

BREVES COMENTÁRIOS HISTÓRICOS SOBRE A NÃO EFETIVAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS

¹Bruno Barchi Muniz

¹Universidade Católica de Santos

Av. Conselheiro Nébias, 300 - Paquetá, Santos - SP

brunobarchi@gmail.com

Resumo

O presente trabalho tem como escopo analisar a não realização de direitos constitucionalmente previstos.

Palavras-chaves: constituição; direitos; efetivação.

Abstract

The present work has the objective to analyze the non-fulfillment of some rights based on the constitution.

Keywords: constitution; rights; fulfillment.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo busca analisar de forma breve não as crises constitucionais e dos Estados, já debatidas por pessoas muito mais aptas, mas como os ideais revolucionários impactaram na construção de constituições que são verdadeiras cartas de mentiras.

A maximização e ampliação de direitos até as fronteiras do impossível são hoje realidades normativas, distantes do mundo real. Mas quem há de ser contra os direitos conquistados a tão duras penas, não é mesmo? Qualquer mínima alteração que hoje prejudique quaisquer direitos de uma classe, mesmo que manifestamente injustos, pode ser defendida genericamente com base na “vedação ao retrocesso social”.

Da mesma forma, visualizaremos brevemente o fenômeno da proliferação das leis e dos direitos no plano ideal e a pouca observância no plano material, enquanto que a reserva do possível acabou se transmutando de uma adaptação à realidade a uma verdadeira e desinibida abdicação, por parte do Estado, em cumprir direitos que lhe são respectivos deveres, muito em razão de promessas vazias e desvirtuamento do que classicamente se espera de uma Constituição.

Nesse sentido, analisaremos também se nessa era dos direitos não estão esquecendo de algo muito importante: a quem cabem os respectivos deveres? Tudo isso não se deve apenas a uma pródiga, irresponsável e demagoga concessão de direitos a “canetadas”, mas a uma orquestrada maximização do Estado, já vinda desde o início do século passado, ampliada cada vez mais, até o colapso definitivo de um sistema. Quando iremos, enfim, olhar para a realidade?

2. DA COMPLETA AUSÊNCIA DE DIREITOS À INVOLABILIDADE TEÓRICA DE QUASE TODOS OS DIREITOS - AS GERAÇÕES OU DIMENSÕES

De fato, por muito tempo parece que houve apego à lição de Aristóteles, no sentido de que as leis devem ser feitas observando as “causas finais”. Isso significa um olhar adiante, priorizando-se o melhor estado do ser humano.

Na prática, o próprio filósofo entendia que as leis deveriam ser feitas observando não as crianças,

nem mesmo os velhos, mas o homem no seu apogeu, em seu estado máximo de vitalidade, pois a finalidade da lei não poderia se desviar de ser, realmente, a amplificação do melhor.

Inclusive por ideais cristãos definitivamente consagrados após milênios, não se há de vislumbrar ausência de proteção aos menores e aos idosos, sendo que nosso sistema normativo possui diplomas legais exclusivos para isso, destacando direitos específicos para se aplicar somente aos menores e aos idosos, em um exercício de suposta isonomia, muito embora tenda a dela transbordar em diversos aspectos.

Também com pretextos isonômicos, as mulheres hoje possuem direitos diferenciados dos homens. Pretos e índios diferem dos brancos no que se refere às cotas, feitas, mais uma vez, com o suposto interesse em tornar iguais os direitos.

O Estado do Bem-Estar Social é uma realidade e parece que não nos livraremos dele tão cedo, se é que queremos dele nos livrar, mesmo já dando francos sinais de sua decadência mesmo onde melhor se desenvolveu.

Mesmo já estando aparentemente com seus dias contados, ou pelo menos com a sua aptidão completamente exaurida, o movimento é muito novo, inclusive se observarmos a história mais recente das declarações de direitos. Isso não impedirá, provavelmente, que muitos revolucionários ainda relancem novas formas apoiadas em velhas teorias, insistindo que antes não funcionou porque “não era o verdadeiro Estado do Bem-Estar Social”. A proposta é, de fato, muito sedutora para os povos: Estado rico e que fornece tudo ao povo, que tem direitos quase irrestritos!

Aprofundando a questão, em passado não tão distante em termos históricos, mas de já alguns séculos, começou a se falar em “direitos do homem”, enquanto que, na verdade, estava se falando em o que hoje chamaríamos de “garantias do homem”. Se nossa Constituição Federal é pródiga em apontar direitos e garantias, antigamente, praticamente só se viam garantias, ainda que se falassem em “direitos”. Como se sabe, quem tem um “direito” tem um terceiro obrigado a um respectivo “dever”, algo que parece que esquecemos e que precisa ser lembrado, como veremos adiante, oportunamente.

