

As garantias dos direitos fundamentais

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

Pretendemos abordar de forma sintética os vários aspectos que envolvem a questão das garantias dos direitos fundamentais, no ordenamento constitucional.

O tema vem recebendo, através dos tempos, constantes e grandes evoluções, no sentido de se criar condições para que o direito possa corresponder com eficácia às também constantes violações dos direitos humanos.

A eficácia da declaração de direitos é preocupação e tema de debate dos clássicos do Direito Constitucional. As Constituições francesas de 1791, 1793, do ano III e de 1848 não se limitaram às declarações solenes de direitos em seu preâmbulo, passando a enumerar certos direitos que estas Constituições garantiam aos cidadãos.

Muitos textos constitucionais empregaram a expressão "garantias constitucionais" ou "garantias individuais" para significar os direitos individuais neles encontrados. Com o tempo se perceberá que a simples declaração não será suficiente para garantir a sua eficácia.

Podemos perceber que, neste momento, as expressões "garantias constitucionais" ou "garantias de direitos" terão significados diferentes. Na doutrina francesa, a garantia de direitos decorrerá da inserção nos textos constitucionais de princípios, institutos ou situações subjetivas, que após sua incorporação ao texto constitucional passam a ser especialmente asseguradas, isto é, garantidas constitucionalmente¹.

José Luiz Quadros de Magalhães é Professor de Direito Econômico e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional: o devido processo legal*. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, p. 83.

A doutrina alemã, de forma diferente, vai empregar esta expressão para significar os mecanismos jurídicos que dão segurança ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo².

Utilizando esta expressão para significar os mecanismos jurídicos que garantem a eficácia das normas constitucionais, encontraremos no direito brasileiro garantias como o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança (individual e coletivo), mandado de injunção, remédios processuais constitucionais, além de princípios fundamentais do direito processual, como o devido processo legal, o juiz natural, a instrução contraditória e a ampla defesa³.

Estas concepções de garantias de direitos evoluíram como reflexo da evolução e conseqüente ampliação do leque de direitos fundamentais, aos quais se somaram no início do século os direitos sociais, econômicos e culturais, como complementação necessária aos direitos individuais e políticos.

Desta forma, podemos dividir as garantias constitucionais em três tipos diferentes, que poderiam ser classificadas como garantias processuais, garantias de rigidez constitucional e garantias sócio-econômicas dos direitos individuais e políticos.

Enquanto garantias processuais, poderemos localizar na Constituição de 1988 garantias específicas e genéricas. O *habeas corpus*, tradicional remédio processual constitucional, visa a proteger especificamente a liberdade de locomoção, enquanto o *habeas data* garante o direito à informação.

O mandado de segurança individual vem acompanhado da criação do mandado de segurança coletivo, que proporciona às organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano a possibilidade de defesa de direitos de seus membros ou associados, e aos partidos políticos a defesa dos direitos difusos, que pertencem a todos de forma indivisível e indisponível⁴.

² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Constitucionalismo. *Revista de Informação Legislativa*, a. 23, n.º 91, jul/set 1986, p. 45.

³ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Interna*. Belo Horizonte, Interlivros de Minas Gerais, 1992, pp. 97-98.

⁴ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Ob. cit.*, pp. 102-103.

Criaram-se ainda no Texto de 1988 garantias processuais dirigidas a dispositivos que dependem de regulamentação, que em geral são aqueles referentes a direitos sociais e econômicos. O mandado de injunção vem possibilitar a concretização dos dispositivos constitucionais que dependem de norma regulamentadora e tem como objetivo obter do Poder Judiciário, num caso concreto e com efeito *inter partes*, a regulamentação do direito de forma provisória, até que o órgão ou poder competente a faça.

Portanto o objeto do mandado de injunção é suprir a carência de norma regulamentadora, possibilitando que o sujeito do direito que depende da regulamentação possa usufruir deste. É importante notar que, como na ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção também é uma forma processual de controle de constitucionalidade, pois supre, para aqueles que o impetrarem, a omissão inconstitucional.

