

A ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A DESCRIÇÃO E A INDICAÇÃO DE LINHAS DE COMPREENSÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE DIREITOS NA HISTÓRIA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

THE ANALYSIS OF THE BRAZILIAN EXPERIENCE ON FUNDAMENTAL RIGHTS: THE DESCRIPTION AND APPOINTMENT OF TOPICS TO UNDERSTANDING THE FRAMEWORK OF CONSTITUTIONAL RIGHTS IN THE HISTORY OF BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM

Alex Cabello Ayzama*

Alexandre Walmott Borges**

Wilcon Luciano Abreu***

SUMÁRIO: Introdução. 1 O alinhamento das Cartas de Direitos nacionais com o constitucionalismo. 2 Hierarquização e disposição interna dos Direitos nos textos. 3 As disposições de Direitos Sociais, ou de Direitos Econômicos. 4 Direitos de nacionalidade, Estado nacional e nacionalidade. 5 Abertura, recepção e não exaustividades dos Direitos. 6 Normas limitadoras dos Direitos Fundamentais. Considerações finais. Referências.

RESUMO: O artigo faz a descrição e a análise das várias normas de Direitos Básicos, ou Direitos Fundamentais, ou outra denominação de época, das várias Constituições da História Brasileira: 1822 a 1988. O objetivo da descrição e análise é o de fornecer linhas analíticas da natureza e forma dos Direitos Fundamentais da matriz constitucional, na história nacional. Os postulados da pesquisa foram elaborados com agregados gerais que são: a pertinência dos Direitos constitucionalizados com a matriz do constitucionalismo universal; formas de positivação dos vários conteúdos de Direitos; integração com a ordem jurídica internacional; clivagens entre ordem material e disposições formais. O resultado esperado é o de formulação de hipóteses de pesquisa a partir da construção e agregação das linhas analíticas propostas: sincronia com o constitucionalismo mundial; materialidade dos Direitos; relação com Direitos Humanos e ordem internacional.

Palavras-chave: carta de direitos. constituições. história constitucional. Brasil.

* Abogado por la Universidad Mayor de San Simón (Bolívia). Máster en Derecho por la Universidad Federal de Uberlândia (UFU).

**DoutoremDireito.DoutoremHistória.Professorvisitantedoprogramadepós-graduaçãoem Direito da Unesp. Professor dos programas de pós-graduação em Direito e Biocombustíveis, UFU. A redação deste artigo contou com recursos da FAPEMIG e da CAPES.

***Abogado por la Universidad Tecnológica de Santiago (UTESA), República Dominicana. Máster en Derecho por la Universidad Federal de Uberlândia (UFU).

Artigo recebido em 17/06/2020 e aceito em 19/06/2020.

Como citar: AYZAMA, Alex Cabello. BORGES, Alexandre Walmott. ABREU, Wilcon Luciano. A análise da experiência brasileira de direitos fundamentais: a descrição e a indicação de linhas de compreensão da constitucionalização de direitos na história do constitucionalismo brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 23, n. 37, p. 441-460. jan/jun. 2019. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>.

ABSTRACT: *The article describes and analyses the various norms of Basic Rights, or Fundamental Rights, or other denomination of the time, from the various Constitutions of Brazilian History: from 1822 to 1988. The purpose of the description and analysis is to provide analytical topics of the nature and form of the Rights of the constitutional framework in the national history. The research postulates were elaborated with general aggregates which are: the pertinence of constitutionalized rights with the framework of universal constitutionalism; forms of affirmation of the various subjects of Rights; integration with the international legal order; the relation between material order and formal text. The expected result is to make assumptions about future research hypotheses from the construction and aggregation of the proposed analytical topics.*

Keywords: *bill of rights. constitutions. constitutional history. Brazil.*

RESUMEN: *El artículo describe y analiza las diversas normas de Derechos Básicos, o Derechos Fundamentales, u otra denominación de tiempo de las diversas Constituciones de la Historia de Brasil: 1822 a 1988. El propósito de la descripción y el análisis es proporcionar líneas analíticas de la naturaleza y forma de los derechos de la matriz constitucional, en la historia nacional. Los postulados de investigación fueron elaborados con agregados generales que son: la pertinencia con la matriz del constitucionalismo; formas de positivización de los diversos contenidos de derechos; integración con el orden internacional; divisiones entre el orden material y las disposiciones formales. El resultado esperado es formular hipótesis de investigación basadas en la construcción y agregación de las líneas analíticas propuestas.*

Palabras-Clave: *carta de derechos. constituciones. historia constitucional. Brasil.*

