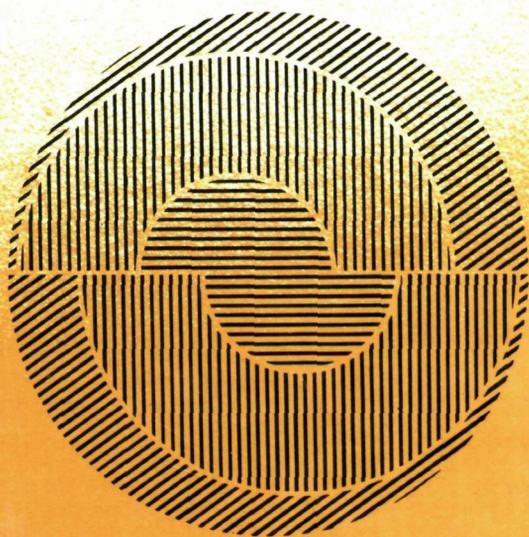


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS
JULHO A SETEMBRO 1988

ANO 25 • NÚMERO 99

Os direitos individuais

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

Professor do Curso de Formação de Oficiais de Minas Gerais. Mestrando de Direito Constitucional da UFMG. Advogado em Belo Horizonte

S U M Á R I O

1. *Introdução (os direitos fundamentais)*. 2. *As origens dos direitos individuais*. 3. *A teoria dos direitos individuais (conceito, objeto e classificação)*. 4. *A dicotomia direitos individuais/direitos sociais*. 5. *Direitos individuais e direitos políticos*. 6. *O valor jurídico das declarações de direitos*. 7. *Os diversos direitos individuais*. 8. *As garantias dos direitos individuais*. 9. *Conclusão*.

1. *Introdução (os direitos fundamentais)*

Na declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, lê-se que “o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos” e que o “fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis”, resumindo-se na “liberdade, segurança, propriedade e resistência à opressão”⁽¹⁾.

Estes direitos na perspectiva filosófica ou jusnaturalista podem ser considerados como direitos de todos os homens em todos os tempos e em todos os lugares⁽²⁾.

A história dos direitos fundamentais coincide com a história do constitucionalismo, e como nos ensina MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO no seu *Curso de Direito Constitucional*, “desde a Revolução de 1789,

(1) VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Livraria Almedina, 1983, p. 14.

(2) VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ob. cit.*, p. 11.

o regime constitucional é associado à garantia dos direitos fundamentais. Não é ocioso recordar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (art. 16) condicionou a proteção dos direitos individuais à própria existência da Constituição” (3).

DESCARTES é o ponto de partida para o iluminismo, corrente filosófica e cultural que vai tomar conta da Europa Ocidental. O iluminismo é fundado no racionalismo. Todas as coisas poderiam e deveriam ser explicadas através da razão. O poder estatal, exercido pelos reis e explicado pela vontade divina, passa a ser compreendido como força da vontade popular. O direito natural é completamente revisto. Na Idade Média este direito natural era visto como vinculado à vontade de Deus. A partir da Escola do Direito Natural de GROTIUS (1625) não é mais entendido desta forma (4). Os direitos naturais são produtos da razão.

“A idéia de garantir os direitos fundamentais a cada indivíduo é uma conquista teórica dos pensadores franceses” (5).

Estas mesmas idéias serviram de fundamento para a Declaração da Independência dos Estados Unidos da América e foram, posteriormente, materializadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789, França).

KANT, filósofo que ultrapassou o iluminismo, foi deste o melhor intérprete de seu espírito quando diz: “O que são as luzes? A saída do homem de sua minoridade pela qual ele próprio é responsável. Minoridade, isto é, incapacidade de se servir de seu entendimento sem a direção de outrem, minoridade pela qual ele é responsável, uma vez que a causa reside não em um defeito do entendimento, mas numa falta de decisão e coragem em se servir dele sem a direção de outrem. *Sapere aude!* Tem a coragem de te servir de teu próprio entendimento. Eis a divisa das luzes” (6).

