

CAPÍTULO
• 27 •

Direitos Humanos e Democracia



Da esquerda para direita: Ministro José Gregori, Nelly Martins Ferreira Candeias,
Ives Gandra Martins, Rodolfo Konder e Marco Antônio Ramos de Almeida.
12 de dezembro de 2006.



Palavras de Ives Gandra da Silva Martins

Quando Ulisses Guimarães denominou a Constituição Brasileira de 1988 de “Constituição Cidadã”, referia-se, evidentemente, à enunciação dos direitos expostos no Título II, Capítulo I, ou seja, à parte dedicada aos direitos e deveres individuais e coletivos, transcritos, principalmente, em seu artigo 5º.

Lembro-me, quando, em 1991, escrevi artigo para o jornal “O Estado de São Paulo” (23/01/92), intitulado “O custo da Federação”, que o saudoso amigo ligou-me para manifestar sua concordância com as ideias nele expostas. É que se, de um lado, reconhecia que o texto supremo enunciava admirável elenco de direitos e garantias individuais, a par de alguns deveres, de outro lado, criara uma federação maior do que o PIB, com tal emaranhado de disposições assecuratórias de estrutura política e burocrática do Estado, que seria impossível colocar a federação brasileira dentro do nosso PIB.

Disse-me, na ocasião, – e reiterou a afirmação, em palestra que proferi, naquele ano, na FIESP, sobre parlamentarismo – que, se indicado para a Presidência dos trabalhos de Revisão Constitucional, procuraria formar uma Comissão de juristas, indicados por todos os partidos, e mais alguns, de sua livre escolha, e buscaria corrigir as distorções provocadas pelo tamanho da federação e da burocracia.

Sua morte em trágico acidente privou o Brasil de uma liderança incontestada e da revisão, desejada para corrigir as deformidades da federação criada pelo texto maior de 88.

No que concerne, todavia, aos direitos individuais e coletivos – cláusulas pétreas da lei suprema, por força do artigo 60, § 4º, inciso IV – nada poderia ser mudado. De rigor, realmente, nada deveria ser modificado, por se tratar da melhor parte da Constituição e da melhor enunciação de direitos de todos os textos constitucionais que o Brasil já teve – devendo, todavia, ainda ser mais bem examinado pelo Poder Judiciário, que, muitas vezes, tem relativizado direitos fundamentais, como por exemplo, a inviolabilidade do direito à vida.

O certo, todavia, é que o leque das disposições constantes do art. 5º representa um extraordinário avanço na formulação de princípios, de rigor, quase todos próprios do direito natural, ou seja, direitos que cabe apenas ao Estado reconhecer e não criar, por serem inerentes ao ser humano.

De início, é de se ressaltar a relevância dos cinco direitos fundamentais, a saber: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Trata-se de direitos invioláveis e, apesar do que afirmam alguns juristas e magistrados, tal inviolabilidade – a não ser nas hipóteses previstas na Constituição – não podem ser relativizados.

A vida, por exemplo, começa na concepção, como, de rigor, afirma o artigo 4º do Pacto de São José – tratado internacional sobre direitos fundamentais de que o Brasil é signatário –, representando a destruição de zigoto, embrião, feto ou do nascido, violação do direito à vida a que ele, ser humano, tem direito. Apenas, em caso de guerra pode se aplicar a pena de morte, única transigência admitida pelo constituinte.

Fugindo, pois, das posições tidas hoje como “politicamente corretas”, sustentadas por bons juristas e dignos magistrados, entendo que as inviolabilidades dos cinco direitos só podem sofrer as exceções previstas expressamente pela própria Constituição, como no caso da função social da propriedade ou da pena de morte, em caso de guerra.

Os diversos incisos do artigo 5º reiteram os cinco princípios fundamentais. O inciso I explicita a igualdade entre homens e mulheres; o inciso II consagra o princípio da legalidade; o inciso III proíbe a tortura ou tratamentos degradantes; o inciso IV garante a livre expressão do pensamento, proibindo-se o anonimato.

