

HARMONIZAÇÃO, NO ÂMBITO DO MERCOSUL, DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ACESSO À JUSTIÇA

Sílvio Dobrowolski

*Juiz aposentado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.
Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade Federal de Santa Catarina
e da UNIVALI. Professor da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina.*

Integração e direitos fundamentais

Em sua clássica obra “Constituição e Direito Constitucional”, RUDOLF SMEND assina dois sentidos ao catálogo dos direitos humanos ou fundamentais de um Estado. O primeiro é o de que ele constitui a síntese de um sistema cultural, indicando os bens e valores que aquele privilegia e cuja realização a comunidade intenta efetivar. O outro é o de que ele promove a integração do elemento humano no Estado, ainda quando constituído de pessoas de diversas nacionalidades, conferindo-lhes um status material único, com o que aqueles indivíduos se convertem em um povo.

Os direitos fundamentais, diz esse autor, retratam um sistema concreto de valores, “*um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição*”. Sob o aspecto político representam uma vontade de integração material, e, do ponto de vista jurídico, firmam os tra-

ços da legitimação de uma ordem jurídica (SMEND, 1985:232).

Dessas considerações, ressalta a importância que o tema dos direitos fundamentais oferece para a concreta integração dos países do Mercosul. Esta 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. Embora os países sul-americanos exibam marcantes desenvolvimentos culturais próprios, lastreiam-se, todos, na cosmovisão que se usa denominar de civilização ocidental, tendo fundamentos na Península Ibérica e posteriores componentes africanos e europeus, com mais recentes contribuições de variados quadrantes do planeta. Mas os valores ocidentais configuram as raízes comuns, aptas a servirem de base para os seus esforços integrativos, e, em razão do caldeamento de raças e de culturas, que neles se reali-

za, oferecem idêntica abertura para os princípios do respeito entre as Nações e do Direito de autodeterminação de cada povo, com o fito de concretizar um sistema de paz universal, em que se realize o primado da dignidade da pessoa humana.

Ademais, no aspecto específico dos direitos humanos, além da Declaração Universal das Nações Unidas, de 1948, vige, nesses países, a Convenção Americana de Direitos Humanos, acordada por meio do Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. A tarefa de harmonizar os sistemas jurídicos, a esse respeito, é, portanto, perfeitamente factível, tendo sido iniciada já há quase três décadas, e deve agora avançar a nível de Mercosul, sempre, é claro, com respeito às peculiaridades específicas de cada um dos países envolvidos.

Vale assinalar que a Constituição brasileira de 1988 adota esse objetivo como uma das metas do Estado brasileiro, ao inscrever no artigo 4º, parágrafo único, que “*A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.*”

As garantias dos direitos fundamentais

A par da declaração dos direitos, nas Constituições, estas delineiam os meios para os fazer valer, de

modo que seus titulares possam exercitá-los concretamente, ou remediar as violações ou ameaça contra eles perpetradas. Tais instrumentos são denominados de garantias dos direitos fundamentais, e muitos deles também fazem parte do mesmo rol desses direitos.

RUY BARBOSA, em “República, teoria e prática”, afirma que estes últimos constam de “*disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos limitam o poder.*” (BARBOSA, 1978:121).

Para que tais fórmulas garantidoras sejam efetivamente atuantes, as Constituições estipulam algumas garantias políticas. Localizam-se, aí, a técnica da divisão de poderes, com o Judiciário autónomo e dotado dos elementos hábeis a lhe permitir uma atuação imparcial, para proteger os cidadãos, e ainda, a rigidez da Constituição, para manter íntegro o seu núcleo essencial, em que se localiza a declaração dos direitos. A garantia da própria Lei Maior se enquadra entre esses instrumentos gerais, exercendo-se através do controle da constitucionalidade dos atos normativos, capaz de detectar e coibir infrações legislativas ao Texto Supremo, com o que se preserva a esfera jurídica constitucional das pessoas.

Também se designam como garantias, e que merecem as designação

de formais, as prescrições que vedam determinadas ações do poder público ou dos demais concidadãos, para abrigar de violações os direitos fundamentais. Na citada Convenção Americana sobre Direitos Humanos, publicada com o Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992 (Diário Oficial da União, de 9 de novembro de 1992, Seção I, p. 15.562) podem ser identificadas as seguintes.

