

Constituição e direitos individuais

RAUL MACHADO HORTA

Professor Catedrático de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

- 1 — Fundamentos dos direitos individuais
- 2 — Autonomia da Declaração de Direitos
- 3 — A concepção dos direitos individuais na Constituição do Império de 1824 e na Constituição Republicana de 1891
- 4 — Direitos individuais e as prestações objetivas do Estado. A Constituição do México de 1917 e a Constituição alemã de 1919. O novo constitucionalismo e a Constituição federal de 1934. A ruptura do modelo constitucional na Constituição soviética de 1936
- 5 — Direitos individuais e as Constituições européias do segundo após-guerra. Direitos concretos e as Constituições marxistas
- 6 — O ciclo constitucional do segundo após-guerra e as Constituições federais brasileiras de 1946 e 1967. A ortodoxia do regime. O abuso dos direitos individuais
- 7 — A internacionalização dos direitos individuais
- 8 — Permanência dos direitos individuais

1. A recepção dos direitos individuais no ordenamento jurídico pressupõe o percurso de longa trajetória, que mergulha suas raízes no pensamento e na arquitetura política do mundo helênico, trajetória que prosseguiu vacilante na Roma imperial e republicana, para retomar seu vigor nas idéias que alimen-

taram o Cristianismo emergente, os teólogos medievais, o Protestantismo, o Renascimento e, afinal, corporificar-se na brilhante floração das idéias políticas e filosóficas das correntes de pensamento dos séculos XVII e XVIII. Nesse conjunto, temos as fontes espirituais e ideológicas da concepção que afirma a precedência dos direitos individuais, inatos, naturais, imprescritíveis e inalienáveis do homem. Direitos oponíveis aos grupos, às corporações, ao Estado e ao poder político. Direitos individuais e direitos humanos, identificados e incidíveis, pois o indivíduo, a pessoa, é, ontologicamente, o ser humano. A transposição da concepção abstrata dos direitos individuais para o domínio concreto das instituições políticas, em processo desencadeado pelos fragmentários documentos constitucionais ingleses do século XVII — “Petition of Rights”, de 1628, “Habeas Corpus Amendment Act”, de 1679, e o “Bill of Rights”, de 1689 —, atendia ao objetivo fundamental de limitar o poder do Estado pela submissão dele aos direitos individuais, que se colocavam acima do Estado, limitando-se o ordenamento estatal à revelação desses direitos naturais pela técnica declaratória, para proclamar a anterioridade e a insuprimibilidade dos direitos individuais. Reconhecia-se, na lição de DUGUIT⁽¹⁾, a subordinação do Estado a uma regra de direito superior a ele próprio. Concebeu-se a Declaração dos Direitos Individuais como instrumento de controle do poder, que não poderia ultrapassar a área indevassável dos direitos individuais. Assimilando as idéias precursoras que sustentaram o direito de resistência ao poder absoluto do monarca⁽²⁾, na fase pré-constitucional, a concepção constitucional dos direitos individuais difundiu a técnica das liberdades-resistência, incorporando ao texto jurídico da Constituição o núcleo inviolável dos direitos individuais. O mecanismo das instituições políticas do século XVIII concentrava sua eficácia funcional na existência da separação dos poderes, no reconhecimento dos direitos individuais e no primado da Constituição escrita e rígida, instrumento jurídico da ordenação suprema dos poderes, dos direitos individuais e da eficaz limitação do Estado.

A anterioridade dos direitos individuais ao direito estatal, que se limitaria à declaração daqueles direitos, determinou a implantação de instrumento técnico formal correspondente, de modo a exprimir a precedência dos direitos individuais e a natureza declaratória do documento jurídico. Na origem do constitucionalismo moderno, formulou-se a solução que atenderia a essa dupla exigência. Os direitos individuais ingressaram no texto solene da Declaração de Direitos, como se fez no modelo clássico da técnica jurídica — a “Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen”, de 26 de agosto de 1789 —, o “pacto social”⁽³⁾ da nova sociedade política e fonte autônoma dos direitos individuais. Essa autonomia formal do texto declaratório dos direitos naturais, indicando sua anterioridade em face do direito estatal, é responsável pela primazia que cabe, na França, à Declaração de Direitos, destacando-a do texto da Constituição. Essa precedência estabeleceu-se, formalmente, nas Constituições francesas do período revolucionário — 3 de setembro de 1791, 24 de junho de 1793,

(1) LÉON DUGUIT — *Traité de Droit Constitutionnel* — 3ª edição, vol. 1, Paris, E. de Boccard, 1930, pág. 588.

(2) JEAN TOUCHARD — *Histoire des Idées Politiques* — vol. 1, Presses Universitaires de France, 1909, pág. 278.

(3) LÉON DUGUIT — obra citada — vol. III, pág. 599.

22 de agosto de 1795 —, nas quais a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é, tecnicamente, um texto separado, vindo depois dele a Constituição. Posteriormente, a precedência documental transformou-se na precedência cronológica, dentro do próprio texto da Constituição, como na Constituição da República, de 14 de janeiro de 1852, que inaugurou a técnica da invocação dos “grandes princípios proclamados em 1789”, técnica igualmente adotada nas Constituições francesas de 27 de outubro de 1946 e de 4 de outubro de 1958. Estas últimas, proclamando sua subordinação aos princípios da Declaração de 1789, dispensaram a enumeração repetidora dos direitos individuais, inalienáveis e sagrados, que se incorporaram ao Direito Público francês, e superaram com essa dispensa as dificuldades de produzir novo texto, tal a certeza de que o texto de 1789 é incomparável, exprimindo a genialidade política de momento decisivo na história da humanidade.

2. Atento às singularidades do Direito Público francês, DUGUIT (4) configurou a superioridade da Declaração de Direitos, quando sustentou a existência de três categorias de leis, que se dispõem hierarquicamente no ordenamento jurídico: as Declarações de Direito, as leis constitucionais e as leis ordinárias. A primazia jurídica das Declarações de Direito, segundo DUGUIT, impunha a obediência de seus preceitos pelo legislador ordinário e pelo próprio legislador constituinte (5), ao contrário do que afirmava ESMEIN (6), outro mestre do Direito Público francês, que nelas só identificava um complexo de princípios filosóficos, sem eficácia executória. No caso francês, dentro da formulação de DUGUIT, a Declaração de Direitos não só dispunha de primazia, como também de permanência no tempo pela sua incorporação ao Direito Público francês. Essa permanência permitiu a DUGUIT afirmar a vigência da Declaração de 1789 (7), em pleno período das Leis Constitucionais francesas de 1875, quando a Constituição fragmentária da III República omitiu a invocação daquele texto e deixou de dispor sobre a Declaração dos Direitos nas leis constitucionais de organização dos poderes da República. Com a Declaração de Direitos de 1789, “arquétipo constitucional” de documentos dessa natureza, fez-se, na verdade, a catalogação mais famosa dos direitos individuais de resistência ao Estado e ao poder. Qualificados de direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, esses direitos passam a identificar e a proteger a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão; a igualdade perante a lei; a liberdade de opinião e de pensamento; a liberdade de palavra e de imprensa. A Declaração de 1789 acrescentava à lista das liberdades e dos direitos individuais a afirmação de princípios definidores da organização social e política: a soberania nacional, a lei como expressão da vontade geral, a necessidade de uma contribuição para atender às despesas públicas, a repartição dessa contribuição entre todos os cidadãos, em razão de suas faculdades, a separação dos poderes e a garantia dos direitos, a ênfase na propriedade como direito inviolável e sagrado, do qual ninguém poderia ser privado, exceto por exi-

(4) LÉON DUGUIT — obra citada — vol. III, pág. 604.