Nesse sentido, do nosso moderno ponto de vista, um direito é uma certeza de que alguém vá lhe fazer ou ceder alguma coisa. Do ponto de vista constitucional, esse alguém quase sempre será o Estado, atuando de forma direta ou indireta. Uma “garantia”, por outro lado, será uma certeza de que o Estado - e, agora, apenas o Estado, em quaisquer de suas feições - está obrigado a não lhe fazer algo. No direito inglês, ainda é forte a doutrina do “the king can do no wrong”. A coroa não comete erros nem vulnera direitos, seja pelo dar, fazer ou não fazer.

Mesmo que isso soe como um tremendo absolutismo, a Magna Carta de 1215 é reconhecida como o primeiro entrave colocado ao poder do Rei, sendo base histórica para todos os demais diplomas de contenção de poder, seja da realeza, seja do Estado fundado em repúblicas, como conhecemos mais recentemente.

Aliás, confirmando o que falamos acima, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a despeito de falar em direitos, fala predominantemente em garantias. Estabelece, em suma, coisas que o poder constituído não poderá fazer. Não há, de fato, reconhecimento de “direitos”, como os chamaríamos hoje em nossa Constituição e nas constituições modernas. Cem anos antes, o Parlamento Inglês impôs a “Bill of Rights” a Guilherme de Orange, também estabelecendo o que chamaríamos hoje de garantias.

A “Bill of Rights” norte americana, quase concomitante à declaração francesa, não é diferente. Seu propósito maior é definir o que o Estado não pode fazer contra o homem livre.

De fato, o homem desses séculos todos parecia ansioso por liberdade, conquistada não sem dificuldades imensas, no que a doutrina passou a chamar de “direitos de primeira geração ou dimensão”.

Curiosamente, essas “Constituições” citadas não falavam em “direito à vida”. Nada ou pouco se falou a esse respeito antes do final das duas Grandes Guerras. Assim, se a liberdade ampla, de ir e vir, política e religiosa estavam garantidas de forma já sedimentada, o direito à vida não tinha especial resguardo, senão através da obrigatoriedade de se observar o “due process of law”.

Ainda que sempre se mencione a Revolução Francesa como marco principal dessa era dos direitos (ou das garantias), vislumbra-se que as origens dessas garantias remontam à transição da Alta para a Baixa Idade Média, ainda que em aspectos principiológicos ainda não totalmente desenvolvidos, e que provavelmente nem poderiam ser, dado o espírito do tempo.

A Revolução Francesa realmente mudou o mundo, inclusive porque ela ainda não acabou. Os princípios prodigamente propagandeados - liberdade, igualdade e fraternidade - se referem especificamente às três gerações de direitos que hoje os juristas identificam no mundo, não sendo totalmente claro se todos os direitos que decorreriam daí já se realizaram. É curioso observar que esses princípios, ao menos do ponto de vista teórico, não eram uma grande novidade. A destinação dessa norma ao Estado, por outro lado, era, sim, revolucionária.

Se a primeira geração de certa forma foi antecédida por atos concretos realizados na Idade Média, eram questões de realização relativamente simples, pois impunham abstenções ao Estado. Já a “igualdade” e a “fraternidade” impõem atuação proativa do Estado, uma efetiva realização, que, como vemos hoje, é bastante disparatada. A verdade é que a pretexto de erradicar o absolutismo, os ideais da Revolução Francesa, de forma intencional ou não, acabaram por criar Estados tão gigantescos e absolutos que o absolutismo tradicional, por assim dizer, jamais imaginaria alcançar.

Ora, mesmo dentro da Revolução Francesa, a “liberdade” não foi observada assim tão amplamente quanto se propagandeava. Somente durante o Período do Terror, iniciado três anos após a publicação da sua Carta, guilhotinou aproximadamente 17.000 pessoas. O assassinato em massa da oposição certamente não era o exercício de um direito de liberdade, do Estado ou mesmo do Cidadão. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão ainda repudiava expressamente ordens arbitrárias. Haverá quem refute o dito acima alegando que durante o período do terror as garantias civis foram expressamente suspensas pela facção dos jacobinos que estava no poder. E é verdade.

Com a era dos direitos, não tardou a se iniciar, ironicamente, a era das exceções, senão a da hipocrisia. Quem sabe essa não é a manifestação da

Reserva do Possível para a primeira geração de direitos? Enfim, passamos dos direitos de primeira geração para os direitos de segunda geração e o chamado “declínio do Estado Liberal”.

Na segunda geração, almejava-se a “igualdade”. O momento histórico da Revolução Industrial, a volta em massa da população para as cidades, a diminuição dos espaços, as condições de trabalho que hoje seriam aterrorizantes, enfim, uma série de fatores levou à exigência desses tipos de direitos de “igualdade”. As reivindicações da classe trabalhadora eram fortes e, em muito boa parte, razoáveis e justas. Por outro lado, criou-se obrigações pesadas e inéditas para o Estado. Com o período da metade para o final da Primeira Guerra Mundial, surgiram as maiores obrigações de fazer impostas aos Estados, no sentido de conceder a todos saúde, educação, previdência, assistência social, trabalho, moradia.