Entretanto, o que são hoje estes direitos fundamentais? Quais são estes direitos fundamentais? Os direitos fundamentais são aqueles direitos que garantem ao cidadão uma vida digna, na qual possa se realizar completamente como ser humano. Os direitos fundamentais são direitos que servem de fundamento para todos os outros direitos, e são universais, devendo ser garantidos a todos os seres humanos. Devem, portanto, estes direitos estar assegurados pela lei fundamental de um Estado, a Constituição, que é a lei matriz de todas as demais, sendo que os outros direitos não fundamentais devem estar totalmente em consonância com aqueles, que são hoje conquistas universais das civilizações.

(3) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1975, p. 81.

(4) SALGADO, Joaquim Carlos. “Os direitos Fundamentais e a Constituinte” in *Constituinte e Constituição*, Belo Horizonte, Conselho Extensão, UFMG, 1986.

(5) SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, p. 13.

(6) SALINAS FORTES, Lulz Roberto. *O Iluminismo e os Reis Filósofos*. São Paulo, Brasillense, 1981.

O Professor JOAQUIM CARLOS SALGADO divide os direitos fundamentais em quatro grupos “não estanques, mas que se formam num todo orgânico em que a dispensa de um desestrutura a totalidade”: (7) *a*) os direitos individuais fundamentais, que têm o seu ponto de convergência na liberdade; *b*) os direitos sociais, que são os direitos do indivíduo na sociedade, como o direito à educação, à saúde e ao trabalho; *c*) os direitos humanos, que devem aí ser entendidos como a síntese dos direitos sociais e individuais, ou seja, estes dois direitos integrados dialeticamente como universais e ao mesmo tempo singulares; e *d*) os direitos políticos, que são aqueles direitos que asseguram a realização dos direitos fundamentais através da participação efetiva do povo no poder do Estado (8).

No conceito liberal clássico dos direitos fundamentais, somente os direitos individuais são considerados fundamentais, significando, neste ponto, uma limitação do poder do Estado, que não pode agir contra as liberdades fundamentais do ser humano.

“É a iniciativa de cada cidadão que torna efetivo e garante o conteúdo dos direitos. O Estado não pode reclamar para si (nem ao Estado deve exigir-se) a intervenção, no cumprimento de alegadas tarefas constitucionais (medidas legislativas, subsídios etc.) implícitas nos preceitos relativos aos direitos fundamentais. É também um corolário da idéia de “laissez-faire”, de omissão como regra de comportamento estatal” (9).

Entretanto, esta “neutralidade do Poder Público em face dos problemas sociais e econômicos conduzirá os povos livres às garras de um capitalismo absorvente, desumano e escravizador (. . .). A Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII (1891), retrata com impressionante exatidão os desajustamentos e as misérias sociais que a Revolução Industrial suscitou e o liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis” (10).

Portanto, como as Constituições revolucionárias do século XVIII e as suas declarações de direitos pregaram direitos fundamentais do indivíduo anunciando assim a nova ordem liberal, surgem no século XX as declarações dos direitos e deveres sociais — Da Ordem Econômica e Social — inseridas nos textos das Constituições modernas. As Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919 anunciam o surgimento do Estado social e das Constituições sociais que garantem, agora, não somente os direitos individuais, mas também os direitos sociais do ser humano.

Podemos visualizar, então, três grupos de direitos que compõem os direitos fundamentais do ser humano: *a*) os direitos individuais, que limitam a atividade do Estado, impedindo que este aja contra as liberdades funda-

(7) SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, p. 11.

(8) SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, p. 11.

(9) VIEIRA ANDRADE, José Carlos. *Ob. cit.*, p. 57.

(10) MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*, 15ª ed. rev., São Paulo, Sugestões Literárias, 1983.

mentais do ser humano; b) os direitos sociais, que, ao contrário, pedem uma atividade estatal no sentido de oferecer ao ser humano certas condições básicas para uma vida digna e para a sua realização como homem, ou seja, direito ao trabalho, saúde e educação; e c) os direitos humanos, que, no ensinamento do Prof. JOAQUIM CARLOS SALGADO, são a síntese dos direitos sociais e individuais fundamentais. Estes direitos se integram dialeticamente, no momento em que vinculado ao direito à vida está o direito à saúde, podendo o ser humano usufruir dos recursos técnicos e científicos alcançados, através de uma ação direta do Estado; vincula-se ainda a vida ao trabalho e o trabalho à liberdade, pois é através do trabalho que o homem se faz livre; como trabalhador, tem o homem direito de participar igualmente do fruto do seu trabalho e de desenvolver sua capacidade produtora através da educação, a formação para o trabalho e a liberdade (11).

