

O cinquentenário da Constituição brasileira de 1946 e as liberdades públicas

ARX TOURINHO

SUMÁRIO

1. A Constituinte de 46 e o espírito liberal. 2. O modelo constitucional de 34. 3. O conceito de liberdades públicas. 4. As liberdades públicas na Constituição de 46. 5. A proteção das liberdades públicas na Constituição de 46. 6. Conclusão.

1. A Constituinte de 46 e o espírito liberal

A Constituinte de 46 é fruto de uma gestação anti-autoritária. Abalada a estrutura do nazi-fascismo, a repercussão eclodiu no Brasil, com movimentação dos meios culturais e políticos contra o regime ditatorial de Vargas. Após a célebre entrevista ao *Correio da Manhã* do escritor e político José Américo de Almeida, no limiar de 1945, o próprio governo sentiu, pelas manifestações, que chegava o momento de liberalizar o regime, editando, assim, a Lei Constitucional nº 9 de 28-2-45. Essa Lei, em verdade, acarretou reforma da Constituição de 1937 e, em *consideranda*, dizia o Presidente que “se criaram as condições necessárias para que entre em funcionamento o sistema dos órgãos representativos previstos na Constituição” e que foram observadas as “tendências manifestas da opinião pública brasileira, atentamente consultadas pelo Governo”. Era o primeiro sinal de que o governo acenava com abertura política, pretendendo, obviamente, a manutenção do poder, com o enfraquecimento das oposições. Todas as vezes em que o governo forte inicia um processo de flexibilização é porque tem receio dos movimentos que lhe são contrários.

Em 18-4-45, o Presidente Vargas edita o Decreto-Lei nº 7.474, em que constam as assinaturas dos Ministros Agamenon Magalhães, Henrique Guilhen, Eurico Gaspar Dutra,

Arx Tourinho é Professor-Adjunto de Direito Constitucional da UFBA, Mestre em Direito Econômico, Procurador Regional da República, Conselheiro Federal da OAB, Sócio do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto dos Advogados da Bahia e do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

Macedo Soares, Souza Costa, João de Mendonça Lima, Apolônio Sales, Gustavo Capanema, Alexandre Marcondes Filho e Salgado Filho. Nesse ato normativo, era concedida anistia a todos aqueles que tivessem cometido crime político desde 16-7-34; admitia-se a reversão dos militares beneficiados a seus postos e o aproveitamento dos funcionários civis em cargos existentes.

No decorrer do ano de 45, constatando Vargas que as oposições cresciam, editou o Decreto-Lei nº 8.063, de 10 de outubro, estabelecendo duas normas, que geraram insatisfações nas hordas adversárias. A primeira fixava eleições conjuntas entre governadores, deputados estaduais, Presidente da República, deputados federais e senadores (conselheiros federais); a segunda impunha aos governadores e interventores a obrigação de outorgar as cartas constitucionais dos respectivos Estados.

Esse decreto-lei foi, na visão dos historiadores políticos, o estopim, porque as forças oposicionais entendiam que o ditador pretendia tumultuar o processo político em abertura, ensejando o movimento dos militares nas ruas, no dia 29 de outubro, quando o Poder Executivo foi entregue ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Linhares. A partir daí se iniciou o que se denominou “ditadura da toga”, que passou a governar com a edição de decretos-leis.

Em 2-12-45, efetivam-se as eleições e se instala, em 1º-2-46, a primeira sessão preparatória da assembléia constituinte, que foi presidida pelo presidente do Tribunal Superior Eleitoral. O espírito libertário que dominou a Constituinte foi de tal magnitude que houve rejeição ao fato de um magistrado presidir as primeiras sessões, considerado “corpo estranho”, na expressão do Deputado Café Filho. A bancada comunista, por intermédio do Deputado Maurício Grabois, opôs-se às normas regimentais ditadas pelo Decreto-Lei nº 8.708, que deveriam reger os trabalhos da Constituinte, afirmando que, em nome da soberania do poder constituinte, a esse incumbia a tarefa de auto-impor as normas disciplinadoras de sua atividade.