Uma observação é de se registrar, todavia, em relação ao inciso IV: cada vez mais o denominado discurso do ódio vem gerando exageros e preconceitos quanto à livre manifestação do pensamento, não só no Brasil como no mundo. Cite-se, por exemplo, projeto de lei que proíbe piadas sobre “gays”, ou a própria decisão do STF sobre livro a respeito do holocausto. Três ministros manifestaram entendimento de que a liberdade de expressão na análise de fatos históricos pode levar a interpretações incorretas desses fatos, devendo, todavia, ser tolerada (Moreira Alves, Marco Aurélio de Mello e José Celso), mas que restaram vencidos no julgamento que puniu o autor pela prática de racismo, na interpretação do holocausto.

Apesar de reconhecer a falta de embasamento na tese exposta pelo autor – visto que o *holocausto* existiu e é uma das páginas negras da história da humanidade –, não se pode inibir a reflexão sobre fatos históricos, por mais incorreta e infeliz que seja.

O inciso, à evidência, tem sido relativizado no Brasil e no mundo.

O inciso V cuida do direito de resposta e de indenizações por dano material, moral ou à imagem; o VI trata da liberdade de consciência e de crença, assegurando-se a todos os que acreditam em Deus a garantia de seus cultos e proteção dos locais em que ocorrem. É de se lembrar que, segundo seu preâmbulo, a Constituição Brasileira foi promulgada “sob a proteção de Deus”, sendo o Estado Brasileiro composto de pessoas que acreditam em Deus e de pessoas que Nele não acreditam. Ora, uma das mais infelizes interpretações do que seja “Estado Laico” ocorre quando governantes e detentores do poder pretendem excluir, de qualquer deliberação, as pessoas que acreditam em Deus, considerando que só os ateus e agnósticos teriam direito de dirigir, administrar e impor suas opiniões.

Em regime democrático, tanto os cidadãos que possuem crença religiosa, como os que não possuem têm direito de defender suas ideias, vencendo, nos pleitos democráticos, aqueles que obtiverem o maior número de votos. Estado laico não é Estado ateu ou agnóstico, mas Estado em que a maioria, independentemente, de suas convicções, faça com que suas ideias prevaleçam, durante o tempo em que for maioria eleitoral. Sustentar que o Estado é laico para impedir a manifestação dos que pensam de forma diferente, é discriminar quem acredita em Deus, o que a Constituição Federal proíbe.

O inciso VII é decorrência do VI, visto que assegura a assistência religiosa às entidades civis e militares de internação coletiva. O inciso VIII garante que ninguém será privado de direitos por motivos religiosos, a menos que os invoque para deixar de cumprir obrigação legal, e não se disponha ao cumprimento de prestação alternativa prevista em lei.

O inciso IX é também decorrência do IV, por assegurar a livre expressão das atividades intelectuais, sem censura.

O inciso X assegura a privacidade e pune a sua violação; o XI garante a casa como asilo inviolável do indivíduo, salvo casos excepcionais; o inciso XII protege a inviolabilidade de dados, fazendo exceção apenas à escuta telefônica com autorização judicial.

Os três incisos, todavia, têm sido profundamente relativizados pelo Poder Judiciário, ao ponto de se ter autorizado, no ano passado (2007) 409.000 escutas telefônicas no Brasil. Repetidas vezes, em “operações cinematográficas” próprias de regimes totalitários, casas e escritórios foram invadidos, pessoas foram presas e depois soltas, sem que contra elas tenha sido oferecida denúncia, proposta ação penal ou tributária por falta de provas.

A relativização, com a convivência do Poder Judiciário, tem trazido maior insegurança jurídica do que na época do regime de exceção, como eu mesmo posso afirmar, na qualidade de advogado na área tributária, ou como sustentou Antonio Cláudio Mariz, que advoga na área penal, em artigo para "O Estado de São Paulo" de 01/06/08. É necessário que o Poder Judiciário volte a adotar uma interpretação que valorize a Constituição, em relação a esses três incisos, e não que, pressionado muitas vezes pela mídia e pelo governo, autorize prisões provisórias ou denúncias sem elementos mais substanciais.