Resta ainda um último grupo de direitos, para formar o todo orgânico dos direitos fundamentais: os direitos políticos.

Os direitos políticos são a capacidade de cada cidadão participar do poder do Estado, e será, pois, através destes direitos políticos, no exercício da democracia política, que poderemos realizar, assegurar, defender os direitos humanos.

Como nos ensina ROSAH RUSSOMANO no seu *Curso de Direito Constitucional*, os direitos políticos, “em sua acepção restrita, encarnam o poder de que dispõem os indivíduos para interferir na estrutura governamental, através do voto”.

Quanto às formas de exercício deste poder, “pode o cidadão usá-lo diretamente, por exemplo, votando uma lei ou uma Constituição (como ocorreu em 1963 para aprovar o retorno do presidencialismo), ou por representação, ou seja, escolhendo representantes para exercerem, em seu nome, o poder do Estado. Por representação, os direitos políticos se dividem em direito de votar e escolher o representante, e de ser votado como representante” (12). Conclui-se que os direitos fundamentais são aqueles direitos universalmente reconhecidos como de primordial importância para o ser humano. Neste sentido temos os direitos humanos como sendo aqueles direitos sociais e individuais, prerrogativas dos seres humanos, necessárias para uma vida digna. Entretanto estes direitos só estão resguardados de arbitrariedades, quando também são assegurados os direitos políticos, instrumento democrático para a preservação destes valores. É neste sentido que os direitos políticos são hoje considerados como direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados e universalmente reconhecidos.

JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE nos mostra que os direitos fundamentais podem ser considerados por diferentes perspectivas. Numa

(11) SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, p. 31.

(12) SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, p. 35.

perspectiva filosófica, estes direitos podem ser vistos como direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares, e é justamente nesta perspectiva que surgem os direitos fundamentais. Antes de se positivarem no ordenamento jurídico, ou de serem efetivados nas sociedades modernas, foram estes direitos uma idéia no pensamento dos homens⁽¹³⁾.

Na perspectiva universalista ou internacionalista, será após a 2.^a Guerra Mundial que se sentirá a necessidade de criar mecanismos jurídicos que protejam os direitos fundamentais do homem nos diversos Estados. Já não se pode mais admitir o Estado nos moldes liberais clássicos de não intervenção. O Estado está definitivamente consagrado como administrador da sociedade e convém, então, aproveitar naquele momento os laços internacionais criados no pós-guerra para que se estabeleça um núcleo fundamental de direitos internacionais do homem⁽¹⁴⁾.

É neste sentido que surgirá a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948), a Convenção Americana dos Direitos do Homem, assinada em 22 de novembro de 1969, em São José da Costa Rica, entre outras declarações, convenções e pactos, sendo que, entre as organizações privadas, são de maior destaque a Anistia Internacional e a Comissão Internacional dos Juristas.

Hoje já existe o entendimento de que o gozo de certos direitos fundamentais pelos cidadãos de todos os Estados é uma questão de direito internacional, indo-se contra o princípio de não ingerência, "que limitava o direito internacional às relações entre Estados" (...). "Porém não é pacífico que o princípio do respeito pelos direitos humanos já se tenha imposto na comunidade internacional como princípio independente da vontade dos Estados"⁽¹⁵⁾.

Muitas vezes, este entendimento, que vai de encontro à não ingerência nos assuntos internos de um país, serve de pretexto para a intervenção nos destinos políticos de determinados países, que no momento possam parecer política ou economicamente indesejáveis.

Deve-se evitar este grave equívoco, pois, reconhecendo-se a necessidade de que estes direitos fundamentais do ser humano se imponham na comunidade internacional, como "princípio jurídico independente da vontade dos Estados", deve-se também ressaltar que, além dos direitos de liberdade, dos direitos sociais, dirigidos "não a um homem abstrato, natural, fora da história, mas a um homem concreto, situado, portador de interesses"⁽¹⁶⁾, existem os direitos de grupos e de povos, e entre eles,

(13) VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ob. cit.*, pp. 11 a 15.

