

# As declarações de direitos e as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros na Constituição de 1824

SARA RAMOS DE FIGUEIRÊDO

Técnico Legislativo  
da Subsecretaria de Edições Técnicas

- I — Introdução
- II — Declaração de 1789
- III — Inserção dos Direitos na Constituição Francesa de 1791 e constitucionalismo liberal
- IV — Declaração de Direitos na Constituição Brasileira de 1824.

A força dinâmica da cultura humana e as aspirações progressistas dos povos motivaram as Declarações de Direitos do Homem, que transformaram a fisionomia política do mundo a partir do fim do século XVIII. (1)

A causa básica desse movimento ascensional era a libertação do indivíduo humilhado, espezinhado e esmagado pelas regras antiquadas do absolutismo e do regime feudal. Para anular esse regime de opressão impunha-se o reconhecimento dos direitos inerentes à pessoa humana — oponíveis ao Estado — e a conseqüente limitação jurídica do poder do Estado face ao indivíduo.

---

( 1) Vide "Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno" — vol. II — Pinto Ferreira — 1971 — págs. 7 e seguintes.

Não nos cumpre aqui analisar toda a trajetória percorrida para a afirmação desses direitos. Contudo, é interessante destacar, como salvaguarda de defesa das liberdades individuais, as Cartas de Direitos dos Estados Americanos, notadamente a de Virgínia, em 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Revolução Francesa em 1789. O destaque, todavia, não significa a coexistência nesses documentos de idéias e doutrinas estanques. A afinidade entre eles era evidente. Emergiam, ambos, da "ambiência intelectual da época e consubstanciavam, como esclarece Boris Mirkine-Guetzévitch, "a obra do pensamento político, moral e social de todo o século XVIII". As fontes espirituais das Revoluções que os elaboraram eram comuns, pois provinham da mesma corrente filosófica: "a grande corrente humanitária do século XVIII, cujas origens se reencontram no Renascimento e na Antiguidade" (2).

A constatação, entretanto, não obsta a afirmação de que a Carta de Virgínia inspirou e influenciou a Assembléia Nacional Francesa, que proclamou a Declaração de 1789. Esta influência, todavia, deve ser entendida no sentido de adoção de exemplo, pois já havia em França uma ação política vigorosa e bem orientada para a salvaguarda dos Direitos do Homem. Tanto isso é verdade que foi com este País, com a sua Declaração "imitada, adotada e seguida", que o "mundo aprendeu os direitos do Homem". Estudemo-la, por isso, separadamente.

### DECLARAÇÃO DE 1789

Partia da consideração de que "a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem" eram as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos. Por isso e para combater e suprimir esses males, os representantes do povo francês *resolveram expor* em uma declaração solene os *direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem* (3).

A convicção jusnaturalista da Assembléia refletia-se aqui nitidamente. Ela não criava os direitos, mas apenas os expunha, porque eram estes *naturais* — "imanescentes ao homem como tal", *inalienáveis* — não susceptíveis de renúncia, o que os tornava, também imprescritíveis, e *sagrados*, o que significava que estavam ao abrigo de qualquer atentado (4).

( 2) Boris Mirkine-Guetzévitch — "Evolução Constitucional Européia" — Ed. José Kofino — 1957 — págs. 164, 165 e 166.

( 3) "Foi do direito natural, derivado da natureza, que decorreu a teoria dos direitos individuais. Os Homens nascem livres e iguais. Viviam, a princípio, em estado de natureza. Mas chegou um momento em que, asoberbados pelas dificuldades, celebraram um contrato, pelo qual cediam parte de sua liberdade em troca da segurança de todos. Mas não cederam senão o que foi restritamente necessário à constituição da vontade geral. E não se sujeitaram a esta vontade, senão como um meio de melhor garantir a sua liberdade. Daí os direitos individuais invioláveis pelo poder soberano, ou vontade geral", diz Sampaio Dória — "Princípios Constitucionais" — pág. 117.

( 4) Vedel, citado por Cláudio Pacheco — "Tratado das Constituições Brasileiras" — 1965 — vol. IX — pág. 238.

Em consequência, limitava-se a reconhecer e declarar os seguintes direitos do Homem e do Cidadão (“do homem físico — que nascia livre — e do homem civil — colaborador da formação da lei”) (5):

*Art. I* — Os homens nascem e se conservam livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter por fundamento o proveito comum.

*Art. II* — O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

*Art. III* — O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que não emane expressamente dela.

*Art. IV* — A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem. Assim, a existência dos direitos naturais de cada homem só tem por limites aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Tais limites só podem ser determinados por lei.

*Art. V* — A lei só tem o direito de proibir as ações que sejam prejudiciais à sociedade. Tudo o que não for proibido por lei, não pode ser obstado e ninguém pode ser compelido a fazer o que ela não determine.

*Art. VI* — A lei é a expressão da vontade geral; todos os cidadãos têm direito de concorrer pessoalmente ou por seus representantes à sua formação; ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos, sendo iguais perante ela, são igualmente admitidos a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção que a de suas virtudes e seus talentos.

.....” (6).

Os direitos acima proclamados eram, ainda, especificados e resguardados no decurso da Declaração. “A segurança dizia respeito à preservação da integridade física, a liberdade se distribuía nas suas várias manifestações — liberdade corporal, de opinião, de palavras ou de religião” (7) e compreendia, também, a liberdade econômica — a plena iniciativa no domínio econômico. A propriedade era declarada “inviolável e sagrada”, limitada exclusivamente pela desapropriação no interesse público, mediante, porém, justa e prévia indenização.

No art. 16, incluía a Declaração, entre os direitos do Homem, como princípio de organização do Estado, a fórmula da divisão de poderes de Montesquieu, de modo enfático e incisivo.

“Qualquer sociedade em que não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes não tem Constituição.”

Este artigo encerrava e consagrava todo o individualismo liberal da Declaração de 1789. Isto porque, se os Governos somente se constituíam e somen-

( 5) Pedro Calmon — “Curso de Direito Constitucional” — 1947 — pág. 277.

( 6) Todos os artigos da Declaração de 1789 foram traduzidos por Silveira Neto — “Direito Constitucional” — 1970 — págs. 128 e seguintes.

( 7) Afonso Arinos de Melo Franco — “Curso de Direito Constitucional Brasileiro” — vol. I — Teoria Geral — Ed. Forense — 1968 — pág. 156.

te deveriam subsistir para a defesa dos direitos fundamentais do homem (art. 2º) tinham, ainda, estes direitos, conforme a regra, agora, estabelecida, como salvaguarda a fórmula da divisão de poderes que, como ensina Victor Nunes Leal (8), não existia "por si só, como se fosse o fim de si mesma, porém, apenas, como instrumento de realização, de proteção, de garantia da liberdade humana". Não paravam, neste ponto, as regras acuteladoras da Declaração em relação aos direitos inalienáveis. Bem expressivo a esse respeito era, ainda, o mesmo art. 16, ao negar o caráter constitucional (não o caráter liberal) aos sistemas de Governo que se situassem fora dos cânones liberais anunciados. Deixemos, contudo, esse assunto para exame posterior e, assinalemos com Vedel (9), numa análise global, que a Declaração de 1789 era individualista no mais completo sentido da palavra. Ela era individualista "do ponto de vista filosófico, porquanto considerava o indivíduo como a primeira realidade da ordem humana; também do ponto de vista econômico, pelo caráter absoluto que conferia à propriedade individual; ainda do ponto de vista político, ao assinalar a sociedade, como fim, a serviço dos indivíduos". A Declaração era ademais individualista "de um ponto de vista que se poderia chamar de sociológica: ela considerava somente o indivíduo isolado e o Estado como agrupamento de indivíduos, ignorando as sociedades intermediárias, como as famílias, as profissões e as associações. Não quer isto dizer que a Declaração negasse a existência destas sociedades intermediárias, mas colocava-as sob um plano inferior".

Apesar desse caráter individualista, tão bem delineado pelo Mestre, o fato é que a Declaração de 1789, ao reconhecer os direitos inalienáveis do homem, "penetrou na opinião mundial com uma unanimidade quase desconcertante" (10). Não era, todavia, ainda, um penhor de eficácia. Urgia que os direitos ali proclamados se corporificassem em termos jurídicos mais concretos, que eles fossem colocados "acima dos poderes da legislatura ordinária" (11), que fossem, enfim, incorporados aos textos constitucionais (12).

### INSERÇÃO DOS DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO FRANCESA DE 1791 e CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

Era o que fazia a França, ao incorporar literalmente a Declaração de 1789 na parte introdutória (13) da Constituição de 1791, que transformava aquele

( 8) Victor Nunes Leal — artigo intitulado "A Divisão dos Poderes no Quadro da Burguesia" — pág. 100, in "Cinco Estudos", publicação da Fundação Getúlio Vargas — 1965.

( 9) Vedel citado por Cláudio Pacheco, op. cit., vol. IX — 1965 — pág. 238.

( 10) Boris Mirkine-Guetzévitch, op. cit., pág. 157.

( 11) Victor Nunes Leal, op. cit., pág. 98.

( 12) Depois da Declaração Francesa de 1789, os Direitos do Homem foram incorporados à Constituição dos Estados Unidos, através de 10 emendas apresentadas e aprovadas em 1789 e ratificadas em 1791.

( 13) José Soder, in "Direitos do Homem" — 1960 — págs. 103 e segs., afirma que a Declaração de Direitos aparece como introdução, para se "acentuar o caráter pré-constitucional e supraconstitucional desses direitos". A partir, entretanto, da Constituição de 1814, a palavra "Direitos do Homem" desaparece e é substituída por "Droit Public des Français". Suprime-se, também, o uso de se colocar a Declaração antes do texto da Constituição. Juridicamente isto significa que na convicção dos novos constituintes já não se trata de direitos naturais do homem, inatos, inalienáveis, direitos pré-estatais, direitos que o Estado não cria, mas que ele encontra na própria natureza do homem. Trata-se, agora, de direitos concedidos pelo Estado, criados pelo Estado, emanados do Estado. Desaparece, com isso, o fundamento jusnaturalista. Os direitos naturais se transformam em direitos positivos do Estado".

País em monarquia constitucional com separação de poderes. Essa incorporação, aliás, era imperativa, face ao artigo 16 do Código de 1789 já referido, e tinha como consequência fática a ligação indissolúvel do constitucionalismo nascente ao liberalismo político. O Constitucionalismo era, então, diz Afonso Arinos (14), “a doutrina jurídica do liberalismo político”.

Dois dos mais significativos pensadores da época, Benjamin Constant e Sismondi, justificavam o fato nos termos seguintes (15):

“Uma Constituição é a garantia da liberdade de um povo; por consequência, tudo o que se refere à liberdade é constitucional, e, por consequência também, nada é constitucional que à liberdade não se refira. Estender a Constituição a tudo é fazer de tudo perigos para ela; é criar escolhos para cercá-la. Existem grandes bases nas quais as autoridades nacionais não podem tocar... Entre nós, por exemplo, essas bases são: uma representação nacional em duas Casas, a independência dos tribunais, a manutenção inviolável da propriedade garantida pela Constituição, a segurança de não ser detido arbitrariamente, de não ser subtraído ao juiz competente, de não ser atingido por leis retroativas, e alguns outros princípios em muito pequeno número.”

Em síntese o mesmo pensamento:

“Tudo o que não se refere aos limites e às atribuições respectivas dos poderes, aos direitos políticos e aos direitos individuais não faz parte da Constituição e pode ser modificado pelo concurso do Rei e das duas Câmaras.”

Por sua vez, Sismondi acentuava:

“Nós não temos, nem podemos ter, o propósito de propor ao estudo e à meditação dos homens, senão as Constituições liberais, aquelas cujo móvel é o amor, aquelas que se propõem como fim a felicidade e o aperfeiçoamento dos homens. São as únicas cuja combinação pode ser o objeto de uma ciência. As outras, estabelecidas pela violência e mantidas pelo medo, as outras, que não respeitam as mais preciosas atribuições da natureza humana, que só conseguem conter na obediência seres degradados, viciosos e infelizes, devem ser consideradas como acidentes, que nos advertem de riscos que devemos evitar.”

Não é nosso objetivo, todavia, discutir aqui o mérito da limitação do Direito Constitucional à ideologia liberal, pregado com tanta veemência pelos juristas citados. O que pretendemos focalizar restringe-se à afirmação de que a Constituição Francesa de 1791, ao incorporar o acervo das idéias básicas do liberalismo, tornava-se a “nova bíblia” dos povos sufocados pelos Reis absolutos. Os princípios teóricos nela consubstanciados não se limitavam à França, “eram frutos da razão natural e, portanto, inevitáveis e aplicáveis a todos os povos” (16).

( 14) Afonso Arinos de Melo Franco — op. cit., vol. II — pág. 10.

( 15) Benjamin Constant e Sismondi, citados por Afonso Arinos de Melo Franco, op. cit., vol. II — págs. 11 e 12.

( 16) Afonso Arinos de Melo Franco — “O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal” — Capítulo II — Arquivo Nacional — 1972.

