



Ingo Sarlet
Juiz e professor

entais aos 30 anos da Constituição Federal

A despeito do quadro atual de polarização política e social e da crise

econômica vivenciada pelo Brasil, há razões de sobra para festejar os 30 anos recém-completados (5/10) da nossa Constituição Federal, adequadamente designada de “cidadã” por Ulysses Guimarães. Ainda que novamente sob ataque, inclusive por discursos favoráveis à convocação de uma nova Assembleia Constituinte, nunca é demais fazer coro com os que têm advogado a tese de que, sob a égide da agora balzaquiana Carta de 1988, o Brasil e os brasileiros têm (ainda) experimentado o período de maior estabilidade democrático-institucional desde a proclamação da República, praticamente cem anos antes de promulgada a atual CF.

Mesmo a circunstância de ter sido emendada por 105 vezes desde a sua promulgação, mediante 99 emendas constitucionais e seis emendas de revisão, que alteraram (vários por até mais de uma vez) centenas de dispositivos, não abalou a conformação originária da obra do Constituinte, pelo menos no que diz respeito ao núcleo identitário do texto constitucional, designadamente os títulos dos princípios e dos direitos e garantias fundamentais. Muito antes pelo contrário, em matéria de direitos fundamentais, o que se verificou foi um acréscimo em direitos, mediante a inserção dos direitos à moradia, à alimentação, à razoável duração do processo e ao transporte, sem prejuízo da dedução de direitos fundamentais não previstos textualmente no catálogo.

Aliás, do ponto de vista quantitativo (o número de direitos expressa e implicitamente positivados no texto constitucional de 1988) e qualitativo (aqui no que diz com o regime jurídico qualificado atribuído aos direitos fundamentais), é possível — diria até mesmo necessário — sublinhar que os direitos e garantias fundamentais receberam, por obra do Constituinte de 1988, a sua devida consideração e consagração na história constitucional brasileira.

Um primeiro ponto a ser destacado (revisitamos aqui aspectos já versados em colunas anteriores), e que teve uma repercussão possivelmente bem maior do que a projetada — pelo menos consciente e deliberadamente — pelos congressistas-constituintes, diz com a recepção e afirmação do conceito moderno de direitos fundamentais, a começar pela utilização, pela primeira vez na trajetória do Direito



Constitucional Positivo brasileiro, do termo direitos e garantias fundamentais na condição de gênero do qual passaram a ser espécies (e aqui não se irá controverter a adequação terminológica e sua atualidade) os direitos (e deveres) individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos dos trabalhadores, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos.

Soa evidente que a opção terminológica em si mesma pouco representaria e seria meramente simbólica caso não viesse acompanhada de uma decisão política vinculativa no sentido de que a designação devesse corresponder com um determinado conteúdo, portanto, com uma particular concepção de direitos fundamentais, e aqui precisamente talvez a maior inovação, embora não necessariamente (pelo menos em termos gerais) em matéria de pioneirismo e originalidade em escala mundial.

Com efeito, o conceito de direitos fundamentais incorporado pela CF corresponde àquele que foi instituído e desenvolvido, no que toca aos seus elementos essenciais, pela Lei Fundamental da Alemanha de 1949 e pela dogmática e jurisprudência constitucional alemãs. Lembre-se que ao atribuir às normas de direitos fundamentais a prerrogativa de vincularem diretamente todos os atores (poderes/funções) estatais, somada à criação de um instrumento processual (a famosa *Verfassungsbeschwerde*) destinado exclusivamente à proteção dos direitos fundamentais de modo direto em face e pelo Tribunal Constitucional Federal, a circunstância de que em regra uma restrição de direitos fundamentais deva ser veiculada pela lei parlamentar ou que a ela possa ser diretamente reconduzida, no caso de outros atos normativos, bem como a garantia do assim chamado núcleo essencial, a Lei Fundamental guindou os direitos fundamentais a um status jurídico qualificado como tal não conhecido até então em outras ordens jurídicas.