INTRODUÇÃO

O artigo procurará explorar as linhas gerais de positivação dos Direitos básicos (Direitos Fundamentais na expressão hodierna) nas diversas Constituições da história brasileira.⁴ A problematização apresentada será: como se apresentam e positivam os Direitos Básicos, ou Fundamentais, nas Constituições brasileiras (ou do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve)? O objetivo da abordagem será o de primeiro, descrever os vários textos constitucionalizados e as partes desses textos definidas como normas de Direitos Básicos, Direitos Fundamentais, ou outra denominação de época, e, segundo momento, analisar essas disposições de Direitos. A parte analítica disporá o objeto da problematização em 5 linhas de consideração: o possível alinhamento, ou não, das Cartas de Direitos nacionais com o constitucionalismo mundial; a hierarquização e a disposição interna dos Direitos nos textos positivados nacionais; as disposições de Direitos Sociais, ou de Direitos Econômicos nos vários textos; as normas de Direitos de nacionalidade e o Estado nacional; a forma de abertura, recepção e não exaustividade dos Direitos, e possíveis integrações de normas internacionais com o ordenamento nacional; a existência de normas limitadoras dos Direitos Fundamentais. A pesquisa

⁴ A opção pela expressão Direitos Básicos é utilizada para respeitar as diferenças de denominações ao longo da história constitucional.

terá natureza qualitativa e se proporrá ao desenvolvimento de possíveis hipóteses de pesquisas a partir das descrições e análises, constituindo, pois, tais formulações de hipóteses o material de fecho, ou de considerações finais. Os materiais de pesquisa envolverão fontes bibliográficas e documentais. A função das fontes bibliográficas será a de possibilitar o enquadramento teórico das fontes, com base explicativa e, na sequência possibilitar o cotejo analítico dessas mesmas fontes documentais. As fontes documentais serão os textos positivados como Constituições brasileiras (ou do Reino Unido Brasil e Portugal).⁵

1 O ALINHAMENTO DAS CARTAS DE DIREITOS NACIONAIS COM O CONSTITUCIONALISMO

As Constituições nacionais apresentaram as cartas de Direitos, ou o rol de Direitos Fundamentais, seguindo as linhas gerais do constitucionalismo mundial (PFAFFENSELLER, 2007) (JÚNIOR e MORAES, 2011) (MARQUES NETO, 1993). Isso significa, em linhas gerais que:

As Constituições novecentistas, 1822, 1824 e 1891,⁶ seguiram os padrões materiais do chamado *constitucionalismo liberal*. As duas Constituições nacionais, e aquela do Reino Unido, consagravam materialmente normas de organização do Estado e do poder político, e/ou *cartas ou rol de Direitos*. (MORA-DONATTO, 2002) (MIRANDA, 2015) (FIORAVANTI, 2012).

Alinhado com o movimento do constitucionalismo vintecentista, as Constituições de 1934 a 1988, além dos conteúdos descritos em (a), incorporaram as matérias de regulação do poder econômico, de direitos às prestações materiais do Estado, e de direitos reguladores do trabalho. Sinteticamente, são Constituições do modelo do constitucionalismo social. (BONAVIDES, 1996) (ANDRADE e BONAVIDES, 1994)

Portanto, as diferenças entre os textos elaborados no século XIX e aqueles elaborados no século XX é material. A diferença significativa está na materialidade constitucional. As Constituições novecentistas, 1822, 1824 e 1891, tinham dimensão material de Direitos com a inclusão dos direitos políticos, de nacionalidade e individuais. As Constituições vintecentistas, de 1934 a de 1988, além os direitos base do modelo

⁵ A Constituição de 1822 foi a Constituição do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve.

⁶ Ao longo do texto há a inserção da Constituição do Reino Unido, de 1822, como primeira Constituição da história brasileira.

liberal, inseriram conteúdos de direção econômica e de direitos sociais no texto. (CANOTILHO, 2003) ⁷

Os textos novecentistas refletiam as concepções de direitos básicos como se isso fosse o sinônimo de direitos individuais. No texto de 1824 apareciam com a denominação de direitos civis, ou simplesmente direitos individuais. No texto de 1882 como Direitos Individuais.

Nas Constituições do século XIX e nas Constituições do século XX, exceto a Constituição de 1988, a expressão ‘Direitos Fundamentais’ não havia sido incorporada ao texto constitucional.