Não era, assim, de se estranhar que a Espanha, Portugal e o Brasil, através de influências sucessivas, adotassem, também, esse constitucionalismo liberal, "de orientação racionalista e generalizadora".

A Constituição de Cadiz de 1812, como afirmam os escritores, não era senão "uma variante espanhola da Constituição Francesa de 1791" (17). Adotava a monarquia moderada (art. 14). Determinava a liberdade de pensamento, em termos latos, quando afirmava que "todos os espanhóis tinham a liberdade de escrever, imprimir e publicar suas idéias políticas, sem necessidade de qualquer aprovação anterior à publicação, e sob as restrições e responsabilidades estabelecidas em lei" (art. 371). Declarava que "a soberania residia essencialmente na Nação, e, portanto, competia exclusivamente a esta o direito de estabelecer as suas leis fundamentais" (18). Esboçava, enfim, toda filosofia política francesa. Apesar de não ter uma declaração de direito propriamente dita, garantia essa Constituição os direitos humanos em artigos espalhados por todo o seu texto.

As idéias liberais nela inseridas levaram Portugal a deflagrar a Revolução de 1820. Conseqüentemente, a Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1822 (19) repetia, agora, via Espanha, os princípios franceses.

E o Brasil?

A Constituição outorgada de 1824 também era eco neste Continente das doutrinas liberais então difundidas pela Revolução Portuguesa de 1820. Todavia deve-se esclarecer que, antes de 1820, já havia sido deflagrada, como lembra Afonso Arinos (20) "a primeira e violenta manifestação externa do liberalismo e do constitucionalismo no Brasil, do século XIX" — a Insurreição Pernambucana de 1817, inspirada nos postulados de Espanha de 1812.

O *Projeto de Lei Orgânica*, redigido por Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, e que deveria servir de base à República que se pretendia formar, continha os mais avançados princípios liberais da época. Nele se declarava que "a soberania residia somente no povo"; que a segurança individual era "fim e alvo" da vida social e que as leis constitucionais deviam ser "regras fixas e distintas", isto é, diferente das outras leis. (21)

Em consonância com os princípios proclamados, adotava, ainda, a Lei Orgânica de Pernambuco "a divisão tripartida dos poderes, a inamovibilidade da magistratura e a liberdade de imprensa".

Em matéria de religião, contudo, a Lei Antônio Carlos sobrepujava a própria Constituição de Cadiz, sua antecedente imediata, pois embora declarando "ser a religião católica a oficial," acrescentava que "todas as demais seitas, de qualquer denominação eram toleradas", ficando permitido "a cada um dos ministros defender a verdade de sua comunhão" (22).

(17) Octacílio Alecrim — "Idéias e Instituições do Império" — 1953 — pág. 26.

(18) Os artigos relativos à Constituição de Cadiz foram retirados do "Curso de Direito Constitucional" — vol. II — Afonso Arinos de Melo Franco — pág. 18.

(19) "A disposição das matérias na Constituição Portuguesa tomou mais como modelo as francesas do que a de Cadiz. A impressão de maior semelhança é com a Constituição do Diretório de 1791" — Afonso Arinos de Melo Franco — "O Constitucionalismo de D. Pedro I no Brasil e em Portugal" — Capítulo IV — Arquivo Nacional.

(20) Afonso Arinos de Melo Franco — "Curso de Direito Constitucional Brasileiro" — vol. II — pág. 22.

(21) (22) As referências à Lei Antônio Carlos foram retiradas do "Curso de Direito Constitucional" de Afonso Arinos de Melo Franco — acima citado — págs. 23 e 24.

De acordo com esses princípios, norteadores da Insurreição Pernambucana, pode-se afirmar que o movimento de 1817 já se filiara às grandes linhas da ideologia liberal. Esta ideologia, aliás, através desse movimento, acrescera-se de conotação tipicamente brasileira. Daí ter, *data venia*, todo cabimento, aqui, a observação de Afonso Arinos no sentido de que, se “no Velho Mundo o liberalismo visava apenas à eliminação dos entraves à Monarquia absoluta”, na América Latina ele se “achava estreitamente vinculado ao processo de emancipação nacional das antigas colônias e assumia, portanto, além do caráter de luta pela liberdade do povo, também o sentido de fundação da própria personalidade nacional” (23).

Apesar, entretanto, das ligações incontestavelmente liberais da Insurreição Pernambucana, a Revolução Portuguesa de 1820 não pode ser esquecida como o marco fundamental para a adoção plena do constitucionalismo liberal entre nós. A partir dela sucederam-se movimentos da maior importância na nossa vida política: a convocação da Assembléia Constituinte, antes mesmo da nossa independência política, o 7 de setembro e, finalmente, coroando a luta anterior, o Primeiro Projeto de Constituição, elaborado pela Assembléia Constituinte e relatado por Antônio Carlos Ribeiro de Andrada.

Este projeto, como não poderia deixar de ser, voltava-se para os textos constitucionais franceses e proclamava, portanto, tudo que havia de mais liberal no seu tempo. Depois dele, era a consagração definitiva do constitucionalismo liberal no Brasil, através da Constituição outorgada de 1824.

Com efeito, a Constituição Imperial proclamava, também, todos os princípios imortais da Revolução Francesa e da Constituição Francesa de 1791, desvinculando-se, por essa forma, da nossa própria realidade social. Não eram estes princípios universais e, portanto, aplicáveis a todos os povos? Os seus defeitos pertenceram a época. Pertenceram, enfim, à ligação indissolúvel do constitucionalismo à ideologia liberal.

Por isso, ao concluirmos esta introdução, que entendemos necessária por ser objetivo de nossa pesquisa à análise da Declaração de Direitos da Carta Imperial, não podemos deixar de grifar o que representou para a vida política brasileira a Constituição de 1824. A voz da História lhe fez justiça e aqui se expressa através de Afonso Arinos de Melo Franco (24):

A Constituição Brasileira de 1824 “foi um grande Código político, dos maiores produzidos pela ciência e experiência políticas do século XIX. Não precisamos, a rigor, demonstrar juridicamente esta opinião, porque ela se impõe, desde logo, como fato histórico. Não poderia deixar de ser uma grande lei, aquela que, vencendo óbices e dificuldades sem conta, propiciou a consolidação da Independência e da unidade nacionais, e tornou possível, durante 65 anos, o desenvolvimento geralmente pacífico do Império brasileiro, oásis de ordem, equilíbrio e relativa civilização, em comparação com o drama circundante da anarquia sul-

( 23) Afonso Arinos de Melo Franco — “Curso de Direito Constitucional Brasileiro”, vol. II — pág. 10.

( 24) Afonso Arinos de Melo Franco — “Curso de Direito Constitucional Brasileiro” — vol. II — pág. 88.

americana. Com todos os seus defeitos e insuficiências, o Império é uma grande página de glória na vida do Brasil e a sua Constituição, flexível, moderada, liberal e prudente, praticada por uma série de verdadeiros estadistas, se inscreve, repetimos, entre os mais felizes documentos políticos do século passado."

#### DECLARAÇÃO DE DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1824

Como premissa, achamos interessante assinalar que a Declaração de Direitos, da Constituição de 1824, revela, sobretudo, o nosso amor à legalidade, no início de nossa vida constitucional, "fundado na proteção de todos os indivíduos" (25). Por isso, muitos dos seus princípios vêm permanecendo até hoje nos textos constitucionais brasileiros, embora com sentido ou colorido diverso. A altitude de ontem, todavia, não pode ser comparada com a evolução de hoje.

Isto posto, passemos à análise do Título VIII da Carta Imperial, intitulado "Das Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros", esclarecendo que dessa análise constará, também, um estudo comparativo das disposições constitucionais brasileiras com as disposições contidas na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamada pela Revolução Francesa, da Constituição Francesa de 1791, da Constituição de Cadiz de 1812 e da Constituição Portuguesa de 1822 (26). Dessa maneira, evocaremos as nossas fontes constitucionais, ou, melhor, nos filiaremos aos nossos antecedentes constitucionais, objetivando melhor compreensão da matéria e, ao mesmo tempo, demonstrando o domínio dos princípios universais proclamados em França.

*"Art. 179 — A inviolabilidade dos direitos cívicos e políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:"* (27)

Estabelece este artigo que a liberdade, a propriedade e a segurança são as bases assecuratórias dos direitos individuais do cidadão brasileiro. Dessas bases, entretanto, dimanam outros direitos, também, essenciais e invioláveis. Por isso, esclarece Pimenta Bueno (28) que o artigo em análise fixa, apenas, os direitos individuais principais que são os direitos de liberdade, propriedade e segurança, mas cada um desses direitos "se combinam entre si", ou se dividem "em diversos ramos", formando outros direitos que são igualmente essenciais e garantidos.

Dessa maneira, é ampla a outorga de direitos da nossa Declaração, conformando-se, aliás, com os princípios liberais de sua época. Num ponto, entre-

( 25) Prado Kelly — "Estudos de Ciência Política" — pág. 195.

( 26) O estudo comparativo foi apoiado em trabalho de Machado Portella — "Confrontação das Constituições" — 1876 — Capítulo "Fontes da Constituição Brasileira" — págs. 387 a 406.

( 27) No século passado os direitos humanos eram divididos em três classes: "os direitos individuais naturais, os cívicos e os políticos. Os primeiros se relacionavam com a existência natural do ser humano, e eram o direito à vida, à liberdade corpórea e moral e à propriedade. Os segundos diziam respeito à atividade do indivíduo em sociedade, excluída a sua participação na vida política. Por isto eram chamados cívicos, pois funcionavam sob a égide das leis cívicas (não criminais, nem constitucionais). Os terceiros, por fim, eram concernentes a ação do indivíduo como componente da massa de cidadãos ativos, isto é, daquele setor da população que toma parte, principalmente através dos atos eleitorais, nas deliberações políticas do Estado" — Afonso Arinos de Melo Franco — "Curso de Direito Constitucional Brasileiro" — vol. II — pág. 100.

( 28) Pimenta Bueno — "Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império" — 1858 — pág. 381.

tanto, nos distanciávamos da Declaração Francesa de 1789. A nossa outorga, como se observa, é “meramente interna”, enquanto a dos franceses não distinguia fronteiras: as suas garantias estendiam-se ao homem e ao cidadão.

*“Art. 179, I — Nenhum cidadão pôde ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.”*

Ao enumerar os direitos assegurados, refere-se a nossa Declaração em primeiro lugar à liberdade (29), como a demonstrar que é, em torno dela, que vai gravitar todo o nosso sistema de garantias individuais. Isto porque, se não se assegura a liberdade ao ser humano seria ilusório garantir-se-lhe qualquer outro direito.

O art. 179, I, consagra a mais excelsa garantia do cidadão brasileiro, uma vez que nenhuma autoridade humana poderá interferir “na atividade econômica ou na vida de cada um”, senão apoiada em lei (30). Lei, advirta-se, elaborada pelas Assembléias de fonte popular e conforme com as normas estabelecidas na Constituição. Conseqüentemente, a disposição encerra o princípio da legalidade das obrigações (31), que é um dos “postulados básicos do Estado de Direito” (32).

Dissertando magistralmente a esse respeito, explica Cláudio Pacheco, apoiado em Duguit, que com a inserção do princípio da legalidade das obrigações “nenhum órgão do Estado pode adotar uma decisão que não seja conforme a uma disposição por via geral anteriormente ditada. Ou, por outras palavras: uma decisão individual não pode nunca ser adotada a não ser dentro dos limites determinados por uma lei material anterior. Será, assim, este princípio essencialmente protetor do indivíduo, dele podendo ser dito que não tem, que não pode ter, exceção. Uma sociedade que não o reconhece, ou que, reconhecendo-o, golpeia-o com reservas ou exceções, não vive verdadeiramente sob um regime de estado de direito.” (33)

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e, conseqüentemente, a Constituição Francesa de 1791, já o enunciava na parte final do art. 5.º (... ) “A lei só tem o direito de proibir as ações que sejam prejudiciais à sociedade. Tudo que não for proibido por lei não pode ser obstado e ninguém pode ser compelido a fazer o que ela não determine.” A Constituição Portuguesa de 1822 o introduzia, ao definir a liberdade: “Art. 2º — A liberdade consiste em não serem obrigados (os Portugueses) a fazer o que a lei não manda, nem deixar de fazer o que ella não prohibe. A conservação desta liberdade depende da exacta observancia das leis.”

*“Art. 179, II — Nenhuma lei será estabelecida sem utilidade publica.”*

( 29) Sem conceituar a liberdade o artigo transcrito mostra-se solidário com a concepção romana: “o poder de fazer tudo que as leis não proibem”.

( 30) Carlos Maximiliano — “Comentários à Constituição Brasileira de 1946” — vol. III — pág. 40.

( 31) Desde a Constituição de 1891, o princípio da legalidade das obrigações não se aplica somente aos cidadãos brasileiros. Note-se, ainda, que a Constituição de 1937 o omitiu.

( 32) Cláudio Pacheco — “Tratado das Constituições Brasileiras” — vol. X — 1965 — pág. 8. A observação do Mestre refere-se à Constituição de 1946, todavia entendemos aplicável ao caso em tela.

( 33) Cláudio Pacheco, op. cit., pág. 10.