Não há como se negar o caráter Revolucionário dessas medidas, tendo como consequência principal uma mudança drástica de pensamento e da própria natureza das coisas. Antes, ao menos em ideologia, a “liberdade” se conquistaria com um Estado cada vez menor, com mais poder ao povo e com garantias negativas contra o próprio Estado. Na prática, mesmo com essa limitação, verificou-se na prática um aumento desproporcional do Estado, em contrapartida ao que em teoria aparentemente se esperava.

Ao ter que efetivar a “igualdade”, o Estado, em teoria e na prática, precisaria se agigantar, pois, por mandamento constitucional, teria o dever de prover à população inúmeros direitos. As Constituições Mexicana, de 1917, e Weimar, de 1919, são os exemplos clássicos de diplomas desse período. Pouco tempo depois, os regimes fascistas também trouxeram direitos semelhantes, inclusive no Brasil, no período getulista, com clara inspiração naqueles. Até hoje o Brasil é travado por normas da CLT, vindas daquele período.

De fato, esta Revolução de direitos de segunda geração é atribuída aos trabalhadores, talvez um conceito modernizado dos também esquerdistas que desencadearam a Revolução Francesa. Acontece que as revoluções de esquerda, tanto a Francesa quanto a Russa, enquanto continuaram a propagar slogans dos trabalhadores, pouco observou dos direitos contidos nesses mesmos slogans, com trabalhadores ou quem quer que seja.

A Revolução Russa, iniciada em 1917, acabou por dar o poder aos soviets, representantes justamente das classes de trabalhadores. Entretanto, como é sabido, até a queda da URSS não havia liberdade ou igualdade, senão uma diabólica igualdade na miséria, excluídos os líderes partidários, obviamente. A doutrina de Lênin, primeiro líder da URSS é expressa em utilizar a violência, a mentira e a propaganda, suprimindo a liberdade de expressão, como meios de poder.

A liberdade foi definitivamente encerrada de pronto, extinguindo de uma só vez liberdades civis, políticas e religiosas e a propriedade, tornando o Estado o todo poderoso. O pretexto da liberdade a ceifou definitivamente, em âmbito inédito, muito pior do que em qualquer regime absolutista. Stalin, após assumir o poder, iniciou as famosas purgas, que, estima-se, mataram cerca de oito milhões, de acordo com os registros da NKVD. Os ideais de liberdade foram, para não polemizarmos muito, “relativizados”, inclusive sob aplausos de alguns que viviam em democracias liberais com aspectos mais “clássicos”.

Mesmo sob a égide dos direitos de segunda geração, pelo menos seis milhões de ucranianos foram mortos de fome em Holodomor. O gigantesco Estado Soviético não observou direitos de segunda geração derivados, supostamente, das revoluções de esquerda. Mesmo depois do final da Segunda Guerra Mundial, os campos de concentração nazistas não foram fechados, mas transformados nos gulags, que obviamente não observavam quaisquer direitos, muito menos os de segunda geração.

Curiosamente, nesse período surgiram também os “direitos humanos”, hoje incontestáveis mesmo por quem não conhece seu alcance, conteúdo e consequências, mas que já foram oportunamente criticados em obras expressivas. Em 1956, Nikita Khrushchev denunciou ao mundo os crimes de Stalin. Cinco anos depois, aprovou a construção do muro de Berlim, aprisionando os alemães no bloco soviético por quase três décadas, mantendo o esquecimento aos direitos de primeira geração.

Antes, em 1948, surgiu a ONU, dando início ao que se chamou de direitos de terceira geração, ligados à fraternidade. Consagrou-se em muitos Estados, inclusive no brasileiro, a “solidariedade” como objetivo fundamental, junto a outros, todos estampados no art. 3º, da nossa Constituição. Essa geração de direitos tem, com toda evidência, uma eficácia relativa, inclusive pelo teor do texto constitucional, que os coloca como “objetivos”, ao contrário dos direitos de segunda geração, pois, a título de exemplo, a Consti-

tuição diz que a saúde é um direito de todos e dever do Estado (art. 196).

De qualquer forma, inclusive pelo conteúdo, os direitos de terceira geração incluem propostas - pelo menos na teoria - de preocupação com a vida na Terra.

Como viverão as gerações presentes e futuras? Incluem também a observância e busca ao desenvolvimento, ao “progresso” (embora não se saiba exatamente o conteúdo dessa expressão), defesa do meio ambiente, dentre outros. Destacamos também que, na mesma esteira da ONU, os direitos de terceira geração propagam a autodeterminação dos povos. Ao mesmo tempo, colocam a defesa do meio ambiente à frente da vida humana e, surpreendentemente, advoga-se a propriedade sobre o “patrimônio comum” da humanidade.