(A) Quanto ao direito à vida e à integridade pessoal:

(1) Vedação, com ressalvas, da pena de morte (artigo 4), que, na Constituição brasileira, é admitida exclusivamente em caso de guerra (artigo 5o, inciso XLVII, alínea a).

(2) Exclusão de tortura e de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 5).

(3) Vedação de ingerências arbitrárias ou abusivas na vida privada das pessoas e de sua família, no seu domicílio, na sua honra e na sua correspondência (artigo 11).

(B) Com relação aos direitos de liberdade:

(1) Proibição da escravidão e da servidão, em razão do que ninguém pode ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Cabe lembrar que a Constituição do Brasil exclui a pena de trabalhos forçados (artigo 5o, inciso XLVII, alínea c), mas que é admitida no Pacto de São José de Costa Rica (artigo 6).

(2) Direito à liberdade e segurança pessoais, proibidos a de-

tenção ou o encarceramento arbitrários (artigo 7).

(3) Proibição de medidas restritivas à liberdade de crença e de religião (artigo 12).

(4) Por igual se proíbe a censura quanto à expressão do pensamento (artigo 13), aí não se incluindo a vedação da propaganda da guerra e de apologia do ódio nacional, racial ou religiosa (artigo 13, inciso 5).

(5) Exclusão de restrições às liberdades de associação e de reunião sem armas, permitidas as limitações admissíveis em sociedades democráticas, assim as referentes à segurança nacional, à segurança e à ordem públicas, à saúde, à moral ou aos direitos e liberdades dos demais cidadãos (artigos 15 e 16).

Cumpramos acrescentar a garantia da legalidade, que afasta a privação arbitrária de direitos. Somente a lei pode impor obrigações às pessoas, restringindo a sua liberdade de agir e de se locomover (artigo 22), com o objetivo de permitir a convivência pacífica de todos os indivíduos, observadas as exigências da justiça e da conservação do Estado. Este se constitui em instrumento da realização do bem comum e, por isso, deve atuar dentro dos parâmetros definidos pela lei.

De referir, ainda, como relacionadas à liberdade individual, as garantias penais repressivas: prévia definição dos crimes e das penas, retroatividade benigna da norma penal; individualização e humanização

das penas. É de assinalar que tais preceitos se acham incorporados ao texto constitucional brasileiro, em seu artigo 5º.

As garantias jurídicas

No entanto, essas garantias formais e também os demais direitos humanos são carentes de instrumentos de proteção que lhes permitam a ultrapassagem do estado larvar de meras declarações da retórica política e, desse modo, alcançar sua realização concreta. Por isso, devem ser amparadas mediante garantias judiciais e processuais, que se assim são designadas, por que efetivação se faz através da jurisdição e do processo.

A primeira dessas estipulações assecuratórias é o direito de acesso à justiça, à qual se atribui o monopólio da jurisdição. Dispõe, a propósito, o artigo 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

“Toda a pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”

No mesmo sentido, o constante do artigo 8, inciso 1, do Pacto de São José da Costa Rica. A Constituição do Brasil expõe esse princípio em fórmula absolutamente precisa, em que é delineado o monopólio judicial para decidir sobre os direitos das pessoas, e a franquia a estas conferida para se so-

correrem da via judiciária, mesmo na presença de violação ainda não consumada. Ei-lo:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”(artigo 5º, inciso XXXV).

Delineia-se, aí, o monopólio judicial para decidir sobre os direitos das pessoas, e a franquia conferida aos indivíduos para se socorrerem da via judiciária, mesmo na presença de violação ainda não consumada. Sobre a importância da proteção dos direitos pelo juiz, não é preciso fazer amplas digressões, em vista do consenso da maioria dos doutrinadores. Como essa atividade protetiva haverá de se fazer enfrentando, muitas vezes, os detentores das diversas espécies de poder, cumpre lembrar a necessidade de organizar uma autêntica independência dos tribunais e dos magistrados frente a qualquer forma de dominação, seja política, económica, cultural ou midiática. MC ILWAIN, em seu notável “Constitucionalismo antigo y moderno” (MC ILWAIN, 1991:167), registra, a-propósito, que a responsabilidade perante a lei dos agentes governamentais, na Inglaterra, somente se tornou efetiva, como segurança dos direitos individuais, *“quando o Act of Settlement de 1701 fez independente do rei o cargo de juiz”* Em outra passagem, arremata:

“A instituição que foi e ainda é básica como nenhuma outra para a defesa do Direito são juízes honestos, capazes, competentes e independentes” (MC ILWAIN, 1991:174).

