

Seção 1

As liberdades públicas

1. A Declaração de 1789

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 é a mais famosa das declarações. Foi aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte em 1789, como consequência da Revolução Francesa, e entrou em vigor na França em 1791. Ela é considerada o documento "bloco de construção" em face do qual opera o modelo de constituição civil e política que a Constituição atual.

O MODELO: A DECLARAÇÃO DE 1789

1. A Declaração de 1789

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, é a mais famosa das declarações. Por força do preâmbulo da Constituição de 1958 — como ocorria na de 1946 — está ela em vigor na França. Integra o chamado “bloc de constitutionnalité”¹, em face do qual opera o controle de constitucionalidade efetuado pelo Conselho Constitucional.

Sua importância, entretanto, não advém disso. Decorre de ter sido por um século e meio o modelo por excelência das declarações, e ainda hoje merecer o respeito e a reverência dos que se preocupam com a liberdade e os direitos do Homem.

Sua primazia entre as declarações vem exatamente do fato de haver sido considerada como o modelo a ser seguido pelo constitucionalismo liberal. Daí a sua incontestável influência sobre as declarações que, seguin-

1. A doutrina francesa contemporânea usa da expressão para designar o conjunto de regras de “valor constitucional” aplicadas pelo Conselho Constitucional no controle dos projetos de lei a ele submetidos. Compreende como elementos essenciais a Constituição de 1958, a Declaração de 1789, o preâmbulo da Constituição de 1946 e, como elementos complementares, “os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República” (Cf. Louis Favoreu, em texto constante do livro *El bloque de la constitucionalidad*, publicado por ele e Francisco Rubio Llorente, Madrid, Ed. Civitas, 1971, p. 19 e s., particularmente p. 25 e s.).

do essa orientação, se editaram pelo mundo afora até a primeira Guerra Mundial.

2. As Declarações anteriores

Muitos observam — e com razão — não ser ela a primeira das declarações de direitos, historicamente falando.

De fato, não foi ela a que mais cedo veio à luz: foi a Declaração dos Direitos editada pela Virgínia em 12 de junho de 1776, antes mesmo da independência das treze colônias inglesas da América do Norte². Esta somente foi estabelecida pela Declaração de 4 de julho de 1776, que contém igualmente o reconhecimento de direitos fundamentais em favor dos seres humanos. E, depois desta, o exemplo da Virgínia foi seguido pelos novéis Estados independentes, antes mesmo de adotarem suas constituições políticas, da instituição da Confederação, cujos artigos foram adotados em 15 de novembro de 1777, mas entraram em vigor, depois da ratificação necessária por todos os Estados, em 1º de março de 1781, e da Constituição, promulgada em 17 de setembro de 1787, contudo em vigor a partir de 29 de maio de 1790, quando alcançou as ratificações indispensáveis.

As declarações americanas influenciaram, sem dúvida, o curso dos acontecimentos franceses, pois eram conhecidas dos revolucionários que muito as apreciavam³. Na verdade — como era de se esperar — as declarações americanas aproximam-se do modelo inglês, preocupando-se menos com o Homem e seus direitos do que com os direitos tradicionais do cidadão inglês — julgamento pelo júri, participação política na assembleia, consentimento na tributação. Nisso, aliás, têm o mérito de armar o indivíduo com instrumentos de garantia de seus direitos, o que não ocorre na declaração francesa. Esta, contudo, teve por si o esplendor das fórmulas e da língua, a generosidade de seu universalismo. Por isso, foi preferida e copiada, ainda que freqüentemente seus direitos ficassem letra morta.

2. V., sobre essa declaração e as demais editadas por Estados americanos, de Schwartz, *The great rights of mankind*, cit.

3. Gérard Conac, *L'élaboration de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, in Gérard Conac, Marc Debene e Gérard Teboul, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Economica, 1993, p. 7 e s.

3. Origem e elaboração da Declaração Francesa

Atribui-se a La Fayette haver dado ênfase, desde 1783, à idéia de estabelecer uma declaração francesa dos direitos fundamentais⁴. Às vésperas da revolução era generalizada na França a reivindicação de que fossem solenemente reconhecidos esses direitos. Nos *cahiers de doléances* (ou seja, nas relações escritas de queixas e reivindicações que a comunidade eleitora incumbia o eleito de defender)⁵ preparados para a assembleia dos Estados Gerais convocada para 1789, que se transformaria na Assembleia Nacional revolucionária⁶, registra-se com freqüência essa postulação. E, se isso era mais comum nos *cahiers* da burguesia, não faltava nos da nobreza e, também, conquanto mais raramente, nos do clero. Vários projetos, inclusive, foram preparados e por figuras ilustres como Sieyès e Condorcet. O próprio rei, em 23 de junho, se disse pronto a outorgar uma carta das liberdades.

Foi um deputado do terceiro estado, Target, quem propôs, a 19 de junho, a elaboração da declaração de Direitos. Mas foi La Fayette quem dinamizou os trabalhos, apresentando, mesmo, um texto a esse respeito. Outros também o fizeram, como Sieyès. Entretanto, foram os colaboradores pessoais de Mirabeau que deram a mão final ao trabalho. Globalmente aprovado em 19 de agosto, por 505 votos contra 245 dados ao projeto de Sieyès e 45 ao de La Fayette, seus artigos foram então votados um a um, os últimos a 26 de agosto, data que se dá à Declaração. A 5 de outubro, não querendo "aceitar" a declaração, Luís XVI "acedeu" nela, numa vã sutileza.

4. Cf. Conac, *L'élaboration de la déclaration*, in *La déclaration des droits*, cit., p. 7 e s. Todo este n. 3 é baseado nesse artigo.

5. Os *cahiers de doléances*, ao pé da letra, "cadernos de queixas", eram os textos que serviam de instruções aos deputados eleitos para os Estados Gerais. Como se sabe, estes estavam sujeitos a mandato imperativo, de que foram liberados por Luís XVI, por uma ordenação de 24 de janeiro de 1789 (cf., do autor, *Do processo legislativo*, cit., p. 65 e s.).

6. Na assembleia dos Estados Gerais, os três estados, clero, nobreza e povo (terceiro estado) reuniam-se separada mas concomitantemente, sendo a decisão final tomada por ordem, não por cabeça. A revolução francesa eclodiu, efetivamente, quando, após uma tentativa de dissolução da assembleia, a grande maioria dos representantes do terceiro estado, apoiados por membros do clero e da nobreza, reuniram-se numa Assembleia que qualificaram de Nacional. É o que espelha o famoso "serment du jeu de paume" (20-6-1789). No momento em que Luís XVI nisso assentiu (ou com isso concordou), perdeu o controle da situação: havia eclodido a revolução (cf. François Furet e Denis Richet, *La Révolution française*, Paris, Libr. Hachette, 1965, p. 77 e s.).

4. A finalidade e o objetivo da Declaração

Se do ângulo doutrinário a Declaração é a renovação do pacto social, o seu preâmbulo é bastante claro ao apontar a finalidade última e o objetivo imediato do texto⁷.

A finalidade é, em última análise, proteger os direitos do Homem contra os atos do Governo, e é expressa a menção ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. O objetivo imediato é de caráter pedagógico: instruir os indivíduos de seus direitos fundamentais, "recordando-os" deles.

5. Natureza da Declaração

Trata-se de uma *declaração*, enfatize-se. Os direitos enunciados não são aí instituídos, criados, são "declarados", para serem recordados.

Quanto aos direitos do Homem, isto não enseja objeções, mas sim quanto aos direitos do "cidadão". Esta qualidade pressupõe ordenação política e esta não preexiste ao pacto. Mas — quem o salienta é Rivero — para os redatores do texto os direitos do cidadão são corolários dos direitos naturais que os subsumem⁸.

6. Caracteres dos direitos declarados

Ora, declaração presume preexistência. Esses direitos declarados são os que derivam da natureza humana, são *naturais*, portanto.

Ora, vinculados à natureza, necessariamente são *abstratos*, são do Homem, e não apenas de franceses, de ingleses etc.

São *imprescritíveis*, não se perdem com o passar do tempo, pois se prendem à natureza imutável do ser humano.

São *inalienáveis*, pois ninguém pode abrir mão da própria natureza.

7. Na análise da Declaração sintetizam-se as opiniões de muitos autores, particularmente de Georges Burdeau, *Les libertés publiques* (4. ed., Paris, Librairie Générale, 1972), Jacques Robert, *Libertés publiques* (Paris, Montchrestien, 1971), Claude-Albert Colliard, *Libertés publiques* (6. ed., Paris, Dalloz, 1982), e Jean Rivero, *Libertés publiques* (cit.). Por isso, a menos que a referência seja textual, fica implícito o débito aos mesmos.

8. Rivero, *Libertés publiques*, cit., p. 50.

São *individuais*, porque cada ser humano é um ente perfeito e completo, mesmo se considerado isoladamente, independentemente da comunidade (não é um ser social que só se completa na vida em sociedade).

Por essas mesmas razões, são eles *universais* — pertencem a todos os homens, em consequência estendem-se por todo o campo aberto ao ser humano, potencialmente o universo.

7. As preocupações concretas subjacentes

Entretanto, com Rivero⁹ e outros, deve-se convir que essa abstração e essa universalidade mal escondem algumas preocupações bem concretas. "Cada um dos direitos proclamados aparece como a condenação de uma prática arbitrária a que importa por termo", diz esse mestre.

8. As duas grandes categorias de direitos

Seguindo o próprio título do documento, podem-se classificar os direitos enunciados em duas grandes categorias.

9. As liberdades

A primeira é a dos direitos do Homem. Estes são *liberdades*. Ou seja, poderes de agir, ou não agir, independentemente da ingerência do Estado. Constituem o que Constant iria denominar de "liberdade dos modernos", numa fórmula que se tornou famosa¹⁰.