Este item do art. 179 complementa o enunciado anterior, pois se a lei restringe a liberdade, é mister que as restrições por ela determinadas sejam úteis a todos os cidadãos brasileiros.

Só assim as necessidades e os reclamos de cada um somam-se para um objetivo maior: o progresso da comunidade social. Por isso, adverte Pimenta Bueno: (34)

“Toda lei, toda restrição da liberdade, que não for ditada pelos princípios da moral, pelo respeito recíproco dos direitos individuais, ou por claro e lícito interesse da comunidade social, será uma injustiça ou um erro lamentável, que a civilização, que a ilustração pública deve desde logo procurar corrigir pelos meios legais que o sistema constitucional facilita.”

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já impedia a promulgação de leis que fossem prejudiciais à sociedade, na primeira parte do art. 5º, já transcrito nesta pesquisa, no comentário ao art. 179, I, da Constituição de 1824. A Constituição Portuguesa de 1822 dispunha sobre a matéria nos seguintes termos:

“Art. 10 — “Nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade.”

“Art. 179, III — *A sua disposição não terá efeito retroactivo.*”

Este preceito é consequência dos anteriores. Pois, na verdade, não haveria liberdade, nem segurança de direitos, se as leis pudessem ter efeito retroativo. Como punir alguém por determinada conduta ainda não concretizada em textos jurídicos expressos? Seria um abuso de poder que, se praticado em épocas de tirania, não teria mais lugar no mundo em que se reconhecessem os direitos inalienáveis do homem.

O Estado, hoje, tem como fim primordial a defesa e a manutenção dos direitos fundamentais do homem. Além do mais, a irretroatividade não somente “imprime maior prestígio e eficácia às leis vigentes”, como também “oferece a vantagem de as tornar melhores, por serem feitas com o cunho impessoal, para o futuro, na incerteza de aproveitar este ou aquele habitante do País; na elaboração dos textos, o interesse coletivo sobrepuja o individual, o que não se daria, quando a um dispositivo se atribuísse efeito relativo ao passado”. (35)

Todavia, como esclarece Carlos Maximiliano (36), em inserindo este princípio (37), a Carta Imperial não fulmina com a nulidade absoluta, indistintamente, todas as leis que tenham efeito retroativo: o preceito é “inserto no Código Supremo como uma garantia da liberdade e dos direitos patrimoniais do indivíduo. Toda lei que não contravir a esse duplo propósito prevalecerá na íntegra, salvo se violar outra disposição fundamental”.

( 34) Pimenta Bueno, op. cit., pág. 383.

( 35) Carlos Maximiliano — op. cit., pág. 46.

( 36) Carlos Maximiliano — op. cit., pág. 46.

( 37) Embora com redação diversa, o princípio da irretroatividade tem sido constante nos textos constitucionais brasileiros. A Constituição de 1937 não se refere ao mesmo, todavia, consoante o Ministro Francisco Campos, “a supressão, no texto constitucional, deate princípio não significa, de modo nenhum, a adoção do princípio contrário, isto é, da retroatividade”. Vide Cláudio Pacheco, op. cit., vol. X — pág. 13.

O princípio da irretroatividade tem origem remota. O Código de Justiniano, L. 1.º, Tít. 14, n.º 7, já o estatuiu:

“É preciso que a lei antes advirta que fira.

A lei olha para diante, não para trás.

É certo disciplinarem as Constituições e as leis os negócios futuros, não deverem ser levados a retroceder aos fatos pretéritos.” (37a)

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão não o estabelecia em artigo próprio. Todavia, no nosso entender, o art. 2º o introduzia, embora implicitamente, quando acentuava:

“O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem...”

*“Art. 179, IV — Todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras, escritos e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura, com tanto que hajão de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos e pela forma que a lei determinar.”*

Este artigo garante a liberdade de manifestação de pensamento, pois o pensamento “em si mesmo” — “enquanto não se manifesta exteriormente” — “está fora de todo o poder social”. (38)

Nos seus termos, o cidadão brasileiro é livre para comunicar seus pensamentos por palavras, escritos e publicá-los pela imprensa independentemente de censura. A garantia enunciada demonstra a altitude em que a nossa Constituição Imperial coloca os direitos do homem, uma vez que a liberdade de manifestação de pensamento é essencial: “a) à inteligência humana, porque se confessa a dúvida ou se discute o que se duvida, se comunica o que se sabe e se submete aos outros o que se pensa ser certo e talvez não o seja; b) à vida afetiva, porque se dizem os sentimentos e se ouve quanto aos dos outros; c) à vida social, porque sem ela não há o contato de uns com os outros, para a cooperação, a ação prevista e as criações ou realizações de toda ordem”. (39)

Entre os meios de comunicação, a imprensa é, sem dúvida, o veículo mais discutido e poderoso. Ninguém ignora a importância de sua missão no desenvolvimento cultural, social e político de um País. Por ser, entretanto, tão elevada esta missão, torna-se claro que dela não se deve abusar, transformando-a em “instrumento de calúnia ou injúria, de desmoralização, de crime”. (40) Para evitar esses males, o artigo em análise afirma que cada um será responsável pelos abusos que cometer no exercício desse direito, na forma que a lei determinar. Nesses casos, ensina Pimenta Bueno:

“Os próprios direitos individuais e públicos são os que reclamam pela repressão.” (41)

(37a) Carlos Maximiliano, op. cit., pág. 44.

(38) Pimenta Bueno, op. cit., pág. 384.

(39) Pontes de Miranda citado por Cláudio Pacheco, op. cit., vol. X — pág. 10. Esclareça-se que o comentário citado é referente à Constituição de 1946 — liberdade de emissão de pensamento. Contudo achamos que ele se entrosa bem à disposição da Constituição Imperial.

(40) Pimenta Bueno, op. cit., pág. 386.

(41) Idem, idem...

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já assegurava a liberdade de pensamento, em termos amplos:

“Art. 11 – A livre expressão de pensamentos e de opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, entretanto, pelo abuso nos casos determinados em lei.”

Acrescentava, ainda, a Constituição francesa – Tít. 3º, Cap. 5º:

“Art. 17 – Nul homme ne peut être recherché ni poursuivi pour raison des écrits qu’il aura fait imprimer ou publier sur quelque matière que ce soit, si ce n’est qu’il ait provoqué à dessein la désobéissance à la loi, l’avilissement des pouvoirs constitués, la résistance à leurs actes ou quelques-unes des actions déclarées crimes ou délits par la loi.

La censure sur les actes des pouvoirs constitués est permise; mais les calomnies volontaires contre la probité des fonctionnaires publics et la droiture de leurs intentions dans l’exercice de leurs fonctions, pourront être poursuivies par ceux qui en sont l’objet. Les calomnies et injures contre quelques personnes que ce soit, relatives aux actions de leur vie privée, seront punies sur leur poursuite.

Art. 18 – Nul ne peut être jugé, soit par la voie civile, soit par la voie criminelle, pour faits d’écrits imprimés ou publiés, sans qu’il ait été reconnu et déclaré par un juré: 1º s’il y a délit dans l’écrit dénoncé; 2º si la personne poursuivie en est coupable.”

A Constituição Portuguesa de 1822 também dispunha sobre a liberdade de pensamento:

“Art. 7º – A livre comunicação dos pensamentos é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo o portuguez pôde, conseguintemente, sem dependencia de censura prévia, manifestar suas opiniões em qualquer materia, comtanto que haja de responder pelo abuso desta liberdade nos casos e pela forma que a lei determinar.

Art. 8º – As Côrtes nomearão um *Tribunal especial*, para proteger a liberdade da imprensa, e cohibir os delictos resultantes do seu abuso, conforme a disposição dos arts. 177 e 189.

Quanto porém ao abuso, que se pôde fazer desta liberdade em materias religiosas, fica salva aos Bispos a censura dos escriptos publicados sobre dogma e moral, e o Governo auxiliará os mesmos Bispos para serem punidos os culpados.

No Brazil haverá tambem um *Tribunal especial* como o de Portugal.”

“Art. 179, V – Ninguém pôde ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado e não offenda a moral publica.” (42)

Apesar de manter a Religião Católica, Apostólica, Romana, como oficial do Estado, a Constituição Imperial assegura aos cidadãos brasileiros a “liber-

(42) O termo *ninguém* usado pelo art. 179, V, permite a interpretação de que em matéria religiosa a Constituição de 1824 não restringe o direito somente aos cidadãos brasileiros.

dade de consciência, religião ou culto" (43), nos termos do dispositivo acima transcrito. Complementando-o, o art. 5º desta Constituição esclarece que o culto a qualquer religião é também permitido, desde que o lugar em que for realizado não tenha "forma alguma exterior de templo". Restringe, por essa forma, o culto público de outras religiões. Esta restrição, contudo, diz Rodrigues de Souza, (44) em "nada ofende os direitos, a liberdade da razão e consciência do indivíduo", uma vez que o culto particular lhe é garantido. Ademais, a Constituição não consente que ninguém seja perseguido por motivo religioso, desde que respeite a religião católica e não ofenda à moral pública.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (45) enunciava, no art. 10, a liberdade de religião em termos amplos:

"Ninguém deve ser molestado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida por lei."

Acrescentava, ainda, a Constituição Francesa de 1791, Tít. 1º:

"La Constitution garantit, comme droits naturels et civils... 3º — la liberté à tout homme de exercer le culte religieux auquel il est attaché."

A Constituição Portuguesa de 1822 destoava, neste ponto, das Cartas citadas, pois, apenas, permitia aos estrangeiros o exercício particular de seus respectivos cultos:

"Art. 25 — A Religião da Nação Portuguesa é a Catholica, Apostolica, Romana. Permite-se, contudo, aos estrangeiros o exercicio particular de seus respectivos cultos."

No art. 8º, já citado neste trabalho no comentário feito ao art. 179, IV, da Constituição Brasileira, a Carta Portuguesa, ao tratar dos delitos resultantes dos abusos da liberdade de imprensa, assinalava:

"Quanto porém, ao abuso que se pode fazer desta liberdade em matéria religiosa, fica salva aos bispos a censura dos escriptos publicados sobre dogma e moral, e o Governo auxiliará os mesmos bispos para serem punidos os culpados."

A Constituição de Cadiz de 1812 desconhecia a liberdade religiosa:

"Art. 12 — La religión de la Nacion española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nacion la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra."

Como se observa, a nossa Constituição Imperial tem como fonte única, na matéria, os textos franceses, sendo interessante destacar, também, que na De-

( 43) Em 1890 a Religião Católica foi despojada de suas prerrogativas de religião do Estado. Assim, a partir da Constituição Republicana, a liberdade de religião tem sido amplamente assegurada em nossos textos constitucionais.

( 44) Rodrigues de Souza — "A Constituição do Império" — Tomo II — 1870 — pág. 462.

( 45) A Declaração de 1789 fundiu, em um só dispositivo, a liberdade de religião e a liberdade de pensamento. Por isso, esclarece Duguit, que já se podia perceber que "no espírito dos homens de 1789 havia qualquer coisa de novo a respeito das opiniões religiosas" e que esta novidade "consistia justamente na assimilação das opiniões religiosas às opiniões políticas, filosóficas, sociais, artísticas etc." — Duguit citado por Cláudio Pacheco, op. cit., vol. X — pág. 124.

claração de Virgínia de 1776 a liberdade de religião surgia com surpreendente amplitude:

“A religião, o culto devido ao Criador, bem como a maneira de satisfazê-lo, somente devem ser dirigidos pela razão e pela persuasão, jamais pela força ou pela violência, do que se segue que todo homem deve gozar da mais perfeita liberdade de consciência; que a própria liberdade estender-se-á igualmente à forma do culto ditado pela consciência, o qual não deve ser punido, nem perturbado por qualquer magistrado, salvo se, sob o pretexto de religião, venham a ser perturbadas a própria paz, tranquilidade ou a segurança da sociedade; todos os cidadãos são obrigados a praticar a tolerância cristã, a afeição e a caridade entre si.”

*“Art. 179, VI -- Qualquer póde conservar-se ou sahir do Império como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os regulamentos policiaes e salvo o prejuizo de terceiro.”*

Mesmo sendo o homem “membro de uma nacionalidade, ele não renuncia suas condições de liberdade, nem os meios de satisfazer suas necessidades ou gozos” (46). Por isso, o artigo acima transcrito assegura-lhe o direito de viajar ou sair do Império, quando lhe convier, levando, ainda, consigo os seus bens, o que evidentemente constitui um respeito devido ao direito de propriedade.

As restrições impostas a esse direito justificam-se pelos próprios enunciados: Guarda dos regulamentos policiais e cumprimento de obrigações para com terceiros.

*“Art. 179, VII -- Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos e pela natureza que a lei determinar.”*

A inviolabilidade do lar, desde Roma, impõe-se ao respeito de todos. Entretanto, como esclarecem os escritores, a origem dessa franquia encontra-se na velha pátria da liberdade — a Inglaterra.