Por outro lado, a fim de que seja oferecido igual amparo a todos, é necessário afastar alguns obstáculos concretos no obstáculo à Justiça, resultantes de inferioridade econômica ou organizacional. Para isso, complementa-se a garantia, relativamente ao primeiro tipo de problema, com o asseguração de assistência gratuita de um advogado aos necessitados, como prevêem o Pacto de São José de Costa Rica (artigo 8, inciso 2, alínea e) e a Constituição do Brasil (artigo 5o, inciso LXXIV). Quanto ao outro, identificável principalmente nos litígios de massa, meta-individuais, relativos aos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, é preciso permitir que as organizações sociais e o Ministério Público compareçam a Juízo, em nome dos hipossuficientes organizacionais. Nesse sentido, a Carta brasileira assegura representação judicial ou legitimação extraordinária às entidades associativas (artigo 5o, inciso XXI), aos partidos políticos e às organizações sindicais (artigo 5o, inciso LXX, que institui o mandado de segurança coletivo, e artigo 8o, inciso III, referente à defesa de categorias dos trabalhadores, em questões judiciais e administrativas), bem ainda autoriza o Ministério Público a promover o inquérito civil e ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (artigo 129, inciso III).

As garantias processuais

É necessário, outrossim, garantir, a nível constitucional, a obtenção de uma decisão justa, mediante o correto desempenho da atividade jurisdicional, que se efetua através do processo. O ponto se resume na expressão inglesa “due process of law”, cuja tradução por “devido processo legal” é insuficiente para retratar o seu exato significado. Depois de lembrar a evolução jurisprudencial do princípio, de uma consideração formal, para um conteúdo substancial, impondo-se, inclusive, ao legislador na atividade normativa, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, escrevendo sobre “*A execução da sentença e a garantia do devido processo legal*” (THEODORO JÚNIOR, 1987:57-58), reporta a lição de VIGORITI, no sentido de que “due” não deve ser traduzido como “devido” e sim, como “justo”, por que o termo “due”, no qual é resumida toda a força da expressão, é um apelo confiante à consciência do homem, a uma justiça superior fundada sobre a natureza e a razão. Conseqüentemente, não se pode traduzir com adjetivos como “regular” ou “correto”, que exprimem apenas uma exigência de legalidade, que não exaure o conteúdo da garantia, mas deverá ser traduzido com o vocábulo “justo” o único capaz de reproduzir com pertinência o conteúdo ético do vocábulo “due”.

O artigo X da Declaração Universal dos Direitos do Homem, das

Nações Unidas, refere a garantia do seguinte modo, exatamente na linha defendida pelo autor italiano:

“Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação contra ele.”

Com redação semelhante, o artigo 8, inciso 1, do Pacto de São José afirma que *“toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”*

O “devido processo legal”, que deve ocorrer, como consignado no texto acima transcrito, *“dentro de um prazo razoável”*, para não equivaler, em vista da demora, à denegação de justiça, e se desdobra nos elementos adiante referidos, os quais, via de regra, são enunciados nos textos constitucionais, como garantias autónomas. A listagem é iniciada pelo princípio do juiz natural, que equivale à proibição de tribunais de exceção, vale dizer, não se admitem juízos constituídos “post factum” ou “ad hoc” para o julgamento de um caso específico. Na lição de CALAMANDREI, referida

por JOSÉ FREDERICO MARQUES, em sua clássica obra *“Instituições de Direito Processual Civil”* (MARQUES, 1958:175), paralelamente ao princípio da abstratividade das leis, existe o da abstratividade do ordenamento judiciário. Cuida-se de assegurar, com a previsão anterior do órgão competente, a sua imparcialidade, pois é passível de séria dúvida a isenção do julgador indicado especificamente para uma determinada causa, sem observância das normas pertinentes à competência jurisdicional, às substituições e prorrogações de jurisdição estabelecidas anteriormente de forma genérica.

