



**Este item** está licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 3.0 Brasil

**Você tem o direito de:**

- **Compartilhar** — copiar e redistribuir o material em qualquer suporte ou formato
- **Adaptar** — remixar, transformar, e criar a partir do material

O licenciante não pode revogar estes direitos desde que você respeite os termos da licença.

**De acordo com os termos seguintes:**

- **Atribuição** — Você deve dar o **crédito apropriado**, prover um link para a licença **e indicar se mudanças foram feitas**. Você deve fazê-lo em qualquer circunstância razoável, mas de maneira alguma que sugira ao licenciante a apoiar você ou o seu uso.
- **NãoComercial** — Você não pode usar o material para **fins comerciais**.
- **Compartilhalgual** — Se você remixar, transformar, ou criar a partir do material, tem de distribuir as suas contribuições sob a **mesma licença** que o original.

**Sem restrições adicionais** — Você não pode aplicar termos jurídicos ou **medidas de caráter tecnológico** que restrinjam legalmente outros de fazerem algo que a licença permita.



**This item** is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 Brazil License.

**You are free to:**

- **Share** — copy and redistribute the material in any medium or format.
- **Adapt** — remix, transform, and build upon the material.

The licensor cannot revoke these freedoms as long as you follow the license terms.

**Under the following terms:**

- **Attribution** — You must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made. You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use.
- **NonCommercial** — You may not use the material for commercial purposes.
- **ShareAlike** — If you remix, transform, or build upon the material, you must distribute your contributions under the same license as the original.

**No additional restrictions** — You may not apply legal terms or technological measures that legally restrict others from doing anything the license permits.

# Direitos e garantias fundamentais

JOSAPHAT MARINHO

*Tema: Direitos e garantias fundamentais. Da razoabilidade das leis delimitadoras de direitos. Limites da legislação reguladora.*

## 1. Delineamento do tema

Enumerar os direitos e garantias fundamentais e conceituá-los, individuando-os, é tarefa dispensável, numa assembléia de juristas, se o tema se reveste, como no caso, de caráter genérico. Para considerá-los em sua dimensão filosófica e real, assinale-se, de princípio, que direitos e garantias, sem revelação da especificidade de hoje, foram proclamados em documentos históricos diversos, afirmaram-se, entre conflitos, no mundo político e jurídico, incorporando-se à personalidade humana, nas suas diferentes projeções no meio social. Da Petição de Direitos, de 1628, na Inglaterra, à Declaração de Virgínia, de 1776, à Declaração francesa de 1789, à Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 1948, e à parte dogmática das Constituições, para invocar apenas os textos mais amplos, há uma extensa conquista de faculdades, resultante de longo processo dialético.

Os "direitos naturais, inalienáveis e sagrados", da Revolução Francesa, convertem-se nos direitos individuais, políticos e sociais, originários da própria sociedade, porém carregados de valores, que ultrapassam as regras políticas, variáveis na configuração diversificada dos Estados. Fortalece essa idéia a reafirmação de "fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres", constante do preâmbulo da Carta das Nações Unidas. Reflete o mesmo alto sentido a proclamação da Assembléia Geral ao definir a "Declaração Universal dos Direitos do Homem como

Josaphat Marinho é Senador, Advogado e Prof. da Universidade Federal da Bahia.

Exposição no XVI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, em São Paulo, em 22.5.95.

o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações”, e ao confiar na “adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional”, para fazê-la observada.