Eleito o presidente da Constituinte, Senador Melo Viana, e constituída a mesa diretora, os discursos que se ouviram, todos eles, apresentavam uma tônica: defesa da liberdade. Melo Viana anatematizou os “inimigos das liberdades individuais”; Luís Carlos Prestes, em nome dos comunistas, declarou que estavam os comunistas “prontos a apoiar o governo do general

Dutra, bem como mobilizar as massas que aceitavam a direção dele e apoiar “os atos honestos e sinceramente democráticos do governo”; o baiano Otávio Mangabeira, em palavras eloqüentes, verberou contra os regimes ditatoriais, pediu a união de todos e almejou a realização de uma “carta política sincera e visceralmente democrática, à altura, por conseguinte, dos dias que vivemos, e que faça honra à cultura, ao civismo e, sobretudo, ao bom senso da atual geração brasileira”.¹

O desejo de exaltarem-se as liberdades públicas estava latente naqueles constituintes, que sofreram as agruras da ditadura getulista. Os adeptos e áulicos do governo autoritário também não se opunham à elaboração de uma carta política que desse sentido e vida à liberdade. Evidente que a maior parte dos constituintes era formada de homens conservadores, mas não se colocavam como óbices à plenitude e à consagração das liberdades.

Nesse clima, a Constituinte passou a tecer as normas da futura Constituição do país. Constituintes como Otávio Mangabeira, Juscelino Kubitschek, Gustavo Capanema, Amaral Peixoto, Luís Carlos Prestes, Milton Cayres de Brito, João Amazonas, Carlos Marighella, Jorge Amado, Arthur Bernardes, Raul Pilla, Gilberto Freyre, Rui Palmeira, Aloysio de Carvalho Filho, Aliomar Baleeiro, Albérico Fraga, Nestor Duarte, Gilberto Valente, Vieira de Melo, Ataliba Nogueira, Mário Mazagão, Afonso Arinos de Melo Franco, José Monteiro de Castro, Hermes Lima, Prado Kelly, Nereu Ramos e tantos outros deram estatura cultural à obra da Constituinte.

2. O modelo constitucional de 34

O ponto de partida dos trabalhos da Constituinte, como se vê da Resolução nº 1 de 12-3-46, que instituiu o Regimento Interno, foi a formação de uma comissão da Constituição, que passou a ser conhecida como Comissão dos 37, sob a presidência de Nereu Ramos, com o objetivo de elaborar o projeto de Constituição. A Comissão foi subdividida em dez subcomissões. Integravam a Comissão o Partido Social Democrático (19 constituintes), a União Democrática Nacional (10 constituintes), o Partido Trabalhista (2 constituintes) e os

¹ BONAVIDES, Paulo, ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília, 1989. p. 352-362.

Partidos Comunistas, Republicano, Libertador, Republicano Progressista, Popular, Sindicalista e Democrata Cristão, com um constituinte cada. A representação obedecia ao critério de proporcionalidade partidária.

A Subcomissão da Declaração de Direitos – que, aqui, nos interessa – estava formada por Arthur Bernardes, Mário Mazagão, Ivo d’Aquino, Milton Cayres de Brito e Eduardo Duvivier.

Os constituintes da Comissão iniciaram a atividade, baseando-se no Texto Constitucional de 1934.

Esse entendimento foi o mesmo adotado por ocasião da discussão do projeto da Constituição. A Carta ditatorial foi repudiada pela grande maioria constituinte. Significativas as palavras de Otávio Mangabeira:

“nada que signifique qualquer participação, por mais longínqua que seja, com a chamada Constituição de 1937 – e digo – Constituição, mas um insulto ao país (palmas, nas tribunas), nada que signifique qualquer participação, próxima ou remota, com esse documento degradante pode contar com o apoio ou a mínima complacência dos que representam, nesta Casa, a União Democrática Nacional e as correntes partidárias a ela aliadas”.²

A Carta de 1937 foi repudiada e jamais poderia servir de modelo, porque ela própria permaneceu virgem, sem qualquer execução. Ao regime autoritário a Constituição era mero papel para iludir o povo brasileiro e as nações estrangeiras. A Constituição de 34, no entanto, foi a que institucionalizou o denominado estado social, dando enfoque aos direitos e garantias individuais e aos direitos sociais. Avançou extraordinariamente em relação à Constituição de 1891, abrindo caminho para a nova realidade social que se estabeleceu no mundo do pós 1ª Guerra Mundial, com a idéia do estado intervencionista.