No dizer de Blackston, “a própria lei escrita ampara neste País o adágio conhecido — A minha casa é minha fortaleza, o meu castelo irredutível (“My house is my castle”) (47). São célebres as palavras pronunciadas por William Pitt (Lord Chatam) no Parlamento inglês:

“O mais pobre dos homens pode desafiar na sua cabeça todas as forças da Coroa. Embora a morada ameace ruína, ofereça larga entrada à luz, sobre o vento através das frinchas, a tempestade faça de toda a casa o seu ludíbrio; nada importa: acha-se garantida a choupana humilde contra o Rei da Inglaterra, cujo poder vai despedaçar-se contra aquele miserável reduto.” (48)

Da Inglaterra essa franquia estende-se para todos os países cultos em homenagem à dignidade e ao próprio instinto de conservação e defesa do ser

( 46) Pimenta Bueno, op. cit., pág. 388.

( 47) ( 48) Carlos Maximiliano, op. cit., vol. III — pág. 92.

humano. Por isso, diz Pimenta Bueno (49) que o art. 179, VI, consagra, juntamente com outros itens desse mesmo artigo, o direito de segurança, que é “a garantia da liberdade e mais direitos naturais; é o primeiro sentimento do homem e mesmo o instinto dos animais, é a conservação, a defesa de si próprio, é a proteção da existência individual, o direito de viver e não sofrer.”

Consoante a regra constitucional, é inviolável a casa do cidadão brasileiro. Nela só se poderá penetrar à noite, com o seu consentimento, ou em casos de inundação ou incêndio, para atender-se aos reclamos de socorros. De dia, entretanto, o princípio sofre restrições em homenagem à justiça e à manutenção da ordem pública.

A inviolabilidade do lar já era garantida nas Constituições Francesa de 1791, Espanhola de 1812 e Portuguesa de 1822:

Constituição Francesa — Tit. 4º:

“*Art. 9º — Aucun agent de la force publique ne peut entrer dans la maison d'un citoyen, si ce n'est pour l'exécution des mandements de police et de justice, ou dans le cas formellement prévu par la loi.*”

Constituição Espanhola:

“*Art. 306 — No podrá ser allanada la casa de ningun Español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado.*”

Constituição Portuguesa:

“*Art. 5º — A casa de todo o portuguez é para elle um asylo. Nenhum official publico poderá entrar nella sem ordem escripta da competente autoridade, salvo nos casos e pelo modo que a lei determinar.*”

“*Art. 179, VIII — Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na lei; e nestes, dentro de 24 horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, villas ou outras povoações proximas aos lugares da residencia do juiz, e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a lei marcará; attenta a extensão do territorio, o juiz, por uma nota por elle assignada, fará constar ao réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador e os das testemunhas, ha-cendo-as.*”

A prisão, embora necessária à manutenção da ordem pública, constitui “privação mais ou menos ampla do direito de liberdade e da segurança pessoal”. Daí as cautelas estabelecidas pelo artigo em exame para a sua efetivação.

A regra geral é que somente depois da “culpa formada” e salvo possibilidade da fiança, poderá ser preso o cidadão brasileiro. Todavia, em circunstâncias graves, como o caso de flagrante delito, ou “em virtude de ordem escrita por indiciamento de crime que não admite fiança”, permite-se a dispensa do requisito da culpa formada e a efetuação, imediata, da prisão (50). Para impe-

( 49) Pimenta Bueno, op. cit., pág. 403.

( 50) O Código de Processo Criminal, nos arts. 131 a 175, declara os casos em que essa prisão tem lugar. E o art. 181 do Código Criminal pune os abusos cometidos a respeito. — Pimenta Bueno, op. cit., pág. 464.

dir, entretanto, arbitrariedades, a lei ordena que, nestes casos, o juiz entregue ao réu "por uma nota por ele assinada" o motivo da prisão, os nomes do seu acusador e os das testemunhas, havendo-as. Já se vislumbra aqui o ato de abertura do direito de defesa em nossas Cartas Constitucionais (51). A garantia maior do cidadão, contudo, encontra-se no Código de Processo Criminal de 1823. O art. 340 deste Código estatui o *habeas corpus*, como remédio adequado para cessar qualquer constrangimento ilegal:

"Todo 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."

As Constituições Francesa de 1791, Espanhola de 1812 e a Portuguesa de 1822 dispunham sobre a matéria nos termos abaixo transcritos:

#### Constituição Francesa:

"Art. 10 — Nul homme ne peut être saisi que pour être conduit devant l'officier de police; et nul ne peut être mis en arrestation ou détenu, qu'en vertu d'un mandat des officiers de police, d'une ordonnance de prise de corps d'un tribunal, d'un décret d'accusation du Corps législatif dans le cas ou il lui appartient de le prononcer, ou d'un jugement de condamnation à prison, ou détention correctionnelle.

Art. 11 — Tout homme saisi et conduit devant l'officier de police, será examiné sur-le-champ ou au plus tard dans les vingt-quatre heures.

S'il résulte de l'examen qu'il n'y a aucun sujet d'inculpation contre lui, il será remis aussitôt en liberté: ou s'il y a lieu de l'envoyer à la maison d'arrêt, il y sera conduit dans le plus bref délai, qui en aucun cas, ne pourra excéder trois jours."

#### Constituição Espanhola:

"Art. 287 — Ningun Español podrá ser preso, sin que preceda informacion sumaria del hecho, por el que merezca segun la ley ser castigado con pena corporal, y asimismo un mandamiento del Juez por escrito, que se le notificará en el acto mismo de la prision.

Art. 290 — El arrestado, antes de ser puesto en prision, será presentado al Juez, siempre que no haya cosa que lo estorbe, para que le reciba declaracion: mas si esto no pudiere verificar-se, se le conducirá á la cárcel en calidad de detenido, y el Juez recibirá la declaracion dentro de las veinte y cuatro horas.

Art. 300 — Dentro de las veinte y cuatro horas se manifestará al tratado como reo la causa de su prision y el nombre de su acusador, si lo hubiere.

#### Constituição Portuguesa:

"Art. 4<sup>o</sup> — Ninguém deve ser preso sem culpa formada, salvo nos casos e pela maneira declarada nos arts. 203 e seguintes. A lei desig-

( 51) Cláudio Pacheco, op. cit., vol. XI — pág. 149.

nará as penas com que devem ser castigados, não só o juiz que ordenar a prisão arbitrária e os officiaes que a executarem, mas também a pessoa que a tiver requerido.

*Art. 206* — Em todos os casos o juiz, dentro de 24 horas, contadas da entrada na prisão, mandará entregar ao réo uma nota por elle assignada, em que declare o motivo da prisão, e os nomes do accusador e das testemunhas, havendo-as.”

*“Art. 179, IX — Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos que a lei a admite; e em geral, nos crimes que não tiverem maior pena do que a de seis mezes de prisão ou desterro para fóra da comarca, poderá o réo livrar-se solto.”*

Tornando mais explícita a garantia anterior, acentua a 1ª parte do presente artigo que, mesmo com culpa formada “ninguém será conduzido à prisão ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a lei admite”. Na 2ª parte, porém, acrescenta este artigo mais uma garantia para o cidadão brasileiro: independentemente de fiança, ninguém poderá ser preso ou conservado em prisão “quando a pena applicável não exceder de 6 meses, ou for de desterro para fora da comarca” (52).

Em tais casos, esclarece Pimenta Bueno (53), o indiciado tem menos interesse de evadir-se que de obedecer à justiça; se fugisse, impor-se-ia a si mesmo pena maior; é justo pois que o homem pobre continue a trabalhar, sustentando sua família. “São disposições sábias e protetoras; cumpre que sejam religiosamente observadas”.

As Constituições Francesa (1791), Espanhola (1812) e Portuguesa (1822), dispunham sobre a matéria nos termos seguintes:

Constituição Francesa, Tit. 3.º, Cap. 5.º:

*“Art. 12* — Nul homme arrêté ne peut être retenu s’il donne caution suffisante, dans tous les cas ou la loi permet de rester libre sous cautionnement.”

Constituição Espanhola:

*‘Art. 295* — No será llevado á la cárcel el que de fiador en los casos en que la ley no prohiba expresamente que se admita la fianza.

*Art. 296* — En cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso pena corporal, se le pondrá en libertad, dando fianza.”

Constituição Portuguesa:

*“Art. 202* — Os cidadãos arguidos de crime a que pela lei esteja imposta pena que não exceda á prisão por seis mezes, ou á desterro para fóra da provincia onde tiverem domicilio, não serão presos, e se livrarão soltos.”

( 52 ) ( 53 ) Pimenta Bueno, op. cit., pág. 405.

"Art. 207 — Si o réo, antes de ser conduzido á cadeia ou depois de estar nella, der fiança perante o juiz da culpa, será logo solto, não sendo crime daquelles em que a lei prohiba a fiança."

"Art. 179, X — A excepção do flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada senão por ordem escripta da autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o juiz que a deu e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a Lei determinar.

O que fica disposto ácerca da prisão antes de culpa formada não comprehende as ordenanças militares, estabelecidas como necessarias á disciplina e recrutamento do exercito, nem os casos que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro de determinado prazo."

Este artigo complementa os anteriores, pois esclarece que, à exceção do flagrante delicto, a prisão do cidadão brasileiro (com culpa formada ou não, e, mesmo, em crime inafiançável) somente poderá ser executada por ordem de autoridade competente. Se esta, porém, for arbitrária, "o juiz que deu e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a lei determinar" (54).

A segunda parte do artigo em análise "faz uma fundada excepção dos casos previstos pelas ordenanças militares, e dos casos que não são puramente criminaes, Código Criminal, art. 310, nos quais se incluem, além das penas puramente disciplinaes, as disposições das leis civis sobre depositários, dívidas commerciaes, e outras de que não nos podemos atualmente ocupar" (55).

As Constituições Francesa (1791), Espanhola (1812) e Portuguesa (1822) dispunham sobre a matéria nos termos seguintes:

Constituição Francesa. Tit. 3º, Cap. 5º:

"Art. 14 — Nul gardien ou geólíer ne peut recevoir ni retenir aucun homme qu'en vertu d'un mandat, ordonnance de prise de corps, décret d'accusation, ou jugement, mentionnés dans l'article 10 ci-dessus, et sans que la transcription en ait été faite sur son registre".

"Art. 16 — Tout homme, quel que soit sa place ou son emploi, autre que ceux à qui la loi donne le droit d'arrestation, qui donnera, signera, executera, ou fera exécuter l'ordre d'arreter un citoyen; ou conduira, recevra, ou retiendra un citoyen dans un lieu de détention non publiquement et légalement désigné; et tout gardien ou geólíer qui contreviendra aux dispositions des articles 14 e 15 ci-dessus, seront coupables du crime de détention arbitraire."

Constituição Espanhola:

"Art. 292 — En fraganti todo delincuente puede ser arrestado, y todos pueden arrestarle y conducirlo á la presencia del juez: presentado ó

( 54) Os arts. 142 e 181 do Código Criminal tratam da matéria.

( 55) Pimenta Bueno, op. cit., pág. 406.

puesto en custodia, se procederá en todo, como se previene en los dos artículos precedentes.”

Constituição Portuguesa:

“Art. 205 — O que fica disposto sobre a prisão antes da culpa formada não exclue as excepções, que as ordenanças militares estabelecerem como necessarias á disciplina e recrutamento do exercito.

Isto mesmo se estende aos casos, que não são puramente criminaes, e em que a lei determinar todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro de determinado prazo.”

“Art. 179, XI — *Ninguém será sentenciado senão por autoridade competente, e em virtude de Lei anterior, e na forma por ela prescripta.*”

O presente artigo consubstancia uma das mais valiosas garantias instituídas pela nossa Carta Imperial “em benefício dos direitos do homem”. Através dele assegura-se o direito que todo homem tem de ser julgado por autoridade competente e com observância de lei anterior ao fato delituoso.

O homem não está, assim, mais sujeito à justiça despótica com lei elaborada *ex post facto*, ou que tenha efeito retroativo, ou ainda que imponha penas arbitrarias. Mas, agora, ele será julgado através de processo regular, com sentença proferida por autoridade competente e segundo lei anterior.

Este artigo origina-se não somente dos textos anglo-saxões, que proclamavam que ninguém podia ser sentenciado senão “by the law of the land”, mas também e sobretudo do grande movimento de humanização da pena, empreendido pelos filósofos do século XVIII, entre os quais é relevante citar o Marquês Cesar Beccaria.

A ele coube, sem dúvida, como dizem os historiadores, a glória de ter sido o primeiro que se atirou na luta forte e sistemática pelas idéias referentes ao crime e ao criminoso.

