

# Garantias processuais dos direitos humanos no sistema jurídico brasileiro

João Baptista Herkenhoff  
Antonio Côrtes da Paixão

## Sumário

1. Introdução. 2. Conceito de direitos humanos. 3. Breve história dos direitos humanos. 4. Os direitos humanos no pensamento jurídico contemporâneo. 5. Os direitos humanos e a tradição constitucional brasileira. 5.1. Direitos humanos e preceitos constitucionais historicamente solidificados. 5.2. Os direitos humanos e a Constituição Imperial. 5.3. A primeira Constituição Republicana e os direitos humanos. 5.4. Os direitos humanos e a primeira fase da Revolução de 30. 5.5. A Constituição de 34 e os direitos humanos. 5.6. Os direitos humanos no Estado Novo. 5.7. 1946 e a volta do estado de direito. 5.8. Os direitos humanos na primeira fase da ditadura. 5.9. Os direitos humanos e a Constituição de 1967. 5.10. Os direitos humanos sob o Ato Institucional nº 5. 6. A vinculação histórica dos direitos humanos com o Poder Judiciário. 7. Dos meios de proteção aos direitos. 7.1. Garantias de regulação. 7.2. Garantias de controle e fiscalização. 7.3. Garantias de interpretação. 7.4. Garantias internas ao direito. 7.5. Garantias judiciais. 8. Conclusão.

## 1. Introdução

Este artigo é um trabalho produzido em conjunto, tendo como autor um professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo e como co-autor um mestrando, orientando do professor.

Co-autor, como ensina o dicionarista Antônio Houaiss, é “o que faz ou produz, com outro, determinado trabalho ou obra”. Não há assim uma gradação de valor entre autor e co-autor, ressalva que o autor faz questão de inserir nesta introdução.

João Baptista Herkenhoff é Juiz de Direito aposentado, Professor do mestrado da UFES, mestre pela PUC/RJ, Livre Docente da UFES, pós-doutor em Havard (EUA) e Rauen (França).

Antonio Côrtes da Paixão é Juiz de Direito no Estado do Espírito Santo, mestrando pela UFES.

A produção de trabalhos, em parceria, por professores e mestrandos está dentro do espírito com o qual foi concebido o Mestrado em Direito da UFES.

Com este texto, pretende o autor, com a colaboração do co-autor, resgatar, atualizar e ampliar um ensaio publicado no número 7 da revista “Encontros com a Civilização Brasileira”, que veio à luz em janeiro de 1979, com o título “Os Direitos Humanos e sua Proteção Jurisdicional”.

Nesse ensaio defendeu o autor a tese da diferença entre “preceitos constitucionais meramente formais” e “preceitos constitucionais históricos ou solidificados”.

No momento da vida brasileira em que o ensaio apareceu, a defesa dessas idéias era particularmente importante porque “preceitos constitucionais históricos ou solidificados”, como o ensaio defendeu, eram as garantias constitucionais conquistadas ao longo da vida política do país, pela luta, pela resistência, pelo martírio. Por sua vez, os “preceitos constitucionais meramente formais” (gerados pelos atos institucionais) eram aqueles que, sem radicação na história brasileira, eram simplesmente determinados pelos que detinham o poder.

Os “preceitos constitucionais históricos ou solidificados”, segundo a tese que o texto original defendeu, apontavam para o Brasil o caminho da Democracia.

A revista Encontros com a Civilização Brasileira, fundada e dirigida pelo saudoso Ênio Silveira, foi um símbolo da resistência democrática num período em que nosso país estava submetido à ditadura. Publicando este ensaio naquela revista, o autor, que era na oportunidade magistrado da ativa, no Espírito Santo, juntava sua voz à voz de todos aqueles que lutavam pela supressão do arbítrio, pela anistia e pela constitucionalização do país.

## 2. Conceito de direitos humanos

“Direitos humanos” ou “direitos do homem”, também denominados “direitos

fundamentais”, são aqueles direitos que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana e pela dignidade que a ela é inerente (HERKENHOFF, 2002, p. 19). Tais direitos não resultam de concessão da sociedade política, mas esta tem o dever de reconhecê-los, consagrá-los e garanti-los porquanto nenhuma sociedade se justifica se não zela pelo bem-estar dos indivíduos.

## 3. Breve história dos direitos humanos

A evolução do pensamento filosófico, jurídico e político da humanidade, portanto, da própria humanidade, resultou não só no reconhecimento e consolidação de diversos direitos humanos, como no próprio conceito deste.

Um “sobrevôo” pela história permite visualizar direitos atribuídos a seres humanos – direitos humanos em sentido amplo – desde a Antigüidade, no Código de Hamurabi (Babilônia), na filosofia de Mêncio (China), na República de Platão e no direito Romano, embora precários, haja vista a ausência de limitação de poder do Estado em relação ao indivíduo.

Embora Aristóteles haja definido “constituição”, o constitucionalismo, em razão da mencionada limitação, só teve início na Inglaterra, tendo como marco a Carta Magna de 1215, imposta ao rei João Sem Terra pelos bispos e barões. Nela foram consignados limites ao poder do Rei, entre eles, o “habeas corpus”.

Eventuais direitos antes reconhecidos em documentos ingleses a homens comuns – vassalos – não passavam de direitos de estamentos reconhecidos pelo rei – suserano – que se comprometia a respeitá-los em contratos feudais. Porém, deve ser reconhecida a importância de tais contratos pela influência que irradiou para outros grupos dominantes e outras categorias de súditos<sup>1</sup>. Os direitos assim reconhecidos

<sup>1</sup> Cf. Magna Carta, art. 20 e 39 in *O direito de ser homem*, Seleção de textos organizada por Jeanne Hersch,

não tinham caráter universal, alcançando apenas alguns homens ingleses livres. O alcance universal das proclamações inglesas se deu com o pensador inglês Locke, com sua fundamentação jusnaturalista, refletindo nas revoluções americana e francesa.

Os “direitos do homem e do cidadão”, proclamados nessa fase histórica, quer na América, quer na Europa, tinham um conteúdo bastante individualista, consagrando a chamada democracia burguesa. Apenas na segunda etapa da revolução francesa, sob a ação de Robespierre e a força do pensamento de Rousseau, proclamam-se direitos sociais do homem: direitos relativos ao trabalho e a meios de existência, direito de proteção contra a indigência, direito à instrução (Constituição de 1793). Entretanto, a realização desses direitos cabia à sociedade e não ao Estado, salvaguardada, assim, a idéia então vigente de absentismo do Estado diante de tais problemas.

A dimensão social do constitucionalismo, a afirmação da necessidade de satisfazer os direitos econômicos, ao lado dos direitos de liberdade, a outorga ao Estado da responsabilidade de prover essas aspirações – é fato histórico do século XX.

A Revolução Mexicana conduz à constituição de 1917, que proclama os direitos do trabalhador. A Revolução Russa leva à declaração dos direitos do povo, dos trabalhadores e dos explorados (1918). A Constituição alemã de Weimar (1919) tenta o acréscimo às franquias liberais do século anterior dos princípios da democracia social que então se impunham. Outrossim, os interesses econômicos das grandes potências aconselharam o encorajamento das reivindicações universais do trabalho, a fim de que países onde as forças sindicais eram débeis não pudessem fazer concorrência à indústria dos países onde essas forças eram mais ativas, com a vil remuneração da mão-de-obra operária.

---

p. 186 e seguintes.

Ultrapassados os ideais do liberalismo, que inspirou o Estado dos proprietários, a emergência do proletariado como força política marcou nova época na história dos “Direitos Humanos”. Já não bastava o Estado de Direito. Colimava-se o Estado Social de Direito.

Essas aspirações do pensamento político então dominante encontram expressão solene: na Proclamação das Quatro Liberdades, de Roosevelt – a de palavra e expressão, a de culto, a de não passar necessidade, a de não sentir medo (1941); na Declaração das Nações Unidas (Washington, 1942); na Conferência de Moscou (1943); na Conferência de Dumbarton Oaks (1944); na Conferência de São Francisco (1945) e, finalmente, no mais importante, conhecido e influente documento de “direitos humanos” da História: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

#### 4. Os direitos humanos no pensamento jurídico contemporâneo

A dimensão “social” da democracia que marcou o primeiro grande salto na conceituação dos “direitos sociais” derivou da constatação da fragilidade dos “direitos liberais” quando o homem, a favor do qual se proclamam liberdades, não satisfaz ainda necessidades primárias: alimentar-se, vestir-se, morar, ter condições de saúde, ter segurança diante da doença, da velhice, do desemprego e de outros percalços da vida.

Numa primeira fase, as reações contra os postulados da democracia liberal consistiu em afirmar os “direitos sociais” com menosprezo das liberdades clássicas. Pretendia-se libertar o homem da opressão econômica e tachava-se de engodo as garantias da democracia liberal, que importavam apenas às classes dominantes, em nada interessando às classes oprimidas. A declaração russa dos direitos do povo, dos trabalhadores e dos explorados, redigida por Lênin (HERS-

CH, 1972, p. 297), dá a medida da rebeldia às anteriores declarações de direitos.

Pouco a pouco, de parte a parte, houve uma absorção de valores: em democracias liberais, contemplaram-se os “direitos sociais”; em países socialistas, como fato dos nossos dias, assiste-se à revalorização das franquias liberais clássicas.

Parece que o porvir reserva ao mundo um encontro de vertentes, quando se puderem conciliar as aspirações de maior igualdade no plano econômico – de que as correntes socialistas foram e são portadoras – com as aspirações de liberdade, legado da democracia clássica, aspirações umas e outras que creio perfeitamente compatíveis, harmônicas e interdependentes.

Mas a visão dos Direitos Humanos, modernamente, não se enriqueceu apenas com a justaposição dos “direitos econômicos” aos “direitos de liberdade”. Ampliaram-se os horizontes.

Surgiram os chamados “direitos humanos da terceira geração”, os direitos da solidariedade: direito ao desenvolvimento, direito a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, direito à paz, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (VASAK, 1978).

Outrossim, assinala-se com veemência cada vez maior que a negação dos “direitos humanos”, no interior de cada país, não tem apenas causas internas mas, sobretudo, origem externa: a injustiça no campo das relações internacionais.

O “direito comum dos povos a seu desenvolvimento humano integral”, proclamado por Paulo VI perante a Organização Internacional do Trabalho<sup>2</sup>, supõe a interpenetração de todos os direitos humanos fundamentais, sobre os quais se baseiam as aspirações de indivíduos e de nações, como afirmou o Sínodo dos Bispos instalado em Roma, em 1971<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Cf. Justiça no mundo, textos da Comissão Pontifícia Justiça e Paz, p. 39.

<sup>3</sup> Idem.