Aí se incluem a liberdade em geral (arts. 1º, 2º e 4º), a segurança (art. 2º), a liberdade de locomoção (art. 7º), a liberdade de opinião (art. 10), a liberdade de expressão (art. 11) e a propriedade (liberdade de usar e dispor dos bens) (arts. 2º e 17). E seus corolários: a presunção de inocência (art. 9º), a legalidade criminal (art. 8º), a legalidade processual (art. 7º). Afora, a liberdade de resistir à opressão (art. 2º), que já se aproxima dos direitos do cidadão.

9. *Libertés publiques*, cit., p. 46 e s. A citação está à p. 52.

10. *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*, 3. ed., Paris, 1814, p. 101 e s., apud J. Imbert, H. Morel e R-J Dupuy, *La pensée politique*, cit., p. 389 e s.

Nota-se, nessa enumeração, a falta de algumas das liberdades, justamente consideradas típicas da primeira geração dos direitos fundamentais.

Uma é a liberdade econômica. Esta, na época, importava na extinção das corporações de ofício que impediam a livre concorrência.

Esta liberdade somente foi determinada por uma lei, de junho de 1791, chamada lei "Le Chapelier", do nome de seu proponente¹¹. No Brasil, a Carta de 1824, no art. 179, n. 25, teve o cuidado de estabelecer: "Ficam abolidas as corporações de ofícios, seus juízes, escrivães e mestres".

Por sua vez, a liberdade do comércio, indústria e profissão — também não inscrita na Declaração de 1789 — foi igualmente estabelecida por uma lei (de março de 1791), vindo a ser adotada, em nível constitucional, pela Declaração de 1793 (art. 17) e pela Constituição do ano III (art. 335)¹².

Com essas leis estava igualmente consagrada a liberdade de trabalho. O direito ao trabalho, todavia, não seria consagrado senão em 1848 (decreto de 25 de fevereiro e Constituição, Preâmbulo, item VII e art. 13)¹³.

Outra liberdade ausente da Declaração de 1789 é a de associação. Na verdade, o pensamento iluminista tinha como um de seus pontos o individualismo¹⁴. Por isso, e com fulcro no pensamento de Rousseau radicalmente contrário às sociedades parciais, rejeitava essa liberdade. Ainda mais que os "partidos" — jacobinos, girondinos etc. — em luta durante a revolução ainda acarretavam para os grupos a acusação de fautores da desordem, de perturbadores da ordem pública, de inimigos do interesse geral¹⁵.

A referida lei "Le Chapelier", por seu lado, proibia se associassem profissionais especializados numa determinada atividade para a defesa de interesses comuns. Em consequência, foi ela um obstáculo para a legalização, mais tarde, dos sindicatos.

11. Cf. Claude-Albert Colliard, *Libertés publiques*, cit., n. 559 e s.

12. *Libertés publiques*, n. 559 e s.

13. *Libertés publiques*, n. 549.

14. O pensamento iluminista — média das convicções da Europa ocidental "progressista" no século XVIII — pode ser resumido em cinco idéias: indivíduo (o homem deve ser considerado isolado da sociedade), razão (é a medida do certo e do errado), natureza (boa e previdente, cujas leis conduzem ao melhor dos mundos possíveis), felicidade (o objetivo do homem) e progresso (tudo caminha para estágios mais altos e melhores).

15. Cf. *Contrato social*, Livro II, cap. III.

Mas em 1848 veio a prevalecer outra orientação. Um decreto, de 25 de fevereiro, reconheceu a liberdade de associação, inclusive de profissionais. E a Constituição desse ano a inscreveu no art. 8º¹⁶.

10. Os direitos do cidadão

Os direitos do cidadão são *poderes*. São a expressão moderna da "liberdade dos antigos". Constituem meios de participação no exercício do Poder Político.

Neste rol incluem-se os direitos de participar da "vontade geral" (art. 6º), ou de escolher representantes que o façam (art. 6º), de consentir no imposto (art. 14), de controlar o dispêndio do dinheiro público (art. 14), de pedir contas da atuação de agente público (art. 15).

11. Os princípios de organização política

Enumera, ademais, a Declaração vários princípios de organização política.

O primeiro é a igualdade (art. 1º). O segundo é a finalidade do Estado (a "associação política"), a "conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem" (art. 2º). Outro, a soberania investida na Nação (art. 3º). Também a destinação da "força pública" (art. 12), que é a garantia dos direitos do Homem e do Cidadão.

E, enfim, a Constituição, a verdadeira, a única merecedora de usar esse nome. Aquela que limita externamente o exercício do poder, pelo respeito aos direitos fundamentais, internamente pela separação dos poderes (art. 16).

12. A lei e seu papel

Outro ponto a salientar quanto à concepção clássica dos direitos do Homem concerne à lei e seu papel.

Reconhece a Declaração que o exercício concomitante dos direitos fundamentais por todos e cada um dos homens exige uma coordenação, uma regulamentação que impeça as colisões. O estado social, portanto, reclama

16. Cf. Colliard, *Libertés publiques*, cit., n. 521 e s.

um mínimo de disciplina no gozo dos direitos naturais. É o que exprime claramente o art. 4º da Declaração, que vale frisar: "O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos".

Mas esta regulação, para ser legítima, não pode ser arbitrária, deve ser justa. Por isso, apenas a lei pode estabelecê-la, somente a lei pode limitar o exercício da liberdade. É a parte final do art. 4º: "Estes limites não podem ser estabelecidos senão pela lei".

Dois razões principais militam nesse sentido.

A primeira é ser a lei — na concepção prevalecente¹⁷ — necessariamente a expressão da justiça, com os corolários de que é geral e abstrata, aplicando-se a todos os casos, sem levar em conta os envolvidos, além de igual para todos os seres humanos.

A segunda reflete o ensinamento de Rousseau. "A lei é a expressão da vontade geral", diz expressamente o art. 6º da Declaração, num empréstimo flagrante ao *Contrato social*¹⁸. Isto não quer dizer — já se apon-tou acima¹⁹ — que ela possa ser o fruto arbitrário da vontade do legisla-dor, mas que a declaração da lei há de ter a participação de todos²⁰. Todavia, para ser legítima, os participantes na sua definição têm de fazê-lo, levando em consideração o interesse geral. Se não visar a este objeti-vo, o interesse comum, da deliberação surgirá a vontade de todos, jamais a vontade geral²¹.

Note-se, ademais, que o art. 6º não é inteiramente fiel a Rousseau. Esse artigo admite que a vontade geral possa resultar de uma deliberação de representantes do povo, o que jamais aceitaria o mestre de Genebra. Insinua-se então a influência de Sieyès, mas daí resulta uma entorse ao pensamento rousseauista, ferrenhamente inimigo da representação.

13. A isonomia

Enfim, é elemento essencial da Declaração a igualdade perante a lei, a *isonomia*.

17. V. cap. 2º.

18. Cf. *Contrato social*, Livro I, cap. VI; Livro II, cap. IV.

19. Cf. *Contrato social*, Livro II, cap. IV.

20. Cf. *Contrato social*, Livro II, cap. III.

21. Cf. *Contrato social*, Livro III, cap. XV.

É expresso o art. 6º: "Ela (a lei) deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune". Isto faz eco ao art. 1º, onde se afir-ma: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos".

Com isto, olhando para trás, a Declaração ratifica a abolição dos privilégios, adotada em 4 de agosto, mas, encarando o futuro, estabelece a uniformidade do direito aplicável a todos os homens. Está nisto, sem dúvida, uma das principais revoluções da Revolução Francesa.

AS LIBERDADES PÚBLICAS

1. As liberdades públicas

Na visão contemporânea, as liberdades públicas, ou, como por muito tempo a elas se chamou no Brasil, os *direitos individuais*¹, constituem o núcleo dos direitos fundamentais. A eles — é certo — se agregaram primeiro os direitos econômicos e sociais, depois os direitos de solidariedade, mas estes outros direitos não renegam essas liberdades, visam antes a completá-las.

2. Natureza jurídica

Em termos técnico-jurídicos essas liberdades são *direitos subjetivos*². São *poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos*. E, eventualmente, a entes a eles assimila-

1. É o caso da Constituição de 1934 cujo cap. II do Título III se denominava "Dos direitos e das garantias individuais", o que se repete na Constituição de 1946, cap. II do Título IV, na de 1967, cap. IV do Título II, o que não mudou na Emenda n. 1/69. Na atual, o cap. I do Título II se intitula "Dos direitos e deveres individuais e coletivos".

2. Segue-se aqui a doutrina clássica, sem desconhecer a obra de todos os que negam existirem direitos subjetivos, como Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, 3. ed., Paris, Boccard Ed., 1927, v. 1, p. 200 e s.).

dos. Porém, são direitos subjetivos oponíveis ao Estado. Isto, antes de 1789, era desconhecido no direito positivo³.

3. O titular do direito

O seu sujeito ativo, o titular do poder de agir, é todo e cada um dos seres humanos. Isto era justificado no século XVIII pela igual natureza de todos os seres humanos; hoje prefere-se enfatizar a sua igual dignidade, para desvincular esses direitos de sua conotação jusnaturalista.

A vigente Constituição brasileira põe inadequadamente a questão. De fato, o *caput* de seu art. 5º afirma reconhecer os direitos fundamentais "aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País", como se eles não fossem reconhecidos a todos os seres humanos. Aliás, o defeito é antigo, quase se pode dizer tradicional, já que a fórmula aparece na Constituição de 1891 (art. 72), repete-se em 1934 (art. 113), em 1937 (art. 122), em 1946 (art. 141), em 1967 (art. 150) e na Emenda n. 1/69 (art. 153). E a Carta de 1824 apenas os reconhecia aos cidadãos brasileiros (art. 179).

Entretanto, o texto não deve ser interpretado literalmente. Os direitos fundamentais, inclusive as liberdades públicas, reconhecem-se a todos, nacionais e estrangeiros, mas alguns dos direitos especificados no texto constitucional — direitos esses que não são direitos do Homem, e sim do cidadão, como a ação popular — não são reconhecidos senão aos brasileiros.