Em suma, se antes — e assim mesmo em raros Estados constitucionais — os direitos fundamentais (mesmo que não se fizesse uso da terminologia) não passavam, em geral, de direitos e garantias reconhecidos e assegurados por uma determinada Constituição, o fato é que no constitucionalismo pretérito os direitos e garantias (em geral designados como direitos individuais) não passavam de “meros” direitos constitucionais. Ademais disso, é hoje mais do que reconhecido que, tirante dos Estados Unidos e alguns poucos outros Estados (como foi o caso da Argentina e do Brasil desde 1891), a supremacia da Constituição e dos direitos e garantias estava nas mãos (praticamente em caráter exclusivo) das legislaturas ordinárias, inexistindo instância (ainda mais jurisdicional) capaz de impor ao Poder Legislativo o respeito aos direitos fundamentais.

Assim, quando se afirma que a concepção (conceito) de direitos fundamentais incorporado pela CF se alinhou com a tradição alemã (e cada vez mais europeia), está a se dizer que se adotou um conceito particular de direitos fundamentais, precisamente identificado com o fato de que se cuida de direitos atribuídos e garantias instituídas pela ordem constitucional, mas que, para além da hierarquia e força normativa das normais constitucionais em geral, é caracterizada pelo fato de ter sido contemplada pelo constituinte de um regime jurídico diferenciado e reforçado em relação ao restante do corpo constitucional.



Dito aqui em poucas palavras, ao estabelecer que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata e que se trata de normas dotadas da proteção reforçada das assim chamadas cláusulas pétreas, o que o constituinte fez foi assegurar aos direitos fundamentais um regime jurídico especial e qualificado. Em outras palavras, são direitos fundamentais apenas aqueles que são dotados de tal regime jurídico.

Por evidente que a extensão e conteúdo de tal regime jurídico tem sido objeto de importantes controvérsias, em especial no que diz com a sua extensão e limites. Todavia, ainda que se possa discutir — como fazem alguns e com consideráveis razões em vários casos — que nem todos os direitos e garantias constitucionais sejam de fato autênticos direitos fundamentais (por não se lhes aplicar o respectivo regime jurídico) ou que o regime jurídico não é igual para todos os direitos, isso não altera o fato de que em geral e em termos substanciais a concepção vigente e por ora ainda majoritariamente sufragada pela doutrina e jurisprudência foi a que prevaleceu.

Convém agregar que, ao referimos que a concepção originária do constituinte quanto ao regime jurídico prevaleceu, estamos aqui — para espancar toda e qualquer dúvida — a concordar com tal circunstância, pois se cuida do entendimento por nós adotado desde há muito e já expresso em colunas anteriores.

Nesse sentido, sempre é bom lembrar que, pelo menos no que concerne ao predicado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, qualquer interpretação restritiva quanto à exclusão de determinados direitos fundamentais vai de encontro à dicção textual do artigo 5º, parágrafo 1º (que se refere ao gênero direitos e garantias fundamentais) como não corresponde à vontade do Constituinte. Além disso, a regra da aplicabilidade imediata não é incompatível com a necessidade de — levando em conta a estrutura e função dos direitos fundamentais — modular determinados efeitos jurídicos das respectivas normas, sem romper com o predicado da aplicabilidade imediata, o que aqui não poderá ser desenvolvido e também já foi tratado em colunas anteriores.

Já no tocante à previsão constitucional de que os direitos fundamentais são limites materiais à reforma constitucional, muito embora o texto do artigo 60, parágrafo 4º, IV mencione os direitos individuais e coletivos, igualmente (e no nosso sentir com razão) acabou prevalecendo — ao menos por ora e a despeito de diversas posições em sentido contrário, em especial no plano doutrinário — uma exegese extensiva, no sentido de que todos os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, isso mediante uma leitura teleológica e sistemática e que busca evitar um casuísmo inevitável pautado pelo entendimento de que apenas determinados direitos possam limitar o poder de reforma, tendo em conta a sua natureza e conteúdo material. Mesmo o STF por ora, pelo menos após a promulgação da CF, não afastou a condição de cláusula pétrea em relação a algum direito fundamental, seja civil e político, seja social, sem deixar de corretamente reconhecer que tal qualidade não afirma o caráter absoluta, ou seja, imune a limites e restrições, dos direitos fundamentais, mas, sim, lhes outorga uma proteção reforçada que blinda o seu núcleo essencial.