O desenvolvimento exige a instauração, no mundo, de uma ordem social justa, eliminada a exploração sistemática do homem pelo homem, de nação por nação, bem como a opressão das massas pelos poucos que possuem riqueza e poder, segundo denunciou a Comissão Pontifícia Justiça e Paz<sup>4</sup>.

Assim, na atualidade, não há apenas direitos humanos reclamáveis ao Estado, mas também direitos humanos reclamáveis pela pessoa aos grupos sociais e às estruturas econômicas, bem como direitos reclamáveis por grupos humanos e nações, em nome da pessoa humana, dentro da comunidade universal. Só haverá o efetivo primado dos “direitos humanos” com a supremacia dos valores da justiça, no mundo. Justiça que será, por sua vez, a força geradora da Paz.

## 5. Os direitos humanos e a tradição constitucional brasileira

### 5.1. Direitos humanos e preceitos constitucionais historicamente solidificados

Nos países de constituição flexível (a Inglaterra é o exemplo mais expressivo), sabe-se que não existe, a rigor, a supremacia de uma lei sobre outra. Um ato do Parlamento ordinário revogaria na Inglaterra o *habeas corpus*, embora seja difícil conceber que a Inglaterra abrisse mão, por um ato legislativo, de oito séculos de cultura jurídica, oito séculos de civilização.

Nos países de Constituição rígida (o Brasil é, tradicionalmente, um desses), a Constituição é a lei maior, Carta Magna, superior às demais leis. Lei que contrarie a Constituição é inconstitucional, não é lei. A Constituição Imperial (1824), regulando o processo de emendas a seu texto, excluía das formalidades estabelecidas as emendas que não se referissem a matéria constitucional. E definia-se por constitucional “o que diz respeito aos limites e atribuições

<sup>4</sup> Ibidem, p. 36.

respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos” (art. 178).

A primeira constituição republicana (1891), ao tratar das reformas a ela própria, determinava que não podiam ser objeto de deliberação, no Congresso, projetos tendentes a abolir a forma republicano-federativa, ou a igualdade da representação dos Estados no Senado (art. 90, § 4º).

A Constituição de 1934 distinguiu emenda e revisão. Emenda era a alteração que não modificasse a estrutura política do Estado e a organização ou a competência dos poderes da soberania. Revisão era a alteração, nesses pontos (art. 178). Não seriam admitidos, como objeto de deliberação, projetos tendentes a abolir a forma republicana federativa (art. 178, § 5º). Na Constituição de 1946, novamente se estabeleceu que não seriam objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação ou a República. A Constituição de 1967 (art. 50, § 1º) repetiu a norma.

Dentro de um formalismo técnico, em países de Constituição rígida, constitucional é todo dispositivo constante da Constituição vigente. Não há que cuidar de Constituições antigas. Se se der, contudo, à tarefa hermenêutica uma maior abertura, se se adotar uma postura sociológica, passa a interessar o exame de textos constitucionais revogados.

Da mesma forma que a Constituição distingue preceitos constitucionais irreformáveis, penso que o cientista do Direito possa distinguir preceitos constitucionais históricos ou solidificados. Por preceitos constitucionais meramente formais, denomino aqueles que integram a Constituição vigente. Por preceitos constitucionais históricos ou solidificados, designo aqueles que integram a verdadeira “Constituição” do país, ou seja, preceitos que realmente orientaram e comandaram a estrutura política do Estado através do tempo.

Quando os preceitos constitucionais formais afrontam preceitos constitucionais

historicamente solidificados e vigoram por outorga, resulta dessa anomalia um divórcio entre o Estado (outorgante dos preceitos formais) e a Nação (detentora dos preceitos históricos solidificados). No Brasil, os preceitos constitucionais historicamente solidificados dão plena acolhida aos Direitos humanos. Em outras palavras: numa visão científica e sociológica do Direito Constitucional, os Direitos Humanos, no Brasil, são “constitucionais”. Isso porque a tradição constitucional brasileira é a de respeito aos Direitos Humanos. Não obstante a luta, na história das idéias políticas no país, entre o pensamento autoritário e o pensamento liberal, prevaleceu a orientação liberal nos grandes textos de afirmação do pensamento político e jurídico nacional.

#### 5.2. *Os direitos humanos e a Constituição Imperial*

Não obstante outorgada – após a dissolução da Constituinte, com desaponto para as correntes liberais do pensamento político brasileiro –, a Constituição imperial consagrou os principais Direitos Humanos, como então eram reconhecidos.

Instituiu a supremacia do homem-proprietário, *full-member* do corpo social. Mas nisso fez coro a Locke e à ideologia liberal que marcou sua profunda influência no processo da independência e formação política do Brasil (BARRETO, 1973, p. 22-23).

Na esteira da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, decretada pela Assembléia Nacional francesa em 1789, afirmou que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos tinha por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade (art. 179). Omitiu, contudo, o quarto direito natural e imprescritível, proclamado, ao lado desses três, pelo artigo 2º da Declaração francesa: o direito de resistência à opressão.

Estabelecendo uma religião de Estado, a Constituição imperial afastou-se da Carta de 1789. Também não deu guarida ao art. 15 da Declaração francesa, que estabelecia ter a sociedade o direito de exigir que todo

agente público prestasse conta de sua administração. Nenhuma determinação nesse sentido foi incluída na Constituição imperial. Apenas o art. 15, § 6º, mandava que, na morte do imperador, ou vacância do trono, procedesse a Assembléia Geral o exame da administração que acabou, para reformar os abusos nela introduzidos. A Constituição consagrava a irresponsabilidade do Imperador, mas poderia ter submetido os Ministros ao dever de prestar contas aos representantes do povo, já que eram responsáveis por qualquer dissipação dos bens públicos (art. 133, § 6º).

Desviando-se dos documentos norte-americanos (HERSCH, 1972, p. 189-190, 196-197), coerente com a opção pela forma monárquica de governo, a Constituição de 1824 evitou a menção da idéia de estrita vinculação de todo governo ao consentimento dos governados.

Do constitucionalismo inglês, herdou a vedação da destituição de magistrados pelo rei (*Act of Settlement*, 1701), o direito de petição, as imunidades parlamentares, a proibição de penas cruéis (*Bill of Rights*, 1689) e o direito do homem a julgamento legal (*Magna Carta*, 1215).

As principais franquias asseguradas pela Constituição de 1824 foram as seguintes:

- liberdade de expressão do pensamento, inclusive pela imprensa, independentemente de censura;
- liberdade de convicção religiosa e de culto privado, contanto que fosse respeitada a religião do Estado;
- inviolabilidade da casa;
- proibição de prisão sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei, exigindo-se contudo, nesta última hipótese, nota de culpa assinada pelo juiz;
- exigência de ordem escrita da autoridade legítima para a execução da prisão, exceto flagrante delito;
- punição da autoridade que ordenasse prisão arbitrária, bem como de quem a tivesse requerido;

- exigência de lei anterior e autoridade competente, para sentenciar alguém;
- independência do poder judicial;
- igualdade de todos perante a lei;
- acesso de todos os cidadãos aos cargos públicos;
- proibição de foro privilegiado;
- abolição dos açoites, tortura, marca de ferro quente e todas as penas mais cruéis;
- proibição de passar a pena da pessoa do delinqüente e, em conseqüência, proibição da confiscação de bens e da transmissão da infâmia a parentes;
- garantia de cadeias limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes;
- direito de propriedade;
- liberdade de trabalho;
- inviolabilidade do segredo das cartas;
- direito de petição e de queixa, inclusive o de promover a responsabilidade dos infratores da Constituição;
- instrução primária gratuita.

A Constituição de 25 de março de 1824 vigorou até 15 de novembro de 1889, ou seja, durante mais de 65 anos.

### 5.3. A primeira Constituição Republicana e os direitos humanos

Com a República, foi instituído o sufrágio direto para a eleição dos deputados, senadores, presidente e vice-presidente da República, estendendo-se, implicitamente, o preceito aos cargos eletivos estaduais, por força da disposição que mandava respeitarem os Estados os princípios constitucionais da União (NEQUETE, 1973, p. 17-28). Seriam eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistassem na forma da lei. A Constituição excluía do alistamento os mendigos, os analfabetos, as praças de pré e os religiosos sujeitos a voto de obediência. Foi abolida a exigência de renda, proveniente de bens de raiz, comércio, indústria ou artes, como critério de exercício dos direitos políticos. Contudo, continuando nas mãos dos fazendeiros, como no Império, o

primado da força econômica e estabelecido o voto a descoberto, o sufrágio direto não mudou as regras de distribuição do poder. Os coronéis continuaram detendo a política local. Por meio desta influíram, decisivamente, na representação parlamentar e na escolha dos titulares das mais altas funções públicas. O poderio econômico do campo mantinha a dependência do comércio, das profissões liberais e da máquina administrativa aos interesses rurais, fazendo dessas forças aliados do fazendeiro, nas questões mais decisivas.

Não obstante essa realidade, que restringia o poder a camadas privilegiadas, a primeira Constituição republicana ampliou os Direitos Humanos, além de manter as franquias já conhecidas do Império:

- extinguiram-se os títulos nobiliárquicos;
- separou-se a Igreja do Estado e estabeleceu-se a plena liberdade religiosa;
- consagrou-se a liberdade de associação e de reunião sem armas;
- assegurou-se aos acusados a mais ampla defesa;
- aboliram-se as penas de galés, banimento judicial e morte;
- criou-se o *habeas corpus* com a amplitude de remediar qualquer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder;
- instituíram-se as garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimento) mas, expressamente, só em favor dos juízes federais.

A reforma constitucional de 1926 restringiu o *habeas corpus* aos casos de prisão ou constrangimento ilegal na liberdade de locomoção<sup>5</sup>. Mas, por outro lado, estendeu, expressamente, à Justiça dos Estados as garantias asseguradas à magistratura federal.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, com as emendas de 1926, vigorou

<sup>5</sup> Nisso representou “um retrocesso na curva ascendente da proteção dos direitos subjetivos sob a República”, como notou Fagundes, M. Seabra, *In: A evolução do sistema de proteção jurisdicional dos direitos no Brasil republicano*.

até 24 de outubro de 1930, ou seja, durante quase 40 anos.

#### 5.4. Os direitos humanos e a primeira fase da Revolução de 30

Com a revolução de 30 e o advento do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, adveio o discricionarismo; dissolveram-se o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas e as Câmaras Municipais; a magistratura perdeu suas garantias; foram suspensas as franquias constitucionais; o *habeas corpus* foi amesquinhado, uma vez que mantido apenas em favor de réus ou acusados em processos de crimes comuns, excluída a proteção multissecular nos casos de crimes funcionais e os da competência de tribunais especiais; obscureceram-se os Direitos Humanos. Essa situação permaneceu até o advento da Constituição de 16 de julho de 1934, ou seja, durante mais de três anos.