Houve, pois, mudança profunda na concepção dos direitos do homem: do jusnaturalismo ou naturalismo jurídico para o humanismo jurídico, na linguagem dos filósofos. Em termos sociológicos, poder-se-á dizer: da concepção individualista para a concepção social. Assim os direitos do homem e suas garantias adquiriram forma propriamente jurídica, relevante densidade política e social e eficácia crescente, sem ser plena. Não se trata de situação objetiva inalterável, mas de *status* evolutivo de firmeza demonstrada pela experiência quase universal. Conquanto manifestando inquietação diante da “realidade quotidiana”, Jean Morange reconheceu, em 1985, que “jamais, na história humana, a expressão *direitos do homem* obteve tamanho êxito”. E acentuou o professor de Limoges: “quaisquer que sejam as desilusões que possam suscitar, as liberdades públicas apresentam, ao menos, a superioridade de constituir uma realidade jurídica”<sup>1</sup>. Por não ser estática nem acabada, antes sempre mutável, essa realidade gera problemas constantes, a que imprimem extensão variável o poder racional do homem e a coexistência de interesses contrapostos.

## 2. Caracterização dos direitos fundamentais

A primeira questão consiste em indagar quais são e como se caracterizam os direitos fundamentais. O propósito não é de os quantificar, e sim de os qualificar, na sua generalidade. Não há número certo na enunciação dos direitos fundamentais, pois têm diversificado a esse respeito as Declarações históricas, bem como os textos das Constituições, atendendo a circunstâncias de tempo e de espaço. Declarações e Constituições individualistas, anteriores à Primeira Grande Guerra, não contemplavam, de regra, os direitos sociais e econômicos. A mudança na posição do Estado, de abstencionista para intervencionista, é que lhes proporcionou recepção no direito positivo, e como prestações que deviam ser asseguradas ao indivíduo. Singular, porém não divergente dessa tendência, tem sido o critério do constituinte francês. Em 1946, não incluiu na Constituição texto formal de declaração de direitos e garantias. No preâmbulo, reafirmou “solenemente os direitos e as liberdades do homem e do cidadão consa-

grados pela Declaração dos Direitos de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos nas leis da República”. Em desdobramento do preâmbulo, proclamou, “como particularmente necessários a nosso tempo, os princípios políticos, econômicos e sociais” concernentes à igualdade entre o homem e a mulher, ao direito de asilo, ao dever de trabalhar e ao direito ao emprego, à ação sindical, ao direito de greve, à participação do trabalhador, por seus delegados, na fixação coletiva das condições de trabalho e na gestão da empresa, à transformação em propriedade da coletividade de todo bem ou empresa, cuja exploração adquira os caracteres de um serviço público nacional ou de um monopólio de fato, e à proteção da família, da criança, do adulto, do idoso, inclusive quanto à instrução, à formação profissional e à cultura, conforme a situação apurada. Em 1958, também no preâmbulo, e de modo conciso, o legislador proclamou “solenemente sua adesão aos direitos do homem e aos princípios da soberania nacional, tais quais foram definidos na Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946”. A menção solene aos direitos do homem, abrangendo os oriundos da Revolução Francesa e os mais modernos, de índole social e econômica, não só lhes dá real configuração jurídica, como confere ao preâmbulo irrecusável valor de norma eficaz.

Adotada a técnica referencial, no estilo francês, ou a especificativa, da generalidade das Constituições, o resultado prático é um só – de relevo e amplitude dos direitos e garantias fundamentais, sem exclusão dos que, não declarados, sejam compatíveis com o sistema estabelecido. Desse modo se há de entender a diretriz dominante, diante de pactos constitucionais como o brasileiro (§ 2º, art. 5º), em que os direitos e garantias expressos não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios consagrados, ou de compromissos internacionais. Esses Estatutos básicos permitem compreensão renovadora de seus textos, sem alteração formal. Podem recolher, por interpretação, tendências inovadoras conciliáveis com seus sistemas. Treves examinou o problema em face do art. 2º da Constituição italiana, segundo o qual “a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem”, mesmo situado o indivíduo nas “formações sociais” em que prolonga sua personalidade. Indagando se o complexo dos direitos individuais tem feição “exemplificativa ou taxativa”, concluiu pela abrangên-

<sup>1</sup> MORANGE, Jean. *Droits de l'Homme et libertés publiques*, PUF, 1985, pp. 9 e 12.

cia dos “direitos eventualmente não declarados”, apesar de haver decisão judicial em contrário<sup>2</sup>.

