

As garantias dos direitos fundamentais, inclusive as judiciais, nos países do Mercosul

Jairo Gilberto Schäfer

Sumário

1. Introdução. 2. Garantias dos direitos fundamentais. 2.1. Conceito. 3. Classificação das garantias dos direitos fundamentais. 3.1. Garantias de rigidez constitucional dos direitos fundamentais. 3.2. Garantias judiciais dos direitos fundamentais. 3.3. Garantias de eficácia dos direitos fundamentais. 3.4. Garantia da Divisão dos Poderes (autonomia e independência do Poder Judiciário). 3.5. Garantia da superioridade da Constituição (controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos). 4. Considerações finais.

1. Introdução

As sociedades contemporâneas e o sistema mundial em geral estão a passar por processos de transformações sociais rápidos e profundos que põem definitivamente em causa as teorias e os conceitos, os modelos e as soluções anteriormente considerados eficazes para diagnosticar e resolver as crises sociais, no ensinamento de Boaventura de Sousa Santos¹, uma vez que a imposição de uma sociedade civil mundial, conseqüência irreversível da globalização, em virtude da complexidade de sua estrutura, denuncia a incapacidade da utilização do instrumental teórico tradicional, centrado no conceito de Estado Soberano.

Nesse contexto, a teoria dos direitos fundamentais, em virtude das transformações do direito na sociedade contemporânea – percebendo-se uma internacionalização do direito constitucional acompanhada de uma

Jairo Gilberto Schäfer é Juiz Federal em Santa Catarina, Mestrando em Direito pelo CPGD/UFSC, Professor de Direito Constitucional na Escola Superior da Magistratura Federal de Santa Catarina.

redução de seu espaço –, deve sofrer uma revisão profunda, objetivando adequá-la aos novos paradigmas da sociedade, que se caracteriza pela complexidade de suas relações, em que o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta, em que a geração dos direitos transindividuais passa a ser objeto do estudo do jurista, pois o “direito só existe no plano das relações humanas, devendo então ser pensado não como um instrumento que opõe um homem contra o outro, mas como um instrumento que harmoniza a convivência de ambos”².

Patrice Gélard ensina que a internacionalização do Direito Constitucional tem várias explicações e a mais considerável é a internacionalização dos Direitos do Homem, pois temos

“aqui um fenômeno que podemos datar de 1948, quando da adoção da Declaração Universal dos Direitos do Homem e, mais tarde, da adoção do Pacto de Teerã sobre os Direitos Civis e Políticos e os Direitos Econômicos e Sociais. Essa redação internacional dos Direitos do Homem deve ser igualmente examinada paralelamente à concepção européia dos Direitos do Homem e à inserção de jurisdições que asseguram sua proteção”³.

Conforme anotado por Canotilho, a complexidade política e jurídica criada pela comunidade jurídica dos povos dos estados integrados na União Européia (exemplo vivo da internacionalização do direito constitucional) lança novos desafios à teoria da constituição, uma vez que esta terá de teorizar a ‘arte da forma supranacional’ e de fornecer suportes dogmáticos para a compreensão de uma nova ordem jurídica, em que se mostra presente a existência de órgãos e poderes de decisão supranacionais⁴.

Nesse desiderato, os povos da América Latina encontram-se diante de um processo integrativo profundo e irreversível, com a formação de um mercado comum, rompen-

do-se barreiras alfandegárias e obstáculos históricos. O surgimento do Mercosul (países signatários originários: Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai) determina o aporte de novas preocupações teóricas no âmbito do Direito Constitucional, pois se mostra imperioso o afastamento da tendência atual de integração meramente alfandegária, buscando-se cristalizar uma integração cultural entre os povos, inclusive com harmonização possível dos sistemas jurídicos de proteção aos direitos fundamentais. Na acepção de Sílvio Dobrowolski⁵, aliás, a integração dos países do Mercosul somente será possível

“se os respectivos Estados se basearem em sistemas de valores compatíveis entre si, de modo a poder efetivar-se a sua harmonização e, por via de consequência, dos seus sistemas jurídicos, a partir das suas Constituições”.

Objetiva o presente trabalho verificar a possibilidade da harmonização das garantias dos direitos fundamentais, inclusive as judiciais, tendo por ponto de partida um estudo comparativo dos textos constitucionais dos países integrantes do Mercosul, pressupondo-se ser a integração jurídica fundamental ao sucesso de qualquer projeto de integração.

2. *Garantias dos direitos fundamentais*

2.1. *Conceito*

Utiliza-se a expressão “*garantias dos direitos fundamentais*” para significar os mecanismos jurídicos que dão estabilidade ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo.

Clássica e bem atual é a

“contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias,

por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.”⁶

Ou seja, o Texto Constitucional, pretendendo manter sua força normativa, estabelece institutos jurídicos cujos objectivos centram-se na protecção de seu núcleo essencial, meios mediante os quais é possível tornar eficaz concretamente os direitos declarados em seu corpo, ou, ainda, protecção contra ataques à manutenção dos preceitos constitucionais. A esses instrumentos jurídicos é que se reserva a expressão ‘garantias dos direitos fundamentais’: de um lado, a declaração dos direitos; de outro lado, a estes ligados indissociavelmente, os mecanismos de sua protecção.