Uma autodeterminação não tão autodeterminada assim. Até mesmo o direito à paz está dentre o rol dos direitos de terceira geração, como se por via jurídica fosse possível se determinar o fim das guerras e conflitos. Mesmo os princípios de não intervenção podem conflitar com o garantir do direito à paz. Na prática, são argumentados sempre com interesses políticos, não baseados em reais necessidades.

Não há como se negar o caráter Revolucionário também desta geração de direitos, talvez a maior de todas. Mas, a bem da verdade, tanto pela sua disposição nas constituições e normas internacionais, quanto pela ausência de coerção, pelo menos por ora, impedem a efetivação dessa nova dimensão jurídica. No entanto, partindo da premissa de que os direitos de terceira geração são reais objetivos para o futuro, temos duas consequências drásticas principais: o agigantamento ainda maior dos Estados, hoje já gigantes e, tendo em vista o “patrimônio comum” e a “solidariedade”, não sejamos ingênuos, caminhamos para uma tentativa, que não se sabe se será frutífera ou, sendo, como será o seu caminho, de criar um governo central mundial, talvez sob a autoridade da própria ONU, conservando-se apenas aparências de autodeterminação dos povos, talvez sob o enfoque de uma “manutenção da cultura local”.

Enfim, isso será assunto para outro momento. No atual, voltemos para o período imediatamente após o final das Grandes Guerras. No mundo liberal, ao contrário do mundo comunista, se notou a ob-

servância aos direitos de primeira e segunda geração. Nações criaram sistemas de educação e saúde pública, previdência e assistência social. Esses Estados, porém, em comum, receberam reclamações da ineficiência da execução desses direitos. Mesmo nos EUA, ativistas realizam até mesmo filmes documentários para explicitar a ineficiência do sistema. Mesmo sendo melhor do que o brasileiro, cujo sistema de saúde já foi eleito o pior de todos, de fato, existe defasagem entre a necessidade e a oferta.

3. A EFICÁCIA DA CONSTITUIÇÃO E A PROLIFERAÇÃO DA LEGISLAÇÃO

Tudo o que falamos e que se falará adiante diz respeito à eficácia dos direitos subjetivos, expressados na maioria dos Estados, inclusive no nosso, na Constituição. A Lei Maior traz os direitos de primeira, segunda e terceira gerações devidamente delineados, respectivamente, com garantias fundamentais, direitos sociais amplos e objetivos de solidariedade e fraternidade constitucionalmente consagrados, muitos ligados aos direitos sociais, inclusive.

Não raro encontramos nas argumentações dos procuradores e na jurisprudência que o dever de pagar certa contribuição social decorre do “dever de solidariedade”, na forma da Constituição. Enfim, não se discutirá aqui a ineficácia de o Estado arrecadar dinheiro em nome dos direitos sociais, mesmo porque, nesse campo, a eficiência é notória. Se discutirá a efetiva fruição dos direitos por parte da população.

A Constituição é expressa em dizer, no art. 5º, § 1º, que As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Nota-se que do ponto de vista normativo, a Constituição é muito proativa e faz determinações incisivas, comandando o Estado e a Administração Pública. Mesmo assim, a doutrina diferencia espécies de normas constitucionais que permitem ou não a fruição de direitos dada a completude que ela mesmo expresse, ou a necessidade de outra norma para estabelecer a real eficácia e fruição do direito.

Vejamos o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Vislumbrou o legislador constituinte uma possibilidade de tornar efetivos os direitos consagrados na Constituição de 1988. Para tanto, dispôs que “as normas definidoras dos direitos e garantias funda-

mentais têm aplicação imediata”.

(...)

A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem por limite a natureza das coisas. Isto é, não pode ter aplicação imediata, diga o que disser a Constituição, uma norma incompleta. E a melhor prova disto é que a Constituição, que no art. 5º, § 2º, afirma solenemente a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, prevê no mesmo art. 5º, LXXI, um mandado de injunção para o caso em que direitos, liberdades e prerrogativas fundamentais inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania não podem ser exercidos por falta de norma regulamentadora...

Em conclusão, somente podem ter aplicação imediata normas completas, suficientemente precisas na sua hipótese e no seu dispositivo, para que possam ter a plenitude da eficácia.

De fato, alguns direitos aparecem “incompletos” na Constituição. E isso não é, necessariamente, um defeito. A Constituição deve regular as matérias mais caras para a ordem constitucional, agindo, como se entende hoje em dia, como topo do ordenamento. Todo o resto deve dela decorrer em forma da legislação ordinária ou mesmo complementar, quando a Lei Maior assim estipular.