Por outro lado, considera-se que esses direitos subjetivos podem ter como titular entes de toda espécie, desde que compatíveis em sua natureza com essa situação. Assim, o direito de propriedade, por exemplo, é direito fundamental ainda que seu titular seja uma pessoa jurídica; uma instituição pode exprimir livremente o seu pensamento etc.

4. O sujeito passivo

O sujeito passivo desses direitos são todos os indivíduos que não o seu titular, a que se acrescentam todos os entes públicos ou privados,

3. Cf. Georg Jellinek, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1895), trad. (1902), apud Frédéric Worms, *Droits de l'homme et philosophie*, p. 430 e s. Especificamente a questão está na p. 431.

inclusive e especialmente o Estado. Com efeito, este era visto, em 1789, como o inimigo das liberdades e seguramente ainda o é, potencialmente ao menos. É ele quem, na prática diuturna, pode prender, censurar, confiscar a propriedade etc.

Em contrapartida desses direitos, o sujeito passivo, em princípio, não deve senão uma abstenção, um não-fazer. Mas é claro que se o Estado deve, por um lado, abster-se de perturbar o exercício desses direitos, tem, por outro, a tarefa de, preventivamente, evitar sejam eles desrespeitados, e, também, a de, repressivamente, restaurá-los se violados, inclusive punindo os responsáveis por esta violação.

5. O objeto

O objeto dos mesmos é uma conduta. Agir ou não agir, fazer ou não fazer. Usar ou não usar. Ir, vir ou ficar.

6. A origem desses direitos

São esses direitos *reconhecidos* pela ordem jurídica. Esta é a concepção tradicional, historicamente vinculada ao jusnaturalismo⁴.

Mais. Não é necessário sequer estejam incluídos na declaração formalizada, para que devam ser respeitados. Com efeito, a enumeração desses direitos não nega outros, é sempre exemplificativa, jamais taxativa. Este é o sentido da cláusula segundo a qual a especificação constitucional de direitos e garantias "não exclui outros resultantes do regime e dos princípios" adotados⁵. Há nisto o reconhecimento de direitos implícitos.

Não é essa, obviamente, a posição dos autores não vinculados ao jusnaturalismo, como Jellinek⁶ e muitíssimos outros. Para estes, os referidos direitos são *direitos subjetivos públicos*, conferidos pelas normas de direito público.

4. V. cap. 2º.

5. A fórmula é do art. 114 da Constituição de 1934. Ela se manteve presente na Carta de 1937 (art. 123), na Lei Magna de 1946 (art. 144), na de 1967 (art. 150, § 35), na Emenda n. 1/69 (art. 153, § 36), e na em vigor (art. 5º, § 2º).

6. Cf. Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, SEL, 1912, particularmente p. 46 e s.

7. O fundamento dos direitos humanos

A contestação ao jusnaturalismo, todavia, suscita um problema importante: o do fundamento dos direitos do Homem (de qualquer espécie que sejam).

Para os adeptos do direito natural não há dificuldade na resposta. O fundamento de tais direitos é a natureza humana.

Mas para os que renegam essa doutrina, a resposta é mais difícil (ao menos para os que não fogem à questão, alegando ser ela metajurídica...).

Para uns, esses direitos baseiam-se numa experiência comum às sociedades contemporâneas, o que é insustentável porque, por um lado, nem todas elas crêem em direitos fundamentais, por outro, a prática é antes a negação que a afirmação desses direitos.

Para outros — e entre eles parecem encontrar-se os redatores da Declaração Universal de 1948 — constituem "um ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações". O que vem refletir uma visão otimista do progresso e da história como marcha em sentido determinado.

E disto não se está longe das teses — fora da moda, politicamente incorretas mas subjacentes ao pensamento de muitos autores — que invocam a civilização, ou os povos cultos, como modelo.

8. A proteção dos direitos

Esses direitos-liberdades, graças ao reconhecimento, ganham proteção. São garantidos pela ordem jurídica, pelo Estado. Isto significa passarem a gozar de coercibilidade. Sim, porque, uma vez reconhecidos, cabe ao Estado restaurá-los coercitivamente se violados, mesmo que o violador seja órgão ou agente do Estado.

Na verdade, o Estado contemporâneo nasce, como se viu, de uma filosofia política que o justifica exatamente pela necessidade de dar proteção aos direitos fundamentais. Lembre-se o art. 2º da Declaração de 1789: "O fim de qualquer associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem".

9. A organização do Estado

Mais ainda, o constitucionalismo exige que o Estado se organize em função dessa finalidade.

É o que deriva da noção de Constituição enunciada no art. 16 da Declaração citada. Nele, com efeito, é exigida da Constituição a garantia dos direitos fundamentais.

Tal garantia tem várias faces.

10. A garantia em sentido restrito e restritíssimo

Vários são os sentidos em que se toma a expressão *garantia*. Dentre estes, cabe apontar uma acepção amplíssima (*garantia-sistema*), outra ampla (*garantia institucional*), outra, ainda, restrita (*garantia-defesa*) e, enfim, outra restritíssima (*garantia instrumental*).

Em sentido mais estreito, distinguem-se as *garantias-limite* e as *garantias instrumentais*.

Num sentido amplo, são elas os sistemas de proteção organizados para a defesa desses direitos. No Brasil, tradicionalmente o sistema judiciário, na França, o contencioso administrativo, nos países escandinavos, o *ombudsman* etc.⁷ É a garantia institucional. Como essa proteção deriva de instituições não é descabido designá-las por *garantias institucionais*.

Nesse sentido, "garantias constitucionais se chamam, primeiramente, as defesas postas pela Constituição aos direitos especiais do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana"⁸.

11. As três espécies de garantia em sentido restrito

Aprofundando a análise, verifica-se que, em sentido estrito, três são as espécies de garantia que no direito comparado e no direito brasileiro se atribuem aos direitos fundamentais.

A primeira são as defesas postas a direitos especiais. Constituem proibições que visam a prevenir a violação do direito. São, por exemplo, a proibição da censura, para proteger a liberdade de expressão do pensamento, a proibição das prisões (salvo em flagrante delito ou por ordem de

7. V. Seção 4^a, Parte I.

8. *Comentários à Constituição brasileira*, cit., p. 278.

autoridade), para garantir a liberdade pessoal e de locomoção, a proibição do confisco, para salvaguardar a propriedade etc. Pode-se dizê-las *garantias-limite*, visto que servem de limite para o poder.

As *garantias instrumentais* — garantias em sentido restritíssimo — são, ao mesmo tempo, meios de defender direitos específicos e de provocar a atuação do sistema de proteção institucionalizado, exatamente porque essa atuação atende à proteção desses referidos direitos específicos. Servem, assim, para mobilizar a *garantia institucional*, em prol das *garantias-limite*, servindo de *instrumento* de defesa dos direitos fundamentais. Integram-nas os chamados *remédios*, ações especiais, em geral constitucionalmente previstas (daí falar-se em *remédios constitucionais*). Tais remédios variam de Estado para Estado. No Brasil, é o caso do *habeas corpus*, numa larga medida do mandado de segurança. Dessas *garantias instrumentais* pode-se aproximar a ação de inconstitucionalidade⁹.

12. Garantias como direitos fundamentais

Note-se, todavia, que as próprias garantias em sentido estrito são de determinado ângulo direitos fundamentais. Sim, porque há um direito a não sofrer censura, a não ter confiscados os bens, a recorrer ao Judiciário, a impetrar mandado de segurança ou a requerer *habeas corpus*. São direitos subjetivos à garantia: *direitos-garantia*, portanto.

Tais direitos não são, todavia, "naturais". Presumem vida em sociedade, e, mais do que isto, organização política, ou seja, Estado.

13. A disciplina das liberdades

É reservada à lei a disciplina das liberdades. E, sobretudo, deve ser reservada à lei a definição das sanções que hão de punir os abusos no exercício dos direitos. Já se apontou mais acima quais as razões doutrinárias que o exigem¹⁰.

Tal lei — sublinhe-se — deve ser a lei formal, editada pelo Poder Legislativo. Mesmo postos de parte os argumentos da doutrina, a reserva à lei formal pragmaticamente se justifica.

9. V. Parte II, cap. 13.

10. V. cap. 3^o.

Com efeito, é da história que o Estado, mais precisamente o Executivo, seja o "inimigo" das liberdades. Assim, absurdo seria que a ele se desse o poder de instituir delitos bem como o de disciplinar direitos reconhecidos, por assim dizer, contra ele, por intermédio de regulamento.

A difusão contemporânea da "legiferação pelo Executivo" — a proliferação de atos do Executivo com força de lei: decretos-leis, medidas provisórias, leis delegadas etc. —¹¹ coloca para o princípio da reserva de lei uma grave contestação.

Não há dúvida que essa legiferação pelo Executivo renega a desejada segurança que, ao contrário, assegura a exigência de lei formal e coloca esse poder na situação condenada por Montesquieu de poder "fazer leis tirânicas para executá-las tiranicamente"¹². Sim, porque, tendo os referidos atos com força de lei vigência imediata, seus efeitos se sentem muito antes da aprovação ou desaprovação pelo Legislativo.

Por isso, numa interpretação teleológica, deve-se entender que, no tocante a liberdades públicas, somente cabe a lei formal, jamais o ato com força de lei.

Observe-se que a Constituição brasileira em vigor é expressa ao dispor sobre a lei delegada, proibindo a delegação de competência para legislar sobre "direitos individuais", ou seja, sobre liberdades públicas (art. 68, § 1.º, II).

É omissa, todavia, em relação às medidas provisórias previstas no art. 62. Mas se lei delegada não pode disciplinar liberdades, *a fortiori* medida provisória.

14. O regime repressivo

Dos elementos acima resulta ser o regime "repressivo" o normal das liberdades públicas¹³. É o que se dá à liberdade de locomoção, à expressão do pensamento etc.