(5) LÉON DUGUIT — obra citada — vol. III, pág. 607.

(6) A. ESMEIN — *Elements de Droit Constitutionnel Français et Comparé* — 7ª edição, vol. I, Recueil Sirey, 1921, pág. 553.

(7) LÉON DUGUIT — obra citada — vol. II, pág. 184.

gência da necessidade pública, legalmente verificada, sob a condição de uma justa e prévia indenização.

A Declaração de Direitos de 1789, pela universalidade de seus princípios, a beleza literária e jurídica de sua construção, transformou-se no marco culminante do constitucionalismo liberal, no instrumento de ascensão política e econômica da burguesia, a nova classe que se apossava do comando do Estado e da sociedade e nessa posição plasmava as novas instituições políticas e jurídicas que iriam assegurar o seu domínio secular. A versão francesa dos direitos individuais magnetizou as nações da Europa e da América, especialmente as deste continente, que, no século XIX, ingressariam no período de emancipação política e do subsequente labor de edificação jurídica de suas instituições.

3. No caso brasileiro, esse reflexo das concepções modeladoras da nova sociedade política manifestou-se na Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, cujo Título VIII, na parte consagrada às Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, contém as regras que denunciam na sua literalidade a transposição de dispositivos equivalentes da Declaração francesa de 1789 (art. 179, 1º, 3º, 4º, 10, 11, 15, 22). A verificação dessa influência no texto da Constituição monárquica não envolve o desconhecimento de suas originalidades, como no alcance conferido à inviolabilidade do domicílio (art. 179, 7º), na proibição de prisão sem culpa formada e na exigência de motivação judicial da prisão (art. 179, 8º), na previsão da fiança idônea, ao lado de outras regras processuais penais (art. 179, 10, 11) e no reconhecimento da inviolabilidade da correspondência (art. 179, 27), para limitar esta referência aos casos mais expressivos das originalidades.

A Declaração de Direitos da Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, insere-se, também, nessa linha de influência ideológica e espiritual da Declaração francesa de 1789. Os direitos individuais nela identificam, como no documento francês, a liberdade, a segurança individual, a propriedade, a igualdade perante a lei, a liberdade de pensamento, a liberdade de imprensa, a plenitude do direito de propriedade, a anterioridade da lei. A influência francesa no domínio das liberdades individuais, a Declaração de Direitos de 1891 acrescentou enunciados que revelam a presença da concepção anglo-americana dos direitos individuais, notadamente nos casos da liberdade de reunião (art. 72, § 8º), da liberdade do domicílio (art. 72, § 11), da amplitude da liberdade de imprensa (art. 72, § 12), da inviolabilidade do sigilo de correspondência (art. 72, § 18) e da proteção da liberdade pelo *habeas corpus* (art. 72, § 22). A Declaração de Direitos de 1891 manteve institutos que encontraram guarida na Constituição monárquica, assim o direito de petição (art. 72, § 9º), a prestação de fiança idônea (art. 72, § 14), que é o equivalente brasileiro à proibição de "fiança excessiva", objeto da 8ª Emenda à Constituição federal norte-americana. O texto de 1891 se distingue pela amplitude do *habeas corpus*, para proteger o indivíduo contra violação ou coação por ilegalidade ou abuso de poder, iminente ou efetiva; a garantia incondicionada do livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial (art. 72, § 24) e a elevação da legalidade do imposto à categoria de norma constitucional (art. 72, § 30).

4. A secular sedimentação da concepção ocidental dos direitos individuais, que se formulou no pensamento filosófico e político, para projetar-se nas normas

constitucionais dos séculos XVIII e XIX, a partir das matrizes norte-americana e francesa, passou a sofrer reparos de novas correntes em ascensão com reflexos na doutrina constitucional. Não se negava a importância dos direitos individuais, nem se contestava a necessidade de sua incorporação ao texto eminente da Constituição do Estado. A crítica concentrava-se no seu individualismo político e reclamava a complementação desses direitos, para que, atualizados em função de novas realidades, pudessem eles oferecer ao homem a proteção concreta que a norma abstrata e semântica da Constituição nem sempre proporciona. Na doutrina constitucional deste século, LÉON DUGUIT exprimiu esse anseio de modernização jurídica dos clássicos e perenes direitos individuais. Com a lucidez antecipatória de sua *Teoria Geral do Estado* (8), DUGUIT enriqueceu a doutrina individualista pela contribuição de sua doutrina solidarista, para nela abranger a mutação que se deveria operar na atividade do Estado e do poder. A doutrina individualista, dizia DUGUIT, mostrava as coisas que o Estado não poderia fazer. Cumpria, agora, indicar não só o que o Estado não poderia fazer, mas, também, as coisas que o Estado é obrigado a fazer, pois há obrigações positivas que se impõem ao Estado. Há coisas que ele é obrigado a prestar. O reconhecimento do direito subjetivo do indivíduo se completava no dever objetivo do Estado, preconizado pela doutrina solidarista do mestre da Faculdade de Direito de Bordeaux. Ensaio dessa complementação, DUGUIT localizou em documentos constitucionais contemporâneos à Declaração dos Direitos de 1789, como as Constituições de 1793 e de 1795, quando reconheciam que a sociedade deve proporcionar subsistência aos indivíduos desafortunados, seja pelo trabalho ou pelos meios que permitam aos desempregados as condições de existência. A liberdade-autonomia, a liberdade-resistência, núcleo indevassável da pessoa humana e oponível ao poder, que a ameaçava e cumpria ser limitado, se completava pela liberdade-participação, que converteria o Estado em instrumento ativo da prestação de obrigações objetivas. Essa mutação no conteúdo dos direitos individuais, que se processaria sem abalos radicais na sua versão ocidental, tornou-se responsável pela ampliação dos direitos individuais, para introduzir no seu campo as "liberdades concretas", consoante a terminologia de GEORGES BURDEAU (9), responsáveis pela posição ativa e participante do Estado em face da sociedade, do indivíduo e dos grupos sociais. Os textos constitucionais, os programas dos Partidos, as proclamações dos homens públicos, diz BURDEAU (10), não se limitam a consagrar as liberdades tradicionais da pessoa humana. Esses documentos passam a revelar a crescente preocupação de ajudar o homem na busca da felicidade e no desenvolvimento de sua personalidade. Trata-se, agora, de fixar as obrigações positivas do Estado, que não se limitam ao homem abstrato, portador de direitos subjetivos, mas alcançam o homem concreto, submetido às dificuldades da vida real, dificuldades essas que derivam de sua condição social e de sua inferioridade econômica. Esse acréscimo de conteúdo conduz, por sua vez, a uma variação na finalidade da Declaração dos Direitos Individuais. Tornam-se elas, conforme observa BURDEAU (11), o fundamento da pretensão social a uma

(8) LÉON DUGUIT — obra citada — vol. III, págs. 674/675.