A crueldade da repressão punitiva atingia, então, o auge da brutalidade e da selvageria. E isto feria o espírito humanitário e generoso do Marquês. Por isso, no seu livro “Dos Delitos e das Penas” (1776) ele combatia, com veemência, a violência e o vexame das penas, pugnando pela atenuação, além de exigir as garantias legais (*nullum crimen sine lege*) e as garantias processuais ao acusado. O seu trabalho, todavia, não deve ser estudado somente no ângulo humanitário. O grande mérito de Beccaria está no caráter reformista e científico que ele imprimiu a sua obra: reivindicava o estabelecimento de bases e limites para o direito de punir; ressaltava a necessidade de prevenir o crime antes que puni-lo; demonstrava o valor do princípio da igualdade humana, quando combatia o privilégio da impunidade de que gozavam os nobres; profligava o processo da extorsão de juramento e confissões, através de suplicios; opunha-se “ao uso da interpretação extensiva, da pesquisa e consulta ao espírito da lei penal, que tornava a sua aplicação arbitrária, pessoal, inconstante e tirânica” (56); combatia a pena de morte, o confisco de bens do

( 56) Muniz Sodré, “As Três Escolas Penais”, 1917, pág. 9.

condenado e as penas infamantes. Sustentava "a máxima de que não é pelo rigor dos suplícios que se previnem mais seguramente os crimes, porém, pela certeza das punições" (57); proclamava a não retroatividade da lei penal, quando dizia: "cada cidadão pode fazer tudo que não é contrário à lei, sem temer por isso outros inconvenientes que os resultados da própria ação" (58). Sustentava a necessidade da segurança dos direitos individuais referentes, sobretudo, à liberdade.

A Revolução Francesa, voltada para a proteção dos direitos individuais e profligando contra os arbítrios do absolutismo, não podia deixar, evidentemente, de incorporar às suas reivindicações as idéias de Beccaria, já integradas no iluminismo francês (59). Daí nas Cartas de Garantias aparecerem regras que obrigam o enquadramento da justiça criminal a princípios humanitários. Estas regras aparecem em vários artigos da Carta Imperial, entre os quais destacamos o ora analisado.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 versava sobre a matéria nos termos abaixo transcritos:

*"Art. VIII — A lei só deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias, e ninguém poderá ser punido senão em virtude de disposição de lei promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada."*

A Constituição Francesa de 1791 acrescentava, ainda, no Tít. 3º, Cap. 5º, Art. 4º:

*"Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne, par aucune commission, ni par d'autres attributions et évocations que celles qui sont déterminées par les lois."*

*"Art. 179, XII — Será mantida a independência do poder judicial. Nenhuma autoridade poderá avocar as causas pendentes, susta-las ou fazer reviver os processos findos."*

Sem a independência do Poder Judiciário, evidentemente, desapareceriam as garantias da liberdade e segurança individuais. Por isso, esclarece o presente artigo que será mantida a independência deste Poder, o que significa que as causas ali existentes tenham curso regular e que suas decisões sejam respeitadas, "que firmem os direitos e não possam ser postas em dúvida" (60). Explicitando ainda mais a garantia, acrescenta o artigo supra que o funcionamento do Juízo não será interferido "por qualquer autoridade estranha à engrenagem da organização judiciária, seja para avocar ou sustar causas pendentes ou para reviver processos findos" (61).

A garantia da independência do Poder Judiciário, nos termos em que é enunciada pela nossa Carta Imperial, consoante Cláudio Pacheco (62), "de

( 57) ( 58) — Beccaria, citado por Muniz Sodré, *op. cit.*, pág. 10.

( 59) Assinale-se que as idéias de Beccaria arrimavam-se no Contrato Social. Ele era, portanto, discípulo de Rousseau e Montesquieu.

( 60) Pimenta Bueno, *op. cit.*, pág. 407.

( 61) ( 62) Cláudio Pacheco, *op. cit.*, vol. X, pág. 25, explica, ainda, que o princípio da apreciação judicial, se não figurou explicitamente na Constituição do Império, também não figurou nas primeiras Constituições Republicanas. "Mas sempre se entendeu que estava implícito, resultando sobretudo da implantação da fórmula da separação de poderes e que por isto mesmo era obrigatório."

algum modo se pode considerar no âmbito do princípio da apreciação judicial, embora sem abranger toda a sua força”.

A Constituição Francesa de 1791 versava sobre a matéria no Tit. 3º, Cap. 5º, Art. 4º, já transcrito nesta pesquisa, no comentário feito ao art. 179, XI, da Constituição Brasileira de 1824.

As Constituições Espanhola (1812) e Portuguesa (1822) assim dispunham:

Constituição Espanhola:

“Art. 242 — La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente á los tribunales.

Art. 243 — Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningun caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes ni mandar abrir los juicios fenecidos.”

Constituição Portuguesa:

“Art. 176 — O Poder Judicial pertence exclusivamente aos Juizes. Nem as Cortes nem o Rei o poderão exercitar em caso algum. Não podem portanto avocar causas pendentes; mandar abrir as findas; nem dispensar nas fórmulas do processo prescriptas pela lei.”

“Art. 179, XIII — A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.”

O Cristianismo proclama a igualdade de todos perante Deus. A Revolução Inglesa de 1688 não somente exalta as conquistas cristãs da afirmação da pessoa e da liberdade do homem como traduz essas conquistas em normas de direito positivo (63). Do pensamento liberal difundido para o mundo com a Revolução Francesa resulta a incorporação nos textos constitucionais da igualdade de todos perante a lei, como um direito imanente ao ser humano.

A Constituição Imperial estabelece o princípio e fornece os elementos seguros para a sua conceituação.

A igualdade jurídica do cidadão brasileiro encontra-se na lei, por proteger ou castigar a todos, indistintamente e igualmente, e recompensar também a todos de acordo com o mérito de cada um. Conseqüentemente, diz Pimenta Bueno, “qualquer que seja a desigualdade natural ou casual dos indivíduos a todos os outros respeito há uma igualdade que jamais deve ser violada, e é a da lei, quer ela proteja, quer castigue, é a da justiça, que deve ser sempre uma, a mesma, e única para todos sem preferência ou parcialidade alguma. É de justiça que cada homem seja senhor de si próprio, que tenha igual liberdade de procurar satisfazer às suas necessidades por seu trabalho, de elevar-se nas condições sociais por seus serviços e merecimentos, e de obter em proporção deles justa recompensa” (64).

O princípio igualitário, portanto, no Brasil Monárquico, consoante Pimenta Bueno, consiste na igualdade da lei e da justiça, quer dizer, *uma só lei e uma*

( 63 ) Paulino Jacques, no livro “Da Igualdade Perante a Lei”, discorre brilhantemente sobre as origens do princípio e o seu conteúdo no Estado Moderno.

( 64 ) Pimenta Bueno, *op. cit.*, pág. 412.

*única justiça para todos* (65). Como corolário lógico desse princípio, explica Paulino Jacques, aparece “o direito de cada um dispor de si mesmo, procurando igualmente e livremente satisfazer às suas necessidades, elevar-se nas posições sociais e obter justa recompensa aos seus serviços e merecimentos”. A todos, assim, conclui o jurista citado, “é dado conquistar a sua posição na sociedade, independentemente da origem, cor, bens e idéias, bastando que fizesse por merecê-la” (66).

Rodrigues de Souza, entretanto, entende o princípio igualitário em outros termos. Para ele, a “igualdade da lei para todos, quer proteja, quer castigue” significa a “igualdade de contribuição para as despesas do Estado em proporção dos haveres de cada um” (67).

Reduz, assim, o ilustre jurista do Império a dois os direitos igualitários: “o livre acesso aos cargos públicos e a contribuição para o erário” (68).

Qualquer que seja, porém, o conceito adotado, o certo é que ambos são equânimes, justos e traduzem as idéias liberais da época, sendo interessante assinalar aqui, para facilitar a opção do leitor, que o artigo 179, XIII, tem como fonte direta os arts. 2º e 3º da Declaração de Direitos, adotada em França em 29 de maio de 1793:

“Art. 2º — L'égalité consiste à ce que chacun puisse jouir des mêmes droits.

Art. 3º — La loi est l'expression de la volonté générale; elle est égale pour tous, soit qu'elle récompense ou qu'elle punisse, soit qu'elle protège ou qu'elle réprime.”

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, todavia, já ministrava “elementos positivos para a conceituação da igualdade jurídica” (69); nos arts. 1º e 6º já citados neste trabalho. A Constituição Francesa de 1791, porém, acrescentava, ainda:

“Tit. Iº — La Constitution garantit, comme droits naturels et civils:

3º — Que les mêmes délits seront punis des mêmes peines, sans aucune distinction des personnes.”

A Constituição Portuguesa de 1822 estabelecia o princípio igualitário nos termos seguintes:

“Art. 9º — A lei será igual para todos. Não se devem portanto tolerar privilégios de fôro nas causas civeis ou crimes, nem commissões especiaes. Esta disposição não comprehende as causas que, pela sua natureza, pertencerem á juizos particulares na conformidade das leis.”

“Art. 179, XIV — Todo o cidadão pôde ser admittido aos cargos publicos civis ou militares, sem outra differença que não seja dos seus talentos e virtudes.”

( 65 ) ( 66 ) — Paulino Jacques, op. cit., pág. 156.

( 67 ) Rodrigues Souza, op. cit., pág. 468 — vol. II.

( 68 ) Paulino Jacques, op. cit., pág. 156.

( 69 ) Paulino Jacques, op. cit., pág. 92.

Corolário lógico da igualdade de todos perante a lei, garante o presente artigo a todo cidadão brasileiro o direito de admissão aos cargos públicos, sem qualquer diferença ou distinção que não seja dos seus talentos e virtudes.

A medida anunciada é de alta justiça social porque nivela o acesso aos cargos públicos à regra da capacidade e da habilitação de cada um, proporcionando, dessa maneira, a todas as classes, oportunidades iguais, mais vantagens sociais oferecidas pela comunidade em que vivem. Com isso ganha o Poder público, de vez que os seus interesses vão, agora, ser administrados por pessoas selecionadas, conforme suas habilitações e méritos.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já garantia a igualdade de acesso aos cargos públicos no art. 6º, citado na introdução a esta pesquisa. A Constituição Francesa de 1791, porém, a ela ainda fazia referência no Tit. 1º — 1.º:

“La Constitution garantit, comme droits naturels et civils:

1º — Que tous les citoyens sont admissibles aux places et emplois, sans autres distinctions que celle des vertus et des talents.”

A Constituição Portuguesa de 1822 também incluía a garantia nos termos seguintes:

*Art. 12* — Todos os portugueses podem ser admitidos aos cargos públicos, sem outra distinção que não seja a dos seus talentos e virtudes.”

“*Art. 179, XV* — Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção dos seus haveres.”

Em consonância com a igualdade proclamada, estabelece a Constituição Imperial que todos devem contribuir para as despesas do Estado na medida dos seus haveres. Isto significa que, de agora em diante, “todas as classes da sociedade, todas as espécies de bens, todas as fortunas” concorrerão, proporcionalmente, para as necessidades e serviços do Estado (70).

Não existem, assim, privilégios da raça ou classe nem quanto às vantagens auferidas, como já vimos no artigo anterior, nem também quanto aos ônus, instituídos pelo regime constitucional em benefício do interesse maior da comunidade social.

As Constituições Francesa de 1791, Espanhola de 1812 e Portuguesa de 1822 versavam sobre a matéria nos termos seguintes:

Constituição Francesa:

“Tit. 1º — La constitution garantit, . . .

2º — Que toutes les contributions seront réparties entre tous les citoyens également en proportion de leurs facultés.”

Constituição Espanhola:

“*Art. 8º* — Tambien está obligado todo español, sin distincion alguna, á contribuir en proporcion de sus haveres para los gastos del Estado.”

( 70) Pimenta Bueno, *op. cit.*, pág. 413.

"Art. 339 — Las contribuciones se repartirán entre todos los españoles con proporción á sus facultades, sin excepcion ni privilegio alguno.

Art. 340 — Las contribuciones serán proporcionadas á los gastos que se decreten por las Cortes para el servicio público en todos los ramos."

Constituição Portuguesa:

"Art. 225 — Nenhuma pessoa ou corporação poderá ser isenta das contribuições directas.

Art. 226 — As contribuições serão proporcionadas ás despesas publicas."

*"Art. 179, XVI — Ficão abolidos todos os privilegios que não forem julgados essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade publica."*

A abolição de privilégios, estatuída no artigo acima transcrito, também decorre do princípio igualitário. Note-se, todavia, que, nos termos constitucionais, somente são vedados os privilégios pessoais, "que são concedidos à pessoa em razão de si mesma, por amor dela, ou seja por graça, ou a título de remuneração de serviços" (71). Mantém a Constituição os privilégios reais porque, como ensina Pimenta Bueno, "são concedidos, não às pessoas, embora redundem também em proveito delas, e sim às coisas que estão relacionadas com tais pessoas, como os cargos, empregos, dignidade, invenções, descobertas etc. Estes nada têm de odioso desde que o interesse público os demanda e que não provêm de abuso tal é o privilégio, por exemplo, que tem o deputado ou Senador de não ser preso senão nos únicos termos excepcionais da Constituição." (72)

*"Art. 179, XVII — À excepção das causas que por sua natureza pertencem a juizes particulares, na conformidade das Leis, não haverá fóro privilegiado, nem commissões especiaes nas causas civeis ou crimes."*

O foro privilegiado, evidentemente, não se coaduna com a igualdade de todos perante a lei. Por isso, a Constituição Imperial o veda de uma maneira geral.