Em sua bela *Travessia*, o baiano Hermes Lima, culto constituinte de 1946, revela que, na Constituinte de 46, predominou

“forte sentimento de repulsa a formas autoritárias de direção política e de preocupação pelos direitos e garantias individuais. No pano de fundo das deliberações, a imagem do Estado Novo

advertia dos perigos a conjurar contra a repetição de um estado de coisas que amargurara anos seguidos da política nacional”.³

Apesar de haver predominância de conservadores na Constituinte de 46 e de a Constituição de 34 ter sido avançada para seu tempo, mesmo assim, os constituintes de 46 adotaram aquela Carta Magna como parâmetro para a nova construção de um edifício constitucional.

3. O conceito de liberdades públicas

Para analisarmos as liberdades públicas adotadas, normativamente, na Constituição de 46, é conveniente delimitarmos a matéria, fixando-nos em seu conceito, evitando desvios e alongamentos desnecessários. Entre os diversos entendimentos, precisamos indicar aquele que nos guiará na análise do Texto de 1946.

Para se ter uma idéia sobre a dificuldade conceitual, basta que se indique a diversidade terminológica: direitos naturais, direitos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos e liberdades fundamentais.

A expressão *liberdades públicas* aparece, pela primeira vez, na França, em um texto provindo do príncipe Napoleão Bonaparte, onde se veiculava a declaração do golpe de Estado, e, afinal, quando da feitura da Constituição francesa de 1852, estampou-se, então, na norma, a expressão liberdades públicas. Daí por diante, logrou êxito a expressão, passando a ser utilizada de forma cada vez mais ampla, em todo o mundo, mas, seguramente, na França, foi que o uso se deu com maior intensidade, com redobrada atenção da doutrina francesa.

Entre os vários conceitos, chamemos à colação alguns. Para Marcel Waline, liberdade pública é “toda e qualquer faculdade do cidadão, reconhecida e garantida pela Constituição ou, pelo menos, pela lei”.

Segundo Jean Rivero, a expressão liberdades públicas deve ser usada para denominar alguns direitos fundamentais que, em sua ótica, são “direitos de primeira geração”. Diz, expressamente, que

“ces libertés publiques constituent précisément l’une de ces catégories,

² OLIVEIRA, Yves de. *Otávio Mangabeira*. 2. ed. Rio de Janeiro : Cátedra, 1988. p. 200.

³ TRAVESSIA : memórias. Rio de Janeiro : J. Olympio, 1974. p. 156.

consacrée notamment par l'34 de la Constitution. Elles correspondent à des droits de l'homme que leur reconnaissance et leur aménagement par l'État ont insérés dans le droit positif".⁴

Jacques Robert define a liberdade pública como

"une liberté accordée à tous d'une façon telle que son exercice par chacun ne conduise en aucun cas à porter atteinte à l'exercice de ces mêmes libertés par autrui".⁵

Gomes Canotilho, em uma de suas mais conhecidas obras, abre um capítulo sobre classificações doutrinárias e históricas, referindo-se, em um dos itens, a liberdades públicas, para dizer que

"As liberdades estariam ligadas ao *status negativus* e por meio delas visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado. Daí o nome de direitos de liberdade, liberdades, autonomia e direitos negativos".⁶

Na doutrina pátria, Manoel Gonçalves Ferreira Filho vê, nas liberdades públicas, objetos mediato e imediato, indicando: liberdade, segurança e propriedade.⁷

Cretella Júnior conceitua as liberdades públicas, dizendo que

"são faculdades de autodeterminação, individuais ou coletivas, declaradas, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares escolhem modos de agir, dentro de limites traçados previamente pelo poder público".⁸

José Afonso da Silva, tecendo análise, diz que a expressão liberdades públicas

"é empregada pela doutrina francesa, onde não faltam esforços para dar-lhe significação ampla abrangente dos

⁴ LES LIBERTÉS publiques. 5. ed. Paris : Presses Universitaires de France, 1987. v.1, p. 24.

⁵ LIBERTÉS publiques. Paris : Ed. Montchrestien, 1971. p. 15.

⁶ DIREITO constitucional. 6. ed. Coimbra : Almedina, 1993. p. 519.

⁷ LIBERDADES públicas : parte geral. São Paulo : Saraiva, 1978. p. 8.