Em consonância com esse preceito, também o agente do Ministério Público há de estar previamente indicado na legislação de regência. É inadmissível que a função seja exercida com fins diversos do interesse público e do respeito à ordem jurídica, o que poderia acontecer se, v.g., no processo criminal, o acusador pudesse ser designado “ad hoc”, talvez com o objetivo de perseguição ao acusado.

O processo, outrossim, tem de ser marcado pelo contraditório, com a permissão de ampla defesa, compreendida nesta a assistência por um advogado. O método da atividade judicial é dialético: formulam as partes contrapostas os respectivos argumentos e críticas; cada uma tem ciência dos atos da outra e do juízo; e lhes toca a concreta possibilidade de produzir as provas que lhes sejam favo-

ráveis, bem como de examinar e discutir aquelas que forem oferecidas pelo "ex adverso".

O tratamento paritário dos litigantes é outra faceta integrante do "due process of law", derivando do valor da igualdade, que os regimes democráticos objetivam concretizar. A vedação do uso de provas ilícitas advém da necessidade de relacionamento ético entre as pessoas, mormente quando se busca a realização da justiça.

Enquanto não sobrevier decisão definitiva do processo, os acusados devem ser presumidos inocentes, para que desta forma o trâmite judicial seja realmente significativo e não um instrumento para coonestar decisões prévias tomadas, muitas vezes de forma passional, no calor dos fatos, sem o exame aprofundado e imparcial de todos os elementos do acontecido e das evidências oferecidas a respeito. Lê-se no artigo 8, inciso 2, do Pacto de São José de Costa Rica:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

O duplo grau de jurisdição, com possibilidade de recurso voluntário a órgão de segunda instância, faz parte do leque dos preceitos a serem observados na busca de uma decisão justa, consoante resulta do artigo 8, inciso 2, alínea h, da multicitada convenção, "verbis":

“2. (...) Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade,

de, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. “

Por igual, o direito de um recurso ao Tribunal encarregado da guarda da Constituição, quando se alegue que a decisão da lide foi tomada contrariamente a dispositivo constitucional, é meio importante para a real eficácia da declaração de direitos, preservando o exato sentido e alcance do Texto Maior.

De referir, ainda, a publicidade dos atos processuais, ressalvadas as estritas exceções no interesse público, que poderão alcançar até os demandantes, nunca, porém, os seus patronos. Cuidase de decorrência do regime democrático, em que o governo se faz em público, e que na Constituição brasileira (artigo 93, inciso IX, primeira hipótese), abrange todas as espécies de questões, restringindo-se a garantia na Convenção americana, ao processo penal (artigo 8, inciso 5), o que há de ser entendido como pressuposto mínimo, recomendável, por isso mesmo, a sua extensão para as demais causas.

Para encerrar o rol, a indispensabilidade de serem fundamentadas todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade, como proclamado no artigo 93, inciso IX, segunda hipótese, da Constituição de 1988. Trata-se de comprovação da transparência e da lisura que se espera da atividade judicial. Com a exposição dos motivos que conduziram à tomada da decisão, ficam expostas as razões dos juízes, e demonstrada sua efetiva imparcialidade.

de, abrindo caminho à parte insatisfeita para discutir tais fundamentos na via recursal apropriada.

Os remédios processuais

Além desse leque de preceitos assecuratórios dos direitos fundamentais, há de se prever instrumentos processuais, normalmente na forma de ações dotadas de eficácia reforçada, de rito sumário, para pronta restauração do direito violado ou imediato afastamento de indevida ameaça. São os chamados remédios processuais, espécies de garantias assim prefiguradas no Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 25, sob a rubrica "proteção judicial":

"1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

"2. Os Estados-partes comprometem-se:

(a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda a pessoa que interpu- ser tal recurso;

(b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial: e

(c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso."