(14) VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ob. cit.*, pp. 16 a 18.

(15) VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ob. cit.*, p. 18.

(16) VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Ob. cit.*, pp. 25 a 30.

além dos direitos à paz, à segurança, ao desenvolvimento, se encontra o importante direito à autodeterminação.

Finalmente, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE coloca como terceira perspectiva, pela qual se pode considerar os direitos fundamentais, a perspectiva estatal, ou constitucional, que significa o estudo destes direitos fundamentais, presentes nas Constituições de várias épocas, em vários países, desde a sua origem, até as modernas Constituições.

O tema direitos fundamentais pode parecer, à primeira vista, complexo. São vários os entendimentos a respeito. Como já vimos anteriormente, existe uma concepção liberal clássica que entende serem fundamentais somente os direitos individuais. A História provou ser inviável tal conceito, o mundo e a sociedade evoluíram e surgiu a concepção de direitos sociais. A sociedade cobrava, então, uma ação do Estado que proporcionasse aos seres humanos uma vida digna. O Estado deve oferecer os recursos disponíveis a todos os seres humanos, proporcionando educação, saúde e trabalho.

Vimos, também, que os direitos políticos tornam-se fundamentais, à medida que são, estes, instrumentos capazes de salvaguardar os direitos humanos, que, por sua vez, são síntese dos direitos sociais e individuais, vislumbrando-se, assim, quatro grupos de direitos que formam os direitos fundamentais.

No entanto estes direitos fundamentais poderão ser encontrados muitas vezes como sinônimos dos direitos humanos, como, por exemplo, no livro de JOSÉ CASTAN TABEÑAS, *Los Derechos del Hombre*, quando este afirma que "os expositores do direito público, diretamente interessados pelos direitos do homem, preferem catalogar os mesmos, utilizando o critério das garantias jurídico-políticas que protegem estes direitos fundamentais. Assim o professor SANCHEZ AGESTA, atendendo a natureza do bem protegido pelos direitos humanos e a natureza diversa de sua realização e garantia jurídica, classifica os direitos proclamados nos textos constitucionais em quatro grupos principais:

- a) direitos civis (intimidade, segurança pessoal e econômica, e liberdade econômica);
- b) direitos públicos (liberdade de reunião, expressão, informação e de constituir associação política ou cultural);
- c) direitos políticos;
- d) direitos sociais" (17).

Vamos nos ocupar, neste presente estudo, dos direitos individuais fundamentais, localizando-os como um grupo de direitos fundamentais, que estão a resguardar as liberdades de cada um da ingerência indevida do Estado.

(17) CASTAN TABEÑAS, José. *Los Derechos del Hombre*, 2ª edição, Madrid, REUS. S. A., 1972, p. 30.

2. As origens dos direitos individuais

O mundo antigo admitia o poder ilimitado do Estado. Não existia um direito próprio do indivíduo que este pudesse opor ao Estado⁽¹⁸⁾.

Entretanto, será desde os tempos muito antigos que os filósofos e pensadores políticos “vão sustentar a crença de que deve haver um direito baseado no mais íntimo da natureza do homem como ser individual ou coletivo. Estavam convencidos de que existia um direito natural permanente e eternamente válido, independente de legislação, de convenção ou qualquer outro expediente imaginado pelo homem”⁽¹⁹⁾. Quanto ao conteúdo destes direitos, eles serão vários no decorrer da história, entretanto, a convicção da existência de normas fundadas na natureza humana, de caráter obrigatório para todos os homens em todos os tempos, mostrou ter muita vitalidade no decorrer dos séculos⁽²⁰⁾.

Os primeiros a discutir o problema do direito natural foram os gregos. Alguns filósofos gregos adotaram a opinião de que existiam princípios eternos e imutáveis de justiça⁽²¹⁾. Entretanto os gregos não desfrutavam destes direitos naturais, uma vez que o Estado grego, a “Polis”, fazia do cidadão um instrumento, cuidando da vida econômica, social, cultural e religiosa do indivíduo⁽²²⁾.

É na Roma antiga que vamos encontrar a mais antiga das ciências do direito: a jurisprudência.