(9) GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique* — tomo VI, vol. II, 2ª edição, LGDJ, Paris, 1971, pág. 240.

(10) GEORGES BURDEAU — obra citada — tomo VII, pág. 609.

(11) GEORGES BURDEAU — obra citada — tomo VII, pág. 613.

sociedade mais justa, fazendo com que as declarações de direito se convertam, nesta parte, em verdadeiro repositório de programas governamentais.

A recepção constitucional dessas novas tendências da Declaração dos Direitos Individuais, para conferir ao Estado a posição de prestador de benefícios, verificou-se em duas Constituições do mundo ocidental, que se distinguem pelas peculiaridades de cada uma, mas que se identificam nas circunstâncias extraordinárias que precederam sua eclosão. Trata-se da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 5 de fevereiro de 1917, produto da revolução mexicana, votada pelo Congresso Constituinte, reunido no Teatro da República, na cidade de Querétaro, documento que os mexicanos consideram a Primeira Constituição Política e Social do Mundo⁽¹²⁾, e da Constituição da República Alemã, de 11 de agosto de 1919, aprovada pela Assembléia Constituinte, reunida na cidade de Weimar, pouco depois da explosão revolucionária que se seguiu à derrota militar da Alemanha, à abdicação do Kaiser Guilherme II e à supressão da Monarquia. Em 10 de novembro de 1918, no dia imediato aos eventos da abdicação do Imperador, formou-se em Berlim o "Conselho dos Operários e Soldados", que proclamava a nova ordem: "A velha Alemanha não existe mais. A dinastia acabou. A Alemanha é uma República, uma República socialista. Os titulares do poder político são os Conselhos dos Operários e Soldados"⁽¹³⁾. Esse o clima que antecedeu à Constituição de Weimar, que se equipara ao que viu nascer a Constituição do México, clima de violência revolucionária, que as duas Constituições procuraram apaziguar no equilíbrio das soluções jurídicas.

A Constituição do México de 1917 deu precedência aos direitos individuais, para iniciar o texto com a enumeração das garantias individuais (arts. 1/30), dispondo, desde logo, que elas não poderiam sofrer restrições nem suspensão, salvo nos casos e nas condições estabelecidas pela própria Constituição (art. 10). A longa redação de cada artigo do seu Título Primeiro revela o propósito de esgotar na Constituição o conteúdo da matéria, reservando à lei o campo residual da regulamentação constitucional. O direito à educação é amplamente desenvolvido, para contemplar os princípios — educação primária obrigatória, ensino público gratuito, definição do domínio do Estado, dos particulares e das corporações religiosas (art. 3º, I, II, III, V, VI, VII, VIII). A liberdade de profissão, de indústria, de comércio e de trabalho é assegurada dentro de sua licitude (art. 4º), cabendo à lei designar as profissões que necessitam de diploma para seu exercício. A liberdade do trabalho sofre as limitações fixadas no contrato de trabalho para proteger o trabalhador. A manifestação da liberdade de pensamento é ampla, ressalvadas as restrições fundadas na moral, nos direitos de terceiros, na perturbação da ordem pública, na prática de crime (art. 6º). É inviolável a liberdade de imprensa e nenhuma lei ou autoridade poderá estabelecer a censura prévia, respeitada a vida privada, a moral e a paz pública (art. 7º). As regras processuais da segurança individual são abundantes, para prevenir abusos e afastar práticas que comprometeram a liberdade

(12) ALBERTO TRUEBA URBINA — *La Primera Constitución Político-Social del Mundo* — Editorial Porrúa, México, 1971, pág. 50.

(13) JOSEPH DELPECH — JULIEN LAFERRIERE — *Les Constitutions Modernes* — vol. I, Recueil Sirey, Paris, 1928, pág. 51.

individual no passado (arts. 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23). O artigo mais extenso da Constituição do México, o art. 27, que contém 2.840 palavras, é também o de maior repercussão social, política e econômica. Nele repousa a transformação operada no regime da propriedade e nas relações decorrentes desse regime. A publicização da propriedade é amplíssima, com sacrifício de sua privatização. A propriedade passa a ser destinatária de regras de limitação, que afirmam a prevalência do interesse público, para justificar o seu uso com fins de distribuição da riqueza. As associações religiosas, as Igrejas, os seminários, os colégios, os conventos, os bispados, as casas paroquiais, foram privados da capacidade de adquirir, possuir ou administrar bens de raízes, e seus bens foram nacionalizados (art. 17, II). As normas da reforma agrária e sua execução, a fixação da extensão da pequena e da grande propriedade dilatam o campo material da Constituição pela inclusão de temas insuspeitados e até proibidos nos textos que condensaram a formulação individualista dos direitos individuais, naturais e imprescritíveis.

A Constituição alemã de 11 de agosto de 1919, a *Constituição de Weimar*, não deixa entrever nas regras de seu texto famoso os clamores revolucionários que percorrem os artigos da Constituição do México, com as chamadas da revolução crepitando no seu texto, às vezes desordenado, dando a impressão de um curso caudaloso que vai levando no turbilhão das águas tudo o que encontra no seu caminho agitado e apressado. A Constituição de Weimar recebeu a ordenação técnica do Professor HUGO PREUSS, que lhe esboçou o projeto e nele imprimiu o rigor técnico-formal, característico dos textos do direito alemão. A Constituição de Weimar converteu-se no texto paradigma do constitucionalismo do primeiro pós-guerra e ainda é o marco que separa duas épocas históricas: a do constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX e a do constitucionalismo social do século XX, que com ela adquiriu expansão universal, deixando na penumbra a Constituição do México de 1917, que a precedeu no tempo. Na Constituição alemã de 1919, os direitos e deveres fundamentais se agrupam, tecnicamente, sob títulos distintos, reformulando os modelos tradicionais. Os direitos individuais clássicos — a liberdade pessoal (art. 124), a inviolabilidade do domicílio (art. 115), o sigilo de correspondência (art. 117), a liberdade de pensamento e a liberdade de imprensa (art. 118), o direito de reunião (art. 123), a liberdade de associação (art. 124), o direito de petição (art. 126) e a liberdade religiosa (art. 135) — figuravam nas três Seções iniciais do Capítulo, enquanto os novos direitos individuais ocupavam as duas últimas partes dedicadas à educação (Seção IV) e à vida econômica (Seção V). A matéria econômica deu novo colorido aos direitos fundamentais, e, a exemplo do que ocorrera na Constituição do México, estabeleceu limitações aos direitos clássicos e consagrou novos direitos. O direito de propriedade continuava garantido pela Constituição, mas, em inovadora colocação, o seu conteúdo e os seus limites seriam definidos na lei. Abrandando o clássico direito individual, dispunha a Constituição que a propriedade obriga. Seu uso está subordinado ao interesse geral (art. 153). Armava-se o Estado dos poderes para, mediante lei, incorporar à propriedade coletiva empresas econômicas privadas, suscetíveis de socialização (art. 156). Admitia-se, em determinadas circunstâncias, a participação dos trabalhadores na administração de empresas (art. 156). O trabalho ficava sob a proteção especial do Estado e previa-se a legislação uniforme do direito do trabalho (art. 157). Assegurava-se a liberdade de associação para a defesa

e melhoria das condições de trabalho (art. 159). Autorizava-se a instituição do regime de previdência, com a participação dos segurados, para proteção da saúde, do trabalho, maternidade, invalidez e velhice. Instituiu conselhos de operários nas empresas, visando preservar interesses sociais e econômicos (art. 165).