Caracteriza-se por deixar ao titular o direito livre e incondicionado para exercê-lo — dentro dos eventuais limites traçados pela Constituição

11. Cf. meu *Do processo legislativo*, cit., n. 95 e s.

12. *Espírito das leis*, cit., Livro XI, cap. 6º.

13. V., sobre isto, Colliard, *Libertés publiques*, cit., n. 120 e s.; Rivero, *Libertés publiques*, cit., v. 1, p. 176 e s.

ou pela lei — sujeitando-o a sanções, todavia, pelas violações a esses limites, e mesmo pelos abusos que cometer.

Tal regime é extremamente favorável para o titular do direito, que pode exercitá-lo sem delongas, sem estar adstrito a formalidades, bem como tem a certeza de que, respeitando os limites previstos, não corre risco na sua segurança¹⁴.

Por sua vez, as sanções em que pode incidir somente podem estar definidas em lei — insista-se — adotada pelo Poder Legislativo, como se viu logo acima. Esta é que pode definir crimes e delitos e não pode fazê-lo retroativamente¹⁵. O que acresce à segurança.

Ademais, a aplicação de tais sanções é feita pelo Judiciário, pelo juiz natural, por um processo contencioso, assegurada ampla defesa etc.¹⁶. De novo um fator de segurança.

15. O regime preventivo

O chamado sistema preventivo é menos adequado às liberdades públicas, embora seja, às vezes, o único que possa evitar graves problemas ou colisões. De fato, ele é o melhor meio de conciliar o exercício de um mesmo direito por diferentes pessoas ou grupos.

Consiste em condicionar o exercício de um direito a uma manifestação da autoridade, ou, pelo menos, condicioná-lo a uma comunicação à autoridade (forma atenuada)¹⁷. É, por exemplo, o caso da liberdade do exercício de certas profissões e, de modo atenuado, da liberdade de reunião (Constituição brasileira, art. 5º, XVI).

As diferenças em relação ao regime repressivo são flagrantes. A principal delas está em que, no regime preventivo, a autoridade pode prevenir (daí o nome do regime) a ocorrência de uma colisão de direitos.

14. Cf. Rivero, *Libertés publiques*, cit., p. 177.

15. Acodem aqui as regras da legalidade criminal (Declaração de 1789, art. 8º; Constituição brasileira de 1988, art. 5º, XXXIX), anterioridade (Declaração de 1789, art. 8º; Constituição brasileira de 1988, art. 5º, XL) etc.

16. Aplicam-se aqui as regras sobre o processo judicial, no direito anglo-americano de finidas pelo *due process of law*. Estão elas na Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, LIV, LV e noutros) etc.

17. Cf. Colliard, *Libertés publiques*, cit.; Rivero, *Libertés publiques*, cit., p. 184 e s.

ou um abuso de direito, a violação dos limites constitucionais ou legais do direito. No entanto ela cria uma instância burocrática, singela no caso da declaração prévia (a forma atenuada), mas que pode ser embaraçante, ou frustrante, no caso da necessidade de uma autorização formalizada.

Na verdade, o sistema preventivo enseja, como é óbvio, a possibilidade de proibição do exercício do direito, ou a sua procrastinação. Contra isto, num Estado de Direito, há, sem dúvida, o recurso ao contencioso administrativo, ou judiciário. Entretanto, o provimento desse recurso nem sempre repara adequadamente o adiamento no exercício do direito.

Note-se que a proibição do exercício do direito não pode ser arbitrária; há de resultar da ausência de condições legais, ou infração a outras normas constitucionais que no caso prevaleçam. Por exemplo, a necessidade de manter a ordem pública, ameaçada, em hipótese, pela perspectiva de duas passeatas de partidos hostis pelas mesmas ruas na mesma hora.

Sobre isto é interessante registrar a jurisprudência administrativa francesa. Segundo Rivero ela redunha em quatro princípios. O primeiro: "liberdade é o princípio, a medida restritiva, a exceção"; segundo: deve haver uma conciliação entre as necessidades da ordem e as exigências da liberdade, de modo que comete ilegalidade (abuso de poder) quem sacrifica sistematicamente a liberdade à ordem; terceiro: a conciliação deve levar em conta a situação concreta, não meras considerações abstratas; quarto: a medida preventiva só se justifica pela necessidade. Se não é, estritamente falando, necessária, é abusiva¹⁸.

16. O regime especial das liberdades

As liberdades públicas, todavia, podem ficar sujeitas a um regime excepcional, em situações de grave crise, ou ameaça, como guerra ou desordens internas. Nestas situações — como se diz — "de emergência" ficam elas sujeitas a regime extraordinário. Este varia de Estado para Estado, preferindo uns o sistema rígido do estado de sítio, outros, o flexível, como a lei marcial, não faltando formulações que combinam um com outro¹⁹.

18. *Libertés publiques*, cit., p. 191.

19. Cf., a esse respeito, meus livros *O estado de sítio*, São Paulo, 1964; e *Estado de Direito e Constituição*, cit., cap. V, "A defesa da ordem constitucional", p. 107 e s.

O sistema do estado de sítio importa na suspensão de garantias constitucionais. Isto significa que, durante a situação excepcional formalmente decretada pelo Poder competente e pelo procedimento adequado, não subsistem as garantias constitucionais em sentido estrito, salvo a institucional. Assim, não prevalecem garantias-limite, como a proibição da censura, garantias-instrumento como o *habeas corpus*, o que, na verdade, restringe e eventualmente anula na prática o recurso ao contencioso. Portanto, a proteção do direito.

Na verdade, a sua decretação institui não o arbítrio, mas uma legalidade excepcional, e transitória, sob a qual a autoridade tem amplos poderes para proibir o exercício de liberdades, ou ao menos restringi-lo quanto lhe parecer adequado.

Os sistemas flexíveis não preordenam a conduta da autoridade, assim não instituem uma legalidade excepcional. Aplicam simplesmente o princípio romano: *Salus reipublicae suprema lex esto*. Por isso, são considerados perigosos para a ordem constitucional. Entre eles, todavia, inscreve-se a lei marcial que adota a Grã-Bretanha. Esta permite que a autoridade, para prevenir a situação anormal, ou para restabelecer a normalidade, faça o que lhe parecer correto. Seus atos, porém, a menos que haja um *bill of indemnity*, uma lei de anistia, votada pelo Parlamento, estão sujeitos a exame pelo Judiciário. Este poderá, então, ou aceitar a sua necessidade, o que exclui a criminalidade do ato eventualmente praticado, ou, ao invés, aplicar a sanção ao responsável.

Seção 2

Os direitos econômicos e sociais

1. Os direitos econômicos e sociais

Ao término da primeira Guerra Mundial — talvez o sabonete — os direitos econômicos e sociais foram reconhecidos. Não os direitos econômicos e sociais que não existem nem negam as liberdades públicas, mas a eles se somam. Consagra-os a Constituição alemã de 1919, a Constituição de Weimar, que por isso ganhou imortalidade.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DOCTRINÁRIA

1. Os direitos econômicos e sociais

Ao término da primeira Guerra Mundial — todos o sabem — novos direitos fundamentais foram reconhecidos. São os *direitos econômicos e sociais* que não excluem nem negam as liberdades públicas, mas a elas se somam. Consagra-os a Constituição alemã de 1919, a Constituição de Weimar, que por isso ganhou imortalidade.

Como, entretanto, se chegou a eles?

Necessário é, para responder a esta pergunta, lembrar alguns fatos e apontar algumas idéias que marcaram o século XIX e os primeiros anos do século XX.

A) A Questão Social

2. A Questão Social

Numa síntese, talvez demasiado simplificadora, pode-se dizer que, paralelamente ao avanço do liberalismo político e econômico, o período acima referido assistiu à deterioração do quadro social, particularmente nos Estados mais desenvolvidos da Europa ocidental e nos Estados Unidos.

Esse quadro costumava ser designado como a *Questão Social*. A expressão é hoje menos usada, porque os cientistas sociais marxizados preferem discorrer sobre a "luta de classes" em vez de usar da terminologia "burguesa" questão social. Esta, na verdade, envolvia agudamente a luta de classes, como Marx bem o registrou. Entretanto, esta luta era apenas um de seus aspectos.

A *Questão Social* — chamá-la-emos assim — fotografa a situação da classe trabalhadora num momento especial do desenvolvimento capitalista, nos países que primeiro se embrenharam neste caminho. É o caso da Grã-Bretanha, da França, um pouco mais tarde dos Estados Unidos, mas igualmente no norte da península itálica, nos Estados que iriam constituir em 1870 a Alemanha, em menor grau na Holanda, na Bélgica.

3. O liberalismo econômico

Este desenvolvimento foi motivado pelas idéias do liberalismo econômico — livre iniciativa num mercado concorrencial — e propiciado pelas instituições — Estado abstencionista — e regras decorrentes das revoluções liberais. Teria sido impossível sem a abolição das corporações de ofício, sem a liberdade de indústria, comércio e profissão, sem a garantia da propriedade privada etc.

Por um lado, esse processo provocou um acréscimo súbito de riqueza, que atingiu níveis jamais vistos. Mas esta riqueza ficou concentrada nas mãos dos empresários, ou da classe burguesa se se preferir. É verdade, porém, que isto vale globalmente falando, pois os ciclos econômicos, as crises, freqüentemente retiravam tudo daqueles que num momento haviam sido imensamente ricos. Tudo isto é sabido.

4. A penúria da classe trabalhadora

Em contrapartida, a classe trabalhadora se viu numa situação de penúria. Ou mesmo de miséria. Não mais havia a proteção corporativa, o poder político se omitia — de acordo com a interpretação corrente de seu papel — o trabalho era uma mercadoria como outra qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura. E a máquina reduzia a necessidade de mão-de-obra, gerando a massa dos desempregados. E, portanto, baixos salários.

Ademais, as condições de trabalho nas fábricas, minas e outros empreendimentos eram extremamente ruins, tanto para o corpo como para o espírito. Nada impedia o trabalho de mulheres e crianças em condições insalubres. Tudo isto já foi narrado e descrito.