#### 5.5. A Constituição de 34 e os direitos humanos

A Constituição de 1934 restabeleceu as franquias liberais e ampliou-as:

- determinou que a lei não prejudicaria o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;
- explicitou o princípio da igualdade perante a lei, estatuinto que não haveria privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissão própria ou dos pais, riqueza, classe social, crença religiosa ou idéias políticas;
- permitiu a aquisição de personalidade jurídica, pelas associações religiosas, e introduziu a assistência religiosa facultativa nos estabelecimentos oficiais;
- instituiu a obrigatoriedade de comunicação imediata de qualquer prisão ou detenção ao juiz competente para que a relaxasse, se ilegal, promovendo a responsabilidade da autoridade coatora;
- manteve o *habeas corpus*, para proteção da liberdade pessoal, e instituiu o mandado

de segurança, para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade;

- vedou a pena de caráter perpétuo;
- proibiu a prisão por dívidas, multas ou custas;

- impediu a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, em qualquer caso, a de brasileiro;

- criou a assistência judiciária para os necessitados;

- determinou às autoridades a expedição de certidões requeridas, para defesa de direitos individuais ou para esclarecimento dos cidadãos a respeito dos negócios públicos;

- isentou de imposto o escritor, o jornalista e o professor;

- atribuiu a todo cidadão legitimidade para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos municípios.

A par das garantias individuais, a Constituição de 1934, inovando no Direito brasileiro, estatuiu normas de proteção social do trabalhador:

- proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho. Por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil;

- salário mínimo capaz de satisfazer às necessidades normais do trabalhador;

- limitação do trabalho a oito horas diárias, só prorrogáveis nos casos previstos em lei;

- proibição de trabalho a menores de 14 anos, de trabalho noturno a menores de 16 e em indústrias insalubres a menores de 18 anos e a mulheres;

- repouso semanal, de preferência aos domingos;

- férias anuais remuneradas;

- indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa;

- assistência médica sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurada a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego;

- instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

- regulamentação do exercício de todas as profissões;

- reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;

- obrigatoriedade de ministrarem as empresas, localizadas fora dos centros escolares, ensino primário gratuito, desde que nelas trabalhem mais de 50 pessoas, havendo, pelo menos, analfabetos;

- criação da Justiça do Trabalho, vinculada ao poder Executivo.

Também cuidou a Constituição de 34 dos direitos culturais, sufragando os seguintes princípios, entre outros:

- direito de todos à educação, com a determinação de que esta desenvolvesse, num espírito brasileiro, a consciência da solidariedade humana;

- obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, inclusive para os adultos, e tendência à gratuidade do ensino ulterior ao primário;

- ensino religioso facultativo, respeitada a confissão do aluno;

- liberdade de ensino e garantia da cátedra.

Instituindo a Justiça Eleitoral (art. 82 e seguintes) e o voto secreto (art. 52, § 1º), abrindo os horizontes do constitucionalismo brasileiro para os direitos econômicos, sociais e culturais (art. 115 e segs., art. 148 e segs.), a Constituição de 34 representaria a abertura de nova fase da vida do país, não fosse a sua breve vida e a sua substituição pela Carta reacionária de 37.

A Constituição de 34 – que respeitou os Direitos Humanos – vigorou até a introdução do Estado Novo, a 10 de novembro de 1937, ou seja, durante mais de três anos.

### 5.6. Os direitos humanos no Estado Novo

O Estado Novo institucionalizou o autoritarismo. O Parlamento e as Assembléias



foram fechados. A Carta de 37 previu a existência de um Poder Legislativo, mas as eleições para a escolha de seus membros não foram convocadas. Deteve o Presidente da República, até a queda do Estado Novo, o poder de expedir decretos-leis, previsto no art. 180 da Carta. A magistratura perdeu suas garantias (art. 177). Um tribunal de exceção – o Tribunal de Segurança Nacional – passou a ter competência para julgar os crimes contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições (art. 172). Leis eventualmente declaradas contrárias à própria Constituição autoritária, por juízes sem garantias, ainda assim podiam ser validadas pelo presidente (art. 96, § único, combinado com o art. 180). A Constituição declarou o país em estado de emergência (art. 186), com suspensão da liberdade de ir e vir, censura da correspondência e de todas as comunicações orais e escritas, suspensão da liberdade de reunião, permissão de busca e apreensão em domicílio (art. 168, letras *a, b, c e d*).

Em tal ambiente jurídico e político, mesmo as garantias individuais mantidas, como exceção das que não representavam qualquer risco para o regime autoritário vigente, perderam sua efetividade. Não estiveram de pé os Direitos Humanos. O Estado Novo durou quase oito anos.

#### *5.7. 1946 e a volta do estado de direito*

Em 1946, o país foi redemocratizado. A Constituição de 18 de setembro restaurou os direitos e garantias individuais, que foram, mais uma vez, ampliados em comparação com o texto constitucional de 34. Criou-se, com o art. 141, § 4º, o princípio da ubiqüidade da Justiça, nestes termos: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”. Segundo Pontes de Miranda (1960, p. 412), foi a mais prestante criação do constituinte de 46. Foi estabelecida a soberania dos vereditos do júri e a individualização da pena. No que se refere aos direitos sociais, também foram ampliados com a introdução dos seguintes preceitos:

- salário mínimo capaz de atender às necessidades do trabalhador e de sua família;
- participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa;
- proibição de trabalho noturno a menores de 18 anos;
- fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria;
- estabilidade do trabalhador, na empresa;
- higiene e segurança do trabalho;
- assistência aos desempregados;
- obrigatoriedade da instituição, pelo empregador, do seguro contra os acidentes do trabalho;
- direito de greve;
- liberdade de associação profissional ou sindical;
- criação da Justiça do Trabalho como ramo do Poder Judiciário.

Foram mantidos os direitos de salário do trabalho noturno superior ao do diurno e de repouso nos feriados civis e religiosos, inovações da Carta de 37.

No que tange aos direitos culturais, ampliaram-se os de 34, com o acréscimo das seguintes estipulações:

- gratuidade do ensino oficial ulterior ao primário para os que provassem falta ou insuficiência de recursos;
- obrigatoriedade de manterem as empresas, em que trabalhassem mais de 100 pessoas, ensino primário para os servidores e respectivos filhos;
- obrigatoriedade de ministrarem as empresas, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores;
- instituição de assistência educacional, em favor dos alunos necessitados, para lhes assegurar condições de eficiência escolar.

A Constituição de 1946 vigorou, formalmente, até que sobreviesse a Constituição de 1967. Contudo, a partir da Revolução de 31 de março de 1964, sofreu múltiplas

emendas e suspensão da vigência de muitos de seus artigos por força dos Atos Institucionais de 9 de abril de 1964 (posteriormente considerado como o de nº 1) e 27 de outubro de 1965 (AI-2).

A rigor, o ciclo constitucional começado em 18 de setembro de 1946 encerrou-se a 1º de abril de 1964, com quase 18 anos de duração.

Sob o império da Constituição de 1946, estiveram garantidos os Direitos Humanos.

### *5.8. Os direitos humanos na primeira fase da ditadura*

O Ato Institucional da Revolução de 31 de março deu ao Presidente da República poderes para decretar o estado de sítio sem ouvir o Congresso Nacional (art. 6º), suspendeu as garantias constitucionais e legais da vitaliciedade e estabilidade e, por conseguinte, também as garantias da magistratura, pelo prazo de 6 meses (art. § 7º) e deu aos editores do Ato, bem como ao presidente da República que seria escolhido, poderes para, até 60 dias depois da posse, cassar mandatos eletivos populares e suspender direitos políticos. Tais atos foram colocados a descoberto de proteção judiciária (art. 7º, § 4º).

O Ato Institucional teria vigência até 31 de janeiro de 1966, mas antes de seu termo, em 27 de outubro de 1965, o presidente da República assinou o Ato Institucional que então foi denominado de nº 2, referendado pelos seus ministros, no qual se declarava que a Constituição de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas emendas eram mantidas com as modificações constantes do Ato.

Todos os poderes excepcionais do primeiro Ato Institucional foram revividos: o de decretar o presidente o estado de sítio (art. 13); o de demitir, remover, dispensar, pôr em disponibilidade, aposentar, transferir para a reserva e reformar os titulares das garantias constitucionais e legais de vitaliciedade, inamovibilidade, estabilida-

de e exercício em função por tempo certo (art. 14); o de cassar mandatos populares e suspender direitos políticos (art. 15).

Além dessas faculdades, conferiu ainda o AI-2 ao presidente as seguintes: colocar em recesso o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas e as Câmaras de Vereadores (art. 31); decretar a intervenção federal nos Estados (art. 17). Todos os atos praticados estariam ao desabrigo do amparo judicial (art. 19).

Foi também estendido aos civis o foro militar, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares (art. 8º). Os poderes dos Atos foram amplamente utilizados, inclusive com a decretação do recesso do Congresso Nacional, em 20 de outubro de 1966, por força do Ato Complementar nº 23. O Ato Institucional nº 2 vigorou até 15 de março de 1967, quando entrou em vigor a Constituição decretada e promulgada em 24 de janeiro de 1967.

O regime instituído pelos Atos Institucionais de nºs 1 e 2 não se compatibiliza com as franquias presentes na Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelos seguintes fundamentos:

a) os punidos, a muitos dos quais se imputaram atos delituosos, não tiveram o direito de defesa previsto no art. 11 da Declaração;

b) o direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos eventualmente violadores dos direitos reconhecidos pela Constituição e pela lei – previsto no art. 8º da Declaração – também foi desrespeitado pelo artigo dos Atos Institucionais que revogou o princípio da ubiquidade da Justiça e excluiu da apreciação judiciária as punições da Revolução;

c) o tribunal independente e imparcial a que todo homem tem direito não o é aquele em que o próprio juiz está sujeito a punições discricionárias. Assim, a total supressão das garantias da magistratura viola o art. 10;

d) a exclusão discricionária do grêmio político (suspensão de direitos de cidadão) contraria o art. 21 que confere a todo

homem o direito de participar do governo de seu país.

#### 5.9. *Os direitos humanos e a Constituição de 1967*

A Constituição de 1967 manteve, em linhas gerais, com algumas modificações restritivas, os direitos e garantias individuais previstos na Constituição de 1946. Continuou-se afirmando que a publicação de livros e periódicos independe de licença do poder público. Contudo, enquanto a Constituição de 1946 estabelecera que não seria tolerada a propaganda de processos violentos para subverter a ordem política e social (art. 14, § 5º), a Constituição de 1967 passou a proibir a propaganda de subversão da ordem, sem exigir a qualificação de “processos violentos” para a incidência da proibição (art. 150, § 8º).

Relativamente ao direito de reunião, a Constituição de 1946, ao determinar que a polícia poderia designar o local para sua realização, ressaltava que, assim procedendo, não a poderia frustrar ou impossibilitar. A Constituição de 1967 não reproduziu a ressalva.