Não se deve considerar, portanto, apenas a letra das Declarações ou das Constituições, para conceituar os direitos fundamentais, tendo como “critério o da fonte da sua atribuição”, consoante pareceu a Castro Mendes<sup>3</sup>. Ao contrário, com a evolução cultural e política, influências da sociedade incidem sobre as normas e lhes comunicam novos valores, modificativos dos direitos, como ocorreu com a equiparação dos filhos, ou com a admissão de igualdade entre o homem e a mulher na união conjugal, a que a Carta brasileira de 1988 deu relevo especial (art. 226, § 5º e art. 227, § 6º). Apura-se uma interação constante de fatos e normas. Se o legislador tarda de promover a adequação conveniente, a realidade supera o texto, inclusive por meio da exegese construtiva. O estado de necessidade social, aos poucos, determina a correção do direito escrito. O conteúdo dos textos preeminentes não escapa a esse processo de renovação. Bernard Schwartz salientou que a Declaração de Virgínia, “como direito vivo”, se encontra “em estado de fluidez”, e lembrou que “conceitos e princípios”, não há muito “considerados, indevidamente, radicais”, já foram admitidos no arcabouço das Constituições<sup>4</sup>. Sem dúvida, entram nessa categoria o princípio de igualdade dos filhos e o de garantia do meio ambiente adequado ou ecologicamente equilibrado (Const. Esp., art. 39, § 2º e art. 45; Portugal, art. 36, § 4º e art. 66, § 5º; Brasil, art. 227, § 6º, e art. 225). Há que ressaltar, igualmente, a extensão de direitos fundamentais a pessoas coletivas, como as organizações sindicais.

### 3. Questões incidentes

Dentro dessa expansão crescente, questões diversas seguem os contornos dos direitos reconhecidos. É importante indagar, a exemplo, se os direitos sociais participam da mesma natureza dos direitos individuais, para o efeito de

<sup>2</sup> TREVES, Giuseppino. *Principi di Diritto Pubblico*, 2ª ed., Unione - Tipografico - Editore Torinese, 1973, p. 329.

<sup>3</sup> CASTRO MENDES, João de. “Direitos, Liberdades e Garantias - Alguns aspectos gerais”, in *Estudos sobre a Constituição*, ob. col., 1ª v., Liv. Petrovov, Lisboa, 1977, p. 101.

<sup>4</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade*, trad. de A. B. Pinheiro de Lemos, Forense Universitária, 1979, p. 218.

considerá-los imunes à ação reformadora. A Constituição de 1988 não os colocou, nomeadamente, sob igual proteção (art. 60, § 4º, IV), porém os situou no mesmo Título - Dos Direitos e Garantias Fundamentais - e cumpre ver a destinação deles de resguardar a dignidade da pessoa humana. Se o caráter analítico da Carta vigente aconselha alguma ressalva, a tese, contudo, subsiste quanto à essência das provisões específicas. Relevante é considerar, também, a necessidade de correlacionar sempre liberdade e igualdade, por ser certo que, legitimamente, uma não se afirma sem o amparo da outra. Liberdade sem o suporte de igualdade é força insustentável, precária. Igualdade sem liberdade é instrumento criador de privilégios. Daí Etienne Balibar realçar a *identificação* dos dois valores, os quais reúne no termo - por ele mesmo dito “voluntariamente barroco” - *l'egaliberté*<sup>5</sup>.