⁸ LIBERDADES públicas. São Paulo : José Bushatsky, 1974. p. 45.

direitos fundamentais em geral, especialmente jogando com os conceitos liberdade-autonomia (igual aos direitos individuais clássicos) e liberdade-participação (também chamada liberdades políticas, que correspondem ao gozo livre dos direitos políticos). Considerados na doutrina francesa como direitos do homem despidos de sua concepção jusnaturalista pela positivação estatal, as liberdades públicas não têm o mesmo conteúdo deles, como observa Rivero, não se incluindo no seu conceito os direitos econômicos e sociais. É um conceito ainda pobre de conteúdo, muito ligado à concepção dos direitos públicos subjetivos e dos direitos individuais na sua formulação tradicional individualista".⁹

Diante desses pronunciamentos doutrinários, apesar da fluidez do conceito de liberdades públicas, entendemos que devemos ater-nos ao título III – Da declaração dos direitos – da Constituição de 46, que se desdobra em dois capítulos: o primeiro – Dos direitos políticos; o segundo – Dos direitos e das garantias individuais. Estende-se do título III do art. 129 ao art. 144.

No bojo desse título, estão normas referentes à nacionalidade, à naturalização, à elegibilidade, à inelegibilidade, aos direitos e às garantias individuais.

As liberdades públicas, que são limitações normativas impostas ao poder público, a serem tratadas, aqui na análise da Constituição de 46, dizem respeito àquelas que se desdobram no título III.

4. As liberdades públicas na Constituição de 46.

Assim como a Constituição de 34, a Constituição de 46 inseriu que assegurados aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Na Constituição de 34, mencionava-se direito à subsistência; na Constituição enfocada, substituiu-se por direito à vida. Ambos os direitos têm o mesmo conteúdo.

Direitos novos elencados ou com alteração de fórmula na Constituição de 46 foram:

a) na parte de nacionalidade originária, o

⁹ CURSO de direito constitucional positivo. 8. ed. São Paulo : Malheiros, p. 163.

Texto de 46 (art. 129, inc. II), diversamente da Constituição de 34, impôs o prazo de 4 anos para operar-se a opção pela nacionalidade brasileira, no caso de filho de brasileiro ou brasileira, nascido no estrangeiro, estando os pais a serviço do Brasil;

b) exigência aos portugueses, para o fim de naturalização brasileira, de residência, no Brasil, por um ano ininterrupto, conjugado tal requisito à idoneidade moral e à sanidade física. Distinguiu-se, assim, o tratamento constitucional dispensado aos portugueses dos demais estrangeiros.

A Constituição de 34 não dispensava esse tratamento diferenciado aos nascidos em Portugal;

c) na parte referente à inelegibilidade, o Texto de 46 (art. 132, inc. I), em vez de referir-se aos que “não sabiam ler e escrever”, menciona, expressamente, analfabetos. O tema é, em verdade, polêmico, porque o dever do Estado é o de, primeiramente, oferecer educação a todos, para erradicar a chaga antidemocrática do analfabetismo. O dia em que o poder público cumprir sua obrigação constitucional no plano educacional, o direito de votar concedido ao analfabeto perderá sua razão de ser;

d) criou o Texto de 46 hipótese nova de inalistabilidade: “os que não saibam exprimir-se na língua nacional”(art. 132, inc. II). Justificou-se essa determinação, porque estrangeiros se naturalizavam; porém, depois, constatava-se que não sabiam exprimir-se na língua portuguesa. Também, o mesmo acontecia com alguns brasileiros natos, nascidos no estrangeiro, que passavam longos anos para ingressar em território pátrio.

Desapartou-se o constituinte da orientação da Constituição de 34, que impunha obrigatoriedade de alistamento e voto para as mulheres, apenas quando essas exercessem função pública remunerada;

e) quanto ao sufrágio, o Texto de 46 (art. 134) o qualificou, explicitamente, como universal e direto. É certo que faltou técnica ao constituinte, ao se referir a sufrágio direto, porque esse tipo de classificação se aplica ao voto, que é a expressão material do sufrágio, sendo esse, apenas, um direito.