As características dos Direitos Fundamentais e as expressões dos textos constitucionais nacionais para esse conjunto de normas, podem ser expostas na síntese abaixo:

Texto Constitucional	Inserção no texto e expressões usadas para a denominação da ‘carta de direitos’
1822	A Constituição apresentava o Título Dos Direitos e Deveres individuais dos Portugueses. No Título denominado Da Nação Portuguesa e seu território. Religião, Governo e Dinastia estampava os direitos de nacionalidade e direitos políticos.
1824	A Constituição estampava o Título dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros. Na parte inicial tinha a disciplina dos direitos de nacionalidade e políticos com a denominação Dos Cidadãos Brasileiros.
1891	A Constituição tratava no Título IV, Seção I, dos direitos de nacionalidade e políticos: Dos Cidadãos Brasileiros - SEÇÃO I - Das Qualidades do Cidadão Brasileiro. Na Seção II: Declaração de Direitos – esta compreensiva dos direitos individuais
1934	Havia o Título III dividido em capítulo de direitos de nacionalidade e políticos, cap. I; cap. II Dos Direitos e das Garantias Individuais. Havia o Título IV - Da Ordem Econômica e Social com os direitos laborais e normas de direitos às prestações sociais do Estado. Há dois outros títulos com políticas para a Família, e outra para a Educação e a Cultura.
1937	Havia um Título não numerado denominado DA NACIONALIDADE E DA CIDADANIA com direitos políticos e de nacionalidade. Outro denominado DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAL. Na sequência há títulos sobre a FAMÍLIA, EDUCAÇÃO E CULTURA e a ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL. Este último tem direitos laborais e de prestações sociais do Estado.

⁷ Na tradição constitucional brasileira, desde 1934, há a predominância do uso da expressão *Direitos Sociais* e não ‘direitos econômicos’. Reserva-se, nessa tradição, o uso da expressão ‘direitos econômicos’ não para normas jusfundamentais, mas para as normas de política econômica do Estado, de ação e de intervenção na economia.

1946	O Título IV tratava da DECLARAÇÃO DE DIREITOS. Há disposições iniciais sobre a nacionalidade e a cidadania – direitos políticos e de nacionalidade. Na sequência, disposições sobre DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. Após os direitos individuais havia disposições sobre a ORDEM ECONÔMICA, FAMÍLIA, EDUCAÇÃO e CULTURA, com normas sobre prestações sociais do Estado.
1967	Título II com a DECLARAÇÃO DE DIREITOS, com a sequência de direitos nacionalidade, políticos, e direitos individuais. Ordem Econômica e Social com disposições de direitos sociais e prestações materiais do Estado. Título sobre FAMÍLIA, EDUCAÇÃO E CULTURA
1988	O Título II dedicado aos Direitos Fundamentais com a sequência direitos individuais e coletivos, sociais, nacionalidade e políticos. Além dos direitos sociais dos arts. 6º ao 11, há direitos sociais no Título VIII, denominado Ordem Social.

(REINO UNIDO DE PORTUGAL, BRASIL E ALGARVE, 1822) (BRASIL CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DO BRASIL, 1824) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, 1891) (BRASIL CONSTITUIÇÃO DOS EUB 1934, 1934) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB, 1937) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB DE 1946, 1946) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA RFB 1967, 1967) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA RFB DE 1988, 1988)

2 HIERARQUIZAÇÃO E DISPOSIÇÃO INTERNA DOS DIREITOS NOS TEXTOS

As Constituições de 1822 e 1988 ordenaram os textos de maneira que a declaração ou rol de Direitos sejam os textos de abertura. No caso da Constituição de 1822 é a primeira parte do texto, logo no art. 1º da Carta. Na de 1988, logo após a principiologia do Estado, a partir do art. 5º (até o art. 17).

Nas demais Constituições, 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 há a posição inicial dos conteúdos de organização do Estado, e dos Poderes, e, após, a Carta de Direitos. Essas Constituições seguiram o padrão de primeiro ordenar as matérias referentes ao Estado, depois alinhar os Direitos, ou a Carta de Direitos.

À diferença das demais, as Constituições de 1934, e de 1988, ressaltam/ram tanto uma teleologia de resgate (no caso de 88), como de promoção dos Direitos, no preâmbulo:

Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional

Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. (BRASIL CONSTITUIÇÃO DOS EUB 1934, 1934)

[...]

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA RFB DE 1988, 1988)

3 AS DISPOSIÇÕES DE DIREITOS SOCIAIS, OU DE DIREITOS ECONÔMICOS

Os textos de 1822, 1824, 1891, como era próprio ao modelo de Constituição material da época, não apresentavam Direitos sociais ou econômicos. Da mesma forma, não apresentavam normas de regulação do poder econômico, de intervenção ou de programa do Estado na economia. (MOREIRA, 1977) (GRAU, 1997) (PATRÍCIO, 1981).

A partir de 1934 todas as Constituições inseriram normas, na forma de Título, capítulo ou seção, denominadas Ordem econômica, ou Ordem Econômica e Social. A diferenças entre as Constituições do chamado constitucionalismo social são as seguintes:

a) A Constituição de 1988 é a única a autonomizar os Direitos Sociais e inseri-los no rol de Direitos Fundamentais;

b) A Constituição de 1988 também autonomiza a Ordem Social, destacando-a da Ordem Econômica;

c) A disciplina de 88 determina a existência de dois blocos de Direitos Sociais, um no rol de Direitos Fundamentais, outro, ao final, mais voltado às prestações sociais do Estado;

d) Nas Constituições de 34, 37, 46 e 67 os Direitos Sociais eram diluídos nos conteúdos da Ordem Econômica constitucional.