A outra garantia, portanto, é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que não se confunde com o mandado de injunção. Além da diferença da legitimidade ativa e passiva, nos termos mesmo da redação do artigo 103, incisos I a IX, e do § 2.º, a principal diferença está no objeto. O mandado de injunção visa ao pronto exercício do direito, embora ausente a norma regulamentadora. Temos então uma decisão judicial supridora da omissão para aquele caso concreto colocado sob apreciação do Poder Judiciário. De forma diferente, a ação de inconstitucionalidade por omissão busca a construção da norma ausente por parte do órgão ou poder competente, tendo sempre efeito *erga omnes*, ao contrário do mandado de injunção, que tem efeito *inter partes*.

Finalmente, temos ainda como garantias processuais constitucionais a ação direta de inconstitucionalidade por ação, com legitimidade ativa restrita às pessoas do artigo 103 da Constituição Federal, e a ação popular, bastante valorizada no Texto de 1988, pois amplia sua proteção, possibilitando que através deste remédio processual se possa anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A segunda espécie de garantia constitucional é aquela que chamamos de garantia de rigidez constitucional. Essa garantia se caracteriza

pela inserção de determinados limites à atuação do poder público, das pessoas em geral e do legislador infraconstitucional no que se refere à proteção dos direitos fundamentais.

Exemplificando, podemos visualizar esta espécie de garantia ao fazermos um estudo comparado de textos constitucionais brasileiros, no que diz respeito à inviolabilidade do domicílio. A Constituição de 1937, quando se refere a este direito, simplesmente declarou o direito à inviolabilidade da casa, "salvas as exceções expressas em lei" (artigo 122, § 6.º da Constituição brasileira de 1937). Não há aí nenhuma garantia, mas mera declaração de direito, que deixa livre o legislador infraconstitucional para estabelecer quaisquer casos em que se poderá penetrar no domicílio.

A Constituição de 1967, no seu artigo 150, § 10, estabelece que a casa é o asilo inviolável, ninguém podendo nela penetrar, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer. Temos aí um limite expresso relativo aos casos em que se poderá penetrar no domicílio durante a noite, havendo portanto uma garantia de rigidez da Constituição, que não permite ao legislador infraconstitucional estabelecer outras hipóteses senão aquelas já previstas. Entretanto, durante o dia, o Texto Constitucional deixa o legislador livre para estabelecer quais casos este entenda ser necessário regulamentar. Não há então garantia de rigidez para o legislador ordinário, mas há para as autoridades e para os cidadãos em geral, que estarão restritos a determinação de lei infraconstitucional, conforme mandamento constitucional.

Finalmente o Texto de 1988 estabelece no seu artigo 5.º, inciso XI, que a "casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". Temos neste caso garantia de rigidez constitucional dirigida para o legislador ordinário que não poderá estabelecer outros casos além dos ali mencionados, como também, obviamente, são estes limites impostos para todos que obrigatoriamente em nosso território se submetem à nossa ordem constitucional.

Utilizamos este exemplo apenas para facilitar o entendimento da expressão "garantia de rigidez constitucional", aqui empregada.

O último tipo de garantia constitucional é que podemos classificar como garantias sócio-econômicas dos direitos individuais e políticos, conceito este que nos levará à percepção da indivisibilidade dos direitos humanos.

Para entendermos o sentido destas garantias é necessário percorrermos rapidamente a evolução do conceito de direitos humanos e mesmo de indivíduo no Direito Constitucional moderno. O nascente Estado liberal, que se afirma com a Revolução americana de 1776, a Constituição norte-americana de 1787 e a Revolução francesa de 1789, irá proclamar direitos individuais e liberdades públicas que irão se fundamentar em dois conceitos básicos.

Segundo Charles Tocqueville, existirá uma concepção liberal que defende a correlação entre propriedade e liberdade e uma concepção liberal-democrática que defende a correlação entre igualdade e liberdade⁵.