Também se faz menção expressa aos partidos políticos nacionais. A Constituição de 34 cuidava de proteger a proporcionalidade do sistema eleitoral, mas não fazia referência, no

art. 181, a esse caráter nacional dos partidos;

f) na reaquisição da nacionalidade (art. 137), o Texto de 46 mencionou, expressamente, sua possibilidade mediante lei, o que fora omitido pela Constituição que serviu de modelo aos constituintes de 46;

g) na matéria relativa à inelegibilidade (artigos 138 e 140), a Constituição de 46, mudando a sistemática expositiva, em relação ao Texto de 34, manteve, no entanto, a preocupação de fundo ético, para que a administração pública, incluindo seu patrimônio, não sofresse os reflexos das pretensões eleitorais de ocupantes de cargos públicos, que, normalmente, fariam seus interesses particulares e eleitorais suplantarem os interesses da comunidade;

h) direito de acesso à prestação jurisdicional, formalizado, no § 4º, do art. 141: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Entende Pontes de Miranda, o maior e mais aprofundado comentador de Constituições em nosso país, que essa regra seria desnecessária ou supérflua em 34, porque a interpretação constitucional seria suficiente para aplicar o princípio, mas foi necessária em 46, já que o período autoritário, instaurado em 1937, sufocou a ordem jurídica democrática. Enfático, disse o comentador que

“A regra jurídica constitucional do art. 141, § 4º, em que o legislador constituinte formulou princípio de ubiqüidade da justiça, foi a mais típica e a mais prestante criação de 1946”.¹⁰

De acordo com essa regra, o Poder Judiciário é legitimado a dizer do direito, e qualquer pessoa que entenda sofrer ou estar sofrendo violação de direito pode usar da faculdade de ter acesso à Justiça. Com isso, o Judiciário é o último a dar palavra sobre a legitimidade que seja questionada. Serve, à evidência, para velar pela ordem jurídica e pela ordem democrática. É o guardião dos direitos.

Analisando e comentando o princípio que Cretella Júnior denomina de “inarredabilidade de controle jurisdicional”, Themístocles Brandão Cavalcanti dá-lhe interpretação restritiva, dizendo que “O preceito em exame, portanto, torna nula e não-executável toda disposição legal que exclua do pronunciamento judicial certas e determinadas situações jurídicas, mas, entenda-se bem, somente aquelas que envolvem a proteção dos direitos

¹⁰ COMENTÁRIOS à Constituição de 1946. 3. ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1960. t. 4, p. 412.

individuais”.¹¹ Não há razão para essa interpretação restrita que cerceia o alcance da norma, tornando-se um risco constante em nossa sociedade. O princípio é relevante demais para sofrer diminuição por força de não-autorizada interpretação.

Certo é que a Constituição de 46 fincou, no constitucionalismo brasileiro, um princípio que se tornou de real importância para os cidadãos. Lamentável, no entanto, que o Judiciário, tanto na vigência da Constituição de 46, como sob a égide da atual Lei Maior, não corresponda às expectativas da sociedade, tornando-se, em determinados momentos, autêntica negação de justiça, em flagrante desrespeito à dignidade das pessoas. O Judiciário brasileiro, guardadas as exceções manifestas de magistrados honrados e probos, nem sempre dignifica a toga que lhe é lançada sobre os ombros.

Uma justiça cara, morosa e sem independência de fato é um dos piores males para o regime democrático;

i) em relação à liberdade de exercício de qualquer profissão, a Constituição de 34 determinava que fossem observadas as “condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público”(art. 113, § 13). Praticamente, é de se ver, a norma constitucional outorgou ao legislador ordinário a possibilidade de fixar as mais diversas limitações, já que lhe conferiu a faculdade de, em nome do interesse público – conceito altamente manipulável –, agir, impondo restrições. Nem sempre o “interesse público” protege o público. Muitas vezes, nos bastidores do “interesse público”, desenvolvem-se interesses localizados.

A Constituição de 46 mandou que a lei fixasse, apenas, as “condições de capacidade”. Inobservando o legislador essa determinação, haveria incidência de inconstitucionalidade. Por mais que houvesse reclamos de interesse público, o legislador ordinário só poderia disciplinar condições que gravitassem em torno da capacidade. “Outras” condições seriam inaceitáveis;

j) em relação ao privilégio de foro e à excepcionalidade de juízes e tribunais de exceção, a Constituição de 46 (art. 141, § 26) foi mais ampla na proibição. Ultrapassado o regime ditatorial, o receio dos constituintes

justificava a radicalização. A Carta de 34 não se referia a “juízes” de exceção, mas, apenas, a tribunais.