Aliás, com isso a doutrina do núcleo essencial como limite aos limites dos direitos fundamentais, atualmente aceita pela doutrina dominante (ainda que com matizes importantes) também acabou se incorporando ao direito constitucional brasileiro de modo mais efetivo, agregando-se mais um elemento (não expressamente positivado) ao regime jurídico qualificado de tais direitos.



À vista do exposto, e limitando-nos aqui ao regime jurídico dos direitos fundamentais, é fácil perceber os expressivos avanços protagonizados pelo constituinte de 1988 nessa seara e, do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, o que se sucedeu foi uma adesão majoritária a tal modelo, inclusive no sentido de lhe dar ainda uma maior concretude.

Mas as inovações não se limitaram aos aspectos colacionados, suficientes, por si só, para colocar a CF no mapa das mais modernas quando se trata de direitos fundamentais.

Soma-se, ainda, a abertura da CF em matéria de relações internacionais, tal como dão conta os princípios fundamentais (e diretrizes) enunciados no artigo 4º, no contexto da qual se destaca a prevalência dos direitos humanos (inciso II). Mas também — e em especial — a inserção na cláusula constitucional consagrando a abertura material (não taxatividade) do catálogo constitucional de direitos e garantias (Título II) da referência aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (a teor do artigo 5º, parágrafo 2º, CF) representou um grande avanço e inovação na trajetória constitucional brasileira.

Quanto a tal ponto, das relações entre o sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos (no plano Universal, da ONU, e regional, da OEA), muito embora ainda estejamos distantes de uma realidade como a da Europa (no que diz com o papel da Convenção Europeia e da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia), já são diversos os avanços registrados, para além da previsão meramente textual da integração entre os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Num primeiro sentido, em que pese a resistência inicial por parte do STF em reconhecer a dignidade normativa dos tratados de direitos humanos na esfera doméstica, nos últimos 12 anos a situação evoluiu significativamente, tendo em conta a atribuição de hierarquia supralegal a tais tratados, que, embora ainda sujeitos a um controle de constitucionalidade, passaram a prevalecer sobre o restante da normativa infraconstitucional.

Além disso, por obra do poder de reforma constitucional, foi incorporado um parágrafo 3º ao artigo 5º da CF, assegurando força normativa equivalente à das emendas constitucionais aos tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional por maioria qualificada de 3/5 de votos, nas duas casas do Congresso e em dois turnos de votação. Com isso, os tratados assim incorporados passaram a ser parâmetro para o controle de constitucionalidade da legislação doméstica, o que já se deu com a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, já internalizada na forma do artigo 5º, parágrafo 3º.

Também a noção de um controle de convencionalidade da legislação interna tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos tem sido gradualmente incorporada à teoria e prática dos direitos humanos e fundamentais, o que não afasta a circunstância de que ainda há um longo caminho a percorrer, inclusive no concernente ao necessário diálogo entre os tribunais nacionais e as cortes supranacionais (no nosso caso, a Corte Interamericana de São José da Costa Rica) para que a integração entre as dimensões internacional e interna se torne realmente produtiva.

A reconstrução interpretativa do alcance e significado de diversos direitos fundamentais e o reconhecimento, forte na abertura material do catálogo protagonizada pelo artigo 5º, parágrafo 2º, da CF,



de direitos fundamentais em outras partes do texto constitucional, assim como de diversos direitos fundamentais implícitos, é outro aspecto digno de nota elogiosa. Em caráter meramente ilustrativo, é possível citar os exemplos do direito de greve dos servidores públicos, da equiparação da união homoafetiva à união estável entre homem e mulher, do direito à proteção do ambiente, do direito ao nome, do direito à identidade genética e conhecimento da origem, da proteção de dados, do sigilo fiscal e bancário, do direito a um mínimo existencial para uma vida condigna, entre outros.