Segundo doutrina Carl Schmitt, a garantia do direito fundamental dirige-se, com diferentes graus de eficácia, (1) aos órgãos governamentais competentes para revisar a Constituição, (2) aos órgãos competentes para editar as leis infra-constitucionais e (3) às demais autoridades do Estado, sobretudo aquelas integrantes do Poder Executivo⁷, exteriorizando o efeito vinculatório complexo e totalizante que é característica desse instituto jurídico-constitucional. A diferenciação proposta não passou despercebida ao gênio de Ruy Barbosa, ao estabelecer o carácter meramente *declaratório* das disposições que conferem direitos e a função *assecuratória* das garantias constitucionais⁸.

3. Classificação das garantias dos direitos fundamentais

As garantias dos direitos fundamentais podem sofrer diversas classificações, dependendo dos preceitos teóricos utilizados pelo intérprete. No presente trabalho, em virtude de se buscar estabelecer um quadro comparativo entre os diversos textos constitucionais dos países do Mercosul, serão utilizadas cinco categorias classificatórias: a) garantias de rigidez constitucional dos direitos fundamentais; b) garantias judiciais (remédios constitucionais); c) garantias de eficácia dos direitos fundamentais; d) garantia da divisão dos poderes (autonomia do Poder Judiciário); e) garantia da superioridade da Constituição (controle de constitucionalidade das leis).

3.1. Garantias de rigidez constitucional dos direitos fundamentais

Conceito: entende-se por rigidez constitucional dos direitos fundamentais os preceitos inseridos no texto constitucional que protegem os direitos fundamentais da intervenção modificadora ou supressora do legislador constitucional futuro, limitando-lhe sobremaneira os poderes, criando um núcleo essencial intangível ou estabelecendo procedimentos diferenciatórios quando do processo de revisão. Para Carl Schmitt⁹, a reforma dificultada é uma característica formal da Constituição, exteriorizando uma garantia de duração e estabilidade¹⁰. A garantia de rigidez constitucional, pois, caracteriza-se “pela inserção de determinados limites à atuação do poder público, das pessoas em geral e do legislador infraconstitucional no que se refere à protecção dos direitos fundamentais”¹¹.

3.1.1. *A Constituição Brasileira de 1988*: A Constituição brasileira, em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, determina que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, criando expressamente um núcleo constitucional intangível pelo Consti-

tuinte Revisor. Assim, no atual sistema constitucional brasileiro, os direitos fundamentais foram elencados à categoria de “cláusulas pétreas”, cuja imunidade constitui um dos mais eficazes instrumentos de sua proteção. De acordo com a Jurisprudência da Suprema Corte brasileira, essa cláusula protetiva alcança inclusive aqueles direitos fundamentais que não se encontrem expressamente elencados no catálogo do artigo 5º da Constituição Federal, como, por exemplo, a garantia de anterioridade tributária, inserta no artigo 150 da Constituição Federal: a Corte Constitucional, ao apreciar a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93 e da Lei Complementar nº 77/93, no que se refere à criação do IPMF (Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira), reconheceu a possibilidade de existência de um direito fundamental que não se encontra relacionado no catálogo do artigo 5º da Constituição Federal, adotando um critério material na sua conceituação¹².

3.1.2. *A Constituição do Paraguai*: O Texto Constitucional paraguaio efetua uma diferenciação clara entre *reforma* da Constituição e *emenda* da Constituição. Em seu artigo 289, determina que a *reforma* da Constituição somente poderá ser procedida após dez anos de sua promulgação. Uma vez declarada a necessidade da reforma, o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral chamará a eleição dentro do prazo de 120 dias. De outro lado, a Constituição, em seu artigo 290, estabelece a possibilidade de *emenda* à Constituição, após três anos de sua promulgação, mediante iniciativa da quarta parte dos legisladores, do Presidente da República ou de 30% dos eleitores. O texto íntegro da emenda deverá ser aprovado por maioria absoluta nas duas Câmaras. Após, o texto é enviado ao Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, para que convoque um *referendum*. Estabelece a norma, ainda, que não poderá ser utilizado o procedimento de *emenda* para aquelas disposições dos Capítulos I, II, III e IV do Título II da Parte I (o título II mencionado refere-se aos direitos e as garantias

fundamentais). Assim sendo, no sistema constitucional do Paraguai, os direitos fundamentais igualmente encontram-se protegidos por uma cláusula impeditiva de modificação ou supressão por meio do processo denominado Emenda Constitucional, havendo necessidade do procedimento de reforma da Constituição da aprovação popular.