Acontece que certas inércias legislativas, como a citada pelo doutrinador acima, frustram direitos e é aí que entendemos que deve atuar o sentido da norma do art. 5º, § 1º. Nesse aspecto, não acreditamos que se trataria de ativismo judicial caso o juiz concedesse pedido para suprir tal questão. Claro que isso se limitaria ao exercício puro e simples do direito, excluindo dessa opinião decisões muito extravagantes que determinam situações que estão distantes do conteúdo da norma que expressaria um direito subjetivo. Um fenômeno que acompanha o constitucionalismo moderno é a proliferação de leis, regulamentações, enfim, toda sorte de diplomas normativos, nos inundando todos os dias com novidades que dificilmente serão utilizadas pelo povo.

A esse respeito:

Como se pode perceber a partir do que se disse até aqui, as principais constituições europeias da segunda metade do século XX introduziram impor-

tantes inovações em relação aos modelos constitucionais do século XIX. As maneiras são diferenciadas, mas é possível apreender alguns elementos comuns. Em primeiro lugar, ampliou-se muito o leque dos direitos fundamentais enunciados no âmbito constitucional: ao lado dos direitos de liberdade e de igualdade garantidos pelo direito, a proteção da equidade nas relações sociais foi inserida entre as finalidades do Estado, em uma perspectiva bem mais rigorosa que no passado. Esse objetivo constitucional legitima novos institutos e intervenções normativas que dizem respeito à previdência, à saúde, aos direitos de greve, à progressividade dos impostos, à condição feminina, entre outras.

(...)

Em quarto lugar, fortaleceu-se o papel da constituição em relação à lei. De um lado, pelas modificações da constituição e pelas leis de natureza constitucional (leis constitucionais ou leis orgânicas) introduziram-se processos mais rigorosos e maiorias parlamentares mais amplas em relação às prescritas para a aprovação das leis ordinárias. Por outro lado, e sobretudo, a conformidade da lei ordinária em relação às regras e aos princípios constitucionais é protegida - também aqui, de diferentes maneiras, mas com objetivo fundamentalmente convergente - através da instituição de um Tribunal de Justiça destinado especificamente para isso. Os princípios da constituição, até os de natureza programática, tornaram-se imperativos para o legislador nacional. A Constituição tornou-se “acionável”.

(...)

Essa função acentuada do nível constitucional e da sua jurisdição manifestou-se paralelamente com dois outros fenômenos ligados entre si: a ampliação da legislação ordinária e a crise das codificações. De fato, as leis se multiplicaram em todas as partes.

(...)

As razões desse fenômeno residem essencialmente no contínuo e premente afluxo de demandas provenientes dos diversos setores da sociedade: as instâncias dos grupos econômicos e dos grupos sociais das mais diferentes naturezas dirigem-se à classe política sugerindo ou aceitando, cada vez com mais frequência, intervenções de natureza legislativa. Responde-se com uma nova lei ou com uma reforma normativa aos pontos problemáticos surgidos na vida comum. (...)

Tudo isso produziu, quase em todas as partes, uma dramática crise de certeza sobre a verdadeira configuração do direito em vigor e sobre seus conteúdos. (...)

O processo legislativo moderno, como comenta com precisão o autor, é bombardeado e se mantém, nos temas centrais, apenas da análise de lobbys de grupos específicos, muitas vezes financiados por partidos políticos, que tentam adquirir cada vez mais direitos, sempre a pretexto de buscar “restabelecer a isonomia”. Mesmo assim, entramos em outras questões muito perigosas no âmbito social. Ao mesmo tempo em que os direitos estão cada vez mais assegurados por meio de lei, fica incerta a execução desses direitos, por questões orçamentárias e, passem, porque não conseguimos mais fazer uma relação lógica entre direitos e deveres.

4. PROLIFERAÇÃO DE DIREITOS, INCERTEZA DOS DEVERES

É uma lição pré jurídica o conhecimento de que um direito inclui um respectivo dever. Assim, se tenho o direito de receber dinheiro de alguém, esse alguém tem o dever de me pagar. Ora, existem apenas e tão somente três modos de conduta expressos pelas normas jurídicas: obrigação de fazer algo, obrigação de se abster de fazer algo ou a faculdade de se fazer algo. As duas primeiras mencionadas são, de fato, obrigações. Elas exprimem que alguém terá um direito e alguém terá o dever correspondente.

Somente na terceira modalidade é que não haverá, propriamente, uma obrigação, não havendo deveres e direitos correspondentes, senão o dever genérico contra todos, no sentido de que o exercício ou a abstenção da faculdade não pode ser tolhido por quem quer que seja, salvo alteração legislativa.