Admite, entretanto, nos termos do artigo citado, o privilégio de foro (73) quando "exigido pela natureza das causas, deixando este reconhecimento às legislaturas ordinárias". (74)

Note-se, ainda, que as comissões especiais nas causas cíveis ou criminaes são totalmente abolidas pelo presente artigo.

( 71 ) ( 72 ) Pimenta Bueno, *op. cit.*, pág. 414.

( 73 ) Carlos Maximiliano — *op. cit.*, pág. 125 — chama a atenção para que não se confunda o juízo privilegiado, nem os de excepção, com os especiais, "instituídos para o processo e julgamento de certas autoridades, indivíduos pertencentes a classes especificadas, ou determinadas categorias de atos ou fatos: por exemplo, os concernentes a Chefe de Estado, Ministros, magistrados, militares, comerciantes, menores ou marítimos; bem como a tudo que se relacione com eleições ou trabalho". Nos termos da lição do Mestre, a Constituição de 1824 se referia, no artigo acima citado, aos juízos especiais e não ao foro privilegiado. Assinale-se, ainda, que o princípio que veda o foro privilegiado e os juízos de excepção, salvo a Constituição de 1837, têm permanecido em todos os nossos textos constitucionais.

( 74 ) Rodrigues de Souza, *op. cit.*, vol. II, pág. 125.

A Constituição Francesa de 1791 vedava o foro privilegiado no Tit. 3º, Cap. 5º, Art. 4º — transcrito nesta pesquisa no comentário feito ao art. 179, XI, da Constituição Brasileira de 1824.

A Constituição Espanhola de 1812 versava sobre a matéria nos termos abaixo transcritos:

*Art. 248* — En los negocios comunes, civiles y criminales, no habrá mas que un solo fuero para toda clase de personas.

*Art. 249* — Los eclesiásticos continuarán gozando del fuero de su estado, en los terminos que prescriben las leyes ó que en adelante prescribieren.

*Art. 250* — Los militares gozarán tambien de fuero particular, en los terminos que previene la ordenanza ó en adelante preveniere.”

A Constituição Portuguesa dispunha, também, sobre a matéria no art. 9º, já transcrito nesta pesquisa no comentário feito ao art. 179, XIII, da Constituição Brasileira de 1824.

*Art. 179, XVIII* — *Organisar-se-ha quanto antes um codigo civil e criminal, fundado nas solidas bases da justiça e equidade.* (75) (76)

*Art. 179, XIX* — *Desde já ficão abolidos os açoites, tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis.*”

(75) O Código Criminal do Império de 1830, criado, portanto, em obediência ao dispositivo constitucional, foi, como acentua Aníbal Bruno, “obra legislativa realmente honrosa para a cultura jurídica nacional, como expressão avançada do pensamento penalista no seu tempo; legislação liberal, baseada no princípio da utilidade pública, como havia de resultar naturalmente da influência de Bentham, que se exerceu sobre o novo Código, como já se fizera sentir no Código francês de 1810. Deste, aliás, e do napolitano de 1819, é que mais se deixou influir o nosso Código do Império. Mas, sem ser obra que se possa dizer em verdade independente, o Código de 1830 não se filiou estritamente nem a um nem a outro, tendo sabido mostrar-se original em mais de um ponto” (Aníbal Bruno, citado por Luiz Vicente Cernicchiaro, in “Estrutura do Direito Penal”, 1972, pág. 42).

(76) Registra-se, também, que durante o Império houve a tentativa da “Consolidação das Leis Civis”, de Teixeira de Freitas, e a elaboração do Código Comercial que, apesar de alterações profundas, vigê, em nosso País, até os dias atuais. Sobre o trabalho de Teixeira de Freitas reproduzimos, aqui, a opinião abalizada de Clóvis Bevilacqua (Código Civil — vol. I — págs. 13 e 14):

“Apreciado, mesmo na sua forma de Esboço, que não era ainda a definitiva, no pensamento do jurista, é um edifício de grandes proporções (4.908 artigos) e de extraordinária solidez, talhado, na rocha viva dos bons princípios, pela mão vigorosa de um artista superior, e, ao mesmo tempo, recortado, internamente, por excessivas minúcias, que, talvez, desaparecessem, quando o autor retirasse da obra os andaimes, que ali pusera, enquanto lhe erguia as altas muralhas. A análise, a decomposição dos princípios, foi conduzida com admirável vigor e segurança; mas, procurando traduzir as relações de direito civil, em todas as suas infinitas variedades, por um preceito legal, foi mais longe do que convinha a uma obra legislativa. Daí a dispersão, que demorou a obra, e, afinal, inutilizou, para o fim imediatamente almejado, uma tão grande soma de esforço.

“É uma página dolorosa, a mais dolorosa da história intelectual da jurisprudência brasileira, essa em que o sábio jurista renega e despedaça todo o seu trabalho anterior, sacrificando-o, com a heróica abnegação de um estóico, ao que ele julgava a verdade científica.

“Mas, se o Esboço não pôde ser transformado em lei, entrou para o acervo da jurisprudência pátria, como a sua produção mais valiosa, pela riqueza, segurança e originalidade das idéias.”

Quanto ao Código Comercial de 1850, é interessante salientar a opinião da Comissão Mista do Congresso que o examinou: “O Código do Comércio do Brasil nada tem a invejar à legislação da França, da Inglaterra, de Portugal e da Espanha: apresenta em um todo sistemático o que há de melhor nesses códigos, modificadas as suas doutrinas segundo as opiniões dos escritores mais entendidos nessas matérias, e adaptadas às circunstâncias do Brasil.” (“Curso de Direito Comercial”, Hernani Estrella, 1973.)

Com este artigo, aboliam-se todas as penas degradantes existentes na legislação anterior, como o açoite, a tortura, a marca de ferro e outras semelhantes.

Estas penas feriam, evidentemente, a integridade física e moral do detento e eram, portanto, incompatíveis com os direitos assegurados aos cidadãos brasileiros, entre os quais destaque-se o direito à segurança individual.

A Constituição de Cadiz (1812) e a Constituição Portuguesa (1822) dispunham sobre a matéria nos termos seguintes:

Constituição Espanhola:

*"Art. 303 — No se usará nunca del tormentos ni de los apremios."*

Constituição Portuguesa:

*"Art. 11 — Toda a pena deve ser proporcionada ao delicto, e nenhuma passará da pessoa do delinquente. Fica abolida a tortura, a confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o baraço e pregão, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis e infamantes."*

*"Art. 179, XX — Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto não haverá, em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo que seja."*

"A responsabilidade individual não foi sempre o processo do homem" (77). A nossa legislação anterior a desconhecia, sendo interessante evocar-se, neste sentido, as Ordenações Filipinas, Livro V, Título V, § 13, que, ao se referirem ao crime de lesa-majestade, estatufam:

*"E em qualquer destes casos acima declarados, onde os filhos são excluídos da herança do pai, se forem varões, ficarão infamados para sempre, de maneira que nunca possam haver honra de Cavaleiro, nem de outra dignidade, nem Offício; nem poderão herdar a parente, nem a estranho abintestado, nem por testamento, em que fiquem herdeiros, nem poderão haver coisa alguma, que lhes seja dada, ou deixada, assim entre vivos, como em última vontade, salvo sendo primeiro restituídos à sua primeira fama e estado. E esta pena haverão pela maldade, que seu pai cometeu. E o mesmo será nos netos somente, cujo avô cometeu o dito crime", que era o de lesa-majestade. E acrescentava: "Porém isto não haverá lugar, quando as mães cometerem a tal maldade, porque neste caso a pena e infâmia desta Ordenação não passará dos filhos". No mesmo título, § 15, diziam as Ordenações: "E o que em qualquer dos ditos casos cometa traição, se tiver bens de Morgado, ou Feudo, ou foro, que devam vir per geração descendente, ou andar em pessoas, se ele per justiça morrer, não haverá o Fisco os ditos bens..."*

"O Alvará de 17 de janeiro de 1759 — explica Pontes de Miranda (78) — aprovou a sentença contra os réus da conspiração de 3 de setem-

( 77) ( 78) Pontes de Miranda, "Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n.º 1, de 1969)", vol. V, págs. 229 e 230.

bro de 1758 (Inconfidência), contra a própria Ordenação do § 15, e a Lei de 3 de agosto de 1770 foi ao requinte de revogá-lo: “Ordeno que todos e quaisquer descendentes de um e de outro sexo dos Réus *antes e depois* desta, incursos no dito horrendo crime de lesa-majestade, fiquem inabilitados para sucederem nos Morgados vagos pela condenação dos traidores.”

Em reação a estas iniquidades praticadas em nome da justiça, volta-se a Constituição Imperial, ao estabelecer a responsabilidade penal individual: “Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente”. Conseqüentemente, não haverá mais, entre nós, em qualquer caso, “a confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau”.

Desaparecem, assim, da legislação brasileira, todas as leis draconianas, “filhas da ignorância e da tirania”. Daí acentuar Pimenta Bueno (79) que “não há coração algum bem formado que não bendiga os nobres esforços da razão filosófica e o triunfo do sistema constitucional, que veio reivindicar os foros humanos barbaramente ignorados, ou vilipendiados”.

A Constituição Espanhola de 1812 já estabelecia a responsabilidade penal individual:

“Art. 304 — Tampouco se impondrá la pena de confiscacion de bienes.  
Art. 305 — Ninguna pena que se imponga, por cualquiera delito que sea ha de ser transcendental por termino ninguno á la familia del que la sufre, sino que tendrá todo su efecto precisamente sobre el que la mereció.”

A Constituição Portuguesa de 1822 também a incluía no art. 11, transcrito neste trabalho no comentário feito ao art. 179, XIX, da Constituição Brasileira de 1824.

“Art. 179, XXI — *As cadêas serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réos, conforme suas circunstancias e natureza dos crimes.*”

O cárcere é, agora, preocupação central dos poderes públicos, como instrumento de segurança e defesa social. Não está guardado um animal selvagem, mas um ser humano que, mesmo delinqüente, tem direitos imanes, que devem ser respeitados pela autoridade constituída. A obrigação do Estado não é somente puni-lo, mas, sobretudo, reeducá-lo para a sua volta ao convívio social. Por isso o artigo supra, além de determinar que as cadeias devem ser seguras, limpas e arejadas, estabelece também a separação dos réus, conforme as circunstâncias e natureza dos crimes.

O preceito origina-se do movimento, ocorrido na Inglaterra, visando à humanização do tratamento do condenado e liderado por John Howard que, depois de analisar o estado deplorável em que se encontravam os presos e as casas de detenção de então, propugna no livro “The State of the Prisons in

( 79) Pimenta Bueno, *op. cit.*, pág. 408.

England and Wales” por uma assistência material e moral aos criminosos, o que, evidentemente, só poderia vir com a reforma completa das penitenciárias.

As Constituições Espanhola de 1812 e Portuguesa de 1822 dispunham sobre a matéria nos termos seguintes:

Constituição Espanhola:

“Art. 297. Se dispondrán los carceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar á los presos: asi el alcalde tendrá á estos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicacion, pero nunca en calabozos subterráneos ni ma sanos.”

Constituição Portuguesa:

“Art. 208. As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, de sorte que sirvam para segurança e não para tormento dos presos. Nellas haverá diversas casas, em que os presos estejam separados conforme as suas qualidades e a natureza de seus crimes: devendo haver especial contemplação com os que estiverem em simples custodia, e ainda não sentenciados. Fica comtudo permitido ao juiz, quando assim for necessar’o para a indagação da verdade ter o preso incommunicavel em lugar commodo e idoneo, pelo tempo que a lei determinar.”

“Art. 179, XXII — É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do Cidadão, será elle previamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos em que terá lugar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.”

Não contém a Constituição de 1824 um capítulo sobre a ordem económica. Na sua declaração de direitos, todavia, ingressam algumas normas de sentido económico para “assegurar a extensão dos poderes do individuo”. (80)

Uma delas é a do artigo supra, que declara a inviolabilidade da propriedade, como reconhecimento de um direito natural do homem, e superior, portanto, às contingências de toda organização política regular.

Da simples leitura desse artigo resulta claro que a nossa Constituição Imperial volta-se para a concepção individualista da propriedade, oriunda do Direito Romano. (81) A propriedade é a “prerrogativa” que todo homem tem de “usar e abusar da coisa sua, até onde permita a razão do direito” — *jus utendi et abutendi re sua, quatenus juris ratio patitur*. (82) É, como esclarece Pimenta Bueno, a “faculdade ampla e exclusiva que cada homem tem de usar, gozar e dispor livremente do que licitamente adquiriu, do que é seu, sem outros limites que não sejam os da moral ou direitos alheios; é o *jus utendi, et abutendi de sua*; é também o direito de defendê-la e reivindicá-la”. (83)

(80) Josaphat Marinho — “Notícia do Direito Brasileiro” — 1972 — pág. 95.

(81) (82) Carlos Maximiliano, op. cit., pág. 94, esclarece que a definição de propriedade foi proposta pela Escola do Século XVIII e é erroneamente atribuída às fontes do Direito Romano.

(83) Pimenta Bueno, op. cit., pág. 419.