3.1.3. *A Constituição do Uruguai*: A Constituição uruguaia não estabelece matérias retiradas do âmbito do poder reformador, somente exigindo, em seu artigo 331, procedimentos que diferem dos procedimentos aplicáveis ao processo legislativo ordinário. Assim, a Constituição poderá ser reformada: a) por iniciativa de 10% dos cidadãos, que será submetida à decisão popular, na eleição mais próxima; b) projeto de iniciativa de 2/5 dos Componentes da Assembléia Geral, que será submetido ao plebiscito na primeira eleição que se realize; c) Projeto dos Senadores, Representantes e Poder Executivo, que deverá ser aprovado pela maioria absoluta dos componentes da Assembléia Geral. Após, o projeto é apreciado por uma Convenção Nacional Constituinte, convocada especificamente para apreciar esse projeto. Aprovado o projeto pela Convenção, este deve ser ratificado pelo Corpo Eleitoral, convocado pelo Poder Executivo (os votantes expressarão “sim” ou “não”), sendo que a reforma deverá ser aprovada por maioria de votos, necessária a participação de, no mínimo, trinta e cinco por cento dos cidadãos inscritos no Registro Cívico Nacional; d) a Constituição poderá ser reformada, ainda, por leis constitucionais, mediante aprovação de 2/3 do total de componentes de cada uma das Câmaras. O projeto deverá ser aprovado pelo eleitorado, convocado especialmente para esse fim, mediante conformidade da maioria absoluta dos votos emitidos.

3.1.4. *A Constituição da Argentina*: Em seu artigo 30, determina a Constituição argentina a possibilidade da reforma no todo ou em qualquer de suas partes, havendo ne-

cessidade, para isso, de declaração do Congresso, com o voto de 2/3, ao menos, de seus integrantes. Todavia, a reforma não poderá ser efetuada senão por uma Convenção convocada para esse fim.

Comparando-se as quatro Constituições, conclui-se ser ponto coincidente a presença de um sistema constitucional rígido, ou seja, a adoção de um regime de modificação do Texto Constitucional diferenciado daquele utilizado para introduzir no ordenamento jurídico as leis ordinárias. O sistema mais eficaz para a proteção dos direitos fundamentais parece ser aquele adotado pela Constituição Uruguaia, cujas disposições pertinentes a sua alteração, embora a ausência de impeditivo à modificação ou supressão das normas regulamentadoras dos direitos fundamentais, traduzem um sistema protetivo com flagrante cunho democrático, em que sempre quem dará a última palavra sobre as alterações é o cidadão, traduzindo uma força estabilizadora indiscutível da norma constitucional, afastando-se, aqui, aquele problema apontado por boa parte da doutrina quando do estudo de constituições que vedam a alteração das normas consagradoras dos direitos fundamentais, qual seja, a submissão das gerações futuras às regulamentações das gerações passadas (caso da Constituição do Brasil). Em sentido oposto, a Constituição da Argentina é a que menos proteção formal confere aos direitos fundamentais, pois não cria um núcleo intangível ao poder reformador nem condiciona a modificação da Constituição à aprovação popular, criando, em consequência, uma instabilidade de vigência e eficácia das normas protetivas dos direitos fundamentais.

3.2. *Garantias judiciais dos direitos fundamentais (Remédios Constitucionais)*

Por definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim “valerão inteira-

mente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais e culturais”¹³. As garantias judiciais dos direitos fundamentais, também conhecidas por remédios constitucionais, permitem tornar concretos os direitos fundamentais, que se encontram tão-somente declarados no Texto Constitucional. A maior ou menor dificuldade no acesso ao Poder Judiciário para efetiva proteção dos direitos fundamentais, sem dúvida, é sinal de aprimoramento cultural de um povo, refletindo a intenção de materialização dos princípios norteadores da democracia. Nesse passo, mostra-se de fundamental importância a questão atinente à morosidade da prestação jurisdicional, mal maior do Poder Judiciário, nas palavras do Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal¹⁴, sendo a solução do problema, por meio de busca de soluções concretas e viáveis, como a adoção dos juizados especiais de pequenas causas no âmbito da Justiça Federal, com liberação do regime do precatório para essas demandas, racionalização dos recursos processuais, com valorização do magistrado de primeiro grau, adoção de súmula impeditiva de recursos, imperiosa para a plena eficácia dos direitos fundamentais, situação que, no âmbito dos países componentes do Mercosul, não é exclusiva do Brasil.