O crescente comprometimento dos atores da cena judiciária com a gramática e a efetividade dos direitos fundamentais, mesmo que gerando um ou outro possível excesso e sem prejuízo de ainda algumas lacunas, é igualmente ponto a ser destacado como sendo positivo, como se verifica nos campos das principais liberdades fundamentais (expressão, reunião, religiosa), dos direitos de personalidade (v. os exemplos acima), dos direitos sociais à educação e à saúde, da proteção do ambiente, bem como na esfera do direito antidiscriminatório, incluindo aqui a chancela pelo STF das políticas de ações afirmativas, em especial de quotas.

O balanço, por ora (porquanto foram colacionados apenas alguns pontos e de maneira esquemática) inegavelmente positivo, não pode levar, contudo, a um ufanismo ingênuo e descontextualizado, que, além disso, nos torna vulneráveis aos ataques cada vez mais agudos assacados contra a ordem constitucional vigente e pode obnubilar a capacidade de perceber e reagir aos problemas e desafios que se tem colocado diuturnamente, colocando em risco e mesmo em perigo a Constituição, mas em especial, os direitos e garantias fundamentais.

É nessa quadra que se impõe seja retomada a advertência sobre a existência e gradual e em parte silenciosa (mais pela dificuldade e mesmo resistência em ver e ouvir) de uma crise de múltiplas dimensões em matéria de direitos fundamentais.

Note-se, em caráter preliminar, que o fenômeno que se pode designar de uma crise dos direitos fundamentais (mas que também é simultaneamente uma crise dos direitos humanos) afeta os direitos de todas as gerações (ou dimensões).

Assim, por exemplo, é de se destacar que a crise envolve também o impacto da tecnologia sobre uma série de direitos de matriz pessoal e individual, como é o caso da privacidade e da identidade pessoal no ambiente digital, a afetação do ambiente (natural e do trabalho) e a efetividade dos direitos sociais (mas não apenas dos direitos sociais), apenas para referir alguns dos muitos outros aspectos que poderiam ser citados nesse contexto. Por outro lado, percebe-se que a crise econômica e a crescente exclusão social guardam relação (ainda que não exclusiva) com o aumento da criminalidade e, por conseguinte, implica aumento de violação de direitos fundamentais tão caros para a pessoa humana e sua dignidade como os direitos à vida, integridade física etc.

A referência a uma crise dos direitos fundamentais, contudo, assumiria uma feição reducionista se fosse limitada a uma crise de efetividade, em outras palavras, vinculada ao fenômeno da ineficácia social do programa jurídico-político dos direitos humanos e fundamentais. Assim, é possível, salvo melhor juízo, a exemplo do que já o fizemos em texto anterior, falar de uma crise de identidade dos direitos fundamentais e mesmo de uma crise de reconhecimento e/ou confiança^[1].

Com efeito, sob uma determinada perspectiva, a falta de efetividade dos direitos conduz a uma crescente



desvalorização de sua força normativa e na falta de confiança no discurso dos direitos fundamentais, mas também é perceptível uma espécie de polarização entre o segmento populacional que ainda exerce plenamente sua cidadania e goza de direitos efetivos, e aqueles que praticamente estão alijados do acesso à fruição dos direitos que em tese (e cada vez mais em tese) assumem a condição de direitos de titularidade universal.

Apenas a título ilustrativo, vale mencionar que a crescente criminalidade — ao menos é o que se percebe no caso do Brasil, ao qual aqui recorreremos — leva a uma elevação da tensão social e acaba por estimular uma opinião pública favorável ao aumento das penas na esfera criminal (inclusive a inserção da pena de morte) e mesmo tolerante em relação à prática da tortura e de métodos de investigação e repressão do crime incompatíveis com o sistema de direitos fundamentais, pelo menos nos moldes do que atualmente é adotado na maioria dos Estados que pretendem ostentar o título de Estados Democráticos de Direito.