O progresso científico e tecnológico, ampliando os conhecimentos e aptidões do homem, seus meios de ação, de domínio da natureza, fortalece e inova direitos. A especialização técnica ou científica avançada propicia oportunidades e vantagens excepcionais. Mas essa evolução também cria riscos, que ameaçam a fisionomia dos direitos humanos. Gérard Cohen - Jonathan, já em estudo de 1984, apontou a inseminação artificial, as práticas de fecundação *in vitro*, a intervenção cirúrgica modificativa de sexo, pelo quanto repercutem sobre a pessoa e seu corpo, como problemas delicados, que exigem “limites de aplicação”, “disciplina deontológica da pesquisa”. Arrolou, ainda, a pretensão do transexual de retificar “os atos da vida civil”<sup>6</sup>. Ao lado dessas questões, surgem outras, como a relativa à queda de aproveitamento da mão-de-obra em consequência da multiplicação e perfeição das máquinas, que substituem o homem. Na Espanha, todo o número de uma revista foi dedicado ao fenômeno, descortinando-se “a perspectiva do pesado desemprego estrutural”<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> BALIBAR, Etienne. *Les frontières de la démocratie*, Editions La Decouverte, Paris, 1992, p. 134.

<sup>6</sup> COHEN, Gérard Jonathan, “Progrès Scientifique et Technique et Droits de l'Homme” in *Droit et Libertés a la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Influences des données économiques et technologiques* - Études offertes a Claude Albert Colliar, Paris, Pédone, 1984, pp. 123-154.

<sup>7</sup> Revista *O Socialismo do Futuro - O futuro do trabalho* - Fundação Sistema, n. 6, 1993, inclusive trab. de Adam Schaff, p. 11.

Aos responsáveis pela formação e manutenção da ordem constitucional e jurídica geral cabe, pois, atentar nesses problemas, para que não sejam desfigurados, ou prejudicados na sua finalidade, direitos fundamentais. A normatividade estabelecida deve servir de medida aos processos de desenvolvimento científico e tecnológico, porque não há mudanças substanciais, na sociedade moderna, à margem de um postulado regulador da conduta.

#### 4. Delimitação de direitos

As limitações legais são um consectário lógico dos direitos admitidos. A bipolaridade poder-dever pressupõe lindes às faculdades e obrigações, para que o equilíbrio se mantenha nas relações necessárias ou criadas. Pode dizer-se que direitos e garantias são limitados pelo império da convivência. A técnica legislativa institui medidas e prevê formas destinadas a circunscrever as ações humanas, mas, em última análise, tais práticas se criam e se legitimam pelos vínculos irremovíveis da vida em comum. A multiplicidade de normas e de modos de contenção resulta, enfim, da capacidade do homem de produzir fatos, ou de sua necessidade de os disciplinar e reduzir ou ordenar seus efeitos.

Conquanto preeminentes na ordem jurídica e política, os direitos e garantias fundamentais não têm caráter nem valor absoluto. Superiores diante dos mecanismos de poder, do Estado ou dos indivíduos e de suas criações, estão sujeitos, na sua projeção e eficácia, aos limites naturais decorrentes do tecido social. Todo direito é relativo, por sua origem e sua finalidade social. A natureza fundamental de certos direitos não pode negar ou desfazer traço essencial das relações humanas, como o da coexistência regulada.

Em páginas de intensa clareza e objetividade, o Professor Gomes Canotilho, embora analisando o problema à base preponderante da Constituição de Portugal, fixa conceitos e diretrizes de alcance geral. Distinguindo os direitos fundamentais especificamente declarados nas Constituições e os "dispersos" no contexto básico, bem assim os de "natureza análoga" e os atribuídos "a pessoas coletivas e organizações", situa o homem como "ponto central da titularidade de direitos". Examina, porém, a delimitação dos direitos fundamentais sob vários ângulos, inclusive pelo confronto entre o homem e o cidadão de países diferentes e pela consideração dos textos em sua totalidade. Com assinalável prudência, admite uma "sistemática de limites". Sem aceitar, de plano, as "limita-

ções imanentes", realçou, como exemplo, a restrição à "greve total nos serviços de saúde, em salvaguarda do direito à vida"<sup>8</sup>, obviamente por ser direito de todos.