Distanciam-se no tempo histórico e no tempo ideológico a época que abrangeu os fins do século XVIII e todo o século XIX, na fase áurea do liberalismo político e econômico, e as primeiras décadas do século XX, já convulsionado pelo cataclisma da guerra e agitado por revoluções que questionavam os fundamentos da ordem social e política. A função social da propriedade e a propriedade privada contrastada pela legislação agrária publicizadora anulam concepção individualística da Declaração dos Direitos de 1789, que concebia a propriedade como direito inviolável e sagrado, inviolabilidade e sacralidade que levaram o legislador da época revolucionária a prever a decretação da pena de morte contra quem "propusesse uma lei agrária ou qualquer outra lei que subvertesse as propriedades territoriais, comerciais e industriais" (14). A subordinação da propriedade a fins que ultrapassam ao domínio voluntarístico do proprietário caracteriza a ruptura de seu fundamento individualista, fazendo com que o seu regime fique na dependência da vontade mutável do legislador, como assinalou BURDEAU (15), na análise dos novos textos constitucionais. Não é diversa a verificação de MORTATI (16), quando, à luz do ordenamento italiano, concluiu que a propriedade passou à categoria de liberdade não essencial pelo notório enfraquecimento — "affievolimento" — do direito subjetivo do proprietário.

É no ciclo constitucional democrático do primeiro após-guerra, que encontrou na Constituição do México de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919 os seus textos representativos, que se insere a Constituição federal brasileira, de 16 de julho de 1934. O capítulo dos Direitos e Garantias Individuais, ao lado de matéria comum ao texto republicano de 1891, incluiu, também, limitações aos direitos clássicos, especialmente o de propriedade, e acrescentou direitos novos de conteúdo concreto, evidenciando a influência do constitucionalismo social. Na técnica brasileira, dentro de orientação que deve ser reformulada, a maioria dos novos direitos individuais, direitos concretos, chamados de direitos sociais, como os direitos do trabalhador e o direito à educação, desgarram-se dos direitos fundamentais, para situarem-se em novos títulos dedicados à Ordem Econômica e Social, à Educação e Cultura, alargando a divisão material da Constituição. Essa cindibilidade desnecessária retirou direitos fundamentais de seu campo próprio.

A Constituição de 1934 contemplou a *subsistência* entre os direitos individuais invioláveis por ela garantidos, juntamente com a liberdade, a segurança individual e a propriedade (art. 113). Declarou o direito adquirido, o ato jurí-

(14) LEON DUGUIT — obra citada — vol. III, pág. 655.

(15) GEORGES BURDEAU — *Traité de Science Politique* — 2ª edição, tomo VII, LGDJ, pág. 623.

(16) COSTANTINO MORTATI — *Istituzioni di Diritto Pubblico* — 8ª edição, Cedam, 1969, pág. 1.009.

dico perfeito e a coisa julgada imunes a prejuízos ou diminuições oriundos da lei (art. 113, 2). A liberdade de manifestação do pensamento passou a receber o contraste da proibição da propaganda de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política e social (art. 113, 9, *finis*), que a Constituição liberal de 1891 desconhecía. O direito de reunião sujeitava-se a possível designação do local pela autoridade, contanto que isso não o impossibilite ou frustre (art. 113, 11). O direito de propriedade, que a Constituição inseriu entre os direitos protegidos pela enérgica cláusula da inviolabilidade (art. 113), não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo (art. 113, 17), conforme já dispunha a Constituição de Weimar. A garantia do *habeas corpus* estendia-se, amplamente, à proteção da liberdade (art. 113, 23), sem a cautela da proteção limitada à liberdade de locomoção, como se adotou na Emenda de 1926 à Constituição de 1891 (art. 72, § 22), que pacificou o entendimento controvertido. O mandado de segurança fez seu ingresso entre as garantias constitucionais dos direitos individuais, para tornar-se o grande instrumento de defesa do direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade (art. 113, 33). Sem indicar os meios eficazes, a Constituição impôs ao Poder Público o dever de amparar os que estejam na indigência (art. 113, 34). Transformando o cidadão em instrumento de proteção de interesses legítimos, a Constituição reconhecia nele a condição de parte legítima, para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios (art. 113, 38). A catalogação dos direitos e garantias individuais, na técnica constitucional brasileira, é a parte mais longa da Declaração de Direitos, que ainda abrange, destacadamente, os direitos políticos, inassimiláveis, por razões de técnica formal, aos direitos individuais, embora o direito de votar e o de ser votado seja irrecusável direito individual, identificando o "status activae civitatis", da classificação de G. JELLINEK⁽¹⁷⁾ dos direitos públicos subjetivos. Outra característica do modelo brasileiro é que os direitos individuais não se esgotam na sua enumeração individualizadora do texto explícito da Constituição. Norma constitucional elástica autoriza a ampliação eventual do conteúdo constitucional, para admitir outras garantias e direitos não enumerados, localizados em outras fontes normativas do ordenamento jurídico, desde que resultantes da forma do governo estabelecida na Constituição e dos princípios que ela consigna (Constituição federal de 1891, art. 78. Constituição federal de 1934, art. 114. Constituição federal de 1946, art. 144. Constituição federal de 1967, art. 150, § 35. Emenda Constitucional federal nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 153, § 36).

O constitucionalismo do primeiro após-guerra não se exauriu no figurino ocidental, que se renovou na versão social dos direitos individuais difundida pelas Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919, principalmente. Esse período solapado por agudas manifestações do autoritarismo político, na Alemanha nacional-socialista, na Itália fascista e na União Soviética, conheceu, também, o modelo constitucional antagonístico, em aberto litígio com as soluções constitucionais do mundo ocidental. A revolução comunista de 1917, lançando os fundamentos do novo Estado e da nova classe dominante, elaborou, sucessivamente, os seguintes documentos constitucionais: Declaração dos Di-

(17) COSTANTINO MORTATI — obra citada — vol. II pág. 932.