Direitos humanos neste período terão como conteúdo apenas direitos individuais e políticos, sendo os direitos políticos sinônimos de uma democracia política extremamente limitada e restrita, vinculada a privilégios econômicos.

Este liberalismo clássico corresponderá portanto a um Estado liberal, que traduzirá o pensamento econômico do *laissez-faire - laissez-passez*, que deixará aos cidadãos a possibilidade do exercício da livre concorrência de modo que o egoísmo de cada um ajudasse a melhoria do todo⁶.

Este modelo político e econômico levava, no século dezenove, a uma concentração econômica que ameaçava o núcleo do pensamento liberal de livre concorrência e livre iniciativa. Era urgente a intervenção estatal no domínio econômico que viesse a possibilitar a sobrevivência do liberalismo, como também urgente era que o Estado liberal incorporasse determinadas reivindicações socialistas por trabalho, previdência, saúde e educação, evitando com isso a explosão social que ameaçava os Estados europeus naquele final de século e no início do século XX.

Esses fatos conduziram ao surgimento do Estado social e democrático de direito, que se

⁵ GRUPPI, Luciano. *Tudo Começou com Maquiavel*, 3.ª edição, LSPM Editores, Porto Alegre, 1980, pp. 22, 23.

⁶ NICZ, Alvair Alfredo. *A Liberdade de Iniciativa na Constituição*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, p. 11.

afirma nas Constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919.

Essas Constituições ampliaram o catálogo de direitos fundamentais, acrescentando ao núcleo destes direitos no Estado liberal (os direitos individuais e políticos) novos direitos sociais, econômicos e culturais.

É importante ressaltar que não se trata de mera ampliação de direitos e garantias, como interpretam vários constitucionalistas, que caracterizaram este Estado como um Estado assistencialista, mantendo o núcleo liberal de direitos fundamentais intacto e acrescentando direitos sociais e econômicos, que seriam reflexos da injunção econômica do momento. O Estado nesse sentido interviria na economia quando necessário para fazer correções e assistiria os necessitados nos momentos de crise econômica. Não há, portanto, nenhuma reformulação no modelo econômico liberal.

Entendemos não ser isso o que propõe o novo modelo constitucional, que é adotado pela Constituição brasileira de 1988.

Na verdade, os direitos sociais e econômicos são verdadeiras garantias sócio-econômicas do exercício de direitos individuais e políticos. Não há como se separar os direitos individuais e políticos dos direitos sociais e econômicos. Eles são indivisíveis, e esta é a grande contribuição do moderno constitucionalismo.

O que ocorre é na verdade o surgimento de um novo conceito de indivíduo, que ultrapassa o conceito liberal. É um indivíduo portador de todos os direitos que possam permitir a sua completa integração à sociedade em que vive. É um indivíduo que não tem apenas o direito à sobrevivência, o direito à vida biológica, mas direito à vida com dignidade, com trabalho, justa remuneração.

As garantias sócio-econômicas são meios de que o indivíduo deve dispor em uma sociedade em um determinado momento histórico, para poder ser livre. Não há liberdade política sem democracia econômica e social. Esta é a propositura que faz o Estado, democrático e social de direito, e é este o sentido da expressão "garantias sócio-econômicas de direitos individuais e políticos".

Os direitos humanos, hoje, são integrados por grupos de direitos indivisíveis, como os direitos individuais, políticos, econômicos e sociais. Um pressupõe o outro necessariamente, e não há como compreender esta nova siste-

mática, partindo de pressupostos liberais. Estes estão ultrapassados.

Neste sentido, em trabalho sobre "Direitos Fundamentais e Constituição", o Professor Jaime Ordoñez nos recorda que o trabalho do Estado não se limita ao trabalho de tutelar determinados direitos fundamentais dentro de uma normativa jurídica, para que estes sejam efetivos, mas, citando Norberto Bobbio, ressalta a necessidade de que ocorra a "função promocional do direito", "onde, através de medidas positivas, se buscava promover condições para que a igualdade e liberdade fossem efetivas, removendo obstáculos que impedissem a plenitude do exercício destes direitos e facilitasse a participação dos cidadãos na vida política, econômica e cultural de um país"⁷.