Visto o problema em face do regime constitucional brasileiro, não parece possível admitir a existência de direitos ilimitados. A Constituição de 1988, desde a proclamação do Estado Democrático de Direito ao enunciado de "princípios fundamentais", como a "cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político" (art. 1º), ou o "objetivo" de "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (art. 3º), indica que não reconheceu ou instituiu direitos de valor indeterminado. Tanto menos se há de acolhê-los diante da declaração "dos direitos e deveres individuais e coletivos" (art. 5º), "dos direitos sociais" (arts. 6º e 11) e "dos direitos políticos" (art. 14). O complexo desses princípios e direitos tem como suportes essenciais a liberdade e a igualdade, que não protegerão a universalidade das pessoas se cada indivíduo e cada cidadão não estiverem submetidos a restrições, em benefício de todos. Essa inferência torna-se verdade palpante com o reconhecimento da igualdade de todos perante a lei, no art. 5º, e a instituição do sufrágio universal e do voto direto e secreto, com valor igual para todos, no art. 14. Envolvendo o indivíduo e o cidadão nesse mandamento amplo de igualdade, a Constituição faz presumir, necessariamente, que só é legítimo o direito que não afronte o de outrem, o que pressupõe limitação irremissível ao poder de cada titular. Essa certeza se robustece, especialmente, com o disposto no Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, fundada para "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" (art. 170). Numa sociedade de desiguais, social e economicamente, não se assegurará a todos existência digna, nem justiça ampla, se a ordem jurídica e política não vigiar as diferenciações, que dividem os homens em poderosos e fracos. A correção há de ser feita pelos órgãos do Estado, aos quais cabe restabelecer o equilíbrio de direitos, violado pela realidade condenável. Nesse processo corretivo de desigualdades, para restaurar o equilíbrio entre pessoas, o Estado, evidentemente, não deve ofender o núcleo do direito de ninguém, mas garantir a paridade reclamada pela Constituição, em favor da

<sup>8</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5ª ed., Liv. Almedina, Coimbra, 1991, pp. 529-639, esp., pp. 566-567, 615, 620-621.

paz social.

Do ângulo da igualdade, como de outro qualquer, a exegese da Constituição há de atentar no conjunto sistematizado, para não lhe ser infiel.

Será fraude à Constituição a lei que, a título de regulá-la, a deformar ou a subverter, ferindo-lhe o texto, ou o espírito, como terá igual sentido a emenda assim estruturada.

Sem afirmação linear ou dogmática, antes tendo em conta os contrastes reais, certo é que “o conceito mesmo de direito contém em si a perspectiva de uma limitação necessária das liberdades”, na penetrante observação de Alain Renaut e Lucas Sosoc<sup>9</sup>.

Nessa esteira de compatibilidade com o sistema, hão de ser vistas e definidas as garantias.

### 5. *Garantias fundamentais*

São as garantias gerais e específicas, em verdade, que servem de lastro à ordenação dos direitos contrapostos na sociedade. Muitas vezes confundidas com estes, é próprio diferenciá-los para lhes preservar a finalidade institucional. Se a Constituição mesma, como se tem notado, já é uma segurança de direitos, a classificação das garantias, com efeitos distintos, representa forma adequada de resguardar direitos de configuração variada. É justo ponderar, também, que há garantias na Constituição que não se confundem com os remédios, “medidas ou processos especiais” nela previstos, como bem assinala o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Segundo ele bem acentua, tais garantias “buscam prevenir, não corrigir”, a exemplo do que prescreve o art. 5º, inciso IV, da Constituição, que assegura a livre manifestação do pensamento e assim impede a censura, vedando, porém, o anonimato<sup>10</sup>. Entre outras provisões constitucionais de igual sentido, estão a que prescreve que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º XXXIX), e a que proíbe lei penal retroativa, “salvo para beneficiar o réu” (art. 5º XL). Todas visam impedir a afronta a direitos essenciais.

Há, porém, garantias procedimentais específicas, protetoras da eficácia dos direitos fundamentais, no domínio civil e no penal. Se não

<sup>9</sup> RENAUT, Alain e SOSOC, Lukas. *Philosophie du Droit* (Recherches Politiques), PUF, Paris, 1991, p. 121.