A amplitude do conceito nos permite a afirmação categórica: o direito de propriedade, no Brasil Monárquico, é ilimitado, é resguardado em toda a sua plenitude.

Estabelece, todavia, a 2.<sup>a</sup> parte do artigo referido uma exceção ao resguardo desse pleno direito. Estudemo-la:

Diz o artigo “se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado”.

Ora, o pressuposto para qualquer desapropriação é, nos termos constitucionais, a indenização prévia, o que significa pagamento antecipado do valor real da propriedade. O interesse individual sobrepassa, assim, o público, porquanto para que se tome a propriedade privada mesmo para uso público, é necessário e imprescindível que o Governo indenize *a priori* o proprietário, isto é, antes mesmo da disposição ou uso de sua propriedade. (84)

Em decorrência, a exceção levantada justifica, apenas, a regra, ou a reforça em termos mais absolutos.

O que se constata, entretanto, é que a inviolabilidade da propriedade era condição *sine qua non* do ordenamento liberal, que passamos a adotar com a Carta Imperial. A Revolução Francesa assim já a consagrara no art. 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que estatuiu:

“Ninguém poderá ser privado da propriedade que é um direito inviolável, sagrado, senão quando a necessidade pública, legalmente verificada, evidentemente, o exigir e sob condição de justa indenização.”

A adoção da propriedade plena, em França, todavia, tinha uma finalidade específica: visava à proteção desse direito contra os abusos do Poder Estatal.

Para responder, portanto, aos abusos do absolutismo, ao “L’État c’est moi”, de Luís XIV, os escritores do Direito Natural consideraram a propriedade “*não como algo subordinado ao domínio do soberano, como se supunha ao tempo da Monarquia absoluta, mas como um Direito individual inato*, como o florescimento de uma larga autonomia individual, como um direito absoluto que não podia tolerar limitação alguma”. (85)

O conceito de propriedade, por essa forma, adquiria, com a Revolução Francesa, “uma significação e uma amplitude que, como diz Afonso Arinos (86), ‘faziam lembrar as que tinha a noção de soberania, no Direito Público’. Barassi (87), no seu tratado sobre a propriedade, destaca:

“A propriedade era a expressão mais viva da independência do cidadão proprietário; ser dono era o mesmo que ser livre. A propriedade era sinônimo da liberdade, era um aspecto da soberania. Propriedade queria dizer autonomia, no sentido etimológico. O proprietário era o homem que ditava a si mesmo a lei (autolei) na

(84) Antes mesmo da Independência do Brasil, assim, já se entendia, como se poderá observar do Decreto de 21 de maio de 1821... “Considerando ser uma das bases principais do pacto social entre os homens a segurança dos seus bens,” determinou que a ninguém se tomasse coisa alguma contra a vontade do possuidor ou proprietário, *fossem quais fossem as necessidades do Estado, sem que primeiro, de comum acordo, se ajustasse o preço que pela Fazenda Real deveria ser pago no momento da entrega.* — O comentário feito ao Decreto consta do livro “Constituição Federal” — 1891 — Barbaiho — pag. 324.

soberania da vontade. No seu raio de ação ele era um legislador, tal como o Estado legislava em matéria de Direito Público.”

A conceituação, portanto, justificava-se dadas as condições da época. Propriedade inviolável era sinônimo de liberdade e, conseqüentemente, de regime liberal, no qual o homem era senhor de si mesmo e de seus bens. Ao adotarmos o regime liberal, evidentemente não poderíamos fugir à regra imperativa.

As Constituições Francesa de 1791, Espanhola de 1812 e Portuguesa de 1822 conceituavam a propriedade nos termos abaixo transcritos:

Constituição Francesa, Tit. 1:

“Art. 3º La constitution garantit l’inviolabilité des propriétés, ou la juste et préalable indemnité de celles dont la nécessité publique, légalement constatée, exigerait le sacrifice.”

Constituição Espanhola:

“Art. 172 — § 10 — No puede el Rey tomar la propiedad de ningun particular ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella, y si en algun caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad comun tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer, sin qui al mismo tiempo sea indemnizado y se le dé buen cambio á bien vista de hombres buenos.”

Constituição Portuguesa:

“Art. 6º — A propriedade é um direito sagrado e inviolavel, que tem qualquer portuguez de d’spôr à sua vontade de todos os seus bens, segundo as leis. Quando por alguma razão de necessidade publica e urgente, for preciso que elle seja privado deste direito, será primeiramente indemnizado, na fórma que as leis estabelecerem.”

“Art. 179, XVIII — *Também fica garantida a divida publica.*”

Garantindo a propriedade em toda a sua plenitude, parece-nos claro que, também, estava garantida a dívida pública. O legislador imperial, todavia, entendeu necessário o artigo supra, como a demonstrar a importância do crédito público, face aos interesses nacionais dele dependentes.

As Constituições Francesa de 1791, Espanhola de 1812 e Portuguesa de 1822 dispunham sobre a matéria nos termos abaixo transcritos:

Constituição Francesa, Tit. 5:

“Art. 2º Sous aucun prétexte, les fonds nécessaires a l’acquittement de la dette nationale et au payement de la liste civile, ne pourront être ni refusés ni suspendus.

Le traitement des ministres du culte catholique pensionnés, conservés, élus ou nommés en vertu des decrets de l’Assemblée nationale constituante, fait part’e de la dette nationale.

( 85) Barassi citado por Afonso Arinos — “Curso de Direito Constitucional Brasileiro”, vol. I — pág. 159.

( 86) Afonso Arinos, op. cit., vol. I — pág. 159.

( 87) Barassi citado por Afonso Arinos, op. cit., vol. I — pág. 159.

Le corps législatif ne pourra, en aucun cas, charger la nation du payement des dettes d'aucun individu."

#### Constituição Espanhola:

"*Art. 355* — La deuda pública reconocida será una de las primeras atenciones de las Cortes, y estas pondrán el mayor cuidado en que se vaya verificando su progresiva extinción, y siempre el pago de los reditos en la parte que los devengue, arreglando todo lo concerniente á la dirección de este importante ramo, tanto respecto á las arbitrios que se establecieren, los cuales se manejarán con absoluta separacion de la tésoreria general como respecto á las oficinas de cuenta y razon."

#### Constituição Portuguesa:

"*Art. 236* — A Constituição reconhece a divida publica. As Cortes designarão os fundos necessarios para o seu pagamento ao passo que ella se for liquidando. Estes fundos serão administrados separadamente de quaesquer outros rendimentos publicos."

"*Art. 179, XXIV* — Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria ou commercio, póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança e saude dos Cidadãos."

No Brasil-Colônia a liberdade de profissão sofreu graves restrições. Até 1808, por exemplo, negava-se ao cidadão brasileiro a liberdade de comércio com o estrangeiro e o livre estabelecimento de fábricas de manufaturas em nosso País.

Posteriormente, passa a reinar uma liberdade de profissão restrita, uma vez que quase anulada pela existência das corporações de ofícios, juizes, escrivães e mestres que, monopolizando os ofícios e as artes, restringiam a concorrência. <sup>(88)</sup>

O artigo supra, portanto, ao declarar a liberdade de profissão ia ao encontro aos anseios de libertação, longamente alimentados pelo nosso povo.

A importância do preceito dispensa, no nosso entender, maiores comentários. Entretanto, é interessante grifar que, conforme o dispositivo constitucional, a todos é reconhecido o direito sagrado de desenvolver e empregar suas forças em mister, ofício, ou trabalho de qualquer gênero, independentemente de licença da autoridade competente. Cada um, assim, participa do desenvolvimento do seu País, de acordo com as suas tendências e aptidões. As restrições impostas atendem à condição existencial do próprio homem e aos interesses da comunidade social.

As mais antigas Declarações Francesas de Direitos silenciavam acerca da liberdade de profissão, porque a consideravam inclusa à propriedade. Daí a omissão das Constituições Francesa de 1791, Espanhola de 1812 e Portuguesa de 1822. A Declaração Francesa de 1793, entretanto, corrigiu a lacuna e acen-

( 88 ) Cláudio Pacheco, citando Agenor de Roure, op. cit., vol. X — pág. 183.

tuou que “nenhum gênero de trabalho, de cultura, de comércio pode ser interditado à indústria”.

*“Art. 179, XXV — Ficão abolidas as corporações de officios, seus juizes, escrivões e mestres.”*

Este artigo é consequência da regra estabelecida no anterior, pois a liberdade de profissão começa por consistir “em não existir corporação de ofício, em ser a classe acessível a todos, abertas sem distinção, as matrículas das academias; permite-se a humildes e poderosos a conquista do saber, indispensável para o exercício das profissões várias”, não havendo “privilégio pessoal, monopólio nenhum” e existindo “somente uma garantia para o público”. (89)

A Constituição Francesa de 1791 dispunha sobre a matéria nos termos seguintes:

*“Tit. I<sup>o</sup> — Il n’ya plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers.”*

*“Art. 179, XXVI — Os inventores terão a propriedade das suas descobertas ou das suas produções. A Lei lhes assignará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda que hajão de soffrer pela vulgarização.”*

O artigo transcrito constitui não somente um estímulo ao inventor, mas, também, uma defesa de invenção, que é fruto da inteligência do homem e, portanto, propriedade sua.

Através dele consagra a nossa Constituição Imperial o direito ao invento, garantindo aos inventores “a propriedade das suas descobertas ou das suas produções”, e a segurança legal de um privilégio exclusivo temporário, ou um “ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização”. (90)

A vulgarização é, assim, o suporte fático para o ressarcimento. Por isso o sentido do termo adquire o maior realce na interpretação do texto constitucional. Consoante Cláudio Pacheco, (91) a vulgarização aludida não se refere somente a tornar público o invento, porque desde que este seja utilizado de modo industrial, “obrigatoriamente se vulgariza”. O que visa o termo “é tornar comum a utilização ou os proveitos do invento”. Nessas condições, a indenização está condicionada ao emprego útil do invento para a comunidade social.

*“Art. 179, XXVII — O segredo das cartas é inviolavel. A administração do correio fica rigorosamente responsavel por qual-quer infracção deste artigo.”*

A inviolabilidade da correspondência, prevista no artigo supracitado, é considerada por alguns autores como um desdobramento do direito de propriedade. Assim, as cartas “são propriedades que pertencem ao domínio daquele que as envia, e do que as recebe” (92) e merecem, por isso mesmo, a garantia do Estado, mormente quando é ele, através dos Correios, depositário da confiança pública. Daí a cominação prevista na 2ª parte do referido artigo, por-

( 89) Carlos Maximiliano citado por Cláudio Pacheco, op. cit., vol. X — pág. 188.

( 90) Cláudio Pacheco, op. cit., vol. X — pág. 292.

( 91) Cláudio Pacheco, op. cit., vol. X — pág. 292 — O comentário do Mestre refere-se à Constituição de 1946. Entendemos, entretanto, que se aplica ao caso em tela.

( 92) Pimenta Bueno, op. cit., pág. 422.

quanto qualquer violação ao sigilo da correspondência acarreta, sobretudo, uma lesão ao direito de propriedade. (93)

A Constituição Portuguesa de 1822 também garantia a inviolabilidade da correspondência:

*“Art. 18 — O segredo das cartas é inviolavel. A administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste artigo.”*

*“Art. 179, XXVIII — Ficção garantidas as recompensas conferidas pelos serviços feitos ao Estado, quer civis, quer militares; assim como o direito adquirido a ellas na forma das Leis.”*

Este artigo assegura aos funcionários públicos civis ou militares justas recompensas, firmadas por lei, pelos serviços prestados à sociedade. Em outros termos, garante o presente artigo o direito de todo servidor à aposentadoria, ou à pensão, ou ao meio-soldo, ou ao montepio, como compensação pelos relevantes serviços prestados ao Estado durante determinado período, estabelecido por lei.

Estas recompensas são, diz Pimenta Bueno, (94) “uma espécie de propriedade dos servidores do Estado, um complemento dos seus salários civis ou militares, que lhes dão a segurança do futuro, e compensam de algum modo a mediocridade de seus vencimentos insuficientes para poupança alguma”.

Assinala, ainda, o Mestre que “as recompensas extraordinárias só em face e proporção dos serviços podem ser decretadas; a generosidade a esse respeito é de grande incentivo; é um princípio não olvidado pelo governo inglês”.

As Constituições Francesa de 1791 e a Portuguesa de 1822 dispunham sobre a matéria nos termos seguintes:

Constituição Francesa — Tit. 3º — Cap. 3º — Seq. 1ª:

*“Art. 1º — “La Constitution délègue exclusivement au corps législatif les pouvoirs et fonctions ci-après: . . .*

*Nº 11 — D'établir les lois d'après lesquelles les marques d'honneur ou décorations purement personnelles seront accordées à ceux qui ont rendu des services à l'État.”*

Constituição Portuguesa:

*“Art. 15 — Todo o portuguez tem direito a ser remunerado por serviços importantes feitos a patria, nos casos e pela forma que as leis determinarem.”*

*“Art. 179, XXIX — Os empregados publicos são strictamente responsaveis pelos abusos e omissões praticadas no exercicio das suas funções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.”*

( 93 ) É interessante destacar que modernamente a violação do segredo de correspondência é considerada ainda uma lesão ao direito de propriedade. Diz Burdeau: “A violação do segredo de correspondência constitui antes de tudo uma lesão do direito de propriedade. Sem entrar a discutir a questão a respeito de quem seja o proprietário da carta, se o remetente ou o destinatário, é evidente que o conteúdo dela representa um património. Mas esta violação é sobretudo um atentado contra a liberdade de pensamento, desde que o remetente não ousaria mais expressar livremente o seu pensamento se presumisse a abertura da correspondência.” — Linares Quintana comentando a opinião de Burdeau in Claudio Pacheco, op. cit., vol. X — pág. 113.