Ora, a marginalização da classe operária, como que excluída dos benefícios da sociedade, vivendo em condições subumanas e sem dignidade, provocou, em reação, o surgimento de uma hostilidade dessa classe contra os "ricos", contra os "poderosos", que favorece o recrutamento de ativistas revolucionários, inclusive terroristas. E na fórmula marxista a luta de classes.

Tal situação era uma ameaça gravíssima à estabilidade das instituições liberais, portanto, à continuidade do processo de desenvolvimento econômico. Urgia superá-la e isto suscitou uma batalha intelectual e política.

5. A reivindicação pelo sufrágio universal

Esta exigência foi-se intensificando à medida que maior número de trabalhadores acediam aos direitos políticos — voto e elegibilidade — em razão da redução do censo para tanto exigido.

O ponto vulnerável do governo representativo em seus primeiros tempos era o sistema eleitoral censitário. Por hábil que fosse a argumentação dos que o justificavam, como Sieyès o fez, ela não se sustentava em face dos princípios de 1789, ou seja, de que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos" (art. 1º).

Ora, a pressão pelo sufrágio universal (dos homens, já que a sua extensão às mulheres é outra história) era irresistível porque contava com o apoio de todos os idealistas. Paulatinamente, os detentores do poder nos Estados mais desenvolvidos tiveram de ceder. E a cada passo de recuo, ampliava-se o número de postulantes da reforma, ou da revolução, política e social, bem como se intensificava a reivindicação do sufrágio universal.

Obviamente isto deu força crescente aos movimentos ou partidos que logravam conquistar o apoio e os votos desses novos cidadãos. E estes eram, cada vez mais, os desafortunados. Este fator político, de grande peso e força, veio a inclinar a história no sentido de mudanças, reformistas ou revolucionárias.

B) Revolução versus reformismo

6. Reforma ou revolução?

De fato, em face do quadro descrito, *grosso modo* duas orientações se formaram.

Uma visava a reconciliar o proletariado com as demais classes e com o Estado. Esta foi a postura reformista do positivismo, do socialismo democrático, do cristianismo social. Foi ela que levou aos direitos econômicos e sociais.

Entretanto, posição oposta assumiram outros grupos que adotaram linha revolucionária. Para estes, só a extinção das classes “exploradoras”, do Estado “burguês”, para os socialistas radicais, de todas as classes e do Estado para Marx e seus seguidores, para os anarquistas, é que seria a solução.

7. A divisão entre os socialistas

Esta divisão é nítida quanto aos socialistas.

A crítica socialista tocou fundo quando denunciou o caráter “formal” das liberdades reconhecidas nas Declarações. É a famosa crítica de Marx¹, segundo a qual o exercício dessas liberdades pressupunha condições econômicas — meios financeiros — sem as quais o indivíduo não poderia usufruir concretamente das mesmas. Ora, a maioria não tinha os meios necessários nem para viver dignamente.

Mas a sua proposta encontrou menor aceitação quanto aos temas revolucionários ou radicais, como a extinção do Estado, a abolição da propriedade privada dos meios de produção, a ditadura do proletariado etc.

Na verdade, o socialismo revolucionário apenas chegou a uma experiência de concretização com a Revolução Russa de 1917, mas o socialismo reformista — a social-democracia — já pesou nas conquistas de 1848, aliás consideradas nessa época, pelos grupos conservadores, como extremamente “revolucionárias”.

1. No trabalho *A questão judia*. V. Maurice Duverger, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3. ed., Paris, PUF, 1968, p. 206; v., também, Raymond Aron, *Essai sur les libertés*, Paris, Ed. Calmann-Lévy, 1965, p. 57.

8. A doutrina social da Igreja

O movimento reformista ganhou um forte apoio com a formulação da chamada *doutrina social da Igreja* a partir da encíclica *Rerum novarum*, editada em 1891 pelo Papa Leão XIII.

Esta retoma de São Tomás de Aquino a tese do bem comum, da essência na “vida humana digna”, bem como a doutrina clássica do direito natural, ao mesmo tempo em que sublinha a dignidade do trabalho e do trabalhador. Chega assim à afirmação de direitos que exprimem as necessidades mínimas de uma vida consentânea com a dignidade do ser humano, criado à imagem e semelhança de Deus. Daí o direito ao trabalho, à subsistência, à educação etc.

C) Os passos da evolução

9. Antecedentes

Ao contrário do que muitos supõem, preocupações sociais já estão presentes nas próprias declarações de direitos do primeiro período.

A Declaração francesa de 1793, por exemplo, afirma no art. 21: “Os socorros públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, seja procurando-lhes trabalho, seja assegurando os meios de existência aos que não têm condições de trabalhar”. E no art. 22: “A instrução é necessidade de todos. A sociedade deve favorecer com todo o seu poder os progressos da razão pública e pôr a instrução ao alcance de todos os cidadãos”.

Disto faz eco a Carta Brasileira de 25 de março de 1824, no art. 179. No n. 31 está: “A Constituição também garante os socorros públicos”. No n. 32: “A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos”.

10. A Declaração de 1848

Não faz dúvida, entretanto, que o principal documento da evolução dos direitos fundamentais para a consagração dos direitos econômicos e sociais foi a Constituição francesa de 1848.

Esse 1848 foi na Europa um ano de graves conflitos, de “revoluções”, uma das quais foi a que derrubou na França a monarquia orleanista. Ora, um elemento importante nesses movimentos, e particularmente no que ocor-

reu em Paris, foi a atuação dos trabalhadores e dos desempregados. A conotação social da revolução que levou à segunda república é nítida.

A Constituição então elaborada, promulgada em 4 de novembro, é precedida de um preâmbulo e contém um capítulo no qual se enunciam os direitos por ela garantidos.

No primeiro, que expressamente "reconhece os direitos e deveres anteriores e superiores às leis positivas" (III), é dada por tarefa à República "proteger o cidadão na sua pessoa, sua família, sua propriedade, seu trabalho, e pôr ao alcance de cada um a instrução indispensável a todos os homens". Deve ela, ademais, "por uma assistência fraternal, assegurar a existência dos cidadãos necessitados, seja procurando-lhes trabalho nos limites de seus recursos, seja dando-lhes, à falta de trabalho, socorros àqueles que estão sem condições de trabalhar" (VIII). Está aí explícito o direito ao trabalho, assim como, embora a ênfase seja menor, o direito à educação.

No segundo, o que é mais relevante, consiste na previsão feita no art. 13 de que, para atender ao direito ao trabalho, o Estado estabelecerá "trabalhos públicos para empregar os braços desocupados".

11. A Constituição mexicana

A Constituição mexicana de 1917 é considerada por alguns como o marco consagrador da nova concepção dos direitos fundamentais.

Não há razão para isso, mesmo sem registrar que sua repercussão imediata, mesmo na América Latina, foi mínima. Na verdade, o que essa Carta apresenta como novidade é o nacionalismo, a reforma agrária e a hostilidade em relação ao poder econômico, e não propriamente o direito ao trabalho, mas um elenco dos direitos do trabalhador (Título VI).

Trata-se, pois, de um documento que inegavelmente antecipa alguns desdobramentos típicos do direito social. Nem de longe, todavia, espelha a nova versão dos direitos fundamentais.

12. A Declaração russa

Igualmente não teve maior influência na definição dos novos direitos fundamentais a *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, editada na Rússia, em janeiro de 1918.

Esta, na verdade, não enuncia direitos mas sim princípios, como o da abolição da propriedade privada da terra, o confisco dos bancos, a colocação das empresas sob o controle dos trabalhadores (isto é, do partido) etc. Tudo isto acompanhado de promessas como a de "esmagar impiedosamente todos os exploradores", a do "repúdio completo da política bárbara da civilização burguesa", o que basta para dar idéia de seu tom e de seu caráter meramente propagandístico.

13. O Tratado de Versalhes

Precedente real do novo estilo está na Parte XIII do Tratado de Versalhes, de 28 de junho de 1919, pelo qual se definiram as condições da paz entre os Aliados e a Alemanha.

Nela encontra-se a chamada Constituição da Organização Internacional do Trabalho — a OIT — na qual se consagram os direitos do trabalhador, direitos sociais vistos como fundamentais e obrigatórios para todos os Estados signatários do referido Tratado².

2. Cf. José Pinto Antunes, *Os direitos do Homem no regime capitalista*, São Paulo, 1947, p. 113 e s.

6

A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E OS DIREITOS SOCIAIS

1. A Constituição alemã de 1919

Ao final da primeira Guerra Mundial gravíssima era a situação da Alemanha de qualquer ângulo que fosse encarada. Com efeito, as instituições políticas estavam derruídas, a situação social extremamente agravada, as forças da ordem desmoralizadas. Nesse contexto a esquerda radical lutava para tomar o poder em favor dos conselhos de operários e soldados — os *Soviets* — à moda bolchevique.

Não havia condições sequer para que a Assembléia Constituinte convocada para estabelecer um novo quadro constitucional se reunisse em Berlim, a capital. Por isso, reuniu-se ela em Weimar, de passado intelectual, em que se cultivava (e ainda se cultiva) a figura de Goethe¹.

Elaborou-se uma Constituição para a Alemanha republicana, da qual o ponto mais relevante para a história jurídica é a Parte II — Direitos e deveres fundamentais dos alemães. Nesta, dedica-se a primeira seção ao indivíduo, a segunda, à vida social, a terceira, à religião e sociedades religiosas, a quarta, à instrução e estabelecimentos de ensino, e a quinta, à vida econômica.

1. Hoje em dia quem lá procurar reflexos da Constituinte não os encontrará, mas em toda parte deparará com lembranças de Goethe e homenagens a esse grande poeta.

Todas essas seções são marcadas por novo espírito, que se pode dizer "social", mesmo quanto às liberdades. Em seu exame avultam, por exemplo, normas sobre o casamento e a juventude, a obrigatoriedade da instrução escolar, com a previsão de estabelecimentos públicos para tanto, mas o núcleo plenamente novo está na última seção.