Mesmo assim, é interessante como nossos legisladores e, principalmente, nossos julgadores, não compreendem bem quem é o destinatário da norma constitucional que cria direitos, ou seja, quem está obrigado com os correspondentes deveres. No caso da saúde, talvez um dos mais emblemáticos, a Constituição é clara no art. 196: é o Estado é quem está obrigado, mas a leitura sistemática do diploma deixa claro que os obrigados são União, Estado e Municípios, embora seja permitido ao particular explorar esse mercado. Ocorre que na jurisprudência e tam-

bém nas legislações, especialmente as estaduais, existem normas que extrapolam o mandamento constitucional, criando obrigações que podem ser entendidas por inconstitucionais.

A título de exemplo, um famoso deputado estadual de São Paulo, jurista, por sinal, criou um projeto posteriormente convertido em lei estadual que proíbe os hospitais e clínicas particulares de exigirem caução ou qualquer outra garantia para internação de paciente em caso de emergência e urgência.

No final das contas, quem é o “para-raios” da situação é justamente quem está na linha de frente. Por isso, tão comum que hospitais sejam obrigados a receber doentes, sabe-se lá como, e escolas também sejam obrigadas a providenciar vagas para alunos, cumprindo dever que é do Estado.

5. ESTADOS REVOLUCIONÁRIOS E PROPOSTAS IMPOSSÍVEIS

Os Movimentos Revolucionários, por excelência, prometem o impossível, já que a sua natureza propositiva é a de mudança da própria natureza humana. Todos os tiranos tinham em comum a proposta de fabricação do mundo melhor e do “homem do futuro”, sendo que os atos desmedidos, no melhor estilo maquiavélico, eram justificados pelo “juízo das gerações futuras”, que, esperam, seja do homem que eles próprios projetam para o futuro. A era de prosperidade e do paraíso na Terra que sempre prometem invariavelmente surgem com o alardear do aumento dos direitos, ainda que apenas para uma classe “rendidora”, sejam os trabalhadores, sejam os camponeses, sejam os arianos.

Para adquirir controle tão intenso sobre a sociedade, a ponto de pretender criar o homem do futuro ou o paraíso na Terra, indispensável que se tenha um Estado gigantesco. “Tudo no Estado, nada contra o Estado, e nada fora do Estado” talvez seja a frase mais célebre do Líder Fascista Benito Mussolini. É óbvio que nunca se atingirá o estado de direitos plenos para todos. Muito menos se atingirá esse ponto dando esse dever ao Estado (ainda que se atribua irregularmente a outros). O livro do Deuteronômio, Capítulo 15, Versículo 11 é claro em dizer que “Sempre haverá pobres na terra”.

A experiência histórica documentada de mais de dois mil anos confirma o conteúdo das Escrituras. Os regimes liberais não acabaram com as necessidades de toda a população, muito embora os países com maior liberdade econômica possuam muito menos pobres. As nações com Estados gigantescos possuem muito mais pobres, necessitados, carentes de direitos do que as economias liberais, pessoas que, afinal, terão que buscar no Estado a satisfação de suas necessidades. Mesmo as nações escandinavas, onde vigorou o ápice do Estado do Bem-Estar Social, começa a apresentar sinais de crise, esgotamento, impasse e incerteza sobre o futuro. Muito lhes ajuda uma economia industrial plenamente desenvolvida, mas isso não parece que será suficiente para prover infinidades de direitos em longo prazo.

Mesmo assim, a doutrina jurídica parece se desdobrar para algum tipo de esperança no horizonte da real efetivação dos direitos, notadamente os de segunda geração. Vejamos a lição de Luís Roberto Barroso: (...).

A Constituição normativa é aquela não apenas juridicamente válida, mas que está, além disso, vivamente integrada na sociedade. Sua normas dominam o processo político ou, inversamente, o processo de poder se amolda às normas da Lei Maior, submetendo-se a elas.(...)

No outro extremo está a Constituição semântica, subalterna formalização da situação de poder político existente, para o exclusivo benefício dos detentores do poder de fato, que dispõem do aparato coativo do Estado. Se não houvesse nenhuma Constituição formal ou escrita, a vida institucional não seria perceptivelmente diferente. (...)

Entre a Constituição normativa e a Constituição semântica, situa-se a Constituição nominal. Aqui, a dinâmica do processo político não se adapta às suas normas, mas conserva um caráter educativo e prospectivo. Existe, nesse caso, uma desarmonia entre os pressupostos sociais e econômicos existentes e a aspiração constitucional, a ser sanada com o passar do tempo, pelo amadurecimento do esperado.

Há, portanto, uma crença quase cega no Estado Revolucionário, no sentido de que o estágio de descumprimento cotidiano dos deveres de efetivar direitos de segunda geração será gradativamente superado

e que chegaremos a uma era dourada. Enquanto o futuro não chega, e nunca chegará para os teóricos da revolução, no presente utiliza-se prodigamente da tese da “reserva do possível”.