<sup>10</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 17ª ed., Saraiva, 1989, pp. 251-252.

cabe estudá-las amplamente, é imperioso ver que a Constituição de 1988 timbrou nessa proteção, mantendo o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a ação popular, e criando o mandado de segurança coletivo, o *habeas data* e o mandado de injunção (art. 5º, incisos LXIX a LXXIII). Desses remédios, reveste-se de maior singularidade o mandado de injunção, instituído para suprir “a falta de norma regulamentadora” – dir-se-ia, tecnicamente, reguladora – “que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (inc. LXXI). Instituto novo no direito positivo nacional e adotado com tamanho propósito, o Supremo Tribunal o tem interpretado e aplicado cautelosamente, evitando emitir a norma reguladora que “falta”. Não a editou, ainda, provendo lacuna do Poder Legislativo, quando defere o mandado: ordinariamente, comunica o reconhecimento da demora, para a providência reclamada. Não é unânime esse entendimento na Corte. O Ministro Carlos Mário Velloso, divergente e vencido, sugere que se torne “expresso que o Tribunal, julgando procedente a injunção, elaborasse a norma para o caso concreto”. Esclarece, porém: “Segundo penso, a Constituição apenas explicitaria o que está implícito no inciso LXXI do art. 5º”<sup>11</sup>. Não desprezando a diretriz firmada, a Corte, contudo, tem alargado a interpretação do texto. Assim, no Mandado de Injunção nº 384-0, do Rio de Janeiro, militares da Aeronáutica “atingidos pela legislação excepcional do regime militar, e viúvas de militares em idêntica situação, pleitearam mandado de injunção” contra ato omissivo do Congresso Nacional, impeditivo de se beneficiarem “da reparação de natureza econômica prevista no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. Decidiu a Corte, por maioria de votos, em sessão plenária, sendo relator para o Acórdão o Ministro Celso de Mello, “julgar procedente, em parte, o pedido”, já renovação de outro. Consigna a ementa: “Com a persistência do estado de mora do Congresso Nacional, que, não obstante cientificado pelo STF, deixou de adimplir a obrigação de legislar que lhe foi imposta pelo art. 8º, § 3º, do ADCT/88, reconhece-se, desde logo, aos beneficiários dessa norma transitória a possibilidade de ajuizarem, com fundamento no direito comum, a pertinente ação de reparação

<sup>11</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva, *Temas de Direito Público*, Liv. Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1994, p. 116.

econômica"<sup>12</sup>. A diversidade de situação, decorrente do prolongamento da mora do Congresso, provocou ou justificou a ampliação de exegese da norma.

Desse modo, a variação de circunstâncias pode acarretar mudança na compreensão dos preceitos discutidos. Conseqüentemente legítima, em princípio, a mudança, apreciável em cada caso, dela podem advir, em relação a direitos e garantias, efeitos diferentes e controversos. Essa situação vincula-se à conceituação dos direitos e garantias fundamentais.

O relevo do fenômeno é tanto maior nos sistemas jurídicos, da índole do brasileiro, em que o princípio da declaração de inconstitucionalidade repousa em ação especial e direta (CF, art. 102, I, *a*, e art. 103), proponível, também, "por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional" (§ 2º, art. 103). Se o princípio de declaração da inconstitucionalidade opera, efetivamente, como uma garantia suprema, tem influência ponderável sobre a existência e a dimensão dos direitos, de todas as categorias. Direitos e garantias, portanto, desdobram-se em vasos comunicantes.