Nela destacam-se a sujeição da propriedade à função social — com a célebre fórmula: "A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve visar o interesse geral" (art. 153) —, a repartição das terras (reforma agrária) (art. 155), a possibilidade da "socialização" de empresas (art. 156), a proteção ao trabalho (art. 157), o direito de sindicalização (art. 159), a previdência social (art. 161), a co-gestão das empresas (art. 165).

2. O novo modelo

Estava assim estabelecido um novo modelo. Foi ele seguido e imitado nas constituições que pouco mais tarde se editaram na Europa (especialmente a espanhola de 1931), e pelo mundo afora, chegando ao direito positivo brasileiro com a Carta de 1934. Esta é a primeira das nossas que enuncia uma Ordem Econômica e Social (Título IV).

Mirkine-Guétzévitch, quem mais contribuiu para divulgar as "novas tendências do direito constitucional" dos anos vinte, exprime lapidarmente o núcleo da nova concepção. "O Estado moderno — escreve ele — não pode contentar-se com o reconhecimento da independência jurídica do indivíduo; ele deve ao mesmo tempo criar um mínimo de condições jurídicas que permitam assegurar a independência social do indivíduo."²

A) Caracteres dos direitos sociais

3. Natureza dos direitos sociais

Como as liberdades públicas, os direitos sociais são direitos subjetivos. Entretanto, não são meros poderes de agir — como é típico das liber-

2. Boris Mirkine-Guétzévitch, *As novas tendências do direito constitucional*, trad. de Cândido Motta Filho, com prefácio de Vicente Ráo, São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1933, p. 151. Basta para registrar a importância dada a esse trabalho no Brasil haver sido ele traduzido por um futuro catedrático de direito constitucional da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco — de que sou o sucessor imediato — e prefaciado por um dos mais brilhantes mestres dessa Casa, nos anos trinta e quarenta.

dades públicas de modo geral — mas sim poderes de *exigir*. São direitos “de crédito”³.

Há, sem dúvida, direitos sociais que são antes poderes de agir. É o caso do direito ao lazer. Mas assim mesmo quando a eles se referem, as Constituições tendem a encará-los pelo prisma do dever do Estado, portanto, como poderes de exigir prestação concreta por parte deste⁴.

4. O sujeito passivo

O sujeito passivo desses direitos é o Estado. É este posto como o responsável pelo atendimento aos direitos sociais.

Na Constituição brasileira de 1988 isso é cristalino. O texto afirma “dever do Estado” propiciar a proteção à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215), ao lazer, pelo desporto (art. 217), pelo turismo (art. 180) etc. Igualmente o direito ao trabalho que se garante pelo socorro da previdência social ao desempregado (art. 201, IV).

Mas, sem dúvida, o Estado é visto como o representante da sociedade, como a expressão personalizada desta. A seguridade social, por exemplo, é claramente apontada na mesma Constituição de 1988 como responsabilidade da sociedade inteira (art. 195).

Às vezes, a responsabilidade é partilhada com outro grupo social, como a família. É o caso do direito à educação (Constituição brasileira, art. 205).

5. O objeto do direito

O objeto do direito social é, tipicamente, uma contraprestação sob a forma da prestação de um serviço. O serviço escolar, quanto ao direito à educação, o serviço médico-sanitário-hospitalar, quanto ao direito à saúde, os serviços desportivos, para o lazer etc.

3. Cf. Rivero, *Libertés publiques*, cit., p. 100 e s.

4. V., quanto ao lazer, Constituição brasileira de 1988, art. 217, § 3º, incluído numa seção dedicada ao desporto que, segundo o *caput* desse art. 217, “é dever do Estado fomentar...”. Igualmente ao que toca ao turismo (art. 180).

Ou, na impossibilidade de satisfazer o direito por uma prestação direta, uma contrapartida em dinheiro. É o seguro-desemprego para o direito do trabalho. Deve-se, todavia, registrar que na França de 1848 se criaram os *ateliers nationaux*, bem como procedeu-se a obras públicas para dar trabalho aos que não o encontravam no mercado.

6. Fundamento desses direitos

Os direitos sociais, como é óbvio, pressupõem sociedade. Assim não são direitos naturais no sentido que dava a essa expressão a doutrina iluminista prevalecente no século XVIII.

Podem, todavia, ser deduzidos da sociabilidade humana. Nesse sentido, considerando-se tal sociabilidade como própria à natureza humana, é que podem ser ditos naturais.

Na sociedade, existe a necessidade da cooperação e apoio mútuo. Nela, como o esforço de todos beneficia a cada um, todos devem auxiliar-se ou socorrer-se uns aos outros. Tal auxílio ou socorro é evidentemente tão mais imperativo quanto mais grave a necessidade por que passa o semelhante.

Poder-se-ia dizer que esse fundamento é, numa palavra, a solidariedade entre os homens se isso não trouxesse confusão com os direitos de terceira geração, chamados de direitos de solidariedade.

7. Garantia

A garantia que o Estado, como expressão da coletividade organizada, dá a esses direitos é a instituição dos serviços públicos a eles correspondentes. Trata-se de uma garantia institucional, portanto.

Foi aliás a obrigação de atender a esses direitos que ditou a expansão dos serviços públicos, dos anos vinte para a frente. Isto gera pesados encargos diretamente para o Estado e indiretamente para os contribuintes, o que contemporaneamente suscita um repensar a propósito desses direitos. Impõe-se a pergunta: até que ponto o Estado deve *dar* o atendimento a esses direitos, até que ponto deve apenas amparar a busca do indivíduo pelo atendimento desses direitos?

8. Proteção judicial

A proteção judicial dos direitos sociais não oferece dúvida quando encarada do ângulo da repressão às suas violações. A jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos o mostra bem⁵.

Mas, do ângulo positivo, em que medida é ela possível e efetiva?

O direito constitucional contemporâneo vem-se preocupando com o problema. Já tem apresentado respostas ao mesmo.

Uma, por exemplo, é a ação de inconstitucionalidade por omissão. Esta se acha na Constituição brasileira, no art. 103, § 2º. Tal ação, com efeito, visa a levar o Poder Público a efetivar uma norma programática da Constituição. Ora, frequentemente os direitos sociais estão nesse caso.

Igualmente, a Constituição de 1988 prevê, no art. 5º, LXXI, um mandado de injunção que pode servir para o mesmo objetivo.

A experiência prática, todavia, não é animadora. Ademais, a efetivação de direitos sociais, quando reclama a instituição de serviço público, dificilmente pode resultar de uma determinação judicial. Tal instituição depende de inúmeros fatores que não se coadunam com o imperativo judicial. Por isso, a inconstitucionalidade por omissão tem sido letra morta e o mandado de injunção de pouco tem servido.

B) A expansão do modelo

9. A difusão

Consagrados embora os *direitos sociais*, como os chama Mirkiné, desde 1919, foram eles objeto de reiteração depois da segunda Guerra.

O seu objetivo evidentemente não mudou. Era estabelecer a *freedom from want*, uma das quatro grandes liberdades a que se referiu Franklin Roosevelt⁶.

5. V. A. E. Dick Howard, *Rights and the constitution: judicial protection of social rights in american constitutional law*, in Braibant e Marcou, *Les droits de l'Homme: universalité et renouveau*, Paris, L'Harmattan, 1990, p. 318 e s.

6. Um dos documentos significativos do período ocupado pela Segunda Guerra é um discurso de Franklin D. Roosevelt, Presidente dos Estados Unidos da América, em 7 de janeiro de 1941, em que ele prega as quatro liberdades: *freedom of speech and expression*, *freedom to worship God*, *freedom from want* — que significa condições econômicas próprias para assegurar a todos uma vida sadia (*healthy*) — e *freedom from fear* — a segurança (cf. Pinto Antunes, *Os direitos do Homem no regime capitalista*, cit., p. 127).

De modo sistemático esses direitos vieram a ser tratados em Constituições, como a brasileira de 1946, a italiana de 1947, Títulos II — Relações Ético-Sociais (onde se inscrevem os direitos à saúde e à educação) e III — Relações Econômicas (onde se arrolam o direito ao trabalho, o direito de greve, a liberdade sindical etc.). E, de modo geral, em todas as que foram editadas após o conflito.

10. A Declaração Universal

Mas toda essa evolução encontrou o seu coroamento na Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Esta é uma síntese em que lado a lado se inscrevem os direitos fundamentais, ditos da primeira geração — as *liberdades* —, e os da segunda geração — os *direitos sociais*.

Com efeito, nela estão a liberdade pessoal, a igualdade, com a proibição das discriminações, os direitos à vida e à segurança, a proibição das prisões arbitrárias, o direito ao julgamento pelo juiz natural, a presunção de inocência, a liberdade de ir e vir, o direito de propriedade, a liberdade de pensamento e de crença, inclusive religiosa, a liberdade de opinião, de reunião, de associação, mas também direitos "novos" como o direito de asilo, o direito a uma nacionalidade, a liberdade de casar, bem como direitos políticos — direito de participar da direção do país —, de um lado, e, de outro, os direitos sociais — o direito à seguridade, ao trabalho, à associação sindical, ao repouso, aos lazeres, à saúde, à educação, à vida cultural —, enfim, num resumo de todos estes — o direito a um nível de vida adequado (o que compreende o direito à alimentação, ao alojamento, ao vestuário etc.) numa palavra —, aos meios de subsistência.

Seção 3

Os direitos de solidariedade

1. Os direitos de solidariedade

O reconhecimento dos direitos sociais não pôs termo à aplicação do princípio de igualdade fundamental. Na verdade, a consciência do respeito à vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida, já estava presente entre os legítimos fundamentos de todas as regras ou normas.

OS NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SOLIDARIEDADE

1. Os direitos de solidariedade

O reconhecimento dos direitos sociais não pôs termo à ampliação do campo dos direitos fundamentais. Na verdade, a consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à *qualidade* de vida e à *solidariedade* entre os seres humanos de todas as raças ou nações, redundou no surgimento de uma nova geração — a terceira —, a dos direitos fundamentais.

