poderão ser negados ou restringidos por ninguém. Esses direitos não apresentam peculiaridade desta ou daquela pessoa, mas dizem respeito ao homem como tal ou aos homens, indistintamente, sem qualquer consideração a atributos acidentais ou qualificações individuais, como idade, sexo, raça, civilização etc.

Os direitos do homem são direitos subjetivos inerentes à pessoa humana pelo só fato de ela ser dotada de razão. Nasceram com a pessoa humana e a acompanham até à morte. “Por isso são chamados direitos do homem, no singular genérico, e não direitos dos homens, ou direitos de certos grupos humanos” (Anacleto de Oliveira Faria, *Instituições de direito público*, cit.).

Durante a Antigüidade pré-cristã, o Estado imperou, onipotente, sobre os homens. Fustel de Coulanges, em seu livro *A cidade antiga*, afirma, com base em grande número de documentos, que “os antigos não conheceram a liberdade individual” e que “o cidadão estava submetido em todas as coisas e sem reserva alguma à cidade”.

Tal submissão implicava não só o sacrifício da própria vida como ainda a tutela, pela cidade poderosa, das atividades particulares dos cidadãos.

Os princípios cristãos influíram paulatinamente sobre a sociedade e surgiu, então, a idéia de que a justiça deve informar a ordem jurídica.

Na Idade Média houve a preocupação de se gravar por escrito uma relação de direitos em favor dos indivíduos, direitos superiores (ou restritos) ao poder que os reconheceu. Aparecem, destarte, os “forais”, as “cartas de franquia”, a “Magna Carta”.

O reconhecimento dos direitos da pessoa, contudo, sofreu sério impacto com a prevalência do absolutismo, segundo o qual o rei, considerado como investido diretamente por Deus, se apresentava como todo-poderoso, ressurgindo, de certo modo, a onipotência estatal contra o homem, vigente na Antigüidade. Aparecia novamente o “Estado onipotente”.

Contra o absolutismo começaram a se insurgir movimentos esporádicos, que se acentuaram ao longo do século XVIII e vão repercutir na Independência Americana e na Revolução Francesa; em consequência, o costume de se reduzir à forma escrita a relação dos chamados “direitos individuais”.

A partir de 1776, com a declaração americana, e em 1789, com a famosa *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, tem início a prática, prestigiada nas Constituições, de consagração das fórmulas que corporificam os chamados “direitos individuais”.

Contudo essas “declarações” se dispuseram a estatuir “direitos”, mas se abstiveram de prescrever “deveres” ao homem. Isto se deveu ao intuito de orientar os direitos com a preocupação de restringir o poderio estatal. Em França, somente na Constituição do ano III (1875) aparece uma referência às obrigações, mediante fórmulas anódinas e irrisórias como esta: “Ninguém será bom cidadão, se não for bom pai, bom irmão, bom amigo e bom esposo” (art. 4º).

Assim, pois, por muito tempo as declarações limitaram-se aos “direitos individuais”, também chamados “negativos”, porque dirigidos à atividade jurídica do Estado limitada pelos mesmos direitos. Segundo os princípios individualistas então vigentes, o Estado era considerado um mal necessário e, por isso, deveria cingir-se, exclusivamente, à garantia da ordem pública, restringindo-se-lhe ao máximo a atividade. Desta sorte, os direitos individuais implicavam a fixação de limites à atividade do Estado, estabeleciam aquilo que o Estado não deveria fazer. Daí o fato de serem tais direitos denominados “negativos” por Mirkine-Guetzévitch.

Enfim, os direitos individuais não só continuam sendo consagrados pelos países livres, como a sua proclamação chegou até a transpor as fronteiras dos Estados, para assumir projeção internacional. Por isso, quando da constituição da Organização das Nações Unidas, foi editada uma Declaração Universal dos Direitos do Homem, onde se encontram os direitos individuais-tipo, ou seja, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade.

Há nítida diferença entre “direitos” e “garantias”. Os direitos “são aspectos da personalidade humana em sua existência subjetiva”; são as faculdades intrínsecas ao próprio ser humano. As “garantias constitucionais” são formas que o ordenamento constitucional adota para proteção dos direitos contra os abusos do poder. Assim, a liberdade de locomoção tem como garantia de proteção o *habeas corpus*. A Constituição de 1824 foi liberal ao apresentar um rol definido de direitos fundamentais. Entretanto, foi omissa a propósito das garantias, falha que já não se sentiu na Constituição republicana de 1891, que aditou garantias, como as do *habeas corpus*. Já a Constituição de 1934 progrediu mais ao contemplar o “mandado de segurança” (v. Anacleto de Oliveira Faria, *Instituições de direito público*, cit.).