3.2.1. *A Constituição brasileira de 1988*: Inquestionavelmente, avanços notáveis foram introduzidos pela “Constituição Cidadã” ao tratar da defesa judicial dos direitos, criando institutos jurídicos antes inéditos em nosso sistema, sempre com a intenção de cercar os direitos fundamentais da mais ampla possibilidade protetiva, bem como instituindo mecanismos para tornar eficaz o direito diante da omissão do Poder Público: a) *garantia do acesso ao Poder Judiciário*, ao estabelecer a Constituição, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, com previsão da gratuidade do acesso (artigo 5º, inciso LXXIV) e dos insti-

tutos da substituição e da representação processual; b) *habeas-corpus*: remédio jurídico atualmente utilizado para proteger a liberdade de locomoção. Interessante observar que o instituto do *habeas corpus* brasileiro apresenta uma evolução histórica que o singulariza definitivamente, a ponto de ser criada a chamada “doutrina brasileira” do *habeas corpus*. Com efeito, consoante ensina Seabra Fagundes¹⁵, a conceituação do *habeas corpus* na Constituição brasileira de 1891 é expressa numa fórmula que não o vincula à proteção da liberdade de locomoção, mas, sim, genericamente, à proteção contra ‘violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder’. O Supremo Tribunal Federal, rendendo-se às postulações de Rui Barbosa,

“expressivas daquilo que ele próprio denominaria, alhures, de ‘contumácia da verdade’, e tirará, do novo texto, ilações capazes de converterem o vetusto remédio do Direito britânico em instrumento de proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder e, indiretamente, de defesa das próprias instituições republicanas” (p. 104);

c) *Mandado de Segurança*: o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal consagra esse instituto:

“Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

Direito líquido e certo, para fins de Mandado de Segurança,

“pressupõe a demonstração de plano do alegado direito e a inexistência de incerteza a respeito dos fatos. Sustenta-se na incontestabilidade destes, verificando-se quando a regra jurídica, que incidir sobre fatos incontestáveis, configurar um direito da parte.” (STJ, Rel. Min. Salvo de Figueiredo, DJ 20-04-92 pg: 05256);

d) *Mandado de Segurança Coletivo*: trata-se de umas das inovações da Constituição de 1988, sendo regulado o instituto no artigo 5º, inciso LXX:

“O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

Trata-se, segundo melhor doutrina¹⁶, de um instrumento coletivo de tutela de direitos individuais:

“O mandado de segurança protege direito individual. Não substitui a ação popular ou a ação civil pública. Naquele realça o interesse particular. Nestas, o interesse público; o postulante só reflexamente se beneficiará do que requer”. (STJ, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ DATA:5-2-90 PG:00447) “O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do *writ*, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.” (Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, MS 22132/RJ, DJ 18-11-96, pp 39848);

e) *Mandado de Injunção*: instrumento constitucional conducente à eficácia plena dos direitos conferidos pela Constituição, previsto no artigo 5º, LXXI:

“Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Inobstante a intenção da norma constitucional criadora do mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal, chamado a julgar a extensão do instituto, acabou por suprimir a sua utilidade prática, decidindo pela inviabilidade de o Poder Judiciário produzir, concretamente, a norma individual impeditiva do pleno gozo do direito concedido na Constituição Federal, apenas declarando a existência de mora legislativa, o que, por certo, não supre a pretensão do titular do direito: mandado de injunção é ação

“outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional” (STF. Mandado de Injunção 107-3-DF – Questão de Ordem –, Rel. Min. Moreira Alves).

Em sentido contrário, colhe-se o posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso, para quem a Corte, ao julgar procedente o mandado de injunção, deverá elaborar a norma para o caso concreto¹⁷; f) *habeas-data*: Inovação da Constituição de 1988, enunciada no artigo 5º, inciso LXXII:

“Conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informa-

ções relativas a pessoa do impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”;

g) *ação popular*: prevista no artigo 5º, LXXIII: “Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a 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, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento das custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Trata-se de um típico instrumento de exercício da cidadania; h) *ação civil pública*: consagrada no artigo 129, III, da Constituição: “Para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

3.2.2. *A Constituição do Uruguai*: a) *habeas corpus*: artigo 17: Em caso de prisão indevida, o interessado ou qualquer pessoa poderá interpor perante o juiz competente o recurso de *habeas corpus*, a fim de que a autoridade coatora explique e justifique de imediato o motivo legal da prisão, devendo decidir o juiz indicado; b) *gratuidade do acesso à justiça* (art. 254).

3.2.3. *A Constituição do Paraguai*: a) *habeas corpus* (artigo 133: poderá ser preventivo, reparador ou genérico); b) *ação de amparo* (artigo 134: pode ser equiparado ao nosso mandado de segurança, com a particularidade de ser possível sua utilização contra ato de particular); c) *habeas data* (artigo 135).

3.2.4. *A constituição da Argentina*: a) *habeas corpus* (artigo 43, parte final); b) *habeas data* (artigo 43); c) *ação de amparo* (artigo 43: com amplitude maior que o mandado de segurança brasileiro, inclusive podendo ser interposto contra ato de particular). Deve-se atentar para as particularidades da ação de amparo no sistema constitucional argenti-

no, cuja amplitude o eleva a efetivo instrumento de defesa de direitos individuais, coletivos e difusos (meio ambiente e defesa do consumidor). Aquela pretensão que, no sistema brasileiro, deve ser instrumentalizada mediante diversas ações (mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, *habeas data*, ação popular, ação civil pública), na Constituição argentina encontra a sua satisfação plena por meio da ação de amparo, o que torna mais eficiente a defesa dos direitos constitucionais. Constitui o amparo o

“mais prestigioso meio para implementar um verdadeiro ‘processo constitucional’. A tutela fundamental que a ação de amparo procura são os direitos fundamentais das pessoas – direitos humanos –. (...) Apesar da aparente amplitude assinalada ao amparo pela Constituição argentina, a Corte Suprema de Justiça da Nação tem reiterado, depois da reforma constitucional de 1994, o caráter subsidiário da ação”¹⁸.