reitos dos Povos, da Rússia, de novembro de 1917; Constituição da República Socialista Federativa Soviética Russa, de 10 de julho de 1918, que iniciava sua matéria constitucional pela Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, adequada ao período transitório a que se destinava aquela Constituição, o da instauração da ditadura do proletariado; Constituição da União da República Socialista Soviética, de 6 de julho de 1923; e, finalmente, a Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, de 5 de dezembro de 1936. Com este último texto atingia-se o período do repouso constitucional soviético, que se prolongou até a recente Constituição de 1977. O relatório dedicado ao Projeto da Constituição de 1936, proclamando a sedimentação da experiência constitucional soviética, apontava o contraste entre o constitucionalismo soviético e o constitucionalismo burguês, no tocante aos direitos fundamentais, para insistir no formalismo das Declarações ocidentais. "As Constituições burguesas, dizia o Relatório⁽¹⁸⁾, contentavam-se em fixar os direitos formais do cidadão, sem preocupar-se com as condições que asseguram o exercício desses direitos, as possibilidades de seu exercício e os meios para exercê-los". A Constituição soviética, prosseguia o Relatório, não se limitava a fixar os direitos dos cidadãos, mas deslocava o centro de gravidade para a garantia desses direitos e a indicação dos meios assecuratórios de seu exercício. Dentro dessa perspectiva, o texto da Constituição fazia seguir a cada direito enunciado os meios para exercê-lo. O direito ao trabalho, por exemplo, é assegurado com o aumento das forças produtivas, a eliminação das crises econômicas e do desemprego (art. 118). O direito ao repouso, pela redução da jornada de trabalho, a instituição de férias anuais, a organização de ampla rede de repouso e clubes, colocados à disposição do trabalhador (art. 119). O direito à instrução, mediante o sistema de bolsas de estudo aos estudantes dos cursos superiores, a gratuidade da educação, a organização do ensino profissional, técnico e agrônomico, para os trabalhadores nas fábricas e nas fazendas coletivas (art. 121). A Constituição soviética de 1936 reivindicava a inauguração da técnica do atendimento estatal às liberdades concretas. Todavia, as liberdades clássicas que ela incorporou ao nominalismo da Constituição, sem repercussão no funcionamento real das instituições — a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião —, embora comportassem a previsão constitucional de instrumentos materiais, para seu exercício (arts. 124 e 125, letras *a, b, c, d*), estavam subordinadas aos interesses dos trabalhadores e à consolidação do regime, na forma da lei, o que as transformava em instrumentos flexíveis do poder, do Partido e da classe dominante.

5. O segundo após-guerra assinala, de um lado, a consolidação do regime democrático, com a derrota militar dos regimes totalitários da Alemanha nacional-socialista e da Itália fascista, e, de outro lado, registra a propagação do modelo constitucional soviético, convertido na matriz das Constituições marxistas, em processo de ampliação da ruptura da unidade ideológica e política, seja na matéria da organização constitucional, de modo geral, como na técnica constitucional da declaração dos direitos individuais, de modo especial.

A Constituição da Itália, de 22 de dezembro de 1947, e a Lei Fundamental da Alemanha Federal, de 23 de maio de 1949, refletindo a preocupação comum

(18) PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA — GABRIELE CRESPI REGHIZZI — *La Costituzione Sovietica del 1977* — Milano, Giuffrè Editore, 1979, pág. 442.

de proteger os direitos individuais, que se perderam e foram negados na experiência totalitária anterior, envolveram esses direitos com a enérgica cláusula constitucional de sua inviolabilidade.

A Lei Fundamental da Alemanha, que inicia o texto com a especificação dos direitos fundamentais, afirma solenemente no seu art. 1º:

“1 — A dignidade do homem é inviolável. Constitui obrigação de todas as autoridades do Estado o seu respeito e proteção.

2 — O povo alemão reconhece, em consequência, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo” (19).

A liberdade da pessoa (art. 2º), a liberdade de consciência e a liberdade religiosa (art. 4º), o sigilo de correspondência (art. 10) e o domicílio (art. 13.1) são direitos individuais igualmente protegidos pela inviolabilidade.

A Constituição da República italiana (20) conferiu anterioridade aos direitos e deveres do cidadão, que antecedem a organização dos poderes do Estado, e o constituinte distribuiu esses direitos e deveres em quatro títulos da primeira parte do texto, evidenciando a dimensão da matéria e sua unificação sob o tema comum: Relações Cíveis (arts. 13/28), Relações Ético-Sociais (arts. 29/34), Relações Econômicas (arts. 35/47), Relações Políticas (arts. 48/54). A inviolabilidade é regra protetora da liberdade pessoal (art. 13), do domicílio (art. 14), do sigilo de correspondência (art. 15), da defesa dos direitos individuais e dos interesses legítimos (art. 24). A liberdade do pensamento e da imprensa, tanto na Lei Fundamental da Alemanha como na Constituição da Itália mereceram proteção especial. Na Lei Fundamental da Alemanha, a liberdade de imprensa é incensurável (art. 5º). E as limitações a essa liberdade só poderão ser estabelecidas nas leis gerais, nas disposições legais sobre proteção da juventude e do respeito à honra pessoal (art. 5º. 2). A Constituição da Itália é mais explícita. Dispõe que a imprensa não está sujeita a autorização ou censura (art. 21). Regula a apreensão de periódicos, impondo o mandado de autoridade judicial. Em caso de urgência absoluta e quando não for possível a intervenção tempestiva da autoridade judiciária, o ato de apreensão fica sujeito à confirmação do juiz. Outro tema que aproxima as duas Constituições é a limitação que impuseram à propriedade privada, dentro da acentuada tendência publicizadora responsável pelo enfraquecimento desse direito fundamental. A Constituição da Itália dispõe que a propriedade privada será reconhecida e garantida pela lei, de modo a assegurar sua função social e torná-la acessível a todos (art. 42). Investe o legislador ordinário de competência para, com fundamento no interesse geral, mediante desapropriação e indenização, transferir ao Estado, a entes públicos, a comunidades de trabalhadores ou de usuários, determinadas empresas ou categorias de empresas que explorem serviços pú-

(19) *Corpus Constitutionnel* — Tomo I, Fascículo 2, Leiden E. J. Brill, 1970.

(20) MARIANO DARANAS — *As Constituições Européias* — II — Editora Nacional, Madrid, 1979.

blicos essenciais ou fontes de energia ou gozem de situação de monopólio e tenham caráter de interesse geral predominante (art. 43). A Lei Fundamental da Alemanha reproduz a regra weimariana de que a propriedade obriga e seu uso atenderá ao bem comum (art. 14-2). A limitação à propriedade atinge estágio avançado na previsão constitucional de que "a terra e o solo, os recursos naturais e os meios de produção poderão ser, com fins de socialização, transferidos à propriedade coletiva ou a outras formas de economia coletiva, mediante lei que disporá sobre a indenização" (art. 15). Se a indenização for recusada, faculta-se ao interessado o recurso aos tribunais para obter sua fixação (art. 15 c/c art. 14.3).

A Constituição francesa de 27 de outubro de 1946, que é outro documento representativo do período imediato à Segunda Guerra Mundial, não adotou uma declaração dos direitos individuais obediente à tendência dominante nas Constituições francesas. Preferiu referir-se, de forma reverente, à Declaração de 1789, para solenemente reafirmar os direitos e as liberdades consagradas naquele texto memorável. Inovou, todavia, a técnica reverencial, ao proclamar, em aditamento à Declaração de 1789, os princípios políticos, econômicos e sociais, "particularmente necessários ao nosso tempo". Com essa atualização, incorporou à Constituição, entre outros, os princípios relativos ao direito de greve, à convenção coletiva do trabalho, à gestão das empresas, à proteção da saúde, à segurança material, ao repouso, ao lazer, o direito ao emprego, o igual acesso à instrução, à formação profissional, ao ensino público gratuito e leigo. Previu a passagem à propriedade coletiva de todo bem ou empresa cuja atividade adquirir as características de serviço público nacional ou de monopólio de fato.