Evitando qualquer dúvida, o constituinte de 46 cortou cerce, evitando que algum intérprete autoritário pudesse, mais adiante, contornar possível alegação de inconstitucionalidade, fundamentando-se em que a vedação referia-se a tribunais, mas não a juízes.

Também, recusou-se o constituinte de 46 a admitir, como o fizera o de 34, “juízes especiais em razão da natureza da causa”. Certamente, com receio, ainda, de que alguma interpretação extensiva encobrisse a excepcionalidade hostilizada;

l) a individualização da pena é princípio processual penal criado pelo constituinte de 46 (art. 141, § 29). Trata-se de princípio que atende a uma necessidade da justiça penal. O homem, quando comete o delito, apresenta circunstâncias e particularidades que vão desde sua personalidade, passando por antecedentes do ilícito, intensidade de dolo ou grau de culpa etc. Daí por que não há crimes a serem reprimidos, há criminosos a serem julgados. Diversos fatos criminosos podem estar tipificados em determinados tipos penais; porém, os infratores, individualmente considerados, deverão ser tratados, pelo ângulo sancionatório, desigualmente, para que o princípio se perfeça em sua plenitude. É óbvio que essa individualização da pena esbarra e se destrói na fase de execução, porque, neste país, não existem presídios, mas depósitos que ofendem à condição humana, dentro de um antro de corrupção, moldado no submundo de administradores desonestos tão criminosos quanto aqueles que receberam uma sentença condenatória e se comprimem em cubículos infectos, convivendo com ratos e baratas;

m) a prisão civil por dívidas, multas ou custas já estava vedada no Texto de 34. A Constituição de 46 (art. 141, § 32), no entanto, ressaltou da proibição as hipóteses de depositário infiel e de inadimplente de obrigação alimentar.

O constituinte de 46 agiu acertadamente ao estabelecer a possibilidade de prisão do depositário infiel e do inadimplente de obrigação alimentar. As duas prisões se revestem de meio de coação a devedores, que estão a prejudicar credores normalmente aflitos. Poder-se-ia questionar o fato de o constituinte ter incluído, na possibilidade de prisão por dívida, o depo-

¹¹ A CONSTITUIÇÃO federal comentada. 2. ed. Rio de Janeiro : Konfino, 1952. v. 3, p. 83.

sitário infiel, ao lado do inadimplente de alimentos, porque mal imponderável causa esse último a alimentandos, que, muitas vezes, sobrevivem graças, exclusivamente, à pensão alimentícia. Acontece, no entanto, que o depositário infiel, quebrando o laço de fideiúsa, causa ao credor prejuízos por vezes insuportáveis. É possível que mais acertado fosse restringir a figura do depósito ao de caráter judicial, porque o descumprimento quanto a esse é, sem dúvidas, muito mais grave do que o de natureza convencional;

n) pelo ângulo constitucional, foi o constituinte de 46 que introduziu a norma, estabelecendo o “seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica” (art. 141, § 31, última parte).

Norma de evidente e elogiável conteúdo ético, Pontes de Miranda a saudou com essas palavras

“é arma excelente contra o maior mal dos países sem a longa educação da responsabilidade administrativa. O fim do século XIX interrompeu a nascente tradição da honestidade dos homens públicos. A ascensão dos homens públicos que não produzem teve a conseqüência de acirrar o apetite dos desonestos e dos aventureiros”,¹²

o) o direito de propriedade, que, até hoje, persiste como liberdade pública, foi garantido na Constituição de 46, subordinando-o não apenas à necessidade e à utilidade pública, mas também ao interesse social. Esse último pressuposto constitucional da expropriação foi introduzido, em nossa ordem jurídica, pelo inciso 16 do art. 141 do Texto de 46. Esclarece Carlos Maximiliano que a expressão “interesse social” não figurava “no Projeto de estatuto fundamental; provém da Emenda 3.068, elaborada pelo Professor Ferreira de Souza”.¹³

É ainda o mesmo autor quem revela que a Assembléia Constituinte adotou o preceito referente à indenização em dinheiro, alertado

“pelo fato de governos locais imporem indenização em apólices: a própria circunstância de emissões para as despesas com expropriações numerosas

ocasiona a queda da cotação dos títulos, do que resultam prejuízos para os tomadores obrigados”.¹⁴

Em 1962, a Lei nº 4.132 se encarregou de conceituar interesse social, estabelecendo seu objetivo, que é de “promover a justa distribuição da propriedade ou condicionar o seu uso ao bem-estar social”.