1824 e 1891	Constituições absenteístas, típicas do modelo clássico do constitucionalismo liberal	
1934	TÍTULO IV - <i>Da Ordem Econômica e Social</i> ; TÍTULO V - <i>Da Família, da Educação e da Cultura</i>	
1937	Sem numeração os seguintes tópicos: DA FAMÍLIA; DA EDUCAÇÃO E DA CULTURA; DA ORDEM ECONÔMICA	
1946	TÍTULO V - <i>Da Ordem Econômica e Social</i> ; TÍTULO VI - <i>Da Família, da Educação e da Cultura</i>	
1967	TÍTULO III - <i>Da Ordem Econômica e Social</i> ; TÍTULO IV - <i>Da Família, da Educação e da Cultura</i> ;	
1988	TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	CAPÍTULO II DOS DIREITOS SOCIAIS
	TÍTULO VII - DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA	
	TÍTULO VIII - DA ORDEM SOCIAL ⁸	

Em síntese:⁹

Constitucionalismo liberal	Constituições absenteístas	1824, 1891
Constitucionalismo social	Inserção das normas de regulação do poder econômico; direitos às prestações sociais; regulação do trabalho	1934, 1937, 1946, 1967
	Divisão entre os Direitos Sociais e normas da Ordem Econômica	1988

4 DIREITOS DE NACIONALIDADE, ESTADO NACIONAL E NACIONALIDADE

Os direitos de nacionalidade da história constitucional brasileira podem ser divididos em 4 grandes blocos, de acordo com a forma como a matéria foi tratada. A diferença de tratamento pode ser detectada tanto pelos critérios objetivos/subjetivos de definição do universo dos nacionais, nacionalidade originária ou derivada, como também o tratamento dado ao fenômeno migratório (que, em última análise, define o conjunto potencial de adquirentes da nacionalidade): (ANDERSON, 1991) (GELLNER, 1981) (KOHN, 1946)

⁸ Quadro elaborado pelos Autores do texto.

⁹ Quadro elaborado pelos autores.

a) O período do Reino Unido, 1822, com a definição de critérios de ascendência e territorialidade a partir do centro do Reino, englobando metrópole, territórios do Reino e colônias;¹⁰

a.a A Constituição de 1822 estabelecia os domínios do Reino Unido com a participação de ‘todos os Portugueses de ambos os hemisférios, [...]’. O território compreendia o núcleo central da metrópole e as várias colônias, no mundo todo. O território brasileiro tinha posição diferenciada já que se considerava parte do Reino e recebia a inclusão no nome do Estado:

O seu território forma o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, e compreende: I — Na Europa, o reino de Portugal, que se compõe das províncias do Minho, Trás-os-Montes, Beira, Estremadura, Alentejo e Reino do Algarve e das Ilhas Adjacentes, Madeira, Porto Santo e Açores; 24 II — Na América, o Reino do Brasil, que se compõe das províncias do Pará e Rio Negro, Maranhão, Piauí, Rio Grande do Norte, Ceará, Paraíba, Pernambuco Alagoas, Bahia e Sergipe, Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro, S. Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Goiás, Mato Grosso, e das ilhas de Fernando de Noronha, Trindade, e das mais que são adjacentes àquele reino; 25 III — Na África Ocidental, Bissau e Cacheu; na Costa de Mina, o forte de S. Joao Baptista de Ajudá, Angola, Benguela e suas dependências, Cabinda e Molembo, as ilhas de Cabo Verde, e as de S. Tomé e Príncipe e suas dependências na Costa Oriental, Moçambique, Rio de Sena, Sofala, Inhambane, Quelimane, e as ilhas de Cabo Delgado; IV — Na Ásia, Salsete, Bardez, Goa, Diu, e os estabelecimentos de Macau e das Ilhas de Solor e Timor. A Nação não renuncia ao direito, que tenha a qualquer porção de território não compreendida no presente Artigo. Do território do Reino Unido se fará conveniente divisão. (REINO UNIDO DE PORTUGAL, BRASIL E ALGARVE, 1822).

b.a Com a amplitude de territórios o conceito de nacionalidade circulou no círculo amplo de ‘todos os portugueses são cidadãos’. Foi adotado, portanto, o conceito de sanguinidade com intersecções da territorialidade. Eram cidadãos os filhos de portugueses nascidos no território do Reino; ou os filhos de mães portuguesa, ainda que nascidos fora do território; e outras formas de inclusão de pessoas sem ascendência esclarecida, escravos libertos, filhos de estrangeiros domiciliados no