Criou a Constituição de 1967 a pena de suspensão dos direitos políticos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, para aquele que abusasse dos direitos políticos ou dos direitos de manifestação do pensamento, exercício de trabalho ou profissão, reunião e associação, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção (art. 151). Essa competência punitiva do Supremo era desconhecida pelo Direito Constitucional brasileiro.

O foro militar, na mesma linha da emenda constitucional ditada pelo Ato Institucional nº 2, estendeu-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares (art. 122, § 1º). Pela Constituição de 46, o civil só estaria sujeito à jurisdição militar no caso de crimes contra a segurança externa do país ou as instituições militares (art. 108, § 1º).

Finalmente a Constituição de 67 determinou que se impunha a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, preceito que não existia, explicitamente, nas Constituições anteriores.

No que diz respeito aos direitos sociais, a Constituição de 67 inovou no seguinte: inclusão do salário-família aos dependentes do trabalhador, como garantia constitucional, proibição de diferença de salários também por motivo de cor, circunstância a que não se referia a Constituição de 46, e supressão da proibição de diferença por motivo de idade e nacionalidade, a que se referia a Constituição anterior; participação do trabalhador, eventualmente na gestão da empresa, redução para 12 anos da idade mínima de permissão do trabalho, supressão da estabilidade, como garantia constitucional, e estabelecimento do regime de fundo de garantia como alternativa; aposentadoria da mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral; proibição de greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.

Também a Constituição de 1967, formalmente, teve vigência até sua substituição pela Carta de 17 de outubro de 1969. Contudo, a rigor, vigorou apenas até 13 de dezembro de 1968, quando foi baixado o Ato Institucional nº 5.

Não obstante a Constituição de 67 – contra a tradição constitucional do país – tenha restringido a liberdade de opinião e de expressão, deixado o direito de reunião a descoberto de garantias plenas e estendido o foro militar aos civis nas hipóteses de crimes contra a segurança interna, além de alguns recuos no campo dos direitos sociais, não se pode ver, nos seus dispositivos, afronta à Declaração Universal dos Direitos do Homem. Sobretudo porque manteve as garantias da magistratura; e o Poder Judiciário, independente – se a Constituição tivesse tido vida mais longa –, poderia harmonizar os preceitos de redação restritiva com o catálogo de Direitos Humanos.

#### 5.10. Os direitos humanos sob o Ato Institucional nº 5

O Ato Institucional nº 5 repetiu todos os poderes discricionários conferidos ao presidente pelo AI-2 e ainda ampliou a margem de arbítrio: deu ao governo a prerrogativa de confiscar bens e suspendeu a garantia do *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Como nos Atos anteriores, excluiu-se a possibilidade de exame judiciário das medidas aplicadas.

O regime do AI-5 não se coadunava com a vigência dos Direitos Humanos: como os Atos 1 e 2, desprezou os artigos 8º, 10, 11 e 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, já examinados. Afrontou, além desses artigos, também o de nº 18 – “ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade” – pois a investigação prevista no art. 8º do AI-5, para os casos de confisco de bens, sem dar garantias de defesa ao prejudicado, não exclui o caráter discricionário da medida. E o próprio AI-5 o reconheceu quando dispõe no parágrafo único do art. 8º que, provada a legitimidade dos bens, far-se-á a restituição. Apenas é de se observar que a simples restituição, numa tal hipótese, não satisfazia o Direito e a Justiça.

Entretanto, a mais grave incompatibilidade entre o AI-5 e os Direitos Humanos está na supressão do *habeas corpus* para crimes políticos e outros. Proibindo a apreciação judicial da prisão, o AI-5 negava remédio contra a prisão arbitrária, tornando letra morta o art. 9º da Declaração, redigido nestes termos: “ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”.

Em 17 de outubro de 1969, foi outorgada nova Carta ao país, embora formalmente com a designação de Emenda à Constituição de 1967. Na verdade, a Carta de 1969 não pode, cientificamente, ser considerada uma emenda constitucional pois sua origem (Carta outorgada) foi diversa da Constituição originária (Constituição

votada). Tendo a Carta de 1969 mantido a vigência do Ato Institucional nº 5 (art. 182), continuou inalterável o quadro dos Direitos Humanos, decorrente da edição do referido Ato.

#### 6. A vinculação histórica dos direitos humanos com o Poder Judiciário

Para uma visão histórica dos Direitos Humanos no curso da evolução constitucional do país, será conveniente elegermos um indicador. Esse procedimento conduz à exatidão da análise e facilita um exame global e sintético da matéria. Acredito seja indicador expressivo o exame das garantias do Poder Judiciário. Na verdade, sendo o Judiciário o principal tutor das liberdades civis, a sorte dessas liberdades está diretamente ligada à posição do Judiciário dentro da estrutura constitucional. Por outro lado, a supressão das garantias da magistratura (1930, 1937, 1964, 1965 e 1968) sempre acompanhou, como acabamos de ver, a supressão de outras liberdades públicas.

No Império, os juízes eram perpétuos (art. 153 da Constituição de 1824). Só por sentença perdiam o lugar (art. 155). Mas não eram inamovíveis (art. 153). O Imperador podia suspendê-los por queixas contra eles feitas, procedendo audiência dos mesmos juízes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado (art. 154).

A Constituição de 1891 instituiu expressamente as garantias da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos) apenas em favor dos juízes federais. A vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos foram assegurados pelo art. 57 e § 1º. A inamovibilidade, que havia sido tratada no art. 2º do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, foi garantida, em preceito genérico, pelo art. 74 da Constituição.

Quanto a garantias da magistratura estadual, a Constituição silenciou, pois, a organização das justiças estaduais ficou delegada às próprias unidades da Federação;

e nem todas perfilharam por uma linha de segurança às magistraturas locais.

O Supremo, em 25 de maio de 1918, afirmou que, na Federação Brasileira, todos os juízes eram vitalícios. Argumentava-se que as garantias estavam implícitas em razão do art. 63 que determinava fossem os Estados regidos pela Constituição e leis que adotassem, respeitados os princípios constitucionais da União.

No Estado de Minas Gerais, a Lei Constitucional nº 5, de 13 de agosto de 1903, criou um Tribunal de Remoções constituído pelos presidentes do Senado e da Câmara e pelo procurador-geral do Estado, para decidir sobre a remoção compulsória dos juízes. O Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 19 de dezembro de 1923, julgou não ser manifestamente inconstitucional esse órgão, vez que a Constituição só garantia aos juízes a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos, não a inamovibilidade. Só em 3 de agosto de 1925, o Supremo veio a fulminar, como inconstitucional, aquele Tribunal (NEQUETE, 1973, p. 17-28).

A reforma constitucional de 1926 estendeu, expressamente, à Justiça dos Estados as garantias asseguradas à magistratura federal (art. 6º, inc. II, letra i). Com o advento da Revolução de 30, o art. 3º do Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que instituiu o Governo Provisório, estabeleceu: “O Poder Judiciário Federal, dos Estados, do Território do Acre e do Distrito Federal, continuará a ser exercido na conformidade das leis em vigor, com as modificações que vierem a ser adotadas de acordo com a presente lei e as restrições que desta lei decorrerem desde já”.

Com o Decreto nº 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, reorganizado provisoriamente, o Supremo Tribunal Federal, reduziu para 11 o número de seus ministros. O Decreto nº 19.711, de 18 do mesmo mês e ano, declarou aposentados seis ministros, alegando imperiosas razões de ordem pública.

A Constituição de 34 acolheu, amplamente, as garantias da magistratura, quer

federal, quer local (art. 7º, I, e, e art. 64). Com o Estado Novo, a Constituição de 10 de novembro estatuiu no art. 177: “Dentro do prazo de sessenta dias a contar da data desta Constituição, poderão ser aposentados ou reformados de acordo com a legislação em vigor os funcionários civis e militares cujo afastamento se impuser, a juízo exclusivo do Governo, no interesse do serviço público ou por conveniência do regime”. A faculdade consubstanciada nesse artigo foi restabelecida, por tempo indeterminado, pela Lei Constitucional nº 2, de 16 de maio de 1938.

A Constituição de 46 restabeleceu as garantias do Poder Judiciário (art. 95). O Ato Institucional de 9 de abril de 1964 (AI-1) cassou as garantias pelo prazo de seis meses (art. 7º). O AI-2 renovou a medida, por prazo indeterminado (art. 14). A Constituição de 67 restaurou a inviolabilidade do Judiciário (art. 108). O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, no seu art. 6º, novamente colocou os magistrados a descoberto de punições discricionárias.

Em resumo, os juízes, durante todo o Império, gozaram da vitaliciedade. Proclamada a República, foram expressamente deferidas aos magistrados federais as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Quanto à Justiça Estadual, nem todas as unidades federativas asseguraram inamovibilidade aos juízes. Só em 1925 o Supremo proclamou que a tríplice garantia beneficiava também os magistrados estaduais. A mesma linha foi seguida pelas Constituições de 1934, 1946 e 1967. Em 1930, 1937, 1964, 1965 e 1968, quando da edição de atos autoritários, houve suspensão de garantias da magistratura.

No curso de toda a História do Brasil, a contar da constitucionalização do país, após a Independência, os juízes gozaram de vitaliciedade, ou das três garantias, durante 132 anos (arredondando). Durante 22 anos (em números redondos), os juízes foram privados de todas as suas garantias. Durante 66 anos (com desprezo de meses e dias),

além de gozar da vitaliciedade, gozaram também das duas outras garantias (com reservas, no período em que em alguns Estados houve dúvidas sobre as franquias dos juízes estaduais em períodos curtos dentro de fases discricionárias).

A revisão histórica a que acabamos de proceder permite-nos concluir, à vista de nossa evolução constitucional, que a opção do Brasil, desde o Império, foi pelo Estado de Direito. E a partir de 1934, pelo Estado Social de Direito. Estivemos por muito mais tempo sob a égide do Estado Constitucional de Direito do que sob governos discricionários.

A simples subsistência das franquias individuais não preenche os anseios e necessidades do povo. As franquias, por si só, conduzem a uma democracia relativa, elitista, permitindo a permanência da marginalização econômica, social e cultural, enquanto a integração jurídica e política é caminho para a integração total.

A vigência dos Direitos Humanos no país, realizando um ideal supranacional de ética humanitária, realiza também a vocação nacional do Brasil. Nação supõe individualidades respeitadas, valorização da pessoa, comunhão livre de vontades em torno de objetivos permanentes. Nação só é possível dentro da liberdade, no Estado de Direito.

### *7. Dos meios de proteção aos direitos*

Alguns direitos, dada a sua fundamentalidade, merecem maior atenção do Estado. A fundamentalidade pode ser observada sob dois ângulos: no sentido formal e no sentido material. O primeiro vincula-se ao sistema constitucional positivo. O segundo sentido relaciona-se com a repercussão dos direitos fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade.