5. A proteção das liberdades públicas na Constituição de 46

Ao mesmo tempo em que a Carta Magna oferta liberdades públicas ao cidadão, dedica-lhe, também, garantias ou remédios para proteção de direitos.

Trouxe o Texto de 46 esses instrumentos:

- a) mandado de segurança (art. 141, § 24);
- b) *habeas corpus* (art. 141, § 23);
- c) ação popular (art. 141, § 38);
- d) nota de culpa em prisão em flagrante (art. 141, § 22);
- e) fiança (art. 141, § 21);
- f) assistência judiciária (art. 141, § 35);
- g) representação (art. 141, § 37).

O mandado de segurança, denominação que se deve ao baiano João Mangabeira, ingressou em nossa ordem jurídica pela Constituição de 34, mas a Constituição de 46 o aperfeiçoou. Na norma constitucional de 34, entre os pressupostos da ação mandamental, colocavam-se: a) existência de direito certo e incontestável, protegendo o impetrante; b) ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de autoridade. No Texto em comento, substituiu-se a qualificação do direito por *líquido e certo*, afastando-se, pois, a expressão incontestável. Em relação ao ato de autoridade, elidiram-se as expressões *manifestamente e incontestável* e acrescentou-se o *abuso de poder*. Assim, para obter-se a proteção do *writ*, era necessário se demonstrar que um direito líquido e certo, não amparável por *habeas corpus*, foi atingido por ato ilegal ou com abuso de poder praticado por qualquer autoridade.

É inquestionável que a expressão “direito líquido e certo” é inteiramente atécnica, porque não é o direito que possui essas qualificações, até porque inexistente direito ilíquido e incerto; porém, representou um avanço, pois se descartou a expressão *incontestável*, que, em termos jurídicos, é o nada.

¹² MIRANDA, op. cit. v. 5, p. 360.

¹³ COMENTÁRIOS à Constituição brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos. v. 2, p. 102.

¹⁴ *Ibidem*. p. 114.

Em relação ao procedimento do mandado de segurança, a Constituição de 34 ordenava observar o mesmo que servia ao *habeas corpus*. A Constituição de 46, no particular, foi mais cautelosa, deixando de reproduzir essa determinação, o que levou, obrigatoriamente, o legislador ordinário a produzir, em 1951, a Lei nº 1.533, que disciplina o rito procedimental da ação mandamental. Em verdade os ritos não podem ser idênticos, porque, em mandado de segurança, por vezes, no pólo passivo, ao lado da autoridade coatora, podem estar pessoas em litisconsórcio que venham a sofrer as consequências da decisão a ser proferida. Assim, v.g., se há impetração de *mandamus* contra um ato judicial, no curso de uma ação, a decisão a ser proferida, concessiva do *writ*, poderá prejudicar a parte contrária, de modo que essa deverá ser chamada a integrar a lide, no curso da impetração.

Em relação ao *habeas corpus*, o Texto de 46 acrescentou, quanto à norma constitucional de 34, uma explicitação da liberdade, fazendo inserir a expressão “de locomoção”. A segunda Constituição da República previa o *habeas corpus* para proteção da liberdade; o Texto em análise complementou, utilizando a expressão “liberdade de locomoção”. Esse é verdadeiramente o alcance e a proteção do *habeas corpus*: a liberdade de ir, vir e ficar (*jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*). Não há, pois, dúvida quanto ao bem jurídico tutelado pelo *habeas corpus*.

Sem utilizar o *nomen juris* ação popular, o parágrafo 38 do artigo 141 da Constituição de 46, a acolhe, dando maior extensão à defesa do patrimônio público, que ficou limitado, como aconteceu em 34, ao da União, dos Estados e dos Municípios. Estendeu-se ao das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista. O avanço foi significativo e compreensível, porque o patrimônio público se acha, também, em entidades paraestatais.