¹⁰ Merece consideração que o Brasil foi a sede do Reino no começo do século XIX, com sede no Rio de Janeiro.

território do Reino, e estrangeiros naturalizados. (REINO UNIDO DE PORTUGAL, BRASIL E ALGARVE, 1822).

b) Já com a independência nacional, o conjunto de normas destacava o critério de territorialidade para a definição da nacionalidade (sem abandonar o critério de sanguinidade). Essa abertura para o critério da territorialidade explica-se pela natureza do Estado que principiava a sua formação e dependia de migrações para a formação do corpo nacional do povo (Constituições de 1824 e de 1891). (SODRÉ, 1962) (HOBSBAWN, 1990) (SAND, 2011).

a.a No período das Constituições de 1824 e de 1891 houve a abertura do critério de nacionalidade com a possibilidade de inclusão de estrangeiros, ou dos nacionais da metrópole:

1824	1891
Art. 6. São Cidadãos Brasileiros: I. Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação. II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os ilegítimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio. III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil. IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia. V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de Naturalização.	Art 69 - São cidadãos brasileiros: 1º) os nascidos no Brasil, ainda que de pai estrangeiro, não, residindo este a serviço de sua nação; 2º) os filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, se estabelecerem domicilio na República; 3º) os filhos de pai brasileiro, que estiver em outro país ao serviço da República, embora nela não venham domiciliar-se; 4º) os estrangeiros, que achando-se no Brasil aos 15 de novembro de 1889, não declararem, dentro em seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, o ânimo de conservar a nacionalidade de origem; 5º) os estrangeiros que possuírem bens imóveis no Brasil e forem casados com brasileiros ou tiverem filhos brasileiros contanto que residam no Brasil, salvo se manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade; 6º) os estrangeiros por outro modo naturalizados. ¹¹

(BRASIL CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DO BRAZIL, 1824) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL, 1891)

c) Um período de fortalecimento do nacionalismo, do ‘povo nacional’ como objeto de proteção constitucional, com duas formas diferentes de tratamento da matéria:

a.a Nacionalismo pronunciado, embora com a manutenção dos critérios da territorialidade/sanguinidade, mas com normas restritivas

¹¹ Grifos colocados pelos autores do artigo.

de migração (o que limita a posterior aquisição de nacionalidade pela descendência do migrante e pelas dificuldades de fixação do migrante), (JO, 2004) e normas nacionalistas na direção econômica e trabalho (Constituições de 1934 e de 1937).

b.a As Constituições de 1946 e de 1967, embora com a manutenção dos critérios da territorialidade/sanguinidade, inclinaram-se para o nacionalismo ditado pela ‘segurança nacional’, notadamente pela legislação infraconstitucional concretizadora das regras de migração e aquisição de nacionalidade, de normas da Ordem Econômica.

c.a As Constituições de 1934 e de 1937 inseriram dispositivos de nacionalismo exacerbado:

1934	1937
<p>Art 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.</p> <p>Art 119 - O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei. § 1º - As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros. [...] § 4º - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País.</p> <p>Art. 121. [...]§ 4º - O trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas</p>	<p>Art. 122, 15) [...] g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos;</p> <p>Art 144 - A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d'água ou outras fontes de energia assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação.</p> <p>Art 145 - Só poderão funcionar no Brasil os bancos de depósito e as empresas de seguros, quando brasileiros os seus acionistas. [...].</p> <p>Art 146 - As empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais ou municipais deverão constituir com maioria de brasileiros a sua administração, ou delegar a brasileiros todos os poderes de gerência.</p> <p>Art 166 - Em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas ou existências de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente ameaçado, o estado de emergência. Desde que se torne necessário o emprego das forças armadas para a defesa do Estado, o Presidente da República declarará em todo o território nacional ou em parte dele, o estado de guerra.</p>
<p>. [...]§ 6º - A entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos. § 7º - É vedada a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena.</p>	<p>Parágrafo único - Para nenhum desses atos será necessária a autorização do Parlamento nacional, nem este poderá suspender o estado de emergência ou o estado de guerra declarado pelo Presidente da República.¹²</p>

(BRASIL CONSTITUIÇÃO DOS EUB 1934, 1934) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB, 1937)

¹² Grifos inseridos pelos autores do artigo.

d.a As Constituições de 1946 e de 1967 mantiveram as linhas tradicionais de territorialidade e de sanguinidade/ascendência. Na vigência das Constituições de 1946, e de 1967, houve a edição de várias normas com concentração de conteúdos de segurança nacional para o tratamento da questão: Decreto-Lei nº 7967; Decreto-Lei nº 417; Decreto-Lei nº 941.