3.3. *Garantias de eficácia dos direitos fundamentais*

3.3.1. *A Constituição brasileira de 1988:*

a) aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, consoante parágrafo 1º do artigo 5º, assim redigido: “As normas definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicação imediata”; b) mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI); c) ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º, Constituição Federal):

“Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

3.3.2. *A Constituição do Uruguai:* a) aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, consoante artigo 332: os pre-

ceitos da Constituição que reconhecem direitos aos indivíduos não deixam de ter aplicabilidade por falta de regulamentação respectiva, sendo a lacuna suprida recorrendo-se aos fundamentos de leis análogas, aos princípios gerais de direito e às doutrinas geralmente admitidas.

3.3.3. *A Constituição da Argentina:* impossibilidade de as garantias e direitos reconhecidos na Constituição serem alterados por leis que regulamentem o seu exercício (artigo 28), não havendo outro preceito constitucional regulando, de forma expressa, a eficácia das disposições referentes aos direitos fundamentais.

3.3.4. *A Constituição do Paraguai:* as garantias contempladas na Constituição serão reguladas por lei, consoante disposto no artigo 131, havendo, portanto, disposição expressa delegando à legislação infraconstitucional o poder regulamentar dos direitos fundamentais, retirando a eficácia imediata das garantias contempladas.

3.4. *Garantia da divisão dos poderes (autonomia e independência do Poder Judiciário)*

3.4.1. *Constituição do Brasil de 1988:*

a) a independência do Poder Judiciário é princípio fundamental da República, consoante disposto no artigo 2º; b) ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira (artigo 99); c) os Juizes, em virtude da necessidade da autonomia do Poder Judiciário, gozam de garantias (que são, em verdade, dos cidadãos)¹⁹: vitaliciedade; inamovibilidade; irredutibilidade de vencimentos (apenas nominal, segundo o Supremo Tribunal Federal) – artigo 95; d) os Juizes de primeiro grau são escolhidos por meio de concurso público (art. 93, inciso I).

3.4.2. *Constituição da Argentina:* o Poder Judiciário é independente em sua relação com os outros poderes do Estado²⁰: a) o artigo 109 da Constituição estabelece que em nenhum caso o Presidente da Nação pode exercer funções judiciais; b) a administra-

ção do Poder Judiciário, no âmbito federal, é efetuada pelo Conselho da Magistratura (art. 114); c) garantia dos Juízes: artigo 110 estabelece a inamovibilidade e a intangibilidade de seus vencimentos; d) designação de magistrados: adotou-se, em termos gerais, o sistema constitucional norte-americano, sendo a designação dos juízes realizada segundo critérios das instituições políticas do Estado (Poder Executivo e Poder Legislativo). Na ordem federal, os juízes inferiores são selecionados pelo Conselho da Magistratura (artigo 114).

3.4.3. *Constituição do Uruguai*: a independência do Poder Judiciário tem direta relação com a situação funcional dos magistrados, motivo pelo qual as garantias estatuídas estão dirigidas a assegurar a todos os cidadãos a imparcialidade do magistrado²¹: a) independência do Poder Judiciário: princípios da independência, submissão à lei, da unidade de jurisdição, exclusividade, igualdade de acesso à justiça não estão expressamente previstos na Constituição, mas decorrem de uma interpretação harmonizada; b) ingresso na carreira: os juízes são designados pela Suprema Corte de Justiça, a qual, por sua vez, é nomeada pela Assembléia Geral do Poder Legislativo; c) os juízes gozam das garantias: estabilidade, independência econômica.

3.4.4. *A Constituição do Paraguai*: a) independência e função do Poder Judiciário encontram-se nos artigos 247 e 248: o Poder Judiciário é o guardião da Constituição, sendo que a administração da Justiça está a cargo do Poder Judiciário, sendo garantida a sua independência; b) designação de seus membros: os membros dos Tribunais e juízes de toda a República serão designados pela Corte Suprema de Justiça (artigo 251); c) inamovibilidade dos magistrados está garantida no artigo 252; d) imunidade dos magistrados: artigo 255.