O inciso XIII assegura o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; o XIV, o acesso à informação e o resguardo de sigilo da fonte, para o exercício profissional. O inciso XV determina que é livre a locomoção, no território nacional, em tempo de paz, qualquer pessoa podendo entrar e sair do país com seus bens.

Essa norma merece, entretanto, duas considerações. A primeira é que a denominada "lei de evasão de divisas", para mim, é inconstitucional. Se o cidadão tem origem lícita, na sua declaração de imposto sobre a renda, para determinados recursos, a Constituição assegura que possa enviá-los para fora do país. Se não tem, a questão, a meu ver, é exclusivamente tributária, isto é, deve pagar o tributo sobre os bens que tem e que não oferecera à tributação. Mas nunca, a meu ver, a lei poderia impedir que recursos lícitamente adquiridos sejam enviados para fora do país. Neste particular, como em outros, a Constituição tem sido violada, principalmente pelo governo, e não pelos cidadãos.

O segundo ponto diz respeito às terras indígenas. A meu ver, a lei que sujeita o direito de brasileiros de transitarem por terras indígenas à obtenção de autorização junto à FUNAI fere o inciso XV, pois exclui 15% do território nacional da liberdade de ir e vir do brasileiro ou de qualquer outra pessoa.

Toda a legislação neste sentido é manifestamente inconstitucional. A liberdade de trânsito pelo território nacional prevalece inclusive em terras indígenas.

O inciso XVI assegura o direito à reunião; o XVII o direito à associação; o XVIII o direito a criar associações, companhias etc.; o XIX, que só a autoridade judicial pode dissolver associações; o XX, a liberdade de associação, assegurando que ninguém pode ser obrigado a associar-se a uma entidade ou a ela permanecer associado.

Parece-me, pois, que neste direito está o de não se sindicalizar, não sendo, pois, obrigado a sustentar, mediante o pagamento de contribuições, entidade à qual não é associado. O inc. XXI assegura às associações o direito, mediante autorização, de representar seus associados.

Os incisos XXII, XXIII e XXIV cuidam do direito de propriedade, que é garantido, uma vez cumprida a sua função social, só sendo admitida a desapropriação de bens mediante justa e prévia indenização.

Todos os governos federativos são estupradores do inciso XXIV da Constituição, pois desapropriam e não pagam nem justa, nem prévia indenização. E quando condenados a pagar pelo Judiciário, dão reiterados calotes monetários, quando não, sem quaisquer escrúpulos, fazem aprovar emendas constitucionais para tornar letra morta a cláusula pétreia de “prévia indenização”, diferindo o seu pagamento por 10 anos.

Em matéria de moralidade pública, os precatórios não pagos pelo “Estado caloteiro” é clara demonstração de que o Estado brasileiro ainda está longe de chegar a um estágio mínimo de democracia.

O inciso XXV trata do direito de requisição de bens privados, em caso de eminente perigo; o XXVI, de que a pequena propriedade é impenhorável; o XXVII assegura o direito de autor, o mesmo ocorrendo com o inciso XXVIII, quanto aos direitos coletivos, com o inciso XXIX, que trata do direito de inventos e propriedade industrial e o inciso XXX que garante o direito à herança. O XXXI cuida da sucessão, em relação a bens de estrangeiros situados no país, protegendo o herdeiro brasileiro; o inciso XXXII trata do direito do consumidor; o inciso XXXIII garante ao cidadão o direito de obter informações que o poder público possua a seu respeito; o inciso XXXIV assegura o direito de petição e de certidões sem pagamento de taxas; o XXXV assegura a apreciação, pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. A meu ver, trata-se de interpretação pessoal – se um brasileiro for acusado em Corte Penal Internacional, nos termos do § 3º do art. 5º, poderá optar pelo julgamento no Brasil, descabendo a sua extradição para julgamento, se optar pelas Cortes brasileiras.