O mais antigo desses remédios, remontando à Magna Charta inglesa, de 1215, é o *habeas-corpus*, por meio do qual se tutela a liberdade de ir e vir. Ao concedê-lo, o juiz ou tribunal determina a emissão de um "*writ*" (= ordem judicial escrita) a ser observado por aquele que, por ilegalidade ou abuso de poder, tenha ameaçado ou violado o direito de locomoção de alguma pessoa. O instituto vem assim tratado na Convenção americana, em seu artigo 7, inciso 6:

"Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, afim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. "

O instituto vem previsto nas Constituições dos países do Mercosul (do Brasil, artigo 5o, inciso LXVIII; da Argentina, artigo 43, parte final), estando assim regulado pela Carta uruguaia (de 1967, com a reforma de 1997):

“En caso de prisión indebida el interesado o cualquier persona podrá interponer ante el Juez competente el recurso de habeas corpus, afín de que la autoridad aprehensora explique e justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida el Juez indicado.”

Por sua vez, o habeas data presta-se para que conhecer ou retificar o teor de informações relativas à pessoa que utilizar o remédio, constantes de bancos de dados de entidades governamentais ou de particulares, estes últimos, desde que abertos ao público. Com raízes nas Constituições portuguesa (de 1976) e espanhola (de 1978), esse instrumento foi introduzido na Constituição de 1988 (artigo 5o, inciso LXXII), segundo a lição de CALMON DE PASSOS (PASSOS, 1989:136), como *“resultado da necessidade que modernamente se apresentou de proteção do indivíduo contra o poder, cada vez mais dilatado, do Estado e de instituições privadas, de armazenarem informações sobre as pessoas, e com base nelas operarem em detrimento da privacidade e da liberdade dos indivíduos”*.

A Lei Maior da República Argentina (reforma de 1994) adotou a ação, nos termos seguintes:

“Art. 43. (...) [Habeas data] Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los pri-

vados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.”

O terceiro desses remédios tem, na América hispânica, a designação de "acción de amparo", recebendo, em nosso País, o nome de mandado de segurança. Aqui, desenvolveu-se, a partir do habeas corpus, por meio de construção jurisprudencial, como instrumento processual para proteger outros direitos não amparados pelo tradicional "writ" de origem inglesa. Segundo a Constituição brasileira, visa corrigir ilegalidade ou abuso de poder praticado por "autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público."

A restrição ao âmbito público não é defensável, ainda mais em nossos tempos de sociedade de massas, onde se desenvolvem em todos os setores verdadeiros macropoderes, capazes de violar ou ameaçar os direitos fundamentais, com tanta ou maior desenvoltura que os agentes governamentais. Até por um paralelismo com o habeas corpus e o habeas data, utilizáveis para reprimir violações cometidas por particulares, justificar-se-ia a extensão proposta, aliás dentro da previsão do artigo 25, inciso 1, do Pacto americano tantas vezes citado. Mais ampla a estatuição da Carta argentina, como se vê do seu artigo 43,

primeira parte, admitindo a utilização do mecanismo processual também contra ato ou omissão praticado por particular, como se vê do seu artigo 43, primeira parte, verbis:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista outro médio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, com arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

Verificada haver uma similaridade essencial entre a ação de amparo e o mandado de segurança, a facilitar a harmonização, deve trazer-se, agora, à colação, novel remédio processual criado pela Constituição de 1988, em seu artigo 5o, inciso LXXI, denominado mandado de injunção. É sabido que muitas normas constitucionais não possuem densidade normativa suficiente para produzir, desde logo, toda a eficácia jurídica desejada, restando como promessas destituídas de maior consequência prática, em virtude da omissão do legislador, a quem compete editar as regras completares necessárias. A circunstância inspirou o constituinte brasileiro a tentar obviar a omissão dos órgãos estatais, em tais hipóteses, com

a criação de meios jurisdicionais hábeis para tanto. Além da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, foi instituído o writ sob análise, cabível quando na falta de norma integradora de disposição constitucional "torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania." (Constituição de 1988, artigo 5º, inciso LXXI). Cuida-se, portanto, de instrumento processual para que o juiz, na falta de instrumentação normativa de preceito constitucional não auto-aplicável, ajuste a solução para que o interessado possa usufruir, em concreto, do seu direito. Como escrevi em outra oportunidade, *"diferentemente da hipótese de inconstitucionalidade por omissão, cabível em tese, o mandado de injunção exige, pelo menos, um prejudicado em concreto, em razão da falta de norma, que, de fato, impeça o gozo do direito, da liberdade ou da prerrogativa mencionados"* (DOBROWOLSKI, 1990:35).