São estes chamados, na falta de melhor expressão, de *direitos de solidariedade*¹, ou *fraternidade*. A primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*.

Na verdade, não se cristalizou ainda a doutrina a seu respeito. Muita controvérsia existe quanto a sua natureza e a seu rol. Há mesmo quem os conteste como falsos direitos do Homem². Tal hesitação é natural, pois

1. Foi Karel Vasak que, na abertura dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em 1979, apontou a existência dessa terceira geração, chamando-os de *direitos de solidariedade*, segundo informa Robert Pelloux, *Vrais et faux droits de l'Homme, Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris, Lib. Générale, 1981, n. 1, p. 58.

2. V. Pelloux, *Vrais et faux droits de l'Homme, Revue du Droit Public*, cit., p. 53 e s.

foi somente a partir de 1979 que se passou a falar desses novos direitos, cabendo a primazia a Karel Vasak³.

2. A fonte internacional

Foi no plano do direito internacional que se desenvolveu esta nova geração⁴.

Realmente, em sucessivas reuniões da ONU e da UNESCO bem como em documentos dessas entidades é que foram enunciados os novos direitos⁵. E ainda hoje são poucas vezes reconhecidos no direito constitucional, conquanto apareçam em Cartas internacionais. Estão eles, por exemplo, na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981 (art. 20 e s.), bem como na Carta de Paris para uma nova Europa, de 1990.

3. Os principais direitos de solidariedade

Quatro são os principais desses direitos: o *direito à paz*, o *direito ao desenvolvimento*, o *direito ao meio ambiente* e o *direito ao patrimônio comum da humanidade*⁶. A eles alguns acrescentam o *direito dos povos a dispor deles próprios (direito à autodeterminação dos povos)* e o *direito à comunicação*⁷.

4. O direito à paz

O *direito à paz* é deduzido do art. 20 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966⁸.

3. Vrais et faux droits de l'Homme, *Revue du Droit Public*, cit., p. 58.

4. Cf. Dominique Rousseau, *Les droits de l'Homme de la Troisième Génération*, in *Droit constitutionnel et droits de l'Homme*, coletânea publicada pela Association Française des Constitutionnalistes, Paris, Economica, 1987, p. 125 e s.

5. V. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 1991.

6. Cf. D. Rousseau, *Les droits de l'Homme*, in *Droit constitutionnel et droits de l'Homme*, cit., p. 125.

7. Cf. Pelloux, *Vrais et faux droits de l'Homme*, *Revue du Droit Public*, cit., p. 61 e s.

8. Cf. Salvatore Senese, *Droit à la paix et droits de l'Homme*, in *Les droits de l'Homme: universalité et renouveau*, coletânea dirigida por Guy Braibant e Gérard Marcou, cit., p. 195 e s. V. texto em Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos*, cit., p. 115 e s.

A Declaração africana o consagra no art. 23 (alínea 1^a): "Os povos têm direito à paz e à segurança tanto no plano nacional como no plano internacional...". E na alínea 2^a vem como garantia: "Na finalidade de reforçar a paz, a solidariedade e as relações amistosas, os Estados... comprometem-se a proibir: a) que uma pessoa que goze de direito de asilo... empreenda uma atividade subversiva contra seu país de origem ou contra qualquer outro...; b) que seus territórios sejam utilizados como ponto de partida de atividades subversivas ou terroristas contra o povo de qualquer outro Estado, parte da presente Carta"⁹.

No plano constitucional inexistente — que eu saiba — consagração expressa e direta¹⁰. Indiretamente tal reconhecimento pode ser identificado, com boa vontade, no art. 46 da Constituição (sandinista) da Nicarágua de 1987, como o faz Senese¹¹.

A Constituição brasileira de 1988 chegou perto. De fato, ela inclui entre os princípios que devem reger as relações internacionais a "defesa da paz" (art. 4^o, VI), e como se isto não bastasse aponta outro, no inciso seguinte: a "solução pacífica dos conflitos".

5. O direito ao desenvolvimento

A existência de um *direito ao desenvolvimento*, de forma teórica, já foi sustentada pelo menos desde 1972¹².

No âmbito da ONU, em 1977, a Comissão dos Direitos do Homem o apontou em relação à cooperação internacional, a que se seguiram outras manifestações no mesmo sentido. No da UNESCO, em 1978, foi ele inscrito na Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais¹³.

9. V. texto em *Droits de l'Homme en droit international*, edição do Conseil de l'Europe, 1992, p. 353 e s.

10. Senese, no artigo *Droit à la paix et droits de l'Homme*, cit., enumera várias constituições que consagrariam o direito à paz. Os textos que aponta, entretanto, falam em direito à vida, na dignidade da pessoa humana etc. Basta verificar que ele menciona a Constituição brasileira de 1988, nos arts. 1^o, III ("dignidade da pessoa humana"), e 4^o, II ("prevalência dos direitos humanos!").

11. O texto refere-se ao Pacto de 1966 do qual, segundo se assinalou, se pode deduzir o direito à paz.

12. Cf. Pelloux, *Vrais et faux droits de l'Homme*, *Revue du Droit Public*, cit., p. 61.

13. Vrais et faux droits de l'Homme, *Revue du Droit Public*, cit.

Mais tarde, plenamente o consagrou a *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*, editada pela ONU em 1986¹⁴. No art. 1º, 1, está: "O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados".

Nos termos dessa disposição, o direito ao desenvolvimento é, por um lado, um direito individual, inerente a todas as pessoas, por outro, um direito dos povos. E é um direito que se põe em relação ao Estado a que a pessoa está vinculada, como em relação a todos os Estados da comunidade internacional (arts. 3º, 4º, 7º etc.).

A Declaração africana — já citada — de 1981 o prevê no art. 22, mas como um direito dos povos.

No plano do direito interno, a Constituição de 1988 não o menciona. Entretanto — sempre ao editar princípios destinados a reger as relações internacionais do Brasil — refere-se à "cooperação dos povos para o progresso da humanidade" (art. 4º, IX).

6. O direito ao patrimônio comum da humanidade

O *direito ao patrimônio comum da humanidade* insinua-se na Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, adotada pela ONU, em 1974, em relação ao fundo do mar e seu subsolo¹⁵. Com isto, busca-se impedir a livre exploração desses recursos que seria possível se *res nullius*, tornando-os *res communis*. Nesse sentido caminharam as sucessivas conferências sobre o direito do mar até que a terceira o consagrou no tratado que aprovou (arts. 136, 140, 154 e 157)¹⁶.

7. O direito à comunicação

O *direito à comunicação* é objeto de várias manifestações da UNESCO a partir dos anos 80, sobretudo¹⁷.

14. V. Antônio Augusto Cançado Trindade, *Direitos humanos e meio ambiente*, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1993, p. 165 e s.

15. Cf. Pelloux, *Vrais et faux droits de l'Homme*, *Revue du Droit Public*, cit., p. 66.

16. Cf. Lafer, *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*, cit., p. 131.

17. *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*, cit., p. 61.

Isto se reflete na Constituição brasileira, cujo art. 220 o consagra. Trata-se de uma evolução da liberdade de expressão do pensamento, da qual já se separara a liberdade de imprensa, e que agora apresenta outra face: o direito à informação. Este, isoladamente, está no art. 5º, XIV: "É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional". Deste deve ser aproximado o inciso XXXIII: "Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

8. O direito à autodeterminação dos povos

O *direito dos povos a dispor deles próprios*, ou *direito à autodeterminação dos povos*, é projeção do princípio das nacionalidades que surgiu à época da Revolução Francesa e ganhou grande destaque no século XIX¹⁸. Realmente, foi em nome deste princípio que se realizou a unificação italiana, a alemã etc. E, logo depois da primeira Guerra Mundial, reviveu para justificar o surgimento de inúmeros Estados independentes na Europa Central, sobretudo Letônia, Lituânia, Estônia, Polônia, Tcheco-Eslováquia etc.

No âmbito da ONU, já se aponta esse direito na própria Carta das Nações Unidas (art. 1º, § 2º, e art. 55). Desenvolve-o, por exemplo, a Declaração de 1960 sobre a outorga da independência aos povos colonizados. Sua afirmação plena está no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966, cujo art. 1º afirma: "Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural".

Na Carta africana, ele está no art. 20, no qual se lê: "1) Todo povo tem direito à existência. Todo povo tem um direito imprescritível e inalienável à autodeterminação. Ele determina livremente seu estatuto político e assegura seu desenvolvimento econômico e social segundo o caminho que livremente escolheu.

18. *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*, cit., p. 62.

2) Os povos colonizados ou oprimidos têm o direito de se libertar do estado de sujeição, recorrendo a todos os meios reconhecidos pela comunidade internacional.

3) Todos os povos têm direito à assistência dos Estados participantes desta Carta, na sua luta de libertação contra a dominação estrangeira, seja ela de ordem política, econômica, ou cultural".

É interessante a menção aos "meios reconhecidos pela comunidade internacional". Entre eles está a guerra. Ora, onde fica o direito à paz?

A Lei Magna de 1988 — ainda nos princípios orientadores da política internacional brasileira — menciona a "autodeterminação dos povos" (art. 4º, III).

9. O direito ao meio ambiente

De todos os direitos da terceira geração, sem dúvida o mais elaborado é o direito ao meio ambiente¹⁹.

O grande marco a seu respeito está na Declaração de Estocolmo, de 1972. Aí se enuncia como primeiro princípio: "O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequadas num meio ambiente de tal qualidade que lhe permita levar uma vida digna e gozar do bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras...".

Na Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, a formulação é mais sutil. Lê-se no princípio I: "Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza".