d) Constituição com a manutenção dos critérios da territorialidade/sanguinidade, mas com forte conteúdo de prevalência dos Direitos Humanos, e de abertura moderada à absorção de pessoas no critério de nacionalidade, especialmente após a edição da legislação infraconstitucional (Constituição de 1988):¹³

Carta de Reino Unido com a relação metrópole e domínios coloniais	Abertura e recepção abrangente de pessoas no conceito de nacionais brasileiros	Fechadura e limitação com teleologia e axiologia do nacionalismo e/ou segurança nacional	Abertura aos DHs e tratamento ampliado do fenômeno da migração
1822	1824 e 1891	1934, 1937, 1946, 1967 ¹⁴	1988

5 ABERTURA, RECEPÇÃO E NÃO EXAUSTIVIDADES DOS DIREITOS

A história das Constituições nacionais é marcada pela presença de normas de abertura do rol de Direitos.¹⁵ As disposições de abertura das normas constitucionais são interpretadas de maneiras diversas: (SANTOS, 2017)

- a) Abertura aos direitos de outras ordens normativas;
- b) Abertura dos direitos à ideia geral de direito conforme à ordem do Estado de Direito;
- c) Possibilidade de direitos não expressos, ou implícitos, além daqueles positivados expressos no rol de direitos; (ALEXY, 2008)
- d) Abertura e diversas possibilidades de direitos dos documentos de direito internacional.¹⁶

¹³ Ao longo dos 30 anos de vigência a Constituição de 88 foi sofrendo alterações, por ECs, que afastaram o conteúdo nacionalista das disposições econômicas.

¹⁴ A natureza das Constituições de 1946 e de 1967 deveu-se à legislação infraconstitucional, de conteúdo nacionalista ou de segurança nacional.

¹⁵ A exposição geral sobre Direitos Humanos pode ser encontrada em Marcos Mandaini. (MONDAINI, 2009).

¹⁶ Sobre os documentos de direito internacional ver os abrangentes comentários de C. Lafer. (LAFER, 2005)

Sobre a abertura e recepção de Direitos os textos constitucionais têm-se a seguinte trajetória e síntese:

Constituição/ões	Disposição específica sobre abertura
1822 e 1824	Sem disposição específica
1891	<i>Art. 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.</i>
1934	<i>Art. 114 - A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota</i>
1937	<i>Art. 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.</i>
1946	<i>Art. 144 - A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.</i>
1967	<i>Art. 150, § 35 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.</i>
1988	<i>Art. 5º § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.</i>

(BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB, 1937) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA RFB 1967, 1967) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA RFB DE 1988, 1988) (BRASIL CONSTITUIÇÃO DOS EUB 1934, 1934) (BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB DE 1946, 1946)

6 NORMAS LIMITADORAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Podem ser alinhados dois tipos de restrições de Direitos Fundamentais na história constitucional nacional (e do Reino Unido). São disposições textuais criadoras de exceções à fruição de direitos ou situações materiais de ineficácia da universalidade dos direitos:

a) Elementos textuais restringindo os Direitos Fundamentais, podendo ser:

b.a Por conteúdos de supremacia coletiva e definição funcional dos Direitos (BÖCKENFÖRDE, 1993), como em 1937, ou em 1967;

Pela presença de normas de superioridade hierárquica autoritária à Constituição, como em 1967 (e parcialmente na Constituição de 46, período de 64-67), os Atos Institucionais;

b) Clivagem contra fática da Constituição; distanciamento entre a ordem de fato, material, e a disposição formal; distância entre o programa de Direitos e a realização/execução de Direitos; fenômenos detectados em 1824, 1891.

De maneira sintética, eis o quadro:¹⁷

1824	A despeito da Carta de Direitos, persistência da escravização e desumanização de pessoas; realidade material em contraposição ao texto de direitos; limitação dos direitos políticos – voto censitário; limitação dos direitos políticos – restrição aos homens; sistema política com baixa representatividade e concentração elitista; violações generalizadas de direitos: flagelos e privação de liberdade aos escravizados; marginalização de significativos contingentes da população; persistência de presença de autoridades ‘de fato’, no mandonismo local. (CARVALHO, 2008) (CARVALHO, 2008) (SCHWARTZMAN, 1987)
1891	Invocação do estado de sítio em vários períodos; limitação dos direitos políticos por restrição de acesso ao voto; limitação dos direitos políticos por sistema eleitoral com fraudes generalizadas; restrição do voto aos homens; ocorrências de violações à liberdade individual e à integridade física; persistência de poderes ‘de fato’ locais/regionais com atuação à margem do Estado de Direito. (CARVALHO, 2005) (LEAL, 2012) (FAORO, 1991)
1934	Longa previsão constitucional sobre segurança nacional com possibilidade de limitações aos Direitos (pequeno período de vigência)

¹⁷ Elaborada pelos redatores do artigo. Uma abordagem crítica sobre a universalização, a desumanização e o caráter inclusivo/exclusivo dos Direitos Fundamentais pode ser encontrado em L. Ferrajoli. (FERRAJOLI, 2009) (FERRAJOLI, 2001).