O instituto sob exame, embora ainda timidamente aplicado pelos tribunais, já vem produzindo frutos positivos. Sirva como exemplo, o caso dos aviadores impedidos de exercerem atividades profissionais, durante o regime militar. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu 8o, parágrafo 3o, atribuiu-lhes reparação de natureza econômica, na forma prevista em lei, ainda não edi-

tada. Ao julgar o Mandado de Injunção n.º 284-3-DF, o Supremo Tribunal Federal, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio, entendeu verificada a mora legislativa, e permitiu que os interessados postulassem tal ressarcimento, nos termos da lei civil (Revista Trimestral de Jurisprudência, 139:712).

Se a falta de complementação legislativa de preceitos constitucionais contribui para desvalorizar a Lei Maior, o mandado de injunção se apresenta como remédio processual útil para sanar semelhante omissão, relativamente a direitos e garantias fundamentais. Parece, pois, interessante, sua adoção nos demais ordenamentos dos países do Mercosul, porque a efetiva normatividade de sua Constituições no tema dos direitos humanos serve para a integração dos seus povos, que passarão a viver um sistema normativo harmonizado a partir mesmo de tais direitos.

Resta ainda referir duas modalidades de ações previstas na Carta brasileira e destinadas à proteção de direitos e interesses difusos e coletivos. Trata-se da ação popular (artigo 5º, inciso LXXIII), cuja legitimidade ativa é reservada para o cidadão (=eleitor) e visa "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", e da ação civil pública, para a qual são legitimados o Ministério Público e en-

tidades governamentais e da sociedade civil, servindo "para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

Ambos instrumentos processuais facilitam o acesso à justiça. O primeiro viabiliza a defesa judicial, por qualquer do povo, do direito de todos a uma administração honesta e eficiente em matéria de proteção ambiental. A ação civil pública afasta obstáculos organizacionais, facultando ao Ministério Público e a organizações particulares e governamentais a defesa de direitos transindividuais, que na ausência dessa previsão dificilmente encontrariam um particular que lhes pudesse assumir o patrocínio em demanda no Judiciário.

A Constituição da República Argentina prevê "acción de amparo", assemelhada, conforme resulta do seu artigo 43, segundo parágrafo, assim redigido:

“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.”

Há, conseqüentemente, parâmetros semelhantes, já estabelecidos, a

indicar, também aí, a possibilidade de adoção comum de mais esses institutos processuais excogitados para a defesa dos direitos humanos.

A harmonização possível

As garantias e os remédios judiciais antes enumerados constam de tratados internacionais subscritos pelos países do Mercosul e as suas Constituições admitem muitos deles. Há uma confluência quanto aos valores a serem realizados através dos direitos fundamentais e as tradições jurídicas mostram uma similitude de soluções para a sua defesa e concretização. Tudo indica ser tarefa realizável a conciliação dos ordenamentos, atai respeito. Para concluir o presente estudo, seja permitido oferecer duas formulações capazes de orientar essa tarefa.

(Primeira): Para que um sistema de garantias dos direitos humanos tenha efetividade, é necessário instituir um Poder Judiciário dotado de verdadeira independência.

(Segunda): A fim de harmonizar os seus sistemas de garantias formais e processuais dos direitos fundamentais, os países do Mercosul, até mesmo por que possuem raízes culturais comuns, devem proceder à introdução, em seus textos constitucionais, das garantias consignadas em tratados internacionais de que são signatários, especialmente no Pacto de São José da Costa Rica, bem ainda, dos remédios processuais do *habeas*

corpus, do *habeas data*, do mandado de segurança ou "*acción de amparo*", do mandado de injunção e das ações civil pública e popular.

Referências bibliográficas

- BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática*. Petrópolis/Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978..
- DOBROWOLSKI, Sílvio. Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, (27) 106, abr/jun 1990. P.27/36.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. V.I. Rio: Forense, 1958.
- MC ILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Tradução de Juan José Solozábal Echavarría. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- PASSOS, Joaquim José Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo. Mandado de Injunção. Habeas Data. - Constituição e Processo*. Rio: Forense, 1989.
- SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José Maria Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução da sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio: Aide, 1987.