

PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

CAIO TÁCITO

I

A concepção de democracia e de liberdade tem raízes seculares que remontam à Grécia (com a prática habitual da democracia direta) ou a Roma em que a justiça (JUS) inspira a arte do Direito.

É, contudo, a idade moderna que elabora o conceito da cidadania como oposição do homem ao Poder.

As sementes de garantia da liberdade, que se prenunciam em textos da Idade Média, se materializam na luta contra o absolutismo, cuja primeira afirmação objetiva se traduz na outorga da Magna Carta, de 1215, com que João Sem Terra capitula perante a revolta dos barões ingleses.

Outras conquistas específicas se sucedem, mas é, sobretudo, nas terras do novo mundo que o germe da liberdade civil e política atinge máxima difusão.

A independência norte-americana se completa com a iniciativa, nas províncias libertadas, de declarações de direito que se vão unificar e consolidar, em 1791, no *Bill of Rights* federal.

No modelo libertário dos Estados Unidos os doutrinadores da Revolução Francesa vão colher a fórmula dos direitos fundamentais, sob o domínio dos princípios básicos da liberdade e da igualdade proclamando-se direitos públicos subjetivos oponíveis ao Estado a representar a garantia do cidadão contra o Poder, na conhecida imagem de ALAIN.

O século XIX é a fase idílica de fruição da liberdade individual como núcleo do Direito Público. Autonomia da vontade e liberdade de ir e vir, direito de propriedade e liberdade de comércio, manifestação do pensamento e liberdade de associação, são dogmas formais do Estado Liberal de Direito.

A realidade social e o desenvolvimento econômico tornaram, no entanto, evidentes os desvios de uma sociedade supostamente de oportunidades iguais para todos.

Conforme a sátira de Anatole France, a lei permite igualmente a ricos e pobres dormir sob as pontes de Paris.

* Conferência no Conselho Técnico ou C.N.C, em 18 de novembro de 1993.

Raymond Aron lembrou a lição secular de Aristóteles de que não se podem tratar igualmente homens desiguais e, entre nós, popularizou-se a síntese de Rui Barbosa de que “a regra de igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem”.

Com o advento da Revolução Industrial as noções básicas do individualismo jurídico — a propriedade, a família, o trabalho, a empresa — passam a se recompor perante novos pressupostos de interesse coletivo.

Os direitos econômicos e sociais, tão relevantes para o homem comum como os direitos individuais e políticos, ingressam nas Constituições. O centro de gravidade da ordem jurídica transita do individual para o social, impondo ao Estado deveres positivos e obrigações de fazer aos quais correspondem direitos e pretensões dos administrados.

Mais recentemente, na segunda metade deste século, começam a se identificar novas formulações de direitos próprios de categorias específicas ligadas por uma relação de interesse, ou ainda, direitos sem titular certo, alcançando uma pluralidade de pessoas indeterminadas, embora vinculadas por um interesse comum.

Tais interesses de grupo ou da comunidade formam o alicerce de uma sociedade que busca a estabilidade de valores a serem protegidos pela norma de direito.

Dai o nascimento de direitos coletivos e difusos, que alcançam o nível das modernas Constituições, de que são paradigmas atuais a Constituição espanhola de 1978, a Constituição portuguesa de 1976, emendada em 1982 e 1989 e a Constituição da Colômbia de 1991.

II

A Constituição brasileira de 1988 está marcada por este signo de modernidade.

Sucedendo a um período de limitação da liberdade, o pêndulo da História a conduziu ao extremo oposto.

Ela é, por excelência, uma Carta generosa e, em certos momentos, utópica. Auspiciosa em exprimir um louvável modelo progressista de ação social, avança compromissos de duvidosa exequibilidade, ao menos a curto prazo.

Assim, por exemplo, a garantia explícita de que a Educação e a Saúde são, ao mesmo tempo, direitos de todos e dever do Estado, marca um ideal, mas não traduz uma realidade.

Dai por que dissemos, em oportunidade recente, que ela é duplamente uma *Constituição promissora*.

