

28 anos da Constituição devem ser comemorados, mas sem ingenuidade

21/10/2016



Ingo Sarlet
Juiz e professor

Embora já transcorrido o aniversário propriamente dito da

promulgação da nossa Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, ainda está em tempo de se esboçar um breve apanhado geral sobre o reconhecimento, proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais na atual ordem constitucional. Quanto à sua posição e significado na arquitetura constitucional, inegável que a CF representou um salto de feição quantitativo, mas especialmente qualitativo, seja no que diz com o número dos direitos e garantias, seja especialmente no tocante ao seu regime jurídico reforçado.

Com efeito, ademais de ter o Constituinte, em termos gerais, optado por concentrar os direitos fundamentais de todas as espécies (civis, políticos, sociais, econômicos e culturais) no Título II do texto constitucional, logo na sequência dos Princípios Fundamentais, apontando, de tal sorte, para a relevância dos direitos e garantias fundamentais para o conjunto da ordem constitucional, o próprio termo “Direitos Fundamentais” é novo no âmbito da trajetória constitucional brasileira.

Além disso, calha sublinhar que a terminologia adotada não representou mero rótulo desacompanhado de real significado, visto que, na esteira da tradição inaugurada pela Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e desde então amplamente difundida, a condição de direitos fundamentais, para que efetivamente mereçam ostentar tal título, é determinada essencialmente, para além da assim chamada fundamentalidade material, por um conjunto de garantias expressas e implícitas que asseguram um regime jurídico reforçado e diferenciado dos direitos fundamentais em relação a outras normas constitucionais.

Nessa esteira, igualmente sem precedentes no Brasil, a CF estabeleceu que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são: a) de aplicação imediata, sendo, portanto, diretamente vinculativas (artigo 5º 1º); b) integram o conjunto as assim chamadas “cláusulas pétreas” (artigo 60º 4º) e c) não correspondem a um rol de caráter taxativo, incluindo, além dos direitos expressamente enunciados, direitos decorrentes do regime e dos princípios da CF e – e aqui outra novidade! – os direitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (artigo 5º, § 2º).

No que diz com o elenco dos direitos em espécie consagrados pela CF, incluindo-se aqui direitos positivados para além do Título II, não é demais recordar que mesmo tendo os principais tratados de direitos humanos (os dois pactos da ONU de 1966 e a Convenção Americana de 1969) sido incorporados apenas na primeira metade da Década de 1990, portanto alguns anos depois de promulgada a nossa Lei Fundamental, o texto originário de 1988 já contemplava em sua ampla maioria os direitos reconhecidos no plano internacional, demonstrando, de tal sorte, a abertura aos desenvolvimentos registrados na seara constitucional e mesmo em ordens constitucionais estrangeiras.

Note-se, nesse contexto, que embora o caráter analítico do catálogo constitucional de direitos e garantias possa merecer alguma crítica, em especial quanto à sua sistematização e mesmo quanto ao número de direitos em espécie consagrados, o fato é que a CF não desborda do quadro internacional, visto que já se contam centenas de direitos previstos em tratados de direitos humanos. O aspecto numérico, portanto, até pode ser causa de algumas perplexidades teóricas e práticas, mas não poderá por si só deslegitimar o papel dos direitos fundamentais na ordem constitucional.

À riqueza numérica soma-se o caráter relativamente pioneiro e mesmo inovador de alguns direitos e garantias fundamentais, como é o caso da proteção do consumidor, do mandado de injunção, do habeas data, da proteção do ambiente, do reconhecimento de direitos das minorias étnicas e culturais, dentre tantas outras. Dada a dinâmica da vida, também o poder de reforma constitucional não deixou de contribuir significativamente para o enriquecimento do catálogo, mediante a inserção do direito à razoável duração do processo, dos direitos sociais à moradia, à alimentação e ao transporte, bem como da introdução do § 3º do artigo 5º assegurando valor de emenda constitucional àqueles direitos constantes de tratados internacionais aprovados mediante procedimento legislativo qualificado.

Todavia, não fosse o labor produtivo da doutrina e da jurisprudência constitucional, que, especialmente na seara dos direitos fundamentais, alcançou — sem prejuízo de importantes aspectos carecedores de crítica — um incremento quantitativo, mas também qualitativo inimaginável quando da promulgação da CF, a generosa e avançada previsão textual dos direitos no plano constitucional poderia ter sido substancialmente esvaziada ao longo do tempo. Nesse particular, é possível adiantar que a despeito de alguns revezes, a trajetória pós-88 é essencialmente evolutiva e não regressiva.

Apenas em caráter ilustrativo, relembre-se o reconhecimento, pelo STF, de uma série de direitos fundamentais implícitos (direito ao nome, sigilo fiscal e bancário, mínimo existencial, direito à ressocialização, direito à execução da pena em condições dignas, entre outros), mas saliente-se, ademais, o caráter proativo (para alguns demasiadamente ativista!) da nossa Corte Suprema no que diz com a afirmação e mesmo aperfeiçoamento do regime jurídico dos direitos fundamentais. Nessa senda, é possível referir, ainda, a extensão aos direitos sociais da prerrogativa da imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais, a interpretação extensiva das “cláusulas pétreas” nesse domínio, a exegese ampla da titularidade dos direitos fundamentais, assim como o inegável avanço – ainda que não ideal – no concernente ao valor jurídico atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos.