Podemos dizer que os direitos sociais e econômicos possibilitaram a libertação do indivíduo das carências materiais, que o impedem de ser realmente livre.

O debate da indivisibilidade dos direitos humanos também ocorreu no Direito Internacional Público, onde se superou a dicotomia entre direitos civis e políticos de um lado, como direitos de implementação imediata, e direitos sócio-econômicos e culturais de outro lado, como direitos passíveis de aplicação apenas progressiva.

O Professor Antônio Augusto Cançado Trindade aborda a questão no seu livro *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, quando ressalta o questionamento e mesmo a superação da velha dicotomia, que no plano global se deu com a Conferência de Direitos Humanos de Teerã, de 1968, e a célebre Resolução 32/130, de 1977, da Assembleia Geral da ONU, que proclamaram a indivisibilidade e a interdependência de todos os direitos humanos. Nas palavras do autor: "Deu-se conta de que os meios de implementação das duas categorias de direito não teriam de ser necessariamente em todos os casos distintos. Sem os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos teriam pouco sentido para a maioria das pessoas, e determinados direitos de caráter econômico e social revelavam afinidades com as liberdades civis, e, exigíveis por si, adaptavam-se aos mesmos mecanismos de proteção dos direitos civis e políticos (a exemplo, e.g., do direito de associação e liberdade

⁷ ORDOÑEZ, Jaime. *Derechos Fundamentales y Constitución*, Contribuciones, p. 98.

sindical, e do direito a educação)⁸.

Analisando então esta classificação proposta, das garantias dos direitos fundamentais, vários questionamentos podem surgir a respeito das implicações desta abordagem, na realidade contemporânea. Duas questões podem ser levantadas neste momento, e que podemos abordar rapidamente. A primeira diz respeito aos limites do poder constituinte derivado no Texto de 1988.

A Constituição de 1988 coloca este poder de reforma, que é um poder limitado, subordinado e de segundo grau, dividido em duas espécies: emenda e revisão. O poder constituinte derivado de emenda à Constituição se caracteriza pela alteração pontual do texto, alteração esta que se sujeita a um *quorum* de 3/5, limitando-se a iniciativa de emenda ao Presidente a 1/3 dos senadores ou deputados e a mais da metade das Assembléias Legislativas dos Estados-Membros, que deliberarão por maioria absoluta de seus membros a sua propositura. Este poder derivado de emenda sofre ainda limites circunstanciais (proibições de funcionar em estado de defesa, estado de sítio e intervenção federal), como também limites materiais no mesmo artigo 60, § 4.º, incisos I a IV (proibição de emendas tendentes a abolir a forma federativa, a separação dos poderes, a democracia representativa e os direitos individuais e suas garantias).

O artigo 3.º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias prevê a possibilidade de funcionamento ainda de um poder constituinte derivado de revisão, sendo que este só poderá existir uma só vez, aplicando-se a este poder, além da limitação temporal do mencionado artigo 3.º do ADCT, as limitações circunstanciais e materiais previstas no artigo 60 para o poder constituinte derivado de emenda.

Partindo deste entendimento, que encontra amparo na doutrina do poder constituinte⁹, e de posse dos dados doutrinários já estudados sobre garantias de direitos, podemos concluir que no exercício do poder constituinte derivado, seja enquanto poder de revisão, seja en-

⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991, p. 40.

⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. "Poder Constituinte e a Norma Fundamental de Hans Kelsen". *Revista de Informação Legislativa*, a. 27, n.º 105, jan/mar 1990.

quanto poder de emenda, os direitos individuais, políticos, sociais e econômicos não poderão ser restringidos, sendo impossível a restrição ou a retirada do Texto Constitucional de 1988 de qualquer direito individual e político, assim como de suas garantias sócio-econômicas, sendo inconstitucional qualquer emenda ou revisão que venha de encontro aos princípios da ordem econômica e social. Estes dispositivos podem ser modificados no sentido de sua ampliação ou aperfeiçoamento, que facilite sua implementação.