De qualquer modo, é louvável o desafio da Constituição, marcada pela valorização da cidadania, a presença do povo e a aspiração do bem comum e da justiça social.

A Constituição de 1988 oferece características próprias, peculiares ao momento de sua elaboração que oferecia, como um dos fatores atuantes, a expectativa de superação do hiato das liberdades públicas que imediatamente a antecedeu.

Certamente por este motivo, a redação do texto constitucional expressivamente menciona 83 vezes o vocábulo *direito*, em confronto com apenas 19 vezes em que alude a *deveres*, sendo que 11 deles são deveres do Estado em benefício do individualismo.

A Constituição, em suma, mais é de dar do que de exigir.

A busca de novos fundamentos institucionais gerou contradições em sua própria gestação.

A procura de conciliação entre tendências díspares levou a duas conseqüências.

De um lado, a uma indefinição que coloca, lado a lado, no campo econômico, princípios liberais e intervencionistas e distribui, ambigüamente, a competência entre os poderes e os entes federativos.

O acordo político na Assembléia Constituinte conduziu a duas transações na estrutura da nova Carta Política.

Primeiramente, a Constituição nasceu reformista, estabelecendo, na parte provisória, a regra de uma revisão ampla após cinco anos de experiência.

E, de outro lado, subordinou, em termos substanciais, a eficácia de várias de suas normas à iniciativa do legislador ordinário.

Em publicação oficial, editada em 1989 pelo Ministério da Justiça, sob o título *Leis a elaborar*, foram relacionados 256 preceitos constitucionais que expressamente requeriam complementação legal, além de 87 outros em que esta complementação estava tacitamente indicada.

É certo que, em muitas das hipóteses arroladas, a matéria já era objeto da legislação comum, que permanecia válida pelo princípio da recepção, segundo o qual as leis anteriores a uma Constituição que com ela forem compatíveis continuam vigentes e eficazes.

Em muitos casos, porém, a inovação constitucional exige lei nova, inclusive no sentido de atualização do direito ordinário.

Por este motivo, várias das aparentes conquistas são as *ilusões constitucionais*, de que falava MARX, por meio das quais os políticos procuram quitar suas promissórias eleitorais.

III

A Constituição de 1988 prevê, na dinâmica de sua execução, instrumentos especiais que visam a garantir direitos e assegurar benefícios e prerrogativas a seus destinatários.

O mandado de segurança instituído desde a Constituição de 1934, para obstar lesão a direito individual ofendido por ilegalidade ou abuso de poder, adquire a modalidade de mandado de segurança coletivo que atribui legitimidade processual a partidos políticos, organizações sindicais ou associações de classe para proteger direitos da comunidade (art. 5º, LXX). Na hipótese, a extensão da coisa julgada, como a via executiva dos julgados, estão a demandar complementação.

Também inovou a Constituição de 1988 em ampliar outro remédio processual antes previsto no plano constitucional.

Inspirando-se na Constituição portuguesa, adota-se a ação de inconstitucionalidade por omissão, facultando-se ao Supremo Tribunal Federal, diante da inércia dos poderes, recomendar ao Legislativo ou à Administração Pública o suprimento da lacuna, a esta última em prazo de 30 dias (art. 103, § 2º).

A ação popular, a ser proposta por qualquer cidadão visando a anular ato lesivo

ao patrimônio público, amplia-se para igualmente proteger a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural (art. 5º, § LXXIII).

Ainda há pouco a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, acrescentou outra via de verificação da validade das leis. É a ação de constitucionalidade que concentra no Supremo Tribunal Federal o exame de compatibilidade de uma lei, questionada nas instâncias inferiores, de modo a dirimir a dúvida de sua legitimidade constitucional.

A novidade maior da Constituição está na criação de dois instrumentos de defesa de direitos até então ausentes de nosso sistema jurídico.

O primeiro deles, de menor alcance, assegura o acesso a registros de dados públicos e habilita o interessado a obter a devida retificação na via administrativa ou judicial. É o remédio de *habeas data* (art. 5º, LXXII). Ainda que possa ter ofendido a pureza do idioma latino, a medida protege o indivíduo contra deformações da verdade em matéria de seu direto interesse.