6. RESERVA DO POSSÍVEL E PROBLEMAS PRÁTICOS

Os primórdios da Teoria da Reserva do Possível remontam à Alemanha de mais de quatro décadas atrás. Talvez a primeira menção a que se tenha notícia seja em relação a caso tratando de tema da educação, no qual havia falta de vagas, em que pese o direito ampliado a todos, constitucionalmente. Ainda hoje, quase meio século após, o mundo ainda conhece a aplicação da Reserva do Possível, postergando, como dissemos antes, a era dourada da plenitude dos direitos.

Acontece que a aplicação dessa teoria tende por ser um pouco aleatória, talvez sem critérios. Mesmo quando a Constituição outorga direitos de plena eficácia, ainda assim é possível a aplicação da Reserva do Possível. Em que pese nossa clara descrença no Estado gigante e na possibilidade de se cumprir os direitos de todos, reconheçamos que boas administrações, talvez não livres da corrupção, mas menos corruptas, seriam muito mais eficientes para a expansão da oferta dos direitos constitucionalmente consagrados. Ao menos por aqui, tendo em vista a abrangência dos direitos constitucionais, a Reserva do Possível talvez fosse princípio razoável diante de tanta falta de razoabilidade. Na prática, porém, acaba sendo a salvaguarda do mau administrador.

É curioso, ainda, notar que mesmo esse princípio acaba por criar situações de pouca racionalidade. Voltemos para o exemplo da saúde: se houver um erro em atendimento médico em estabelecimento público, o Estado, em tese, poderia responder objetivamente pelos danos causados ao paciente.

Por outro lado, se houver recusa em atender esse paciente por falta de capacidade, leitos etc., poderia o Judiciário reconhecer a aplicação da Reserva do Possível ao caso e, como consequência, haveria o reconhecimento de, digamos, uma certa licitude na conduta de recusar a atender o necessitado. Claro que em ocorrendo dano decorrente do não atendimento, o Estado poderá também responder objetivamente. Mas, em um primeiro momento, a abstenção à realização do direito ao qual teoricamente era obriga-

do lhe ofereceria um resultado prático mais vantajoso.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao mesmo tempo em que se evidencia a relevância cada vez maior das Constituições nos ordenamentos dos respectivos Estados, colocando-as como topo de todo o sistema jurídico, muitas normas claras e com eficácia supostamente imediata aparecem nos textos constitucionais apenas como meras aspirações, sabendo-se de antemão, pela simples realidade dos fatos, que não serão direitos exequíveis, por falta de capacidade daquele que tem o dever de cumprir o direito.

Não se critica necessariamente o descompasso entre a norma e a realidade, mas a completa impossibilidade de a realidade se amoldar aos desejos da norma. A mentalidade hegeliana segundo a qual o método é mais importante do que a realidade, ou seja, a garantia nominal do direito é mais importante do que a efetivação prática desse direito, não nos traz benefícios. Talvez seja hora de esquecê-la.

Aqui, é oportuna a lição de Dalmo de Abreu Dallari:

Será totalmente inútil todo o cuidado para elaborar uma Constituição se ela não for efetivamente aplicada e respeitada por todos, governantes e governados. Por esse motivo, entre outros, a Constituição não deve conter preceitos de aplicação impossível ou que contrariem a realidade social. Mesmo aquilo que for incluído na Constituição com o sentido de definição de objetivos ou de aspirações deve ter coerência com a realidade para que seja viável, pois caso contrário os dispositivos constitucionais terão o significado de simples afirmações teóricas, soltas no espaço, o que irá contribuir para que a própria Constituição se desmoralize.

Neste momento, repetimos a frase de Thomas Sowell que iniciou o texto:

“O fato de que muitos políticos de sucesso são mentirosos, não é exclusivamente reflexo da classe política, é também um reflexo do eleitorado. Quando as pessoas querem o impossível somente os mentirosos podem satisfazê-las.”

Não se sabe se o que temos hoje corresponde aos ideais dos revolucionários franceses que proclamavam “liberdade, igualdade e fraternidade”. Observando as disposições da Declaração dos Direitos do

Homem e do Cidadão, até tendemos a acreditar que não.

Mesmo assim, a aplicação prática juntou conceitos teóricos de individualismo e coletivismo, criando, no entanto, um sistema apenas de coletivismo.

De fato, a rescisão com a ordem anterior e criação de um sistema inédito por parte da Revolução Francesa, embora possa ser alegada como quebra de paradigma e defendida pela não previsibilidade do que viria no futuro, não pode mais ser alegada sem um alto grau de irresponsabilidade. Necessário, pois, que se esqueçam os ideais da Revolução Francesa, por mais belos que nos soem no slogan, pois, na prática, apenas trouxeram o que houve de pior para o mundo em toda a história, em termos quantitativos e qualitativos.