A atuação da jurisdição constitucional brasileira também se revela afinada com as grandes questões que dizem respeito aos desafios dos direitos fundamentais na atualidade, protagonizando, de modo geral, uma jurisprudência dinâmica e progressista, como dão conta, em caráter ilustrativo, as decisões repudiando o discurso do ódio, reforçando a liberdade de reunião e expressão, reconhecendo a união estável entre parceiros do mesmo sexo, chancelando políticas de ações afirmativas, valorizando a proibição de crueldade contra os animais (casos da farra do boi, rinha de galos e por último a polêmica vaquejada), bem como o reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional em relação a situação dos presídios brasileiros, decisões que foram objeto de majoritário aplauso.

Com isso não se está, à evidência, olvidando que no seu labor o STF tem sido alvo de importantes críticas, em especial no tocante a eventual excesso de intervenção na seara da política e da economia, mas também no que diz com a falta de consideração dos limites textuais postos pelo direito constitucional positivo, como dão conta – novamente em caráter ilustrativo – a assim chamada “judicialização” das políticas públicas, assim como os casos envolvendo a fidelidade partidária, a assim chamada Lei da Ficha Limpa, o caso Raposa Serra do Sol e mesmo a discutida decisão autorizando a execução provisória da pena depois da condenação em Segundo Grau de Jurisdição à pena privativa de liberdade.

Ainda nesse contexto, é de se enfatizar que também os atores legitimados a promover a proteção dos direitos fundamentais, assim como os meios processuais para levar a efeito tal desiderato, merecerem particular atenção por parte do Constituinte, ademais de terem sido ampliados no transcurso desses 28 anos. É o caso, por exemplo, do mandado de injunção, do habeas data, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, da ampliação gradual do controle concentrado de constitucionalidade, do fortalecimento do papel do Ministério Público, na criação e fortalecimento da Defensoria Pública, entre outros.

Por outro lado, mesmo diante de diversas tentativas no sentido de relativizar direitos e garantias, não se registram mutilações de relevo no sistema de direitos fundamentais da CF, muito antes pelo contrário, os ganhos superam em muito eventuais perdas, se é que é possível, ao menos no que diz com o reconhecimento formal (textual), identificar alguma perda realmente significativa.

Até mesmo a gradual formação de uma cultura dos direitos fundamentais, cada vez mais disseminada no próprio corpo social, há de ser visualizada como um avanço, ainda que o “véu

da ignorância” (aqui evidentemente não no sentido Rawlsiano!) cubra muitas mentes. A proliferação de Organizações Não-Governamentais dedicadas à causa dos direitos humanos e fundamentais, a disseminação de comissões de direitos humanos no setor público, a difusão de questões ligadas a direitos fundamentais nas mídias, são alguns indicadores que dão conta desse processo.

Assim, tudo somado e mesmo diante de um panorama tão esquemático, seria até mesmo desarrazoado negar que há sim muito a comemorar. Mas também há motivos suficientemente relevantes para preocupação e que no limite podem transformar, ainda que em parte, o justificado otimismo em significativa dose de frustração – que, de resto, já se verifica no corpo social – e mesmo pessimismo em relação à capacidade de a gramática política e jurídica dos direitos fundamentais assegurar de fato uma vida condigna aos brasileiros e estrangeiros que no Brasil se encontram.

Possivelmente o principal fator a ser apontado é o índice alarmante de casos envolvendo a violação de direitos fundamentais, tanto por parte do poder público, quanto ao nível da sociedade, destacando-se aqui os agudos níveis de desigualdade, o aumento da criminalidade violenta (basta referir que dentre as 50 cidades mais violentas do Mundo quase a metade se encontram em território brasileiro), o déficit de efetividade dos direitos sociais básicos, os altos níveis de corrupção e desperdício, sem falar nos crescentes índices de intolerância de toda natureza, desnudando, no seu conjunto, uma crise que é tanto de efetividade dos direitos fundamentais, quanto de confiança no seu papel de garantes da dignidade da pessoa humana.

Dito de outro modo, é perceptível que cada vez mais pessoas se revelam céticas em relação ao discurso dos direitos fundamentais e sua real eficácia e mesmo bondade intrínseca, o que sugere a urgência de se enfrentar de modo sereno, mas firme, tais desenvolvimentos, que aprofundam o hiato entre as promessas (e esperanças) constitucionais e a realidade nua e crua do cotidiano de expressivo número de brasileiros.

Mas se não devemos quedar cegos diante de tal fenômeno, que, de resto, em maior ou menor escala, não se traduz em “privilégio” do Brasil e nem é de ser atribuído à CF, mas especialmente não aos direitos e garantias fundamentais (como infelizmente sempre há quem sugira), também é verdade que, por mais que se verifiquem problemas reais de violação de direitos, não podemos ficar engessados e deixar de acreditar no – e lutar pelo – papel emancipador e promotor da dignidade humana dos direitos fundamentais. Afinal, os direitos fundamentais seguem sendo condição de existência e o fim de um Estado Democrático de Direito que mereça ostentar esse título e, especialmente em período marcados pela instabilidade, devem operar como pautas diretivas da ação pública e privada, deslegitimando toda sorte de arbítrios e atuando como cláusulas de barreira contra intervenções, por ação e omissão, do poder estatal e do poder privado, em particular o poder econômico exercido de modo abusivo.

Nesse contexto, é de se recordar que a CF estabelece tanto um rol atual e alentado de direitos e garantias, quanto os instrumentos (jurídicos, mas também políticos) para a sua eficácia e efetividade, cabendo a todos, Estado e sociedade, assegurar que a distância entre os direitos nos textos e nos livros e os direitos na realidade diminua, porquanto se nem tudo são vitórias, o conjunto da obra nos diz que a causa vale a pena, pois sem direitos efetivos poderemos



eventualmente não ter mais muito por que lutar.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-out-21/direitos-fundamentais-28-anos-constituicao-comemorados-ingenuidade/>