A proteção especial e a dignidade dos direitos fundamentais são conferidas pelo Estado, por meio da Constituição, tanto quando dá aplicação imediata às normas a eles relativas, quanto quando os protege

contra o legislador ordinário e contra o poder constituinte reformador, inserindo-os entre as cláusulas pétreas.

A Constituição traz o catálogo de direitos fundamentais cuja satisfação é dada preponderantemente pelo legislador e pelo juiz. Muitos dos direitos fundamentais constantes do catálogo, bem como os inseridos fora dele, foram de alguma maneira implementados ou satisfeitos; outros, ainda não.

Os Direitos Humanos ou Fundamentais ganharam relevo entre nós com a Constituição de 1988, a começar pela topologia. O rol foi inserido no início, no artigo 5º, com a elevação da dignidade humana a fundamento do Estado Democrático de Direito no artigo 1º.

Os diversos ramos do Direito – civil, penal, administrativo, constitucional, processual etc. – encontram-se entrelaçados por um vínculo de coerência entre eles. Destacam-se o constitucional e o processual; o primeiro, por ser a principal fonte do Direito, tanto formal – norteando a criação das leis – quanto material, positivando direitos; o segundo porque é pelo processo que se aplica e realiza o direito material, sendo aquele instrumento deste.

Nota-se que a vinculação do direito processual com o constitucional tem dupla importância, a da Constituição como principal fonte do Direito, inclusive o processual; e a da necessidade do processo para aplicação e realização dos direitos e garantias assegurados diretamente na Constituição.

Fala-se em direito processual constitucional (MITIDIERO; ZANETI, 2004, p. 31) para designar o conjunto de regras constitucionais que dispõem sobre processo. É sob a luz dessas normas que se deve enxergar o processo, a fim de que a vontade da Constituição seja concretizada, com os Direitos Humanos respeitados e as garantias constitucionais observadas.

Mitidiero e Zaneti (2004, p. 33) classificam as normas constitucionais relativas a processo em três grupos: a) princípios e garantias constitucionais do processo; b)

jurisdição constitucional das liberdades; c) organização judiciária. No primeiro estão compreendidos: o acesso à justiça (5º, XXXV, LXXIV); o devido processo legal (5º, LIV); o contraditório e ampla defesa (5º, LV); o juiz natural (5º, XXXVII e LIII); e motivação das decisões judiciais (93, IX). No segundo grupo, alinham-se as ações constitucionais – *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, *Habeas data*, Mandado de Injunção, Ação Popular e Ação Civil Pública; e o controle judicial dos atos normativos – difuso e concentrado – Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Constitucionalidade e Ação por Descumprimento Preceito Fundamental. No terceiro grupo, estão as normas relativas à organização judiciária.

A norma, em existindo, deverá ser válida e eficaz. Sendo válida e eficaz, deve ter efetividade, para não ser inócua. Os direitos fundamentais são protegidos por garantias legislativas, não judiciais e judiciais. Entre as garantias judiciais, o constituinte inseriu os chamados remédios constitucionais. Procuraremos, doravante, discorrer sobre a satisfação, efetividade e remédios protetores dos direitos fundamentais.

Não basta o constituinte reconhecer determinado direito fundamental, inserindo-o no texto constitucional; é preciso que o legislador ordinário o implemente criando a lei, quando necessário. De igual modo, o Estado-Administração deve estar preparado para garantir o exercício do direito pelo titular do mesmo. Por fim, o Estado-juiz há de realizar o direito para o jurisdicionado, quando requerido em face de ameaça ou violação.

Quando o legislador cria a lei, removendo eventual obstáculo ao exercício do direito, e o Estado-Administração oferta os meios idôneos para tanto, pode-se dizer que o direito encontra-se satisfeito, ou que há satisfação do direito.

A vigente Constituição da República assegura que “o Estado promoverá, na for-

ma da lei, a defesa do consumidor” (CR, 5º, XXXII). O próprio texto – “na forma da lei” – indica a necessidade de lei para efetividade e satisfação do direito. Podemos considerar como satisfeito esse direito com a vigência das Leis 8.078/90 (CDC); 8.884/94 e 8.979/95 (infrações relacionadas à ordem econômica); e Decreto 2.181/97 (Sistema Nacional de Defesa do Consumidor). Isso não significa que nada mais haja a ser feito; os meios de proteção precisam ser aperfeiçoados e ampliados cada vez mais.

O mesmo não se pode afirmar com relação à norma que se extrai do texto inserto no artigo 5º, XXIII, da mesma Constituição – “a propriedade atenderá a sua função social”. Nem mesmo o alcance da expressão função social encontra-se definido. Doutrina e jurisprudência enfrentam dificuldades para fazê-lo. Muitas são as indústrias que poluem o ambiente; pode-se dizer que elas cumprem sua função social porque geram empregos? Igual pergunta cabe para as propriedades rurais que não conservam adequadamente o solo, poluem e degradam as nascentes e cursos d’água.

Entre os direitos fundamentais satisfeitos e os não-satisfeitos, encontram-se os que estão parcialmente satisfeitos. São aqueles que estão parcialmente regulamentados, havendo omissão do legislador. Podemos citar, entre os direitos que se encontram nessa situação, o de acesso à justiça.

A expressão “acesso à justiça” abrange muito mais do que o mero acesso ao Poder Judiciário, do que a possibilidade de ser admitido a um processo. Essa acepção restrita do princípio da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário (CR, 5º, XXXV) deve ser afastada, para dar-lhe uma interpretação ampla.

O Estado, ao chamar para si a responsabilidade de distribuir justiça, com exclusividade, assumiu a obrigação não só de declarar o direito e aplicar a lei objetiva, mas também de prover a Justiça, viabilizando o acesso à ordem jurídica justa, entendida esta como uma Justiça

igual, dialética, cooperativa e realizada em contraditório, permitindo às partes usarem todos os meios e instrumentos necessários para sustentarem suas razões e produzirem suas provas, influenciando sobre a formação do convencimento do juiz.

Nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *in Acesso à Justiça*, (tradução de Ellen Gracie Northfleet, editora Sergio Antonio Fabris), a efetividade perfeita no contexto de um dado direito substantivo poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagonicas, sem relação com diferenças estranhas ao direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.

O acesso à justiça no Brasil foi bastante facilitado com a instituição dos juizados especiais, gratuitos e céleres, atendendo às necessidades dos pobres; com a instituição das Defensorias Públicas; e com a gratuidade da justiça sempre que necessário. Porém, o legislador ainda não encontrou um mecanismo idôneo para fazer com que a jurisdição seja prestada em tempo razoável em qualquer processo. Outrossim, não garante ainda o acesso integral, uma vez que não há gratuidade para todas as despesas, como as realizadas com perícia.

Como nota Heleno Cláudio Fragoso (1977, p. 123), acha-se definitivamente ultrapassada a fase das declarações de direitos e liberdades fundamentais. O que constitui hoje preocupação universal é a criação de um sistema jurídico que assegure, efetivamente, a observância dos direitos e liberdades proclamados.

Refere-se o autor, nessa passagem, forçosamente, a um certo grupo de direitos humanos, pois que há aqueles outros direitos que o sistema jurídico por si só não está habilitado para prover. Karel Vasak (1978), na mesma linha de pensamento, pondera que parece estar completo o trabalho legislativo internacional em matéria de direitos humanos, pois de nada adianta multiplicar

textos que encerrem promessas mais ou menos vagas, cuja aplicação no âmbito jurídico interno deixa às vezes muito a desejar.

A proclamação de direitos, por si mesma, tem um valor pedagógico. Um documento solene, assinado pela quase totalidade dos Estados, na época de sua elaboração, e subscrito, implicitamente, por todos que participam da ONU – como é o caso da Declaração Universal dos Direitos do Homem –, carrega uma presunção de verdade, pelo amplo consenso a respeito de seus termos. Exerce, assim, a Declaração influência efetiva na opinião pública de todos os países.

Contudo, a Declaração sofre o perigo de um desgaste contínuo quando se percebe o abismo existente entre os seus postulados e a realidade do mundo. O contínuo desrespeito aos Direitos Humanos, praticado sem remédio por governos, gera a descrença na efetividade desses Direitos. Reclama-se, assim, como reivindicação incontornável da consciência jurídica internacional, a efetivação dos Direitos Humanos, a criação de mecanismos que os promovam e os salvaguardem, o império desses Direitos na civilização atual.

A eficácia dos direitos fundamentais perante o Estado chama-se eficácia vertical, enquanto a eficácia dos mesmos direitos sobre os particulares denomina-se eficácia horizontal. Os direitos fundamentais se dirigem preponderantemente contra o Estado, especialmente contra o legislador e o juiz. Não se pode negar que a decisão do juiz incide sobre a esfera jurídica do particular. Assim, este pode controlar tanto a lei quanto a decisão do juiz com base nos direitos fundamentais. Sendo assim, deve o juiz, ao proferir uma decisão, levar em consideração a incidência dos direitos fundamentais sobre o particular, o que leva a concluir que os direitos fundamentais têm valor perante os sujeitos privados independentemente de lei.

Os direitos fundamentais também atuam como mandamento de tutela, obri-



gando o legislador a proteger um cidadão do outro. Inexistindo ou sendo insuficiente essa tutela, o juiz deve aplicar o direito fundamental sobre as relações jurídicas entre particulares.

No direito brasileiro, além dessa eficácia mediata dos direitos fundamentais sobre as relações jurídicas, há também a eficácia imediata e direta, como na incidência dos direitos fundamentais na regulação das relações entre empregador e empregado. Ou seja, os direitos fundamentais incidem diretamente sobre os particulares, mas também incidem indiretamente, por uma decisão judicial, caso em que a eficácia é mediata. Essa eficácia mediata entre as partes não é lateral. Há, na hipótese, eficácia horizontal – sobre os particulares – e mediata ou indireta porque mediada pelo juiz, ou seja, eficácia vertical em relação ao juiz e eficácia horizontal mediata diante dos particulares.

De modo diverso, quando o direito fundamental incide sobre os órgãos estatais, vinculando-os no seu modo de proceder e atuar, ainda que perante o particular, mas sem se projetar sobre relações entre sujeitos privados, a eficácia é apenas em face do órgão estatal. É o que ocorre com o juiz em relação ao direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional.

A decisão, que tem por objeto um direito fundamental de um particular, faz essa decisão incidir sobre o particular. Essa é a eficácia horizontal mediata. No entanto, no mesmo processo, há o direito à efetiva tutela jurisdicional, independente do objeto da demanda; essa eficácia diz-se que é vertical com repercussão lateral.

