

A tentação positivista

TORQUATO JARDIM

A Constituinte cedeu aos encantos lógicos, mas alheios à vida, do positivismo normativista. Dispôs ela que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (art. 5º, §1º). Mais: assegurou a concessão de mandado de injunção "sempre que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" (art. 5º, LXXII).

Afirma a Constituinte: a Constituição é. Promulgada, ela é eficaz plenamente, não pode conter promessas nem esboçar um futuro ideal. Desaparecem as normas programáticas, os conteúdos ideais de concretização diferida no tempo. O mandado de injunção faz tábula rasa da noção de eficácia limitada de algumas normas constitucionais, as que dependem "da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária, lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados (José Afonso da Silva). Com a nova ordem, não se espera mais pelo Congresso; basta impetrar um mandado de injunção.

O problema cresce a uma dimensão incomensurável quando se verifica que a eficácia plena e a injunção alcançam todo o Título I, Direitos e Garantias Fundamentais. Vale dizer, também os direitos sociais, além dos políticos, individuais e coletivos. Embora tecnicamente errado dispor sobre o título ao pé de um capítulo específico, a linguagem das duas normas não deixa dúvida de sua aplicabilidade a todo o título. Doravante, não será necessário esperar a lei: a injunção garantirá o todo constitucional.

O positivismo pretendeu três vantagens. Por seu método rigoroso, elaborar uma ciência jurídica autônoma. Mediante acordo sobre um método único, acabar com as querelas doutrinárias que, depois de Antiguidade, dividiram os juristas. Por fim, impor-se como uma doutrina de ordem social e de estabilidade política. Com isto pretendeu reduzir o papel do jurista à exegeze; expungir qualquer consideração ética ou de direito natural; fazer com que o direito controlasse a criação do próprio direito; e definir a lei pelos elementos ativos da eficácia, isto é, o comando, a sanção, a obrigação e a soberania (ordem afetada de sanção imposta por ente soberano). Em síntese: a sublimação da vontade legislativa do Estado.

Na verdade, tudo falácia. Primeiro, porque o direito não é somente ciência de texto; é também ciência de vida. O direito é essencialmente um fenômeno social e sua compreensão completa exige uma compreensão total da vida. O positivismo tem um vício fundamental: a especialização excessiva, vício inerente a toda ciência contemporânea, e contra o qual reagiu com vigor o humanismo, mostrando a interdependência das ciências históricas, econômicas e jurídicas. Segundo, um acordo puramente metodológico, além de ser desastroso para o Direito, não significa qualquer avanço. Não há ganho social na renúncia ao confronto substantivo. Terceiro, o positivismo como doutrina de ordem social é uma vantagem medíocre em face dos perigos que comporta. O respeito à ordem e ao direito não pode ser imposto sem reservas, nem limites históricos, sociológicos, morais, religiosos e econômicos. É contra a natureza humana e o bom senso pretender que o direito se esgote na lei escrita; os costumes e os preceitos religiosos organizaram a vida social antes do Estado.

O argumento aqui posto não é infirmado pelo fato de que alguns direitos e garantias fundamentais serão também regulamentados em lei. O Supremo Tribunal Federal já de muito assentou que "as leis que regulamentem ou disciplinem as garantias individuais somente podem detalhá-las ou pormenorizá-las, visando à sua melhor aplicação. As leis que neguem, violem ou restrinjam as garantias individuais incidem no vício de inconstitucionalidade material, não obstante sua constitucionalidade formal" (RTJ 91/394). Dessarte, salário mínimo, participação nos lucros e na gestão, licença-paternidade, proteção em face da automação, e outros, podem ser assegurados mediante o mandado de injunção.

Os riscos são evidentes. O ideal e o factível são inerentes à política e ao direito. A Constituinte, pelo menos nesse passo, não pode pretender reescrever a História.

Torquato Jardim é professor de Direito Constitucional na Universidade de Brasília.