O “*habeas corpus*” e outros direitos

O *habeas corpus* é instituição antiga, constituindo-se o precursor das demais garantias. O instituto teria aparecido no reinado de Henrique II da Inglaterra (1133-1189). Durante muitos séculos, porém, o *habeas corpus* era simples proteção contra a arbitrariedade de funcionários, sendo inaplicável a atos praticados pelo rei. A extensão da medida só ocorreu por ocasião do *Habeas Corpus Act*, de Jorge III, em 1816.

No Brasil, o *habeas corpus* foi instituído pelo Código Criminal do Império, no art. 34º, assim redigido: “Todo o cidadão que entender que ele ou outrem sofre uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade tem direito de pedir uma ordem de *habeas corpus* em seu favor”.

A Constituição de 1891 ampliou a fórmula ao prescrever: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso do poder” (art. 72, § 22).

Atualmente essa garantia é limitada aos casos em que alguém possa “sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso do poder”.

O mandado de segurança é instituição tipicamente brasileira introduzida pela Constituição de 1934, embora se assemelhe a algumas garantias inglesas.

Concede-se mandado de segurança para proteger direito individual líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. Portanto, o mandado de segurança é uma ação judicial concedida ao titular de direito líquido e certo, violado por ilegalidade ou abuso de poder. Sua característica principal consiste na possibilidade de compelir a administração pública a praticar ou deixar de praticar algum ato.

Trata-se de garantia constitucional de mais amplo alcance e de maior eficácia que o *habeas corpus*.

O direito de petição, também chamado de representação, assegura a qualquer pessoa a faculdade de comparecer perante os poderes públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade.

Trata-se da possibilidade de defesa ou reclamação perante a órbita administrativa. A faculdade de propor ação judicial também é reconhecida porque a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Em decorrência desses princípios, por exemplo, quem quer que se julgue insultado ou atacado por determinado órgão de difusão do pensamento pode exigir que esse mesmo órgão publique ou transmita resposta, com o mesmo destaque e no mesmo local em que se deu a ofensa. É o direito de resposta.

Ainda dentro do mesmo critério, a lei assegurará a expedição de certidões requeridas às repartições administrativas, para defesa e esclarecimento de situações. Se a autoridade negar-se a expedi-las sem razão de direito, fica sujeita a mandado de segurança.

Uma das mais importantes, senão a mais importante garantia do indivíduo, repousa no princípio constitucional segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei.

A ação popular é outro meio de que dispõe o cidadão, como parte legítima, para anular atos lesivos ao patrimônio praticados por entidades públicas.

Esse tipo de ação tem sido utilizado, por exemplo, para coibir abusos de autoridades, diversas vezes condenadas a repor quantias indebitamente recebidas ou distribuídas. Note-se que somente o cidadão eleitor pode valer-se da ação popular.

Concede-se assistência judiciária aos necessitados na forma da lei. Eis outra inovação trazida pela Constituição de 1934 e que persiste até hoje.

Dentre os direitos e garantias figuram os chamados direitos sociais, expressão, aliás, redundante. São os direitos ligados à atividade social do Estado, constituindo uma obrigação de fazer da parte deste último, e, por esse motivo, tais direitos são também qualificados, como já vimos, de “positivos”, ao invés dos individuais, denominados “negativos”.

No Brasil, os direitos sociais também só foram proclamados com a Constituição de 1934. Atualmente são definidos como os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados, e se manifestam, entre outros, por meio:

a) da intervenção do Estado no domínio econômico ou monopólio de determinada atividade ou indústria, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime da competição ou da liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais;

b) de regras concernentes à proteção do trabalho;

c) da afirmação da função social da propriedade;

d) de desapropriação por interesse social;

e) de proteção à família;

f) de amparo à maternidade, à infância e à adolescência;

g) de fomento da educação, assegurada a todos;

h) de amparo à cultura;

i) de repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, pela eliminação da concorrência e pelo aumento arbitrário dos lucros;

j) do reconhecimento da associação profissional ou sindical, com exercício de função delegada ao Poder Público.

Dentre as inovações trazidas pela nova Constituição importa acenar a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, valendo realçar, outrossim, a introdução dos institutos do “mandado de injunção” e do “*habeas data*”.

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.

Já o *habeas data* será concedido, ou para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.