O inciso XXXVI garante o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; o inc. XXXVII exclui juízes ou tribunais de exceção; o XXXVIII reconhece a instituição de júri sob condições; o XXXIX não admite crimes e penas sem prévia cominação legal; o XL só admite a retroação penal para beneficiar o réu; o XLI assegura a punição de discriminações a direitos e liberdades fundamentais; o XLII pune o racismo com pena inafiançável; o inciso XLIII torna crimes inafiançáveis e sem benefício de anistia o narcotráfico e o terrorismo, o mesmo ocorrendo, como crime inafiançável, à formação de grupos civis ou militares armados. O inciso XLV não permite que a pena passe da pessoa do condenado, ainda que a obrigação de reparar o dano possa ser estendida ao sucessor até o limite do patrimônio transferido.

O inciso XLVI cuida das hipóteses de individualização da pena, o XLVII proíbe a pena de morte, as de caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento, e penas cruéis; o inciso XLVIII cuida dos estabelecimentos públicos para cumpri-las; o inciso XLIX trata da integridade física e moral das pessoas; o inciso L assegura às presidiárias o direito de permanecer com seus filhos recém-nascidos e amamentá-los; o LI proíbe a

extradição de brasileiros, com exceções; o LII proíbe a extradição de estrangeiro por crime político; o LIII consagra a necessidade de que o processo e a sentença emanem de autoridade competente.

O inciso LIV trata do devido processo legal e está intimamente vinculado ao inciso LV, que assegura ao acusado ampla defesa administrativa e judicial. Ambos, com a conivência do Judiciário, são normas das mais violentadas. De rigor, no que concerne à AMPLA DEFESA, pelo menos os mesmos direitos que o cidadão tinha, em 5 de outubro de 1988, deveriam lhe ser assegurados. Em matéria tributária, todas as leis posteriores à CF de 88 foram editadas para reduzir tais direitos: lei de constrição de bens, penhora *on line*, redução dos direitos de defesa administrativa, inclusão do nome do devedor no CADIN e Serasa para inviabilizar sua vida pessoal ou empresarial – fora os demais projetos em andamento, para transformar o Procurador-geral da Fazenda Nacional em magistrado, com competência para penhorar e leiloar os bens do contribuinte, sem necessidade de processo judicial – a não ser 30 dias após o leilão, quando for comunicada ao Poder Judiciário a providência já tomada de apropriação dos bens do contribuinte presumivelmente considerado devedor do Fisco, quase sempre em ações de duvidosa legalidade.

Na área penal, a prisão provisória sem processos iniciados, tem representado sensível redução do direito de defesa, principalmente pelo fato de que as autoridades públicas e o Ministério Público quase sempre pedem a prisão baseados em trechos pinçados e fora do contexto de conversas telefônicas, muitas vezes, possivelmente, editadas.

O inciso LV é, talvez, o mais desvalorizado dos princípios constitucionais consagrados pelo constituinte de 88.

O inciso LVI proíbe a utilização de provas obtidas ilicitamente; o LVII não permite considerar ninguém culpado antes do trânsito de julgado de qualquer decisão, muito embora, nas prisões provisórias e preventivas, o cidadão já o seja, pelas autoridades que pediram e concederam a medida privativa da liberdade. É dispositivo cuja aplicação mereceria melhor análise, visto que o clima de “terror”, criado pelas escutas telefônicas autorizadas, não se compara com o existente ao tempo do regime de exceção imposto pelos militares.

O inciso LVIII não permite que se submeta à identificação criminal aquele que estiver civilmente identificado, salvo exceções; o LIX admite ações privadas em crimes de ação pública; o LX permite o sigilo, em determinadas hipóteses, afastando a publicidade dos atos processuais. O inciso LXI não autoriza prisão, senão em flagrante delito ou por ordem escrita, havendo exceção para os crimes militares; o LXII impõe que seja comunicado à família do preso sua prisão e local em que se encontra; o inciso LXIII declara que o preso tem o direito de ser informado de seus direitos, garantindo-se a faculdade ao silêncio, a assistência da família e de advogado; o inciso LXIV garante o direito do preso a conhecer

a identidade de seus acusadores; o inciso LXV, o direito de relaxamento da prisão, quando ilegal, assim como o inciso LXVI não permite que ninguém fique preso se a lei permitir liberdade provisória, com ou sem fiança.