Não se ignora que a apuração da técnica nos traria de qualquer forma para um estágio semelhante ao que se passou em termos de conflitos. Mas a amplificação do Estado como condutor pleno das massas, tudo dentro dele, nada fora dele, defendido de uma forma quase religiosa, tornou-se o verdadeiro ópio do povo. No mais, seguindo a lógica aristotélica e fugindo das premissas platônicas, não acreditamos que exista um sistema ideal e acreditamos que há uma certa mutabilidade recorrente do justo e do bom para a sociedade. Claro que certas coisas serão obviamente sempre boas e outras serão sempre ruins, mas entre um extremo e outro, há muito o que se discutir.

A geração mundial dos últimos vinte anos é, por exemplo, a mais educada e a mais longeva de todos os tempos. Ora, estamos falando de direitos de segunda geração. Quão determinante os Estados foram para a efetivação da saúde e da educação nos respectivos territórios?

Os direitos previstos constitucionalmente, nesse sentido, servem mais para, de fato, conceder na prática esses direitos ou ajudar a suprimi-los? Isso porque todo o sistema de arrecadação do Estado é feito com a previsão de ao menos tentar dar efeito prático a esses direitos. Logo, para precariamente cumprir os direitos a que está obrigado, a tributação deve ser muito mais nociva sobre a população.

Não é novidade que no Brasil, por exemplo, temos um sistema tributário caríssimo e um retorno dos tributos à população quase risível. Suprimir constitucionalmente esses direitos, fazendo com que a população busque no mercado a saúde e educação soa hoje como um absurdo eivado da pior vilania possível. Mas, em contrapartida, ao menos com a diminuição dos encargos tributários, já que o Estado teria menos direitos a prover, é certo que ela estaria mais próxima de custear suas necessidades com suas próprias mãos. Não seria, pois, a efetiva realização de um ideal de liberdade?

Nos parece que a tecnologia e o mercado foram muito mais eficientes na efetivação dos “direitos” do que o próprio Estado. E não falamos de tecnologia no sentido de complexidade, mas em inovações pertinentes, práticas, enfim, eficientes. Na área da saúde, podemos citar o exemplo de Norbert Hirschhorn. Ao definir as medidas e criar o soro caseiro, estima-se que ele tenha salvo mais de 50 milhões de vidas pelo mundo.

Claro que nem tudo se curará com uma receita caseira, mas o estímulo à inovação está cada vez mais carente na mentalidade revolucionária, que só pensa, de fato, em criar “novos direitos”, pensando sempre abstratamente na “sociedade” ou nas “minorias”. A esse respeito, mesmo a ideia constitucional já é muito abstrata. Quando fala em direito à “educação” ou à “saúde”, não se tem um elemento objetivo sobre o alcance dessas expressões.

Não por acaso todas as falas demagógicas do próprio povo são pródigas em declamar que se deseja “mais saúde”, “mais educação”, “mais moradia”. Ora, se é isso que o povo quer, não fiquemos desanimados quando os políticos disserem, em campanha, que no Estado sob sua administração haverá “mais saúde”, “mais educação”, “mais moradia”, independentemente do que possa significar.

Se a Constituição Federal traz certas coisas de maneira ideal, como cobrarmos a realização material do que nós mesmo pedimos de maneira imaterial, por nem mesmo saber o que pedimos? Quando se tenta trazer isso para o mundo real, não fugimos da demagogia. Recentemente, para efetivar a figura da saúde, trouxeram para o Brasil “mais médicos”. Poderíamos até rir de uma tolice tão grande, não fosse o custo de R\$ 40 milhões cujo intuito principal era o de financiar uma ditadura, como já se declarou abertamente.

É preciso também sepultar velhos fantasmas do passado e que ficaram definitivamente para trás, pois não se vislumbra seu retorno no mundo moderno. A título de exemplo, ainda hoje na França a atividade de padeiro é considerada de relevância pública, sendo altamente regradada pelo Estado. O motivo seria o fato de a fome ter sido um estopim para a Revolução Francesa.

Hoje em dia alguém crê que faltará trigo na França? Ainda que falte, a oferta de alimentos à população, providenciada pela Revolução Industrial, torna muito improvável que nos países de primeiro mundo falte alimento, ressalvados casos de esforço de guerra, por exemplo, tendo em vista que a guerra moderna se transformou em guerra total.

Mesmo sem fundamentos baseados na realidade, mantém-se algumas crenças absurdas, que apenas servem de slogans políticos. Ainda ouvimos hoje protestos com frases como “nossas panelas estão vazias” e coisas do tipo. Se é necessário mudar, parece que a efetiva mudança está em romper com as cartas de meras intenções, olhando-se firmemente apenas para o direito possível. Vamos “desrevolucionar”.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. 4. ed. São Paulo; Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. *História do direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea*; tradução de Marcos Marcionilo, Silvana Cobucci Leite; revisão da tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*; tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.