3.5. *Garantia da superioridade da constituição (controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos)*

3.5.1. *A Constituição do Brasil*: a Constituição do Brasil prevê, em matéria de controle de constitucionalidade, expressamente o sistema concentrado (artigo 102, inciso I, letra "a"), decorrendo do artigo 5º, XXXV, da CF o sistema difuso. O sistema constitucional vigente, em sintonia com sua própria tradição, e guardando forte semelhança, nesse aspecto, com o esquema norte-americano, em que pese as substanciais diferenças culturais, sociais, econômicas dos respectivos contextos, consagra ao Poder Judiciário o *judicial control*, a capacidade de, em cada caso concreto, decidir e decretar a inconstitucionalidade das leis, decretos, regulamentos, atos dos Poderes Públicos e questões, em geral, submetidas ao seu crivo, competindo-lhe, com exclusividade, o controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos (Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Moreira Alves, ADIMC-221/DF, DJ 22-10-93, pp 22251).

Em virtude dessas características históricas, a Constituição Federal de 1988 dedicou-se com cuidado à defesa judicial dos direitos dos cidadãos (a chamada jurisdição constitucional), prevendo diversos institutos, antes inéditos no nosso sistema, para conferir efetividade aos direitos e garantias elencados pela Carta Magna (ressaltam-se o *habeas data*, o mandado de injunção e o mandado de segurança coletivo). No que se refere ao controle de constitucionalidade das leis, preservou a Constituição de 1988 o sistema misto, qual seja, conjugação do sistema americano (difuso) com o sistema austríaco (concentrado), ampliando-se, contudo, sobremaneira, a legitimação ativa para a ação direta de inconstitucionalidade. O modelo concentrado de fiscalização da constitucionalidade das leis está previsto no artigo 102, I, 'a', da Constituição Federal, enquanto o sistema difuso decorre da cláusula inserida em seu artigo 5º, XXXV.

Novidade teoricamente questionável restou inserida na Carta da República por meio da Emenda Constitucional nº 3/93, ao instituir a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes*, vinculando todos os intérpretes da norma, consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 04, uma vez que se está negando a presunção de legitimidade e de constitucionalidade da norma legal.

3.5.2. *A Constituição da Argentina*: a Constituição da Argentina adotou o sistema difuso de controle da constitucionalidade: na Argentina, o controle de constitucionalidade não é concentrado, mas difuso. Vale dizer, qualquer juiz da República é competente para exercer a jurisdição constitucional nas causas em que é chamado a entender²². No artigo 43 da Constituição Argentina, encontra-se referência expressa à possibilidade de o Juiz, no caso concreto, declarar a inconstitucionalidade de uma lei infraconstitucional.

3.5.3. *A Constituição do Paraguai*: segundo o disposto no artigo 137, carecem de validade todas as disposições e atos de autoridades opostos ao estabelecido na Constituição, cabendo ao Poder Judiciário interpretar, cumprir e fazer cumprir a Constituição (artigo 247).

3.5.4. *A Constituição do Uruguai*: segundo o artigo 256, as leis poderão ser declaradas inconstitucionais por razão de forma ou de conteúdo. Compete à Suprema Corte o conhecimento e a decisão originária e exclusiva sobre a matéria (artigo 257). A declaração de inconstitucionalidade de uma lei poderá ser requerida, segundo o artigo 258: a) via de ação, que deverá ser ajuizada perante a Suprema Corte de Justiça; b) por via de exceção, que poderá ocorrer em qualquer procedimento judicial. O juiz ou tribunal que entender, em qualquer procedimento judicial, inconstitucional uma lei poderá solicitar de ofício a declaração de inconstitucionalidade de uma lei. Nesse caso, suspende-se o procedimento, levando-se a causa ao conhecimento da Suprema Corte de Justiça. Ou seja, elegeu a Constituição do Uruguai um sistema concentrado de controle da constitucionalidade, delegando a um único órgão da estrutura do Poder Judiciário o poder de decidir sobre a constitucionalidade dos atos normativos.

4. Considerações finais

As disposições constitucionais dos países integrantes do Mercosul atinentes às garantias dos direitos fundamentais seguem as enumerações constantes nos tratados internacionais, havendo uma indiscutível preocupação com a concretização da democracia enquanto valor fundamental dos povos. Nesse sentido, percebe-se clara ênfase na proteção judicial dos direitos fundamentais, instituindo-se instrumentos eficazes e céleres para a defesa das posições constitucionais, sendo um elemento decisivo na otimização dos valores agregados pelas respectivas Constituições.

Para que a defesa dos direitos fundamentais não seja mera retórica constitucional, mostra-se imprescindível o aprimoramento do Poder Judiciário, conferindo-lhe as garantias necessárias à configuração da independência jurisdicional, requisito inafastável à segurança do cidadão, consoante bem apreendido por Sílvio Dobrowolski²³.

Os instrumentos básicos de defesa dos direitos fundamentais encontram-se devidamente contemplados nas Constituições dos países signatários originários do Mercosul, como a) rigidez constitucional; b) garantia da divisão dos poderes (autonomia do Poder Judiciário); c) garantia da superioridade da Constituição (controle de constitucionalidade); d) previsão de remédios judiciais de defesa de direitos constitucionais, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança ou a ação de amparo. No que se refere à divisão dos poderes e à independência do Poder Judiciário, mostra-se neces-

sária a inserção, em alguns textos constitucionais, de normas mais claras deferindo a autonomia aos juízes, o que passa pela previsão de garantias individuais dos magistrados (que têm por objetivo a proteção do jurisdicionado) e pela adoção de um sistema de escolha de juízes que não tenha por suporte critérios políticos, fator que se mostra decisivo à consolidação do regime democrático no âmbito do Mercosul.