Em período mais recente, a Constituição da Espanha de 27 de dezembro de 1978, que, ao contrário da Constituição portuguesa de 2 de abril de 1976, guarda perfeita correspondência ao estilo e ao conteúdo das Constituições das democracias ocidentais, também amparou os direitos fundamentais com a cláusula protetora da inviolabilidade e deu precedência aos direitos fundamentais no texto constitucional, para indicar que eles são os inspiradores da organização do Estado e dos poderes.

A cláusula da inviolabilidade dos direitos humanos está enunciada no art. 10 da Constituição da Espanha (21):

"A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos do semelhante constituem o fundamento da ordem política e da paz social."

Na Constituição da Espanha, os direitos e deveres fundamentais foram objeto de desdobramento em direitos e liberdades, para abranger a seção dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, que é a mais longa (arts. 15/29), reservando-se outra seção aos direitos e deveres do cidadão (arts. 30/38). No domínio dos direitos fundamentais e das liberdades públicas, a Constituição enumera as liberdades ideológicas, religiosa, de culto (art. 16), da pessoa (art. 17) e prevê a regulamentação legal do *habeas corpus*, para imediata apresen-

(21) *Constitución Española* — Boletín Oficial del Estado — Madrid, 1979.

tação em Juízo da pessoa detida ilegalmente (art. 17, 4). O direito de propriedade, a função social da propriedade (art. 33.1.2), o direito ao trabalho (art. 35), o direito à negociação coletiva entre trabalhadores e empresários (art. 37), a liberdade de iniciativa na economia de mercado (art. 38) são tratados na seção dos direitos e deveres do cidadão. Qualquer cidadão, segundo a Constituição da Espanha, poderá valer-se do *recurso de amparo* ao Tribunal Constitucional para defesa de liberdade e direitos individuais (art. 53). Com a preocupação de resguardar as liberdades e os direitos individuais, instituiu-se o Defensor do Povo, designado pelas Cortes Gerais, para agir na defesa dos direitos fundamentais (art. 54), que é a versão espanhola do OMBUDSMAN, criação originária da Suécia, que vem se propagando no direito europeu, com as designações próprias de cada país — *Parliamentary Commissioner*, na Inglaterra; *Médiateur*, na França; *Bundeswehrbeauftragter*, na Alemanha, *Provedor de Justiça*, em Portugal.

A Lei Fundamental da Alemanha e a Constituição da Espanha, para tornar irrecusável a eficácia dos direitos fundamentais e sua obrigatoriedade jurídica, dispõem que esses direitos vinculam os poderes do Estado e são diretamente aplicáveis (Lei Fundamental, art. 1º, 3 — Constituição da Espanha, art. 53, 1). Aspecto comum às duas Constituições é a previsão da suspensão dos direitos individuais, em determinadas circunstâncias. Na Lei Fundamental da Alemanha, essa técnica é dotada de maior amplitude nos seus efeitos, para qualificar o abuso da liberdade de opinião e de imprensa, de ensino, reunião, associação, sigilo de correspondência, propriedade e do direito de asilo, com o fim de combater o regime liberal e democrático, cabendo ao Tribunal Constitucional Federal o julgamento do abuso do direito fundamental e determinar sua perda, no caso concreto (art. 18). Aplica-se aos direitos fundamentais o princípio da lealdade à Constituição, que se enunciou explicitamente na Lei Fundamental, quando diz que a liberdade de ensino não dispensa a lealdade à Constituição (art. 5º, 3). A Constituição da Espanha não deu ao tema o desenvolvimento que ele adquiriu na Lei Fundamental da Alemanha. Fixou essa possibilidade de forma mais discreta, para os casos extremos de bandos armados e terrorismo, admitindo que, nessas ocorrências, uma lei orgânica determinará a forma e os casos em que, de forma individual, com a necessária intervenção judicial e adequado controle parlamentar, os direitos fundamentais de segurança pessoal, inviolabilidade do domicílio e sigilo da correspondência e comunicações poderão ser suspensos, em função de investigações sobre atividades de bandos armados e elementos terroristas (art. 55, 2). Essas normas constitucionais de controle dos direitos fundamentais instauram o confronto entre a segurança individual e a segurança do Estado. Sem recusar o caráter terapêutico da medida, em casos de comportamento socialmente incriminável, a aplicação habitual do remédio, sem relação com a gravidade de fatos anormais e patológicos, poderá instalar a insegurança dos direitos individuais e acelerar o "processo de erosão" das liberdades e direitos individuais, a que se referiu KARL LOEWENSTEIN⁽²²⁾, com funestas conseqüências para o funcionamento do governo democrático.

No segundo após-guerra, alargou-se a influência do modelo constitucional soviético, que passou a comandar as instituições das chamadas "democracias

(22) KARL LOEWENSTEIN — *Teoría de la Constitución* — Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, pág. 395.

populares”, expressão que HENRY FABRE (23) empregou para designar o regime político dos países do Leste europeu, na sua fase inicial de transição pré-socialista, no período pós-1945, hoje já ultrapassada pela consolidação dos regimes socialistas. Nas Constituições desses Estados, de modo geral, seja nas promulgadas no período imediato à ocupação soviética, ou nas de data mais recente, a técnica da enunciação dos chamados direitos fundamentais obedece nelas ao figurino soviético de 1936. Daí a ênfase colocada na concretização desses direitos pelo oferecimento das condições materiais propiciadoras de seu exercício e a precedência conferida aos direitos dos trabalhadores, vindo em seguida a enunciação nominal dos direitos clássicos de opinião, de palavra e de crença. A Constituição da República Socialista da Iugoslávia, de 21 de fevereiro de 1974, que já exprime considerável experiência de redação constitucional própria, tanto pela mudança mais freqüente das Constituições da Iugoslávia, como pela autonomia que a Iugoslávia mantém nas suas relações com a União Soviética, não se afastou integralmente do modelo soviético de redação dos direitos fundamentais do trabalhador. Na Constituição da Iugoslávia, o direito ao trabalho requer a criação de condições para o exercício do direito de trabalhar (art. 159). O direito à educação faz-se acompanhar da indicação de condições materiais para o funcionamento das escolas e estabelecimentos educacionais (art. 165). A liberdade de imprensa, a liberdade de associação, a liberdade de palavra, a liberdade de reunião, estão associadas à previsão de condições para o seu exercício (art. 167). É certo que a atual Constituição da Iugoslávia afastou-se do modelo soviético e impôs a autonomia de sua concepção, em matéria de direitos individuais, no extenso e cuidadoso tratamento que dispensa às regras garantidoras da segurança individual (art. 178), às cautelas processuais da prisão, à admissão de recursos para a defesa de direitos (art. 180), à proteção processual do domicílio (art. 184), que a Constituição declara inviolável (art. 183, *finis*), à garantia do direito de sucessão (art. 194), ao direito de indenização em decorrência de procedimento arbitrário ou irregular de funcionário do Estado (art. 199), à proibição de supressão ou restrição das liberdades e direitos garantidos pela Constituição (art. 203).