É, todavia, no mandado de injunção que se destaca a criatividade da nova Constituição.

Dispõe o art. 5º, LXXI que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

A soberania, a que se refere o texto, será a soberania popular, direito político a ser exercido nos termos do art. 14.

O novo instituto constitucional não tem analogia, a não ser terminológica, com o modelo norte-americano da *injunction*, que importa, essencialmente, em impor ao Estado uma obrigação de não fazer, ou seja, o de respeitar direitos individuais.

A ambigüidade da redação da norma constitucional não permite avaliar a natureza da prestação jurisdicional que possa contrastar com a omissão do legislador.

Na ausência de lei que tenha regulado a matéria, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encaminhou-se por uma exegese conservadora, eximindo-se de criar norma para o caso concreto, que diretamente atenda ao direito ou liberdade.

Não se admite — para usar a linguagem forense — uma prestação satisfativa do direito postulado.

A maioria do Supremo Tribunal Federal continua a entender, nada obstante votos vencidos dos Ministros Carlos Mário Velloso, Marco Antônio e Ilmar Galvão, que a eficácia na concessão de mandados de injunção não deve ir além da ciência ao Poder Legislativo da necessidade de editar a lei que complemente a norma constitucional definidora do direito ou liberdade.

Apenas em dois casos, a Egrécia Corte adiantou-se mais na garantia do direito desassistido pelo legislador.

Em mandado de injunção no qual se apreciava o benefício de isenção a entidades beneficentes de contribuições para a seguridade social, a Corte Suprema reconheceu o estado de mora legislativa e fixou o prazo de seis meses para a ação do Congresso Nacional. Vencido este prazo sem o advento da lei, passaria o impetrante a gozar da imunidade constitucional (decisão de 2 de agosto de 1991 no Mandado de Injunção nº 232).

Em outro caso, tratava-se de mora legislativa em regular o direito de militares anistiados a exercer atividade profissional civil. Assinou-se prazo de 45 dias para a

elaboração da lei — e mais 15 dias para a sanção presidencial —, findos os quais; concedeu-se ao interessado o direito de obter judicialmente a reparação financeira, acrescida de perdas e danos (Mandado de Injunção nº 283, julgado em 20 de março de 1991).

IV

Uma palavra final merece ser dita sobre o processo de revisão constitucional, na iminência de ser praticada pelo Congresso Nacional.

A sua latitude é ampla e, a nosso ver, irrestrita. A norma transitória que a instituiu (art. 3º do ADCT) representa a delegação a termo do poder constituinte originário.

Tão-somente atua como limite o resultado do plebiscito. A sucessão no espaço indica a sucessão no tempo. Feita a opção pela República e o presidencialismo, não é facultada à revisão adotar a solução oposta.

Mesmo que se pretenda submetê-la à limitação imposta na Constituição para o processo de emenda (as chamadas cláusulas pétreas, estabelecidas no art. 60, § 4º da Parte Permanente), o que ali se prescreve é o impedimento da *abolição* de direitos e garantias individuais, e não uma nova regulação deles.

De qualquer modo, é evidente que, sem embargo da amplitude técnico-jurídica, o processo de revisão constitucional tem, por excelência, uma *dimensão política*.

A crise da credibilidade que ora perturba o Congresso Nacional diante da conduta de alguns de seus membros não permite avaliar, em termos de tempo e de profundidade, a extensão a que o processo revisionista irá submeter o texto constitucional.

Contudo, parece válido supor que as posições básicas, senão mesmo as contradições internas da Constituição, irão perdurar, delegando-se à construção doutrinária e jurisprudencial a tarefa de extrair do verbalismo do texto a real substância dos direitos fundamentais e da participação popular na ordem democrática traçada pelo espírito renovador da Constituição.

Esta é, ao menos, a expectativa dos juristas e o anseio da comunidade sofrida e esperançosa de melhores dias.