Finalmente, outro aspecto importante que se refere à problemática atual que envolve o tema diz respeito à internacionalização da economia e à mudança dos centros de poder decisional sobre questões políticas e econômicas.

Fala-se hoje da substituição do Estado-Nação tradicional, protagonista indiscutível do exercício de poder durante quatro ou cinco séculos, por mega-Estados, entidades macrorregionais, como a Comunidade Econômica Européia e o Nafta, que assumem o controle do poder político e econômico¹⁰.

Esta realidade coloca um questionamento fundamental para o papel das Constituições nacionais na proteção dos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito aos direitos sociais e econômicos.

Esta é uma realidade para o Mercado Comum Europeu, onde, com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht, caminha-se firme para o nascimento de um Estado regional.

No caso da América do Sul, entretanto, entendemos que este processo será mais demorado, mesmo porque se encontra no início, e várias dificuldades devem ser superadas para que se possa avançar neste sentido.

Não é o caso aqui de aprofundarmos neste tema, mas procurarmos apenas levantar indagações para debate e posterior aprofundamento em outra oportunidade.

Entendemos que mesmo com a evolução do Mercado Comum do Cone Sul será possível e desejável a convivência do modelo nacional de repartição econômica ao lado de um modelo regional e mesmo internacional.

É fundamental que no plano internacional se criem condições de controle das políticas dos organismos financeiros internacionais, vinculando suas políticas econômicas a princípios

¹⁰ ORDOÑES, Jaime. Ob. cit., p. 94.

dos direitos humanos, presentes nos textos internacionais, possibilitando-se com isso o desejável desenvolvimento regional e nacional e a livre adoção de modelos regionais e nacionais de repartição econômica.

A necessidade da vinculação destas políticas à implementação dos direitos humanos poderá certamente evitar a adoção de políticas econômicas que acarretem grandes custos sociais, o que ocorre invariavelmente no Terceiro Mundo.

Esta preocupação está presente em estudos realizados pelas Nações Unidas, como, por exemplo, o estudo de Raúl Ferrero, *Rapporteur*, especial da subcomissão da luta contra as medidas discriminatórias e da proteção das minorias¹¹.

Alerta Raúl Ferrero para as imposições do FMI, por exemplo, quando este fornece créditos para ajudar a resolver problemas de balanço de pagamentos, obrigando países em desenvolvimento a aplicar políticas internas de consequências perigosas, como a aceleração da inflação ou o agravamento do desemprego. Os

organismos internacionais, como o FMI, o Banco Mundial e o GATT, devem levar em consideração as repercussões ou consequências sociais que podem ter suas recomendações ou receitas para países em desenvolvimento¹².

É necessário se levar para o plano internacional a idéia de condicionamento das políticas econômicas e da ordem econômica internacional, aos valores refletidos pelos textos internacionais de direitos humanos, assim como ocorre no plano interno.

Finalizando, esclarecemos que nossa pretensão foi de propor uma classificação que facilite a análise e o entendimento das garantias dos direitos humanos, introduzindo ao final, apenas como questionamento e visando ao debate, as questões que envolvem este tema perante problemas e desafios contemporâneos.

As respostas para estas questões muitas vezes têm de ser retiradas da vivência, do debate e da reflexão, para que possamos construir mecanismos eficazes de implementação dos direitos humanos, que correspondam às constantes modificações sócio-econômicas de nosso tempo.

¹¹ FERRERO, Raúl. *Le Nouvel Ordre Economique International et la Protection des Droits de L'homme*. Nations Unies, New York, 1986, ISBN.92-1-254055-4.

¹² FERRERO, Raúl. Ob. cit., p. 10.