Outro eixo do problema — mas que está diretamente relacionado (ainda que não exclusivamente, pois a questão do fundamentalismo religioso, do crime organizado e do terrorismo assume uma dimensão relevante nesse contexto) ao acirramento da crise econômica em escala global, guardando também relação (numa escala aqui não mais restrita ao Brasil) com os movimentos migratórios e o endurecimento das regras sobre concessão de asilo ou abrigo político e/ou econômico e ondas de xenofobia que se manifestam inclusive na esfera política, notadamente no incremento das tensões sociais e dos extremismos de toda natureza.

Soma-se a isso a situação dos assim chamados refugiados ambientais e o impacto da degradação ambiental sobre um contingente imenso de populações, em geral as mais afetadas pela exclusão social e que muitas vezes vivem em situação de risco. Seca, inundações, avalanches e desmoronamentos costumam atingir muito mais os pobres do que os que — embora não imunes — possuem melhores condições de se prevenir e proteger.

Todo esse quadro de crise, aqui traçado de modo meramente esquemático e ilustrativo, coloca desafios ao Direito e às Instituições que devem zelar pela sua realização prática, levando até mesmo a um repensar da noção de direitos fundamentais, sua função e sua viabilidade na condição de normas de direito objetivo vinculantes e como posições subjetivas exigíveis pelo e em face do Estado e mesmo da sociedade, seja no plano interno dos Estados, seja no plano supranacional.

No caso da CF, ora trintenária, resulta evidente que os sintomas das crises referidas se fazem cada vez mais presentes e mesmo agudos, o que facilmente pode nutrir discursos de natureza pessimista e, o que é pior, de cunho destrutivo, buscando deslegitimar o papel dos direitos fundamentais na nossa ordem constitucional e mesmo ser manejado como justificativa para sua eventual supressão (pelo menos em alguns casos) e substancial restrição.



Mais uma vez, contudo, é de se repudiar veementemente tal linha de entendimento, que desloca a perspectiva do que realmente importa (que é justamente a falta de seriedade no trato das questões constitucionais e da efetividade dos direitos fundamentais em particular) para culpar a constituição e os direitos fundamentais pelas mazelas vivenciadas pelos brasileiros. Aplica-se aqui o mesmo princípio que se costuma associar ao papel das instituições que estruturam e dão vida (pelo menos assim o devem fazer) a um Estado Democrático de Direito, designadamente, a tendência (valendo-nos do jargão popular bastante rude, mas significativo) de se “jogar a criança fora juntamente com a água suja”.

Os direitos e garantias fundamentais, somados, é claro, à previsão e garantia da democracia e do Estado de Direito e de suas principais instituições e institutos, correspondem ao que de mais valioso nos legou o Constituinte de 1988 e o que, por consequência, mais devemos respeitar e proteger contra todo e qualquer movimento que tenha como escopo não apenas a deslegitimação e mesmo desmoralização de tais conquistas, mas também a sua desconstrução e esvaziamento.

Dito de outro modo, não devemos nos render ao compreensível sentimento de frustração gerado e multiplicado pelo cenário de crise que estamos a experimentar, porquanto a frustração não pode ser transferida a quem (e ao que) não lhe deu causa.

A defesa intransigente do núcleo identitário da CF representa uma das — senão a — principais causas a abraçar por todos os que se preocupam com a manutenção da ordem democrática no Brasil, mesmo que nos muitas vezes estreitos limites das respectivas possibilidades. Se com a presente coluna logramos ao menos atrair a atenção e suscitar algum debate já teremos alcançado o nosso desiderato.

[1] Ingo Wolfgang Sarlet, “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988”, in Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

Date Created

12/10/2018