O relaxamento de prisão, criação do direito constitucional, foi mantido pela Constituição de 46 como autêntica proteção à liberdade de locomoção do indivíduo. Todas as vezes que alguém fosse preso ou detido, na fórmula usada em 46, deveria haver comunicação ao juízo competente. Na hipótese de ilegalidade da restrição à liberdade de locomoção, o juiz deveria relaxar a prisão ou detenção. Certo que esse ato judicial pode ser *ex officio* ou resultar de provocação. Não há formalidade para o ato judicial, nem procedimento específico. No

particular, reproduziu-se a norma de 34, acrescentando-se, no entanto, a necessidade de expedição de *nota de culpa*, formalidade necessária ao aperfeiçoamento do auto prisional.

A fiança é instituto de direito processual que tem *status* constitucional. A Constituição de 34 mencionava “fiança idônea”; a de 46 elidiu a adjetivação. A fiança deve estar prevista e regulada em lei de tal forma que não haja dúvida de interpretação, nem se constitua estorvo ou negação de direito para os menos favorecidos.

Quanto à assistência judiciária aos necessitados, a Constituição de 34 era mais ampla e mais benigna porque, ao contrário do Texto de 46: a) impunha, explicitamente, à União e aos Estados o dever de assistência judiciária; b) determinava a criação de órgãos especiais; c) assegurava a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

A Constituição de 46, apenas, determinava ao poder público o dever de assistência jurídica aos necessitados, sem detalhamentos.

Por fim, o direito de representação. A Constituição de 46 repetiu a fórmula de 34, esclarecendo que a representação é formulada por petição dirigida aos poderes públicos contra abusos de autoridade. Não se tratava de simples direito de petição. Mais do que isso: representação, com objeto específico, qual seja, repressão ao abuso de autoridade.

6. Conclusão

No quadrante das liberdades públicas disciplinadas pela Constituição de 46, podemos afirmar que inexistiu evolução de realce, comparando-se com a Lei Maior de 34. Evidente que a constituinte de 46 assumiu o que se pode chamar de postura democrática contra o regime autoritário, que, em 29-10-45, desmoralizou-se sob o peso de insatisfação generalizada com os métodos de preservação de um sistema contrário às liberdades; porém, em relação ao que se pensava em 34, não houve nada marcante.

Infelizmente, em nosso país, dominado por uma elite cultural, política e econômica insensível, na maioria das vezes, aos problemas do cidadão, que vive o dia-a-dia de amarguras e dificuldades, os avanços se dão de forma lenta em normas constitucionais. Infelizmente, também, essa elite desmoraliza a Constituição, que deve ser o maior referencial jurídico-

político de um povo. Fixam normas constitucionais, mas refreiam sua aplicabilidade, tornando-as ineficazes ou simples ornamentos de uma beleza estéril e perdida. Para isso contribui o Judiciário brasileiro com um componente significativo de magistrados conservadores, morosos, que se deixam seduzir pela força política do Poder Executivo, entregando-lhe, submissos, as garantias constitucionais de independência e de imparcialidade. Transformam as liberdades públicas, proclamadas pelo Texto Constitucional, em instrumentos de manipulação barata, em que o grande sacrificado é o anônimo cidadão brasileiro. O Judiciário nacional foi um dos maiores entraves de uma Constituição que, após dezessete anos

e meio de vida, sucumbiu diante da noite sombria e enganosa do arbítrio de 64, para ser, três anos à frente, finalmente, do ângulo jurídico, sepultada em nossa ordem jurídica, com a formalização do poder constituinte de 67.

Já dizia, com propriedade, o jurista italiano Aristide de Pisa, no limiar deste século, que “todo direito tem a sua tutela normal nas garantias judiciárias”.¹⁵ No Brasil, no entanto, as garantias judiciárias foram – e são – ilusões, que colaboraram – e colaboram – com a indomável, persistente e irresponsável instabilidade política, humilhando a dignidade dos cidadãos e esmagando a grandeza de Textos Constitucionais como o de 1946. Que o exemplo do passado sirva de lição ao presente e ao futuro.

¹⁵ PISA *apud* MAXIMILIANO. *Comentários à Constituição brasileira de 1946*. 4. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1948. v. 2, p. 137.