Resta demonstrado, então, que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é dirigido contra o Estado e tem repercussão sobre a esfera jurídica das partes. Consiste tão-somente em o juiz observar o direito fundamental na sua atividade de prestar a tutela jurisdicional, fazendo-o adequadamente. O mesmo não ocorre quando o juiz tem de escolher entre duas alternativas para a prestação da tutela jurisdicional, como,

por exemplo, uma entre duas formas de execução. Nessa hipótese, diante do caso concreto, o juiz deve escolher a melhor, que é a única correta.

A efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental relaciona o particular com o Estado – eficácia vertical – sendo que a eficácia que diz respeito aos particulares é lateral e não horizontal.

Sendo a efetividade da tutela jurisdicional um direito fundamental em face do Estado, ainda que com repercussão sobre os particulares, o juiz, ao prestá-lo escolhendo uma alternativa ou suprimindo uma omissão do legislador, deve aplicar as sub-regras da adequação e da necessidade, em respeito a eventual direito fundamental do réu.

O avanço na concessão do direito à efetividade da tutela jurisdicional é inversamente proporcional à restrição no direito de defesa. Assim é que o procedimento de cognição parcial implica a restrição à alegação; a tutela antecipatória impõe restrição à produção de prova. Porém, são válidos porque são provimentos que buscam dar efetividade à tutela jurisdicional. Outros provimentos existem com o mesmo escopo, como os executivos e mandamentais, que podem ser adotados em diversos meios de execução; a possibilidade de o juiz conceder provimento e meio de execução diversos do pedido; a possibilidade e o juiz, de ofício, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, conceder meio executivo diferente do fixado na sentença.

Diante do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, além dos provimentos previstos em lei acima mencionados, outros podem ser adotados pelo juiz para suprir omissão do legislador.

O conceito de efetividade da norma identifica-se com o da eficácia social, que é sua real obediência e aplicação no plano dos fatos. Difere de eficácia jurídica, que traduz a aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica (SARLET, 2006, p. 246).

Uma norma pode possuir eficácia jurídica – como, por exemplo, revogar normas anteriores – mas não alcançar efetividade, isto é, não ser socialmente eficaz, caso não seja cumprida no plano social (SILVA apud SARLET, 2006). A eficácia social ou efetividade diz respeito à efetiva aplicação da norma aos casos concretos (FERRAZ; TEMER apud SALET, 2006).

A norma que se extrai no texto do inciso XXXV do artigo 5º da CR é a que garante a todos não só o direito de ir a juízo, mas também o de obter uma prestação jurisdicional efetiva. O direito de ação conferido pelo Estado, em razão do monopólio da jurisdição decorrente da proibição de autotutela, não se restringe à solução do mérito. É preciso que o Estado-juiz reconheça o direito material envolvido no litígio e o realize. Assim, o direito à sentença coincide com o direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, ou seja, direito à efetividade em sentido estrito.

A efetividade em sentido lato exige que a tutela seja tempestiva, o que significa que, em alguns casos, deve ser preventiva. A expressão “ameaça de direito”, inserta no fim do texto do inciso XXXV do artigo 5º da CR, afasta qualquer dúvida sobre o direito à tutela preventiva.

A norma que outorga direito inviolável contém implícita a que confere direito à inibição do ilícito. Do contrário, ou seja, se o processo não dispusesse de instrumento capaz de inibir a tutela, considerando que alguns direitos invioláveis são fundamentais, o Estado estaria negando o direito fundamental que reconhece. A pessoa teria seu direito reconhecido mas estaria impedido de dele desfrutar.

As medidas inibidoras da violação do direito são, portanto, meios de dar-lhe efetividade. Outra forma de garantir efetividade ao direito no processo é antecipando a tutela que seria conferida no fim do procedimento quando a medida for necessária, ou seja, quando houver fundado receio de

dano irreparável ou de difícil reparação; ou quando houver abuso de direito de defesa, ou ainda, quando for incontroversa determinada parcela da demanda.

O tempo que o processo leva tramitando constitui ônus para o autor, se ele for realmente o titular do direito. Por isso, havendo verossimilhança de sua alegação, é justo que o tempo seja encurtado, antecipando-se a tutela. Isso é efetividade.

Outrossim, não é razoável fazer com que o autor suporte a demora do processo na hipótese de abuso do direito de defesa ou quando possível definir, no curso do processo, a parcela da demanda. A defesa do réu é um direito cujo exercício não deve extrapolar os limites da razoabilidade, para não torná-la injusto.

Resta evidenciado que a tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e, quando necessário, preventiva, é um direito fundamental. O direito à prestação jurisdicional efetiva decorre da própria existência e constitui a contrapartida da proibição da autotutela. A técnica processual a ser utilizada depende da necessidade do direito material. A efetividade exige adequação, devendo esta proporcionar efetividade.

O direito à efetividade da tutela jurisdicional tem natureza positiva, haja vista consistir no direito de exigir uma prestação do Estado. A tutela efetiva exige: técnica processual adequada (norma processual); procedimento capaz de viabilizar a participação; e a própria resposta jurisdicional. A técnica adequada à efetividade da tutela jurisdicional é corolário do direito à proteção dos direitos fundamentais, que consiste no cumprimento da obrigação de proteção que tem o Estado.

Segundo Alexy (apud MARINONI, 2004, p. 186), “mientras que los derechos a competencias de derecho privado aseguran, sobre todo, la posibilidad de que puedan realizarse determinadas acciones iusfundamentalmente garantizadas, los derechos a procedimiento en sentido estricto sirven em primer lugar, para la proteccion

de posiciones jurídicas existentes frente al Estado y frente a terceros”.

Marinoni cita também a lição de Sarlet:

“Impõe-se a referência ao fato de que sob a rubrica dos direitos a prestações em sentido amplo, considerando-se excluídos os direitos em sentido estrito (direitos a prestações fáticas), se enquadram fundamentalmente os direitos a prestações normativas por parte do Estado, que podem incluir tanto direitos a proteção mediante a emissão de normas jurídico-penais, quanto o estabelecimento de normas de organização e procedimento” (SARLET apud MARIONI, 2004).

O dever de proteção do Estado em relação aos direitos fundamentais tem mais de uma dimensão: o dever de editar normas de direito material de proteção; o dever de editar normas de direito instituindo técnicas processuais idôneas para efetivar a proteção; a realização da proteção pelo Estado-juiz com a decisão sobre direitos fundamentais.

O direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional requer técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos, e não só dos fundamentais. Inclui também os direitos fundamentais que não requerem proteção, mas somente prestações fáticas ou prestações sociais.

A prestação da tutela jurisdicional efetiva é a realização de um direito fundamental. A tutela jurisdicional efetiva é necessária à proteção a todos os outros direitos. O legislador – ao instituir a norma processual adequada – e o juiz – ao zelar por ela – protegem os direitos, inclusive o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

A ausência de técnica processual adequada para determinado conflito constitui hipótese de omissão que viola o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. A omissão do legislador não autoriza a do juiz, que ante aquela, tem o dever de interpretar a legislação existente à

luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual sua máxima potencialidade para proteger os direitos, sem que viole o direito de defesa. O direito à tutela jurisdicional é, ao mesmo tempo, o direito de iguais oportunidades de acesso à justiça e direito à efetiva proteção do direito material.

A efetividade dos direitos fundamentais depende das garantias que os protegem. Estas podem ser judiciais e não-judiciais. As garantias dos direitos fundamentais estabelecem-se tanto no plano nacional quanto no internacional. Isso porque, nas palavras de Peces-Barba (1999), as garantias dos direitos podem descrever-se como um conjunto coerente de mecanismos de defesa, que não se esgotam no âmbito de cada país, mas que têm continuação em outros, por meio de diferentes instâncias supranacionais.

Constituem garantias no âmbito interno: a separação de funções (poderes), a adoção do Estado Democrático de Direito, a primazia dos direitos fundamentais, a cláusula pétrea ou o *quorum* qualificado e a proteção jurisdicional, nela incluída a criação de Tribunal Constitucional ou com competência para a proteção da Constituição.

Podemos classificar as garantias em gerais e específicas. As primeiras constituem-se pelos princípios que definem o Estado, como na formulação “Estado Democrático de Direito”. Estado de Direito implica limitação ao poder por meio do direito, sendo seus instrumentos básicos os direitos fundamentais e os princípios de organização; implica também a separação das funções (de poderes); a adoção do princípio da legalidade na administração pública, impondo ao poder público a submissão ao direito; e a existência de uma obrigação jurídica de obediência. A própria fórmula do Estado democrático contém o reconhecimento e a garantia de vários direitos, como o de participação.

Garantias Específicas são mecanismos de proteção jurídica dos direitos e dividem-

se, segundo classificação de Perces-Barba (1999, p. 505) em garantia de regulação; de controle e fiscalização; de interpretação; internas ao direito; e judiciais.

### 7.1. *Garantias de regulação*

Estão vinculadas ao princípio da legalidade em sentido amplo e possuem duas dimensões: a) de desenvolvimento e aplicação; b) de reforma. As garantias de regulação têm dois aspectos, um relacionado com as fontes dos direitos (garantia de desenvolvimento) e outro com sua vinculação (garantia de aplicação).

A questão das fontes é de grande relevância, porquanto uma ordenação rigorosa das competências e limites do desenvolvimento normativo constitui a primeira garantia das liberdades, segundo Prieto Sanchís, citado por Perces-Barba (1999, p. 506).

A constituição pode estabelecer que alguns direitos nela previstos sejam regulamentados por lei, que devem ser elaboradas pelo parlamento, sendo, em tese, a expressão da vontade dos cidadãos. A garantia de aplicação se relaciona com o grau de vinculação dos direitos. Se a constituição prevê que os direitos fundamentais vinculam a todos os poderes públicos, sua aplicação é direta, independe de regulamentação. Assim, todos os cidadãos podem obter a tutela judicial desses direitos embora não tenham sido objeto de regulamentação.

Quando a constituição dispõe que determinadas normas fontes de direitos informarão a prática judicial e a atuação dos poderes públicos está impondo uma obrigação negativa, proibindo que se estabeleçam normas contrárias a esses direitos, isso independe de regulamentação.

A dimensão das garantias de regulação, denominadas por Perces-Barba (1999, p. 507) de garantias de reforma, traduz-se nos mecanismos constitucionais referentes à possível reforma das disposições que contêm os direitos fundamentais. Varia conforme o sistema jurídico, mas, em regra, exige o *quorum* qualificado.

### 7.2. *Garantias de controle e fiscalização*

São os instrumentos parlamentares destinados a fiscalizar a aplicação dos direitos fundamentais e o respeito às liberdades públicas, na atividade dos entes administrativos. No Brasil, destaca-se o Ministério Público com esta atribuição, porém, outras entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil, os Partidos Políticos com representação no Congresso, as Comissões Parlamentares e outros Órgãos têm papel relevante na aplicação da Constituição como um todo. O próprio cidadão, exercendo seu direito de petição, pode controlar e fiscalizar a aplicação da Constituição e o respeito aos direitos fundamentais.