A Constituição da Polônia, de 22 de julho de 1952, a Constituição da Hungria, de 1949, e suas Emendas de 1972 e 1975, a Constituição da Romênia, de 21 de agosto de 1965, e a Constituição de Cuba, de 15 de fevereiro de 1976, seguem mais de perto o modelo soviético da Declaração de Direitos, com a imediata identificação dos meios e das condições para seu exercício, especialmente na área dos direitos concretos ao trabalho, à saúde, ao descanso, à habitação, à instrução. A recente Constituição Soviética de 7 de outubro de 1977 manteve a estrutura dos direitos, liberdades e deveres fundamentais da Constituição de 1936, conservando no texto novo a técnica de enunciação dos direitos concretos e a sucessiva indicação dos meios e condições materiais para seu exercício, que a Constituição de 1936 inaugurou e posteriormente propagou no constitucionalismo marxista do segundo após-guerra.

Essa técnica soviética de materialização das liberdades concretas, que obteve a adesão da Constituição da República Popular Chinesa, de 20 de setembro de 1954 (arts. 87, 91, 92, 93, 94), não encontrou acolhimento na posterior

(23) MICHEL HENRY FABRE — *Théorie des Démocraties Populaires* — Paris, 1950, pág. 13.

e brevíssima Constituição da China Popular, de 17 de janeiro de 1975, a qual, em seu art. 28, limitou-se a mencionar as liberdades de palavra, de correspondência, de imprensa, de reunião, de associação, de manifestação, de greve e de inviolabilidade do domicílio, substancialmente as liberdades clássicas do Direito Constitucional, as chamadas liberdades-resistência, liberdades oponíveis ao poder, sem qualquer referência às liberdades concretas do constitucionalismo marxista.

6. A Constituição federal brasileira de 18 de setembro de 1946 está localizada no ciclo constitucional do segundo pós-guerra e ela recolheu a nossa secular experiência em matéria de direitos individuais. Não há inovações substanciais entre a Constituição de 1946 e as Constituições Republicanas de 1891 e 1934. Nota-se aprimoramentos técnicos e o acréscimo de temas que refletem as exigências da época. Fora daí, a recapitulação dos mesmos direitos e garantias individuais caracteriza o estilo consolidador do documento constitucional, que, por isso, preferiu inspirar-se nas origens republicanas de nosso Direito Constitucional, repelindo as soluções restritivas dos direitos individuais que encontraram larga aceitação na Constituição autoritária de 1937. A Constituição de 1946 introduziu a regra nova da proteção judiciária dos direitos individuais: "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual" (art. 141, § 4º). Consagrou a ortodoxia do regime democrático, vedando a atividade do Partido antidemocrático. Dizia a Constituição federal de 1946, em norma que se antecipou à concepção alemã do Partido inconstitucional: "É vedada a organização, o registro e o funcionamento de qualquer Partido Político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem" (art. 141, § 13). O júri que havia perdido a categoria de garantia constitucional retomou essa condição para lhe ser reconhecida "a soberania dos veredictos" e a competência de julgar os crimes dolosos contra a vida (art. 141, § 28). As garantias processuais da plena defesa são mais explícitas que na Constituição de 1934 (art. 141, § 25). Reservou-se à lei dispor sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica (art. 141, § 31). A regra da legalidade tributária e da cobrança de tributo dependente de prévia autorização orçamentária obteve formulação constitucional (art. 141, § 34).

A Constituição federal de 24 de janeiro de 1967, vencida no Congresso Nacional a técnica preconizada no Anteprojeto de Constituição, que preferia a enunciação genérica dos direitos fundamentais, para deixar à lei ordinária a sua ampla regulamentação — o que exporia os direitos fundamentais ao comando flexível do legislador —, não se distanciou da Constituição de 1946, mantendo, sem alterações substanciais, os mesmos direitos e garantias individuais. Entre as modificações de redação, assinala-se a supressão da cautelosa cláusula que proibia a autoridade, quando designasse outro local da reunião, proceder de modo a impossibilitá-la ou frustrá-la (art. 150, § 27). Duas regras novas surgiram na Constituição de 1967. A primeira, para impor a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário (art. 150, § 14). A segunda, com repercussão profunda na concepção liberal dos direitos fundamentais, para introduzir a noção do abuso dos direitos individuais e dos direitos políticos, inspirando-se na Lei Fundamental da Alemanha. A

figura do abuso relaciona-se com a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação (art. 150, § 8º), o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 150, § 23), o direito de reunião (art. 150, § 27), a liberdade de associação (art. 150, § 28) e os direitos políticos. O exercício abusivo desses direitos, para atentar contra a ordem democrática ou praticar a corrupção, determina a suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República (art. 151). A configuração do abuso, como se vê, é de natureza complexa. Não basta a crítica descomedida, fruto, muitas vezes, da intemperança verbal e do passionalismo político. Não é suficiente a bravata da *canina facundia*, da “eloquência ladrante”, da “descompostura sem raciocínio”, formas apopléticas do discurso político, às quais se referiu RUI BARBOSA⁽²⁴⁾, em página candente. É necessária a pesquisa da finalidade do abuso e da existência nele de atentado que ponha em risco a ordem democrática, ou a evidência da prática degradante da corrupção. A figura política do atentado contra a ordem democrática envolve a clara relação causal, nítida e insofismável entre o abuso e a conspiração em curso, entre o abuso e o aliciamento conspiratório, entre o abuso e o emprego de meios materiais ou de concurso dessa ordem, entre o abuso e a urdidura da “bernarda”, pois só nessa hipótese factual é que se poderá identificar o atentado contra a ordem democrática. Na ausência desses elementos concretos de perigo, a caracterização do abuso sujeitar-se-á a juízo aleatórios, a conceitos subjetivos, a meras presunções e a temores personalísticos. A noção de abuso de direito individual, na forma prevista na Constituição de 1967, reclama a elaboração de cláusula jurisprudencial, como a do “clear and present danger”⁽²⁵⁾, que a Suprema Corte norte-americana criou e vem aplicando aos casos concretos, para apurar se os fatos e as provas evidenciam a existência do *perigo evidente e atual*, de forma a determinar ou não o emprego da legislação repressora de situações perigosas às instituições democráticas. A regra jurisprudencial configuraria os pressupostos do abuso de direito individual, e a defesa da democracia, que é dever imperioso, não correria o risco de provocar “o incêndio da casa para assar o leitão”, a que se referiu o Juiz FRANKFURTER.