Por fim, em virtude da constatação da existência de uma harmonização possível entre os sistemas jurídicos dos países do Mercosul, deve ser aprofundada a discussão envolvendo a criação de um Tribunal Judicial comum aos povos do Mercosul, com atribuições em matéria envolvendo direitos e garantias fundamentais, situação que geraria uma maior segurança na efetiva integração política e cultural dos países signatários, imprimindo uma maior uniformidade no trato de questões que, atualmente, não mais podem ser mantidas restritas às fronteiras nacionais.

Bibliografia

BARBOSA, Ruy. *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934, vol. V.

BELAUNDE, Domingo Garcia. *El habeas corpus en America Latina*. In: Revista de Estudios Políticos, 97:105/124.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN-939 / DF AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator Ministro SYDNEY SANCHES. Publicação DJ DATA-18-3-94 PP-05165, EMENT VOL-01737-02 PP-00160. Julgamento 5/12/1993 - TRIBUNAL PLENO.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22132/RJ, DJ. 18-11-96, p. 39848, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 107-3-DF, Rel. Min. Moreira Alves.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ. 20-4-92, p. 05256.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, Dj. 5-2-90, p. 00447).

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CHOMSKI, Noam e DIETERICH, Heinz. *La sociedad global*. México: Joaquín Mortiz, 1996.

DOBROWOLSKI, Sílvio. *Harmonização, no Âmbito do Mercosul, das Garantias Constitucionais e Processuais dos Direitos fundamentais e o Acesso à Justiça*. In: Revista da ESMESC, 4: 227/240.

ECHAVARRIA, Juan Jose Solozabal. *Algunas cuestiones basicas de la teoria de los derechos fundamentales*. In: Revista de Estudios Políticos, 71:87/99.

FAGUNDES, Seabra. *A evolução do sistema de Proteção jurisdicional dos direitos no Brasil Republicano*. In: Revista de Direito Público, 23:103/111.

FERRAJOLI, Luigi. *O estado constitucional de direito hoje: o modelo e sua discrepância com a realidade*. Texto extraído da Internet em 12 de julho de 1997, comunicação apresentada pelo autor no verão de 1994 num seminário organizado por Jueces para la Democracia sobre "A crise do poder judicial na crise do estado de direito: Itália-Espanha, uma reflexão comparada", publicado pela Editorial Trotta, Madrid, 1996, sob a direção de Perfecto Andrés Ibáñez. A presente tradução foi feita do original italiano por Eduardo Maia Costa, publicado na Revista do Ministério Público, nº 61:29.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das "cláusulas pétreas"*. In: Cadernos de Direito Constitucional, 13:05/10.

GÉLARD, Patrice. *As transformações do Direito Constitucional na sociedade contemporânea*. Texto extraído da Internet em 12 de julho de 1997.

IANNI, Octávio. *A sociedade global*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1996.

LOMBARDI, Eduardo. *Principios Constitucionales y Organizacionales del Poder Judicial Uruguayo: Forma de Ingreso. Carreira. Responsabilidad Administrativa, Penal y Civil. Proceso para la Pérdida del Cargo*. In: Revista da ESMESC, 4:173/185.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

JÚNIOR, José Alcebiades de Oliveira (org.). *Cidadania coletiva*. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. *As garantias dos direitos fundamentais*. IN: Revista de Informação Legislativa, 31:41/46.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

URTUBEY, Rodolfo José. *El sistema de Administración de Justicia en Argentina*. In: Revista da ESMESC, 4: 41/66.

ZORRERO, Manuel Dominguez. *Estados excepcionales y garantías de derechos fundamentales en latinoamérica*. In: Revista de Estudios Políticos, 81:265/276.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*. In: Revista da AJUFE, outubro/dezembro 1994, 24:44.

Notas

¹ *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortêz, 1995.

² JÚNIOR, José Alcebiades de Oliveira, *Cidadania coletiva*, p. 24.

³ *As transformações do Direito Constitucional na sociedade contemporânea*. Texto extraído da Internet em 12 de julho de 1997.

⁴ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1214.

⁵ *Harmonização, no âmbito do Mercosul, das garantias Constitucionais e processuais dos Direitos Fundamentais e o Acesso à Justiça*. In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, 4:228.

⁶ Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, p. 88.

⁷ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza universidad textos, 1996, p. 182.

⁸ *Commentarios à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1934, vol. V, p. 181.

⁹ SCHMITT, Carl. Op. Cit., p. 41.