### 7.3. *Garantias de interpretação*

Refere-se aos diversos mecanismos previstos no Direito, destinados a garantir que o mesmo se faça para favorecer seu exercício. Apresentam duas projeções gerais: a dos poderes públicos e a dos privados. A segunda está em estreita conexão com o tema da presença dos direitos fundamentais nas relações com os particulares; enquanto aquela não se limita à não transgressão, mas alcança a interpretação conforme seu sentido.

A constituição espanhola determina que a interpretação dos direitos fundamentais e das liberdades reconhecidas na mesma seja conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Também esta garantia tem duas dimensões, segundo Perces-Barba (1999, p. 511): a garantia de interpretação a partir dos direitos; e a garantia de interpretação dos direitos. A primeira se refere à projeção dos direitos e liberdades no restante das normas. É uma garantia indireta segundo a qual a interpretação de todas as normas dentro do ordenamento deverá fazer-se em conformidade com os direitos fundamentais. Aplica-se a máxima "in dubio pro libertate". A segunda – a garantia de interpretação dos direitos – é uma garantia

direta e afeta propriamente a interpretação dos direitos. Deve obediência a dois tipos de critérios: gerais e específicos. Os gerais tomam por base a literalidade, os antecedentes históricos, o espírito da lei e sua finalidade, bem como a sistematização de todo o ordenamento. Os específicos dizem respeito ao conteúdo essencial e à conformidade com as Declarações de Direitos Humanos e com os tratados e acordos internacionais ratificados pelo país.

Não obstante a interpretação ocorra também na doutrina e na aplicação voluntária do direito, é no processo que se faz concretizar compulsoriamente pelo Poder Judiciário, quando há resistência.

#### 7.4. *Garantias internas ao direito*

Essas garantias dizem respeito ao conteúdo essencial, que é algo interno de cada um dos direitos, e se constituem desde essa perspectiva em sua garantia interna. É o limite dos limites. Trata-se de um conceito de valor absoluto; são os elementos mínimos que fazem reconhecível um direito, que impedem seu desaparecimento ou sua transformação em outra coisa; cada direito possui seu conteúdo essencial.

Trata-se de um desdobramento da garantia de interpretação, porquanto nessa fase que se verifica o conteúdo essencial de um direito. É dado ao operador do direito dar interpretação diversa da literal a um texto legal para dele extrair a norma consentânea com os preceitos da sociedade atual, porém, nunca alterando o conteúdo essencial do direito protegido pela mesma norma, ou seja, jamais transformando um determinado direito em algo diverso.

#### 7.5. *Garantias judiciais*

Essas garantias constituem o principal meio de proteção dos direitos fundamentais. Podem ser classificadas em ordinárias e constitucionais. A atividade judicial tem o papel de instrumento garantidor dos direitos fundamentais por meio da análise do direito à jurisdição, o que se faz sempre em um processo.

A satisfação do direito à tutela jurisdicional efetiva exige mais que o procedimento legalmente instituído, mais que igualdade de oportunidades de acesso à justiça; exige o procedimento legítimo, o que requer sejam observados os princípios constitucionais que garantam a adequada participação das partes e do juiz, como: os do juiz natural, da igualdade, do contraditório, da publicidade e da motivação das decisões.

##### 7.5.1. *Técnica processual e procedimento adequado*

O procedimento é uma espécie de técnica processual que visa viabilizar a tutela dos direitos. Embora seja possível considerar o procedimento como garantia de técnica antecipatória, sentenças e meios executivos, pode o mesmo ser analisado como algo que se diferencia do procedimento ordinário de cognição plena e exauriente, e nesses termos possui importância por si só, independentemente das técnicas processuais nele inseridas.

Nas palavras de Marinoni (2004, p. 192), “o procedimento, como técnica processual autônoma, e assim indiferente à técnica antecipatória, sentenças e aos meios executivos, somente pode ser visto na perspectiva da aceleração da prática dos seus atos e da limitação da cognição do juiz”.

Há diferença entre “procedimento de cognição sumária” e “procedimento formalmente sumário”. A sumariedade formal resulta da aceleração da prática dos atos processuais. O procedimento de cognição sumária – uma das espécies da cognição em sentido material – não permite o conhecimento aprofundado do objeto cognoscível, enquanto que o procedimento formalmente sumário – CPC, art. 275 e seguintes – sempre possibilita o conhecimento aprofundado dos fatos litigiosos, embora em tempo inferior àquele que seria gasto pelo procedimento ordinário, o que decorre da aceleração dos atos processuais.

Não é lícito confundir o procedimento de cognição sumária com os procedimentos

como a execução privada do Decreto-lei 70/66 ou a busca e apreensão do Decreto-lei 911/69. Estes não traduzem eficácia, mas restrição à amplitude da defesa, com escopo de conferir tutela mais rápida às instituições financeiras, o que não encontra respaldo na Constituição da República. Diferente é o que ocorre na desapropriação com base no Decreto-lei 3.365/41, em que há restrição à defesa, porém justificável pelo interesse público.

#### 7.5.2. Antecipação de tutela

A técnica antecipatória é um direito do jurisdicionado e significa direito à possibilidade de requerimento e de obtenção da antecipação da tutela, isto é, direito à plena e integral efetivação da tutela. São seus requisitos: receio de dano (CPC, art. 273, I, 461, § 3º, 461-A; e CDC, 84, § 3º); abuso do direito de defesa (CPC, 273, II); parcela incontroversa da demanda (CPC, 273, § 6º).

Marinoni (2004, p. 204) entende ser possível a antecipação de tutela de pagamento em dinheiro. E vai mais longe, defendendo a utilização, em caso de necessidade, do expediente da multa para dar efetividade à tutela antecipatória de soma em dinheiro.

#### 7.5.3. Direito ao provimento adequado

A efetiva prestação da tutela exige provimento adequado; portanto, falar em direito à tutela é falar em direito ao provimento idôneo para prestá-la. A sentença declaratória não constitui provimento adequado diante de ameaça de prática de ilícito, pois não é capaz de atuar sobre a vontade do demandado.

Da classificação trinária, a sentença condenatória é a única que não basta por si mesma, porquanto, atrelada aos meios de execução por sub-rogação previstos em lei. Conclui-se, assim, que os provimentos da classificação trinária não atende ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (MARIONI, 2004, p. 211).

#### 7.5.4. Direito ao meio executivo adequado

É necessário verificar qual provimento mandamental e executivo deve ser utilizado no caso concreto. Pode o juiz conceder provimento diferente do solicitado, sobretudo, com base no artigo 461 do CPC e 84 do CDC. Esses artigos e o 461-A do CPC autorizam o juiz, até de ofício, impor meio executivo capaz de atender ao direito à tutela jurisdicional, na fase do cumprimento da sentença quando esta não haja viabilizado a tutela.

O meio executivo deve, ao mesmo tempo, proporcionar, em abstrato ou em termos de efetividade social, a tutela dos direitos, e gerar a menor restrição possível à esfera jurídica do réu.

#### 7.5.5. Aplicabilidade imediata do direito fundamental

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; é o que dispõe o artigo 5º, § 1º, da CR. Qual o alcance dessa norma em relação ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva?

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva se dirige contra o Estado mas repercute sobre a esfera jurídica da parte. É um direito de eficácia vertical, mas com eficácia lateral. Assim, importante é mencionar os princípios da força normativa da Constituição e da efetividade, que devem ser considerados pelo juiz, ao interpretar o direito, levando em consideração os princípios que com ele possam colidir no caso concreto.

O princípio da força normativa da Constituição autoriza a otimização da eficácia dos direitos fundamentais, diante das circunstâncias concretas. O princípio da efetividade implica que os direitos fundamentais devem ser interpretados em um sentido que lhes confira a maior efetividade possível. Isso significa que, em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que dê a maior efetividade possível ao direito

fundamental, ou seja, estando o juiz diante de duas interpretações possíveis para um mesmo texto legal, deve adotar aquela que outorgue a maior efetividade possível ao direito fundamental.

#### *7.5.6. A conformação do procedimento adequado ao caso concreto*

Além das regras de direito material, o dever de proteção requer também a prestação jurisdicional e ações fáticas do Estado, como a atuação da Administração Pública na proteção do consumidor, da saúde pública e do meio ambiente.

Além das normas de direito material, a proteção, no plano normativo, deve incluir normas de direito processual, que também constituem mecanismo de proteção dos direitos fundamentais, preventiva ou resarcitoriamente.

Porém, havendo omissão do legislador, o juiz – contra quem também é dirigido o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional – não pode ficar inerte. Ele continua tendo o dever de tutelar de forma efetiva os direitos, não obstante a falta de uma norma processual explícita e apropriada para isso. Na hipótese, deve o magistrado interpretar a legislação processual existente à luz dos valores da Constituição da República. Assim, deve pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social.

O juiz, diante de duas interpretações possíveis para uma mesma regra processual, na perspectiva constitucional, deve preferir a que garanta maior efetividade à tutela jurisdicional, considerando sempre o direito material a ser tutelado e a realidade social.

Ainda na hipótese de omissão legislativa, o juiz pode prestar a tutela jurisdicional efetiva, harmonizando o direito fundamental e o eventual princípio que com ele venha colidir. Isso porque os direitos fundamentais têm natureza de princípio, e segundo a clássica distinção de Alexy (2002, p. 88-89)

entre princípios e regras, consoante a qual um conflito entre regras só pode ser solucionado ou bem introduzindo-se em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou declarando-se inválida pelo menos uma das regras; enquanto que em caso de colisão de princípios, um deve ceder ante o outro, sem que isso signifique declarar inválido o princípio que cedeu; tampouco faz-se necessária a introdução de cláusula de exceção no mesmo princípio.

Salienta-se que, segundo a doutrina de Alexy (2002, p. 89), havendo conflito entre regras, o problema é de validade, enquanto, na hipótese de conflito entre princípios, a questão é de peso. Havendo colisão de princípios, um deve ceder diante do outro, conforme as circunstâncias do caso concreto. Registre-se que Humberto Ávila (2006, p. 118-119) não concorda com essa doutrina, e sustenta que as regras em geral também podem ser superadas, desde que preenchidos certos requisitos.