1937	<p>Autocracia formalizada no texto constitucional; Longa previsão constitucional sobre segurança nacional e sobre estado de defesa; previsão de censura e limitação da liberdade de reunião na Constituição; restrições e ineficácia dos direitos políticos; ocorrência de torturas, maus tratos e abusos por autoridades do Estado; encarceramento desumano por motivos políticos; limitação funcional dos direitos individuais por razões do Estado no art. 123: <i>O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.</i> (GRECCO, 2015)¹⁸</p> <p><i>Art. 166, § 2º - Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no País.</i></p>
1946	<p>Aplicação seletiva das normas de direitos sociais; período de 64-67 marcado pela normatividade superior dos atos institucionais; persistência de prática de torturas e abusos por autoridades do Estado; persistência de autoridades regionais/locais ‘de fato’ à margem do Estado de Direito</p>
1967	<p>Rebaixamento hierárquico da Constituição em proveito dos Atos Institucionais; normatividade de exceção nos atos institucionais e atos complementares; limitação generalizada de direitos políticos; ocorrência de ações de extermínio pelo Estado; ocorrências de torturas; seletividade dos direitos sociais; ditadura institucionalizada e formalizada nos Atos institucionais. (GOMES e MAZZUOLI, 2012)</p>
1988	<p>Persistência de ocorrências de torturas e maus tratos; violências esporádicas de autoridades estatais</p>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A descrição linear dos postulados, ao longo do artigo, permite/m a indicação de hipóteses ou pontos de pesquisas futuras. Como exposto na parte introdutória, a redação foi de pesquisa qualitativa, descrevendo

¹⁸ A ideia ou perspectiva funcional de Direitos Fundamentais de acordo com a exposição Böckenförde. (BÖCKENFÖRDE, 1993).

e analisando as cartas de Direitos básicos das Constituições nacionais. Assim, como pontos de hipóteses futuras, para exploração temática há:

Os textos positivados sugerem a consonância, ou sincronia, entre as Constituições nacionais, e suas Cartas de Direitos, e os modelos constitucionais e institucionais do constitucionalismo como fenômeno universal; possíveis especificidades dos textos e das Cartas de Direitos podem ser objeto de exploração temática posterior; as Constituições de 1822 e de 1988 podem ser objeto de análise sobre as razões para a ordenação diferenciada: primeiro Direitos, depois Organização do Estado e dos órgãos do Estado;

A diluição dos conteúdos de Direitos Sociais na Ordem Econômica pode indicar a prevalência da política econômica do Estado sobre os conteúdos de Direitos sociais como Direitos Fundamentais (exceção à Constituição de 88; presente em todas as outras do chamado constitucionalismo social);

A trajetória do tratamento dos Direitos de nacionalidade das Constituições parecem indicar momentos diferentes de formação do Estado nacional: 1º, um estatuto colonial e da associação de Reinos Unidos, que não chegou a ter desenvolvimento; 2º, a definição de Direitos de nacionalidade para a criação do Estado nacional, ainda sem conteúdos de nacionalismo, e com amplitude de critérios de definição dos nacionais (1824-91); forte conteúdo nacionalista e limitações ao ingresso de imigrantes (1934, 1937, 1946, 1967); 3º,

No caso da Constituição de 1988 há a possibilidade de exploração das temáticas sobre a singularidade de abertura aos documentos de direito internacional, inclusive com a nova perspectiva de acolhimento e superioridade das normas de DI, sobre DHS (inclusive com mudanças na axiologia das normas de migração);

As possibilidades de abertura das cartas de direitos apresentam e representam momentos diversos do constitucionalismo nacional: tirante a ausência nos textos de 1822 e 1824, apenas enunciação textual, sem efetivação abrangente, em 1891, 1934, 1937, 1946, 1967; efetivação e abertura aos documentos de direito internacional em 1988; a constância da consideração de direitos não expressos, de 1891 a 1988, como parte do rol de direitos; o caso dos direitos não expressos, não positivados, implícitos (ou outras possíveis denominações utilizadas na teoria e no direito constitucional) sugere a adoção por toda a história do constitucionalismo republicano.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDERSON, Benedict. **Comunidades imaginadas**. São Paulo: Cia das letras, 1991.

ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. Brasília, DF: OAB, 1994.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Tradução de Ignacio Villaverde Menéndez Juan Luis Requejo Pagés. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. ver. e ampl. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. constituição da república dos estados unidos do brasil de 24 de fevereiro de 1891. **Planalto legislação. Presidência da República**, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA RFB 1967. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967, de 24 de janeiro de 1967. **Planalto legislação**, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL - CONSTITUIÇÃO DA RFB DE 1988. CONSTITUIÇÃO DA RFB DE 1988 de 05 de outubro de 1988. **Planalto legislação**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB. Constituição dos EUB de 1937. **Presidência da República**, 10 nov. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 2018.

BRASIL - CONSTITUIÇÃO DOS EUB DE 1946. Constituição dos EUB de 1946. **Presidência da República**, 18 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 2018.

BRASIL CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DO BRAZIL. Constituição do Império do Brasil de 25 de março de 1824. **Planalto legislação**, Brasília, DF, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 02 abr. 2016.

BRASIL CONSTITUIÇÃO DOS EUB 1934. Constituição dos EUB de 16 de julho de 1934. **Planalto legislação - Presidência da República**, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 2 jun. 2016.

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

CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas. O imaginário da República no Brasil**. São Paulo: Cia das letras, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem. A elite política imperial. Teatro de sombras. A política imperial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo caminho**. 11. ed. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2008.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 9. ed. ed. Porto Alegre: Globo, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales. In: AL., L. F. E. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madri: Trotta, 2009.

FIORAVANTI, Maurizio. As doutrinas da constituição em sentido material. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**, São Leopoldo, jul.-dez 2012. 103-109. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2012.42.01>

GELLNER, Ernest. **Nacionalismo e democracia**. Brasília, DF: Unb, 1981.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Crimes da ditadura e aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais humanos pelos juízes e tribunais. **REID**, Erechim, ago. 2012. 85-102.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988. Interpretação e crítica.** 3. ed. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRECCO, Gabriel de Lima. Redes de poder durante el “Estado Novo” brasileiro: los Redes de poder durante el “Estado Novo” brasileiro: los. **Páginas**, Rosario, ano 7, n. 15, 2015. 48-62. Disponível em: <http://revistapaginas.unr.edu.ar/index.php/RevPaginas/index>.

HOBSBAWN, Eric. **Nações e nacionalismo desde 1780.** São Paulo: Paz e terra, 1990.

JO, Hee Moon. **INTRODUÇÃO ao Direito Internacional.** 2. ed. ed. São Paulo: Ltr, 2004.

KOHN, Hans. **The idea of nationalism. A study in its origins and background.** Nova Iorque: MacMillan, 1946.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: constituição, racismo e relações internacionais.** 1.ed. ed. São Paulo: Manole, 2005.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto.** São Paulo: Cia das letras, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Conceito e evolução dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, out.-dez. 1993. 1079-1090. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000172892c0463b06a8762&docguid=I565fea80f25611dfab6f010000000000&hitguid=I565fea80f25611dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=14&crumb-action=append&cr>. Acesso em: 28 mai. 2020.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição.** Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2015.

MONDAINI, Marco. **Direitos Humanos no Brasil.** 1. ed. ed. São Paulo: Contexto, 2009.

MORA-DONATTO, Cecilia. **El valor de la constitución normativa.** México: Universidad Autónoma nacional de México, 2002.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo.** Lisboa: Centelha, 1977.

PATRÍCIO, José Simões. **Direito econômico**. 2.ed. ed. Lisboa: AAFDL, 1981.

PFAFFENSELLER, Michelli. Teoria dos direitos fundamentais. **Revista jurídica da Presidência**, Brasília, DF, 9, n. 85, jun.-jul. 2007. 92-107. Disponível em: Teoria dos direitos fundamentais .

REINO UNIDO DE PORTUGAL, BRASIL E ALGARVE. Constituição de 1822. **Faculdade de Direito - UNL**, 1822. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/7511.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020.

SAND, Schlomo. **A invenção do povo judeu**. São Paulo: Benivrá, 2011.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Direitos fundamentais atípicos**. 1. ed. Salvador: Juspodium, 2017.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça. A política social na ordem brasileira**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *In*: SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Dicionário da escravidão e liberdade**. São Paulo: Cia das letras, 2015.

SCHWARTZMAN, Simon. **Bases do autoritarismo brasileiro**. 4. ed. ed. Rio de Janeiro: Publit, 1987.

SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da; MORAES, Ana Paula Bagaiolo. A cidadania e a evolução dos direitos fundamentais no Brasil. **Revista de estudos jurídicos da Unesp**, Franca, 15, n. 21, 2011. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/344>.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Quem é o povo no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1962.

VIANNA, Luiz Werneck. Caminhos e Descaminhos da Revolução Passiva à Brasileira. **Dados**, Rio de Janeiro, 39, 1993. <https://doi.org/10.1590/S0011-52581996000300004>

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 8. ed. ed. Madri: Trotta, 2008.