¹⁰ Em virtude de se afastar dos objetivos do presente estudo, não se aborda a questão da fundamentação da inalterabilidade das cláusulas pétreas (é possível uma geração sujeitar às gerações futuras as suas leis?) ou a tese denominada “dupla revisão”, defendida por Jorge Miranda, a qual acaba por retirar toda a eficácia estabilizadora das “cláusulas pétreas”. A respeito, para maior aprofundamento, leia-se: “Significação e alcance das ‘cláusulas pétreas’”, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 13:05/10.

¹¹ QUADROS DE MAGALHÃES, José Luiz. *As garantias dos direitos fundamentais*. In: Revista de Informação Legislativa, 31:41/46.

¹² EMENTA: – Direito Constitucional e Tributário.

Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal.

1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da CF).

2. A Emenda Constitucional nº 3, de 17-3-1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, “b” e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros):

1 – o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, “b”, da Constituição);

2 – o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que é garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, “a”, da CF);

3 – a norma que, estabelecendo outras imunidades, impede a criação de impostos (art. 150, III) sobre: “b”) templos de qualquer culto; “c”) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e “d”) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão;

3. Em consequência, é inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13-7-1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, “a”, “b”, “c” e “d” da CF (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, LC nº 77/93).

4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. (ADIN-939 / DF AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator Ministro SYDNEY SANCHES. Publicação DJ DATA-18-3-94 PP-05165 EMENT VOL-01737-02 PP-00160. Julgamento 5-12-1993 – TRIBUNAL PLENO).

¹³ Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, p. 232.

¹⁴ “O Poder Judiciário: como torná-lo mais ágil e dinâmico: efeito vinculante e outros temas”. In *Verbis*, Caderno de Estudos, número 10, março de 1998, p. 153.

¹⁵ FAGUNDES, Seabra. *A evolução do sistema de*

proteção jurisdicional dos direitos no Brasil Republicano. In: Revista de Direito Público, 23:103/111.

¹⁶ “Do mandado de segurança coletivo há quem pense tratar-se de instrumento para salvaguardar unicamente direitos coletivos e assim chegou a decidir o Superior Tribunal de Justiça. Há, por outro lado, quem sustente poder ele ser utilizado tanto em defesa de direitos coletivos, quanto de direitos individuais. E, finalmente, em terceira orientação, estão os que pensam tratar-se, simplesmente, de instrumento para defesa coletiva de direitos subjetivos individuais. Esse entendimento mereceu o aval importantíssimo do Supremo Tribunal Federal. Finalidade – defesa de direitos subjetivos individuais. Em verdade, para proteção de direitos coletivos ou mesmo difusos, desde que líquidos e certos, contra ato ou omissão de autoridade, não se fazia necessário modificar o perfil constitucional tradicional do mandado de segurança. Muito antes da Constituição de 1988, que criou o mandado de segurança coletivo, a jurisprudência já admitia, por exemplo, que Sindicatos ou a Ordem dos Advogados do Brasil, impetrassem mandado de segurança – individual – para defender interesses gerais da classe, vale dizer, típicos direitos coletivos, pois que transindividuais, indivisíveis, pertencentes a um grupo indeterminado de pessoas. Tudo é apenas uma questão de legitimação: configurada lesão a direito difuso ou coletivo líquido e certo – e esta configuração certamente não é corriqueira – não haverá empecilho algum ao acesso dos legitimados a via mandamental tradicional. (...). Assim, a única novidade introduzida pelo constituinte de 1988

foi a de autorizar que o mandado de segurança possa ser utilizado por certas entidades para, na condição de substitutas processuais, buscarem tutela de um conjunto de direitos subjetivos de terceiros. O que há de novo, destarte, é apenas uma forma de defesa coletiva de direitos individuais e não uma forma de defesa de direitos coletivos.” (Teori Albino Zavascki, *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, Revista da AJUFE, outubro/dezembro 1994, p. 28).

¹⁷ *Temas de Direito Público*, Del Rey: Belo Horizonte, 1994, p. 174.

¹⁸ URTUBEY, Rodolfo José. *El sistema de administración de Justicia en Argentina*. In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, p. 57.

¹⁹ Por questão meramente didática, inseriram-se as garantias dos juizes neste tópico, qual seja, autonomia e independência do Poder Judiciário, inobstante sejam atributos que se refiram diretamente à independência dos juizes, necessária para sua posição de imparcialidade.

²⁰ URTUBEY, Rodolfo José. Op. Cit., p. 41.

²¹ LOMBARDI, Eduardo. *Principios Constitucionales y Organizacionales del Poder Judicial Uruguayo: Forma de Ingreso. Carrera. Responsabilidad Administrativa, Penal y Civil. Proceso para la Pérdida del Cargo*, p. 173.

²² Urtubey, Rodolfo José. *El sistema de Administración de Justicia en Argentina*, p. 50.

²³ *Harmonização, no Âmbito do Mercosul, das Garantias Constitucionais e Processuais dos Direitos Fundamentais e o Acesso à Justiça*, 239.