#### *7.5.7. Remédios constitucionais protetores dos direitos fundamentais*

Na concepção de Othon Sidou (1998, p. 5), a liberdade não é um direito, mas um conjunto de prerrogativas que nascem com o homem e se desenvolvem em obediência a seus anseios, apuramento e idiosincrasias. Não é um direito porque antecede, naturalmente, a manifestação primária da vida jurídica. O legislador estabelece restrições à liberdade individual no interesse da segurança social. O indivíduo, cuja conduta representa um reflexo da sociedade em que vive, submete-se voluntariamente a essa restrição de liberdade, desde que, fazendo coincidir sua vontade com a vontade coletiva e participando da elaboração da ordem jurídico-social, considera-se livre, como se nenhum obstáculo se antepusesse à sua liberdade. O conceito de liberdade do ser humano tornou-se, portanto, um prolongamento do conceito de liberdade do grupo social. A ampliação do Estado, inclusive para fazer face aos cada vez

mais dilatados direitos sociais resultantes dos progressos modernos, fê-lo ameaçar a esfera da liberdade do indivíduo, avançando a faixa até onde ao jurisdicionado é proibido fazer, para penetrar na área em que transita o seu “poder fazer”. Fez-se necessária a utilização de instrumentos de tutela relativamente enérgicos.

Othon Sidou (1998, p. 10) distingue “direitos” de “garantias”. Ele define como direitos coletivos toda a gama de ações e eximições a que a criatura humana, agindo só ou por meios de entes paralelos ou ficções jurídicas, possa permitir-se, desde que a lei não impeça. Ele usa a expressão “direitos coletivos” como forma homônima de “direitos fundamentais”, “direitos do homem” e “direitos individuais”; e os divide em absolutos e relativos. Classifica como absolutos os que se fazem valer por si, os que acompanham o homem em qualquer regime constituído, e sua proscrição ou seu alheamento contribuiria para o esfacelamento do próprio Estado. São eles, segundo Sidou: o de igualdade perante a lei, a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, o acesso à educação e à saúde, o provimento da subsistência, a obtenção de socorro em caso de calamidade. Chama-os de direitos fundamentais propriamente ditos. Assevera Sidou que todos os demais direitos constitucionais são relativos.

Garantias constitucionais, para o mencionado autor, são as regras de autolimitação na conservação dos direitos coletivos e que ele legitima, ou seguindo princípios de conduta por ele próprio estabelecidos com o ânimo de cumprir, ou por via de instrumentos postos em mãos dos administrados e de conhecimento atribuído a um dos órgãos do Estado (SIDOU, 1998, p. 11).

As garantias são classificadas por Sidou (1998, p. 13) em ativas e passivas. Estas são: a igualdade perante a lei, o devido processo legal, a inexistência de tribunais de exceção, a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Garantias ativas são: o *habeas corpus*,

o mandado de segurança, a ação popular, os recém-criados *habeas data* e mandado de injunção, além do direito de representação e de petição.

As garantias, como um todo, protegem e amparam o exercício dos direitos coletivos. As garantias ativas protegem e amparam não só esses direitos, mas também as próprias garantias passivas. As garantias dos direitos constituem um anseio universal, por isso, consignou-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, proclamada em 1948, em seu artigo VIII:

“Toda pessoa tem direito a um recuso efetivo ante os tribunais nacionais competentes, que a ampare contra atos violatórios de seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição e pela lei”.

Nessa esteira de compreensão, o constituinte brasileiro de 1987/1988 dotou os titulares de direitos fundamentais de institutos destinados a protegê-los, conhecidos como remédios constitucionais, e que são, na verdade, as garantias, que mencionaremos a seguir.

O direito à liberdade de locomoção foi protegido pelo instituto do *habeas corpus* (CR, 5º, LXVIII) contra violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. O direito de ir, vir e permanecer constitui um direito fundamental dos mais relevantes. Por isso, o *habeas corpus* configura importante garantia processual desse direito fundamental.

Qualquer direito, líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* recebeu a proteção do mandado de segurança contra ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público (CR, 5º, LXIX e LXX). Trata-se de meio constitucional com escopo de proteger direito individual ou coletivo, líquido e certo. Tem certeza jurídica processual, caracterizando-se como ação civil de rito sumário e especial (MEIRELLES, 1998, p. 29).



O Mandado de Segurança constitui importante garantia dos direitos, inclusive dos direitos fundamentais, por óbvio, servindo como meio idôneo de impugnação a atos ou omissões ilegais de autoridades, inclusive judiciais. É certo que quanto a estas, somente é admissível se o ato não for impugnável por meio de recurso ou correição eficaz.

São requisitos do mandado de segurança direito líquido e certo, violado ou ameaçado por ato ou omissão ilegal ou com abuso de poder, de autoridade pública ou de agente de pessoa jurídica no exercício de atribuição do Poder Público. Assim, o ato de um diretor de escola negando matrícula a criança ou adolescente, em razão de ser este filho de prostituta, desafiaria mandado de segurança, porquanto seria ato ilegal, violador do direito fundamental de igualdade (CR, art. 5º, *caput*), praticado por autoridade pública – se a escola for pública – ou por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público – se a escola for particular. Salienta-se que os direitos à educação (CR, art. 205) e à igualdade (CR, art. 5º, *caput*) são certos, porquanto a previsão constitucional é suficientemente clara quanto à existência dos mesmos; e líquidos porque independem de qualquer apuração de valor ou quantidade.

Contra a omissão do legislador inabilitadora do exercício de um direito ou liberdade constitucional, bem como das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, o constituinte disponibilizou para o titular do direito o mandado de injunção (CR, 5º, LXXI).

O Mandado de Injunção é instrumento jurídico constitucionalmente assegurado ao prejudicado por omissão do legislador, que impeça o exercício de direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas relativas à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Alguns direitos constitucionais dependem de lei – norma regulamentadora – que deve ser elaborada pelo legislador ordiná-

rio. Aliás, vinte anos após a promulgação da Constituição da República, nenhum direito deveria estar na pendência de tais normas. O legislador ordinário tinha o dever de já as haver criado. Entretanto, muitas ainda não o foram, autorizando o prejudicado a lançar mão do mandado de injunção. Sua função é permitir ao impetrante o exercício do direito obstado pela ausência de lei, porém a interpretação que vem sendo dada pelo STF, de que o órgão omissor deve ser apenas notificado de sua omissão, anula esse importante instrumento.

O acesso de todos à justiça constitui exercício do direito fundamental da igualdade, ao passo que impedir o mesmo acesso àqueles que não disponham de recursos financeiros para pagar alguma despesa do processo – com perícia por exemplo – configura violação a direito fundamental (LXXIV). Se tal violação decorre de ausência de lei prevendo isenção da mencionada despesa, a hipótese enseja mandado de injunção, que funciona como uma garantia do direito fundamental.

Criou também o constituinte o instituto do *habeas data* (CR, 5º, LXXII) para assegurar o conhecimento e retificação de informações e dados relativos à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. No Estado de Direito, não se admite que qualquer órgão ou entidade mantenha dados ou informações sobre quem quer que seja, sem que a pessoa a quem se referem os mesmos possa conhecê-los e promover a retificação dos que não corresponderem à realidade. A existência de dados ou informações dessa natureza, sigilosos em relação a seu titular, enseja o *habeas data*. O conhecimento de informações a seu respeito, registradas ou arquivadas por outrem, é direito constitucional (5º, LXXII) vinculado aos direitos fundamentais à liberdade, à igualdade e à segurança (5º, *caput*).

A nossa Constituição assegurou, ainda, a qualquer cidadão o instrumento da ação

popular (CR, 5<sup>o</sup>, LXXIII) para 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. O patrimônio pertence a todos. Sua lesão em benefício particular viola o direito fundamental à igualdade. Assim, um contrato administrativo a preço superfaturado beneficia algumas pessoas em detrimento de muitas outras, devendo ser anulado, o que se pode fazer por meio de uma ação popular movida por um cidadão. Trata-se de instrumento processual, assegurado na Constituição para defesa de direitos fundamentais.

Por fim, o constituinte, ao traçar as atribuições do Ministério Público (art. 129, III), recepcionou a ação civil pública (Lei 7.347/85) como ação constitucional, para o fim de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Assim como a ação popular, a ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.347/85, constitui importante instrumento processual de garantia de direitos. Destina-se a proteger direitos difusos, alguns fundamentais, como ao meio ambiente, que pode ter reflexos nos direitos à vida, à igualdade e a outros.

### 8. Conclusão

Muitos dos direitos fundamentais elencados na Constituição da República já foram satisfeitos, entendida a satisfação como a edição de lei ordinária ou complementar necessária ao exercício do direito. No entanto, esse exercício não prescinde de proteção ou de garantia. Relevantes garantias dos direitos fundamentais ou humanos são as garantias processuais.

A efetividade dos direitos fundamentais depende das garantias, destacando-se a processual, que é uma garantia judicial e consiste na realização do direito com a prestação da tutela jurisdicional, que, por sua vez, deve ser efetiva. A efetividade da

tutela jurisdicional também é um direito fundamental.

Os princípios e garantias constitucionais do processo compreendem o livre e pleno acesso de todos à justiça, mediante o devido processo legal, neste compreendido o contraditório e a ampla defesa, perante um juiz natural, que prestará a jurisdição em decisão fundamentada.

A violação dessas garantias, assim como de outras normas constitucionais, pode ser impedida ou combatida com as ações constitucionais – *Habeas Corpus*, Mandado de Segurança, *Habeas data*, Mandado de Injunção, Ação Popular e Ação Civil Pública; e com o controle judicial dos atos normativos – Difuso e Concentrado – Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Constitucionalidade e Ação por Descumprimento Preceito Fundamental.

Não se pode olvidar que a própria organização constitucional do Poder Judiciário, estabelecendo as competências e vedações, também constitui norma a ser observada no processo e, por conseguinte, garantia processual que protege direitos como os fundamentais.

Os direitos fundamentais, assim como os demais direitos constitucionais, contam também com remédios protetores que outrossim são garantias judiciais – processuais – e consistem nas ações constitucionais: Mandado de Segurança, *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Injunção e Ação Popular.

Constituem outras garantias processuais aos direitos fundamentais a ação civil pública, o contraditório, a ampla defesa, a motivação das decisões, o juiz natural, a publicidade dos atos processuais, a vedação das provas ilícitas, a medida cautelar e a antecipação da tutela, sem exclusão de outras.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARRETO, Vicente. *A ideologia liberal no processo da independência do Brasil (1789-1824)*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1973.
- COMISSÃO PONTÍFICA "JUSTIÇA E PAZ". *Justiça no mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.
- FAGUNDES, M. Seabra. A evolução do sistema de proteção jurisdicional dos direitos no Brasil republicano. In: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. ano 3, v. 3. Rio de Janeiro: OAB, mai. / ago. 1971.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Gênese dos direitos humanos*. Aparecida, SP: Santuário, 2002.
- HERSCH, Jeanne. *O direito de ser homem*. Rio de Janeiro: Conquista, 1972.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsó, 1960.
- MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução do estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.
- NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da independência*. Porto Alegre: Sulina, 1973.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales: teoria general*. Madrid, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- SIDOU, J. M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- VASAK, Karel. A longa luta pelos direitos humanos. In: *O Correio da UNESCO*. Rio de Janeiro: UNESCO, 1978.