#### 6. Limites da legislação reguladora

Na interação constante dos direitos e garantias, e diante dos efeitos daí resultantes, é preciso vigilância sobre o conteúdo das leis que os regulam. Necessária a regulação, não deve ampliar ou restringir direitos, nem estabelecer procedimentos que proporcionem alterar-lhes o cerne. Regular direitos, constitucionalmente instituídos, não significa modificar-lhes a natureza ou a extensão, porém assegurar-lhes cumprimento, mediante normas que esclareçam, completem e tornem exequível o mandamento fundamental. Regular garantias, concernentes a direitos constitucionais, implica o poder de disciplinar a proteção deles e sua exequibilidade, *de definir o espaço natural de sua eficácia*. Garantias não podem conter regras ofensivas da índole ou da amplitude dos direitos.

Às vezes as Constituições estabelecem pressupostos à ação reguladora. A Constituição da Espanha estipula que a "função social" do direito de propriedade e de herança "delimitará" o conteúdo deles (art. 33, §§ 1 e 2). Também preceitua que "a lei regulará a organização e o controle parlamentar dos meios de comunicação social dependentes do Estado" respeitando o pluralismo da sociedade e das diversas

línguas da Espanha (art. 20, § 3). E ordena que só por lei, que deverá respeitar sempre seu conteúdo social, pode regular-se o exercício dos direitos e liberdades fundamentais (art. 53, I). A Constituição de Portugal, entre outras normas de teor semelhante, declara que "as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais" (art. 18, § 3). Extraindo desse dispositivo a idéia de inatingibilidade de "um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias", o Professor Gomes Canotilho<sup>13</sup> fixa um conceito básico para a limitação das leis reguladoras. Sem lhes diminuir a força legítima, traçalhes contorno coerente com o Estado de Direito, a que é inerente a noção de poder circunscrito, quanto a todas as manifestações de autoridade.

A Constituição brasileira contém poucas regras claras no sentido das que acabam de ser expostas. No art. 8º (I) prescreve que "a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente". Logo após o reconhecimento da "propriedade privada", ajunta-lhe a função social (art. 170, II e III). Já estão duas normas que delimitam expressamente o procedimento do legislador ordinário. Todo o sistema da Constituição, entretanto, como já observado, conduz à limitação dos direitos, de sorte que tratamento igual se há de conferir, logicamente, às leis que os regulam.

#### 7. O homem e seus direitos e garantias

Saliente-se, em conclusão, que direitos e garantias terão sempre valor precário, se o homem, destinatário deles, não influir nas decisões coletivas. As leis não têm vida própria. O ser humano é que, em posição paralela ou contraposta ao Poder, *as revigora ou as enfraquece*, com sua vigilância e visão crítica.

Michel Virally raciocina que o Direito seria inconcebível como ciência, se já não existisse como "realidade social"<sup>14</sup>. Embora entre a norma ou a teoria e a realidade social haja influência recíproca, é exato que os princípios, doutrinários ou revestidos de positividade, têm maior

<sup>13</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, ob. e ed. cit., p. 630.

<sup>14</sup> VIRALLY, Michel. "Notes sur la validité du droit et son fondement", in *Recueil d'Etudes en hommage a Charles Eisenmann*, Editions Cujà, Paris, 1975, p. 453.

<sup>12</sup> Acórdão no MJ nº 384-0, Rio de Janeiro, de 5 de agosto de 1993.

aceitação, e em consequência mais vigor, na medida em que correspondem a uma reivindicação geral, ou se harmonizam com o espírito coletivo. Se, por vezes, a lei opõe-se à ordem dominante, ou exerce papel marcadamente educativo, é porque já expressou o pensamento comum de mudança. De qualquer modo, a participação do indivíduo é essencial para imprimir eficácia espontânea às normas criadas, reduzir a resistência de grupos descontentes, ou debilitar a lei injusta, ou inadequada.

A presença vigilante do indivíduo é tanto mais indispensável porque os direitos do homem, embora continuamente invocados e louvados, nem sempre são respeitados. Ao contrário, há desrespeitos freqüentes, na ordem interna dos Estados e no domínio internacional, como ainda agora ocorre, sobretudo na Europa.

Enfim: a vigilância da pessoa humana fortalece ou abate o instrumento normativo. É garantia e medida permanente dos direitos e garantias formulados.