A Constituição entende que a liberdade de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação deve ser uma liberdade responsável. Por isso, regra sempre repetida nos textos constitucionais republicanos, desde a Constituição de 1891, contém a advertência que se segue à afirmação da liberdade de pensamento — “respondendo, cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer” (Constituição federal de 1891, art. 72, § 12. Constituição federal de 1934, art. 113, 9. Constituição federal de 1946, art. 141, § 5º Constituição federal de 1967 — art. 150, § 8º). A punição ao abuso da liberdade de pensamento torna-se particularmente sensível no domínio da prestação da informação ou da liberdade de imprensa. Essa liberdade não recebeu no Direito Constitucional brasileiro o tratamento que ela encontrou na Constituição norte-americana. Nos Estados Unidos, por força da Emenda nº 1, à

(24) RUI BARBOSA — *Escritos e Discursos Seletos* — Editora José Aguilar Ltda., Rio de Janeiro, 1960, pág. 1.025.

(25) C. HERMAN PRITCHETT — *The American Constitution* — McGraw Hill Book, 1969, pág. 387.

Constituição federal, vedou-se expressamente ao Congresso elaborar qualquer lei que possa proibir o livre exercício da religião, ou restringir as liberdades de expressão ou de imprensa: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or the press..." São essas as liberdades bases e preferenciais, de tal modo que uma lei do Congresso que impuser restrições ao exercício da religião, das liberdades de imprensa ou de expressão, gozará, desde logo, da presunção de inconstitucionalidade⁽²⁶⁾. A tradição do direito brasileiro, ao contrário, é a do controle da liberdade de imprensa pela lei especial, não obstante a hostilidade com que essas leis são geralmente recebidas pelas correntes liberais e pelos órgãos de imprensa, como indicam os apodos de "lei infame", "lei celerada", "lei rolha", dirigidos às diferentes leis de imprensa no período republicano. Sem entrar, no momento, na apreciação da atual Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, entendemos que a preservação da liberdade de pensamento pela imprensa reclama a restauração da jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal fixou em casos famosos, como no julgamento do *Habeas Corpus* nº 40.047⁽²⁷⁾, de 1963, para afastar a aplicação da Lei de Segurança Nacional e de seu foro especial aos crimes imputáveis a jornalistas, sob o fundamento de que, mesmo nos casos de crimes contra a segurança nacional, se eles "forem praticados pela imprensa e na lei de imprensa estiverem previstos", é esta e não aquela a lei que se aplicará aos jornalistas. Seria benéfico à liberdade de pensamento e de imprensa, ao regime democrático que tem na liberdade o seu próprio fundamento, que a restauração dessa jurisprudência fosse propiciada pela revisão adequada de normas da atual legislação ordinária, de modo a eliminar a possibilidade de conflitos normativos, intranquilizadores e prejudiciais ao exercício dos direitos individuais.

7. Alcançou-se a plenitude jurídica dos direitos individuais quando, rompendo as resistências da soberania estatal, formulou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, incorporando ao Direito Internacional os direitos anteriormente reconhecidos na Constituição do Estado. A eficácia jurídica da Declaração Universal completou-se nos instrumentos de "implementação internacional dos direitos humanos"⁽²⁸⁾, o "Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos," aprovado pela ONU, em 16 de dezembro de 1966, com vigência em 23 de março de 1976, após o depósito de 35 ratificações dos Estados-Membros signatários, e o "Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", da mesma data, que entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976, depositadas as 35 ratificações dos Estados-Membros. A internacionalização dos direitos humanos projetou-se nas organizações internacionais de âmbito regional, para encontrar sua formalização jurídica na "Convenção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais", votada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950; na "Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem", aprovada pela IX Conferência Internacional Americana, que se reuniu em Bogotá, em 1948, e na "Convenção Americana

(26) PRITCHETT — obra citada, pág. 393.

(27) *Diário da Justiça* (Apenso ao nº 187), de 3 de novembro de 1963, pág. 970.

(28) ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE — *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo* — Editora Universidade de Brasília, 1981, pág. 222.

relativa aos Direitos do Homem”, celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, texto mais desenvolvido que a “Declaração Americana”, nele se estruturando os órgãos de proteção dos direitos humanos, como a Comissão Interamericana dos Direitos do Homem e a Corte Interamericana dos Direitos do Homem (*Convenção*, arts. 33/73). Os Pactos e as Convenções reconhecem capacidade processual aos indivíduos, colocando à sua disposição os mecanismos internacionais para recebimento de reclamações e queixas contra a violação dos direitos individuais e humanos, a exemplo do “Comitê dos Direitos Humanos” da ONU, da “Comissão Européia dos Direitos Humanos” e do “Tribunal Europeu dos Direitos Humanos”. A “Comissão Européia” e o “Tribunal Europeu” atingiram estágio evoluído da proteção internacional dos direitos humanos. Abrem-se esses órgãos aos indivíduos interessados, uma vez esgotados os recursos internos de proteção dentro do direito estatal (“Convenção Européia”, art. 26) e a intensidade desse ingresso na área da Comissão Européia pode ser avaliada pela apresentação, até fins de 1976, de 7.740 petições ou reclamações, sendo proferidas 6.772 decisões, com a declaração de inadmissibilidade de apenas 132 petições ou reclamações, enquanto ao “Comitê de Direitos Humanos” da ONU foram encaminhadas, até fins de 1978, quarenta petições, das quais sete foram declaradas inadmissíveis e as demais permaneciam na dependência de uma decisão final, dentro do sistema da confidencialidade das decisões, consoante esclarece o Professor ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (29).

8. Se a proteção generalizada dos direitos individuais superou a fase em que esses direitos eram considerados assuntos pertinentes ao domínio exclusivo dos Estados, o certo é que a expansão dos direitos individuais, no Direito Interno e no Direito Internacional, não oculta as sombras que caem sobre eles, para negá-los, como ocorre nos regimes totalitários. A supressão das liberdades, de forma ostensiva, e a recusa de sua vigência, de forma oblíqua, convertem frequentemente as normas supremas da Constituição em regras nominais e ineficazes, em textos semânticos, dotados de efeito puramente decorativo. De outro lado, a permanência de níveis de vida em condições subumanas de fome, e miséria em grande parte do mundo, a ignorância em que são mantidos os que não têm acesso à educação, o tribalismo que alimenta o combate armado nas cidades e nos campos, conduzido por minorias fanáticas, em tantas nações divididas e ensangüentadas pelo ódio, ocupação de nações inteiras pela força, todo este conjunto resume um quadro real que cumpre eliminar para remover os fantasmas que ainda procuram sufocar os direitos humanos nas trevas do obscurantismo, impedindo que os clarões da liberdade iluminem todos os povos da terra, como sonharam os formuladores da Declaração dos Direitos do Homem, naturais, imprescritíveis, inalienáveis e inatos.

A conquista e a defesa dos direitos individuais é uma tarefa diária, um esforço de todas as horas. Esta luta incessante é benéfica às liberdades e à sua conservação, pois, como no belo conceito do pensador francês, que MILTON CAMPOS estimava recordar: “se impedíssemos cada dia que se levasse uma pedra para a Bastilha, nós nos pouparíamos o trabalho de demoli-la” (30).

(29) ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE — obra citada, págs. 230 e 242.

(30) MILTON CAMPOS — *Compromisso Democrático* — 1951, pág. 38.