O inciso LXVII proíbe a prisão civil por dívida, exceção feita à pensão alimentar ou do depositário infiel.

Os incisos LXVIII ao inciso LXXII cuidam de medidas processuais, judiciais, expressamente constitucionalizadas. São todas de controle difuso. Tratam, de rigor, do processo civil e penal, com instrumentos judiciais constitucionalizados.

O primeiro deles, o LXVIII assegura o *habeas corpus*, e o LXIX, o mandado de segurança.

Os dois institutos vêm das Constituições anteriores, sendo que o desdobramento do *habeas corpus* e do mandado de segurança, no que concerne ao primeiro, quanto às ameaças à liberdade ou prisões ocorridas, e o segundo, à violação de direitos líquidos e certos por autoridades, deram-se a partir da Constituição de 1891.

A inovação reside no mandado de segurança coletivo (inc. LXX), que pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional ou por órgão sindical ou entidade de classe ou associação. À evidência, alargou-se o direito do cidadão de se proteger contra atos de lesão a seu direito, praticados por autoridades.

O mandado de injunção, previsto no inciso LXXI é novidade e objetiva a edição de normas para tornar eficaz a aplicação imediata de disposições relevantes da lei suprema, em situações concretas, fazendo com que não permaneçam com eficácia meramente programática. E o *habeas data* (inc. LXXII) é instrumento processual que permite ao cidadão obter certidão das informações que as autoridades possuam a seu respeito, inclusive para retificar dados que estejam incluídos nos cadastros governamentais.

A ação popular (inciso LXXIII) é instrumento constitucional à disposição de qualquer cidadão, objetivando preservar a moralidade pública, o meio ambiente ou o patrimônio histórico e cultural.

O inciso LXXIV garante assistência jurídica integral e gratuita aos carentes; o inciso LXXV assegura a indenização por parte do Estado por erro judicial. O inciso LXXVI determina que o registro civil de nascimento e a certidão de óbito sejam gratuitos aos pobres, assim como o LXXVII, a gratuidade do *habeas corpus* e do *habeas data*, quando necessários ao exercício da cidadania.

Por fim, o inciso LXXVIII assegura – em termos, porque na prática não é o que ocorre – a celeridade processual, sendo a expressão “razoável duração” uma expressão lírica, colocada na lei suprema e que não corresponde a realidade dos fatos.

Por fim, o § 1º garante a aplicação imediata das normas constitucionais relativas a direitos e garantias individuais, que constitui também norma pragmática,

DATAS MAGNAS, SESSÕES CULTURAIS, POSSES

porque muitos deles não têm sido assegurados, e sim reduzidos pela lei (inciso LV) e pela jurisprudência. O § 2º acrescenta que há outros direitos e garantias individuais assegurados na Constituição, como por exemplo, os relativos às limitações ao poder de tributar (art. 150) e os que derivam de tratados internacionais incorporados à Constituição.

Como o STF declarou que os tratados internacionais ingressam, no direito pátrio, em nível de lei ordinária, a E.C. n. 45 declarou, em 2005, que aqueles direitos, que, a meu ver, já constituíam parte da Constituição, deixaram de sê-lo, a não ser que venham a ser aprovados por 3/5 das duas Casas Legislativas, em dois turnos. Há aparente contradição na dicção dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal.

Finalmente, o § 4º declara que o Brasil se submete ao Tribunal Penal Internacional, matéria não pacífica na doutrina pátria, entendendo eu que qualquer brasileiro poderá escusar-se a julgamento no Tribunal Internacional e exigir que seja julgado no Brasil, sob pena de lesão ao seu direito de defesa, à luz do inciso XXXV.

Em linhas gerais, são estes os principais direitos e garantias fundamentais da Constituição Brasileira.