No plano do direito interno, já está ele na Constituição Iugoslava de 1974, art. 192: "O homem tem direito a um meio ambiente sadio. A comunidade social assegura as condições necessárias ao exercício deste direito". Por sua vez, a Constituição grega de 1975, art. 24, 1, afirma: "A proteção do meio ambiente natural e cultural constitui uma obrigação do Estado. O Estado deve tomar medidas especiais, preventivas ou repressivas, no propósito de sua conservação".

19. V., além de Trindade, *Direitos humanos e meio ambiente*, cit., também Michel Prieur, *Droit de l'environnement*, 2. ed., Paris, Dalloz, 1991 e José Afonso da Silva, *Direito ambiental constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1994.

Também, a Constituição portuguesa de 1976, art. 66: "1. Todos têm direito a um ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender"²⁰.

A estas se seguiram várias outras, como a espanhola de 1978 (art. 45) e a brasileira (art. 225): "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"²¹.

20. Em continuação, diz a Constituição portuguesa: "2. Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo a iniciativas populares:

a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;

b) Ordenar o espaço territorial de forma a construir paisagens biologicamente equilibradas;

c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;

d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica.

3. O cidadão ameaçado ou lesado no direito previsto no n. 1 pode pedir, nos termos da lei, a cessação das causas de violação e a respectiva indenização.

4. O Estado deve promover a melhoria progressiva e acelerada da qualidade de vida de todos os portugueses".

21. Em continuação, estabelece o art. 225: "§ 1º — Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I — preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II — preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III — definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV — exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V — controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem riscos para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI — promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII — proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Mas um exame superficial dos direitos apontados mostra a sua heterogeneidade, bem como a sua complexidade.

10. A titularidade

Em primeiro lugar, cumpre observar, com Celso Lafer, que todos eles foram concebidos como "direitos de titularidade coletiva"²². Ou, como preferem os que se inspiram nos juristas italianos, "direitos difusos". Com efeito, eles se baseiam numa identidade de circunstâncias de fato, e não numa, ainda que ténue, *affectio societatis*, ou num impulso associativo²³.

Deles, o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito à comunicação podem ser vistos como direitos individuais. Seu titular pode ser uma pessoa física. Mas os dois primeiros pelo menos também são vistos como direitos de todos, do povo. Ora, este — em termos de direito positivo — não tem personalidade. Assim, surge um problema para o jurista, qual seja o de um direito sem titular (jurídico).

Já o direito à paz, o direito à autodeterminação, o direito ao património comum da humanidade não podem ter como titular senão o povo. É verdade que o povo constitui a dimensão pessoal do Estado,

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são património nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas". V. sobre a interpretação deste art. 225 os meus *Comentários à Constituição brasileira de 1988*, São Paulo, Saraiva, v. 4, 1995.

22. Celso Lafer, *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*, cit., p. 131.

23. Cf. Rodolfo Camargo Mancuso, *Interesses difusos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 59.

assim esses direitos indiretamente poderiam ser encarados como direitos do Estado. A Carta africana tem essa opinião quanto ao direito à paz, na medida em que o faz proibir atividades subversivas da ordem de outro Estado. Mas será correto atribuir ao Estado direitos fundamentais?

O caso do direito à autodeterminação é delicado. Talvez não o pareça na hipótese de coletividade colonizada. Entretanto, se jornalisticamente é fácil identificar o colonizado, a questão é delicada em muitos casos. Por exemplo, nos Estados da América, todos os habitantes primitivos, os indígenas, foram desapossados há séculos, contudo sobrevivem em reservas. Esse direito há de ser reconhecido a eles? Noutro nível de generalidade: qualquer comunidade — por exemplo a dos habitantes de um município brasileiro — pode invocá-lo?

11. O sujeito passivo do direito

Do ângulo do sujeito passivo, o direito à paz, o direito ao património comum, o direito à autodeterminação concernem, no estágio atual da civilização, a Estados. São Estados que hão de respeitar esses direitos, próprios a outro Estado, ou povo.

Mas um Estado há de respeitar o direito à autodeterminação de uma coletividade nele existente? Isto não nega o próprio direito à existência desse Estado como tal?

Quanto ao direito ao desenvolvimento de um povo, quem é o sujeito passivo? Os outros povos, os Estados da comunidade internacional?

Mais fácil, sem dúvida, é equacionar o direito ao desenvolvimento individual, pois este na prática se reduz aos direitos sociais, particularmente no direito à educação e nos direitos culturais.

E o direito à comunicação? Será o Estado a que se vincula o titular do direito? Isto obrigará esse Estado a instituir um serviço de informação?

12. O objeto do direito

É extremamente heterogêneo e complexo o objeto desses direitos. Na verdade, esses novos direitos não se ajustam à estrutura "clássica" dos direitos subjetivos, o que torna difícil caracterizar nítida e seguramente seus elementos, no caso, o seu objeto.

De modo geral, pode-se dizer que esse objeto é uma *conduta*. Essa conduta, porém, envolve, na maioria dos casos, várias facetas.

Assim, do direito à paz essa conduta é o *exigir* uma situação, ou estado, que redunde em reclamar um *não fazer* (não romper a paz).

Do direito ao desenvolvimento é ela um *exigir*, mas também um *fazer*.

Do direito ao patrimônio comum não é uma conduta, mas determinados *bens*.

Do direito ao meio ambiente (ecologicamente equilibrado ou sadio) é ela o *exigir* uma situação. Mas importa em *não fazer*, em determinados casos, e um *fazer*, noutros (a recuperação do ambiente poluído, por exemplo).

Do direito à comunicação, do ângulo do comunicador, é um *fazer*, do ângulo do comunicado, um *exigir*.

Do direito à autodeterminação, um *agir* (*fazer*).

13. A colisão entre esses direitos

Ademais, esses direitos podem facilmente colidir entre si. O direito à autodeterminação conflita, não raro, com o direito à paz. O direito ao desenvolvimento, com o direito ao meio ambiente, ou com o direito ao patrimônio comum. E vice-versa.

14. A garantia dos direitos de solidariedade

Quanto à proteção desses direitos, na maioria deles não cabe senão a garantia institucional (pondo-se de lado a garantia internacional)²⁴.

Quanto ao direito ao meio ambiente, contudo, pode-se admitir que seja ele efetivado por via de ação. No Brasil, por ação civil pública (CF, art. 129, III) ou pela ação popular (CF, art. 5º, LXXIII).

15. O fundamento

Qual é o fundamento desses direitos?

Sem dúvida, é a solidariedade, mas especialmente a sociedade entre os povos.

24. V. cap. 10.

16. Verdadeiros ou falsos direitos?

Em vista do exposto, são os direitos da terceira geração acima examinados verdadeiros ou falsos direitos?

Direitos são na medida em que se constituem em interesses juridicamente protegidos. Mas a proteção deles, salvo a do direito ao meio ambiente, fica na órbita do direito internacional. E partilha dos problemas de efetivação que tolem a este.

17. A vulgarização dos direitos

É preciso, todavia, ter consciência de que a multiplicação de direitos "fundamentais" vulgariza e desvaloriza a idéia.

Philip Alston chama atenção, em interessante artigo, para isso. Assinala a tendência da ONU e de outros corpos internacionais de proclamarem, a torto e a direito, direitos "fundamentais", sem critério objetivo algum. E registra novos direitos em vias de serem solenemente declarados fundamentais — direito ao turismo, direito ao desarmamento — afora já propostos — direito ao sono, direito de não ser morto em guerra, direito de não ser sujeito a trabalho aborrecido, direito à co-existência com a natureza, direito de livremente experimentar modos de viver alternativos etc.²⁵.

Lembra ele, por outro lado, que vários estudiosos já se insurgiram contra essa "inflação" de direitos "fundamentais". Alguns, mesmo, propuseram critérios para que um direito seja reconhecido como fundamental. É o caso de Maurice Cranston, para o qual "um direito humano por definição é um direito moral universal, algo que todos os homens em toda parte, em todos os tempos, devem ter, algo do qual ninguém pode ser privado sem uma grave ofensa à justiça, algo que é devido a todo ser humano simplesmente porque é um ser humano"²⁶. A seu turno, F. G. Jacobs salienta três critérios relevantes: "1) O direito deve ser fundamental; 2) o direito deve ser universal, nos dois sentidos de que é

25. Cf. Alston, *Conjuring up new human rights: A proposal for quality control*, *American Journal of International Law*, 1984, v. 78, p. 607 e s.

26. Apud Alston, *Conjuring up new human rights*, *American Journal of International Law*, cit., p. 615.

universal ou muito generalizadamente reconhecido e que é garantido a todos; e 3) o direito deve ser suscetível de uma formulação suficientemente precisa para dar lugar a obrigações da parte do Estado e não apenas para estabelecer um padrão”²⁷.

O próprio Alston indica seis critérios, mais preocupado com a inserção de tais direitos no plano internacional em geral e no da ONU em particular. A seu ver, um direito para ser admitido entre os *human rights* deve:

- refletir um fundamentalmente importante valor social;
- ser relevante, inevitavelmente em grau variável num mundo de diferentes sistemas de valor;
- ser elegível para reconhecimento com base numa interpretação das obrigações estipuladas na Carta das Nações Unidas, numa reflexão a propósito de normas jurídicas costumeiras, ou nos princípios gerais de direito;
- ser consistente com o sistema existente de direito internacional relativo aos direitos humanos, e não meramente repetitivo;
- ser capaz de alcançar um muito alto nível de consenso internacional;
- ser compatível, ou ao menos não claramente incompatível com a prática comum dos Estados; e
- ser suficientemente preciso para dar lugar a direitos e obrigações identificáveis”²⁸.

Fácil é deduzir que os critérios assinalados levariam a recusar a qualidade de direitos fundamentais a muitos dos direitos de solidariedade, e, se aplicados aos direitos do art. 5^a da Constituição, este sofreria um profundo expurgo.

27. Apud Alston, *Conjuring up new human rights*, *American Journal of International Law*, cit., p. 616.

28. *Conjuring up new human rights*, *American Journal of International Law*, cit., p. 615.

Seção 4

A proteção dos direitos fundamentais