( 94 ) Pimenta Bueno, op. cit., págs. 422 e 423.

Todo emprego é estabelecido em benefício da sociedade, por isso ao funcionário público cabe o dever de desempenhar suas funções promovendo os "interesses e o bem-ser da associação", cumprindo e zelando pelas regras do exercício do seu cargo, conforme as exigências da própria honra do funcionário e da moralidade pública.

A responsabilidade "dos agentes do poder", prevista no artigo acima transcrito, "constitui, pois, uma das condições e necessidades essenciais da ordem e liberdade pública, uma das garantias indispensáveis dos governos constitucionais". (95)

As Constituições Espanhola de 1812 e Portuguesa de 1822 dispunham sobre a matéria nos seguintes termos:

Constituição Espanhola:

"Art. 131 — Las facultades de las Cortes son:

§ 25 — Hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios del Despacho y demas empleados públicos."

Constituição Portuguesa:

"Art. 14 — Todos os empregados publicos serão estrictamente responsáveis pelos erros e abusos do poder, na conformidade da Constituição e da lei."

"Art. 179, XXX — *Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo e ao Executivo reclamações, queixas ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente autoridade a affectiva responsabilidade dos infractores.*"

Garante este artigo o direito público subjetivo de petição aos poderes públicos (96), que envolve, no nosso entender, tanto o requerimento ou reclamação, como a queixa e a petição. Pimenta Bueno (97), todavia, face às diferenças existentes nas modalidades, afirma que o artigo reconhece três direitos distintos que são: os de requerimento ou reclamação, de queixa e de petição. Estudemo-los:

O direito de requerimento ou reclamação é, diz o insigne comentador da Carta do Império, "a faculdade que tem todo o cidadão "de suplicar, de pedir alguma coisa, em proveito seu particular" aos poderes públicos. Esta faculdade se não se deriva "imediatamente da natureza, deriva-se, sem dúvida alguma, dos direitos individuais do homem, e a eles se reúne". Assim, qualquer cidadão, tendo interesse lícito, poderá dirigir seu requerimento ao Governo. "Se lhe assiste, entretanto, um "direito perfeito", e foi este desconhecido ou ofendido o requerimento ou a reclamação dirigida, "não pedirá só uma graça, e sim justiça", exercendo, consequentemente, o cidadão "uma faculdade incontestável e que deve ser atendida". (98)

Já a queixa é um "recurso que importa na abertura de uma ação que repare a ofensa, ou lesão de direitos sofrida pelo queixoso, e que reprima o

( 95) Pimenta Bueno, op. cit., pág. 428.

( 96) Pontes de Miranda, op. cit., vol. V — pág 630.

( 97) ( 98) Pimenta Bueno, op. cit., págs. 423 e 424.

ofensor. É um direito também incontestável que provém dos direitos individuais e com eles se identifica, por isso mesmo não é lícito o desforço pessoal". (99)

Diferentemente dos direitos enunciados, o direito de petição "tem outra natureza e outro fim". "É, antes, um direito político do que natural ou individual...". É, continua o autor citado, "a faculdade legítima que o cidadão ativo tem de apresentar por escrito aos poderes públicos suas opiniões, suas idéias, interesses que partilha e seus votos sobre os negócios sociais de legislação ou da administração do Estado; é um direito quase semelhante ao da liberdade da imprensa política, uma espécie de intervenção no governo do País, não tanto em proveito seu particular, como no interesse geral". (100) O Poder Público pode ou não atender a petição do cidadão.

Como exemplo de casos que ensejam o direito de petição, cita o Mestre, entre outros, o direito de pedir a reforma ou a conservação de uma instituição que se julga prejudicial ou útil; a adoção ou rejeição de uma lei ou medida que se discute, ou de um imposto que se entende ruinoso. Lembra, ainda, que a ação popular, garantida pelo art. 157 da Constituição, contra os magistrados, está de acordo com o direito de petição. (101)

Dessa maneira, o art. 179, XXX, consagra e garante ao cidadão brasileiro os direitos de requerimento ou reclamação, queixa e petição, que não devem ser agrupados, porquanto diferentes em natureza e fim.

Na Inglaterra, já o Bill de direitos de 1689 acentuava que os súditos tinham o direito de apresentar petições ao rei, sendo ilegais qualquer prisão e perseguição por esse motivo. A Constituição Francesa de 1791 concedia, entretanto, o direito de petição como "liberdade" de endereçar às autoridades constituídas petições assinadas individualmente. (102) As Constituições Espanhola de 1812 e a Portuguesa de 1822 dispunham sobre a matéria nos termos abaixo transcritos:

Constituição Espanhola:

"Art. 373 — Todo español tiene derecho de representar á las Cortes ó al Rey para reclamar la observancia de la Constitución."

Constituição Portuguesa:

"Art. 16 — Todo o portuguez poderá apresentar por escripto às Côrtes e ao Poder Executivo reclamações, queixas ou petição, que deverão ser examinadas.

Art. 17 — Todo portuguez tem igualmente o direito de expor qualquer infracção da Constituição, e de requerer perante a competente autoridade a effectiva responsabilidade do infractor."

"Art. 179, XXXI — A Constituição tambem garante os socorros publicos."

Este artigo alem de garantir o socorro às pessoas pobres, a quem "ordinariamente satisfaz o Estado criando ou subvencionando seminários de órfãos,

( 99) (100) (101) Pimenta Bueno, op. cit., págs. 425 e 426.

(102) Pontes de Miranda, op. cit., vol. V — pág. 531.

casas de expostos, asilos, hospitais e outros estabelecimentos de caridade”, (103) assegura, também, à coletividade a prestação de socorros, em casos excepcionais, como os de calamidade pública, inundações, secas, incêndios, falta de colheitas etc.

As Constituições Francesa de 1791, Espanhola de 1812 e Portuguesa de 1822 versavam sobre a matéria nos termos seguintes:

Constituição Francesa:

“*Tit. 1<sup>o</sup>* — Il sera créé un établissement général de *secours publics*, pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes, et fournir du travail aux pauvres valides qui n’auraient pas pu s’en procurer.”

Constituição Espanhola:

“*Art. 321* — Estará à cargo de los ayuntamientos: . . .

§ 6<sup>o</sup> — Cuidar de los hospitales, hospicios, casas de expósitos y demas establecimientos de beneficencia, bajo las reglas que se prescriban.”

“*Art. 335* — Tocarà á estas diputaciones:

§ 8<sup>o</sup> — Cuidar de que los establecimientos piadosos y de beneficencia llenen su respectivo objecto, proponiendo al Gobierno las reglas que estimen conducentes para la reforma de los abusos que observaren.”

Constituição Portuguesa:

“*Art. 240* — As Côrtes e o governo terão particular cuidado da fundação, conservação e augmento de casas de misericórdia, e de hospitaes civis e militares, especialmente daquelles que são destinados para os soldados e marinheiros invalidos; e bem assim de rodas de expostos, montes-pios, civilisação dos indios, e de quaesquer outros estabelecimentos de Caridade.”

“*Art. 179, XXXII* — A *instrucção primaria é gratuita a todos os Cidadãos.*” (104)

A educação não é privilégio das classes sociais mais favorecidas. Por isso o artigo supracitado assegura a todo cidadão brasileiro a gratuidade da instrução primária, que é essencial para o aperfeiçoamento futuro das profissões escolhidas.

As Constituições Francesa de 1791, Espanhola de 1812 e Portuguesa de 1822 dispunham sobre a matéria nos termos seguintes:

Constituição Francesa:

“*Tit. 1<sup>o</sup>* — Il será créé et organisé une *instrution publique*, commune á tous les citoyens, gratuite à l’égard des parties d’enseignement indispensables pour tous les hommes, et dont les établissements seront distribués graduellement dans un rapport combiné avec la division du royaume.”

(103) Rodrigues de Souza, op. cit., vol. II — pág. 481.

(104) Em obediência ao dispositivo constitucional, a lei de 15-10-827 manda criar uma escola de instrução primária em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos.

## Constituição Espanhola:

“Art. 369 — En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras, en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar, y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles.”

## Constituição Portuguesa:

“Art. 237 — Em todos os lugares do Reino onde convier, haverá escolas sufficientemente dotadas, em que se ensine a mocidade portugueza de ambos os sexos a ler, escrever e contar, e o catecismo das obrigações religiosas e civis.”

“Art. 179, XXXIII — *Collegios e Universidades, onde serão ensinados os elementos das sciencias, bellas letras e artes.* <sup>(105)</sup>

O direito à instrução garantido no artigo anterior complementa-se agora com o preceito acima enunciado, que assegura ao cidadão brasileiro, posto que não seja gratuitamente, a instrução de nível médio e superior, através da criação de “colégios e universidades, onde serão ensinados os elementos das ciências, belas letras e artes”.

As Constituições Espanhola de 1812 e Portuguesa de 1822 versavam sobre a matéria nos arts. 367 e 238:

## Constituição Espanhola:

“Art. 367 — Asimismo se arreglará y creará el número competente de universidades y de otros establecimientos de instruccion, que se juzguen convenientes para la enseñanza de todas las ciencias, literatura y bellas artes.”

## Constituição Portuguesa:

“Art. 238 — Os actuaes estabelecimentos de instrução publica serão novamente regulados, e se crearão outros onde convier, para o ensino das sciencias e artes.”

“Art. 179, XXXIV — *Os poderes constitucionaes não podem suspender a Constituição no que diz respeito aos direitos individuaes, salvo nos casos e circunstancias especificadas no § seguinte.*

XXXV — *Nos casos de rebelião ou invasão de inimigo, pedindo a segurança do Estado que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente que a motivou; devendo n'um e outro caso remetter à Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões e de outras medidas de preven-*

(105) Destaque-se a criação dos Cursos Jurídicos de São Paulo e Olinda, através da lei de 11-8-1827.

*ção tomadas; e quaesquer autoridades que tiverem mandado proceder a ellas serão responsaveis pelos abusos que tiverem praticado a esse respeito.*

Combinam-se os itens do art. 179 para estatuir como regra geral: é vedado aos poderes constitucionais suspender as garantias individuais inscritas na Declaração de Direitos da Carta Imperial.

Exceções à regra: casos de rebelião ou invasão do inimigo, com perigo iminente do Estado. Em qulaquer dessas hipóteses caberá ao Poder Legislativo suspender, por tempo determinado, "algumas formalidades que garantem a liberdade individual". Não estando, entretanto, este Poder reunido e, atendendo, é claro, a perigo iminente do Estado, poderá o Governo determinar a providência, como medida provisória, que deverá ser suspensa tão logo cesse a necessidade que a motivou. Num e noutro caso deverá enviar o Governo à Assembléia, logo que esta se reúna, uma relação fundamentada das prisões e de outras medidas de prevenção tomadas. Quaisquer autoridades, porém, que tenham procedido a estas medidas responderão pelos abusos se praticados.

Os termos do art. 179 e itens nos permitem afirmar que em caso algum os direitos dos cidadãos brasileiros poderão ser suspensos. Somente "algumas formalidades que garantem a liberdade individual" poderão ser suspensas, em casos excepcionais, para evitar não somente o perecimento do próprio Estado, mas sobretudo para evitar o perecimento dos direitos individuais inscritos na Carta Imperial. O individualismo que caracteriza a nossa Declaração de Direitos atinge, com o preceito, o maior realce, pois ele encerra "a tutela da personalidade no que tem de próprio e inalienável, para realização do destino humano". (106)

As Constituições Espanhola de 1812 e Portuguesa de 1822 já encerravam as suas Declarações em termos semelhantes:

#### Constituição Espanhola:

*"Art. 308 — Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese, en toda la Monarquia ó en parte de ella, la suspension de algunas de las formalidades prescriptas en este capítulo para el arresto de los delinquentes, podrán las Córtes decretarla por um tiempo determinado."*

#### Constituição Portuguesa:

*"Art. 211 — Nos casos de rebelião declarada ou invasão de inimigos, si a segurança do Estado exigir que se despensem por determinado tempo algumas das sobreditas formalidades, relativas á prisão dos delinquentes, só poderá isso fazer-se por especial decreto das Córtes."*

Neste caso, findo que seja o referido tempo, o Governo remetterá ás Córtes uma relação das prisões a que tiver mandado proceder, expondo os motivos que as justificam; e assim os Secretarios de Estado como quaesquer outras autoridades, serão responsaveis pelo abuso que houverem feito do poder, além do que exigisse a segurança publica."

(106) Prado Kelly, op. cit., pág. 119.