Para os juristas romanos desta escola, o justo e o injusto é o tema sobre o qual eles devem se deter. “Não eram assim os romanos tão voltados, como se supõe, para a *ratio scripta*, a lei. Os princípios constituíam o melhor de sua preocupação. A regra e a lei deveriam realizar o justo. Direito, para eles, era igual ao *o que é justo*”⁽²³⁾.

Entretanto, da mesma forma que na Grécia antiga, os cidadãos romanos não possuíam direitos individuais. Eram reconhecidos na teoria, mas não na prática.

Será a partir do Cristianismo que estes direitos naturais irão prosperar e se tornar universais. Entretanto, no período da Idade Média, a ciência

(18) A. ESMELIN. “*Eléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé.*” 6ª edição, Paris, Recueil Sirey, 1974, p. 538.

(19) BODENHEIMER, Edgar. *Teoria del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1942, p. 127.

(20) BODENHEIMER, Edgar. *Ob. cit.* p. 127.

(21) BODENHEIMER, Edgar. *Ob. cit.*, p. 128.

(22) ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, pp. 525, 526.

(23) MATA-MACHADO, Edgar de Godol. *Elementos de Teoria Geral do Direito — Introdução ao Direito*. Belo Horizonte, Editora da UFMG/PROED, 3ª edição, 1986, pp. 46, 47.

do direito da época, chamada Enciclopédia Jurídica, não vai tratar de procurar, “nas normas de conduta, o reflexo da idéia de justiça, a realização do valor da justiça. Não é o direito justo a preocupação do enciclopedista, mas o direito vigente, histórico, mais restritamente, o direito romano” (24).

Será nos séculos XVII e XVIII que renascerá a “preocupação com o valor intrínseco do direito, e a pesquisa se orienta no sentido da fundamentação das regras de conduta” (25).

Os juristas que constituíram a Escola de Direito Natural e das Gentes (séculos XVII e XVIII) passaram a dar um fundamento “racional e científico” ao direito natural. Será nesta época que florescerá o pensamento iluminista que vai culminar com as Revoluções Norte-Americana (1776) e Francesa (1789).

Porém, a primeira declaração de direitos fundamentais na história européia será aquela que se estratificou na Magna Carta de 1215, sendo seguida do “Ato de *Habeas Corpus*” de 1679 e pelo “Bill of Rights” de 1688. Todos, textos ingleses. Encontraremos novamente estas declarações de direitos na independência das colônias norte-americanas. A primeira declaração será a do Estado de Virgínia em 1776. Este modelo de declaração de direitos será novamente transportado para a Europa, onde vai se celebrar com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, proclamada com a Revolução Francesa, sendo, a partir daí, incorporada ao regime constitucional contemporâneo (26).

Todo este processo histórico de afirmação dos direitos individuais fundamentais foi muito bem sintetizado pelo professor RAUL MACHADO HORTA (27), quando nos ensina que 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 alimentaram 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 afirmam a precedência dos direitos individuais, inatos, naturais, imprescritíveis e inalienáveis do homem (28).

(24) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Ob. cit.*, p. 51.

(25) MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. *Ob. cit.*, p. 58.

(26) PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*, 5ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1971, p. 8.

(27) MACHADO HORTA, Raul. “Constituição e direitos individuais”. *Revista de Informação Legislativa*, a. 20, n. 79, jul./set. 1983, pp. 147, 148.

(28) MACHADO HORTA, Raul. *Ob. cit.*, pp. 147, 148.

3. A teoria dos direitos individuais (conceito, objeto e classificação)

A liberdade individual é o ponto de convergência deste grupo de direitos. LUIS RECASÈNS SICHES nos ensina que “os chamados tradicionalmente direitos individuais são, em essência (ainda que não de modo exclusivo), direitos de liberdade, de estar livre de agressões, restrições e ingerências indevidas por parte de outras pessoas, mas de modo especial por parte das autoridades públicas. “Os direitos individuais vão significar um não fazer dos outros indivíduos, mas principalmente por parte do Estado”⁽²⁹⁾. Significa que, diante dos direitos individuais, deve o Estado ter uma atitude de respeito; o Estado não pode violar, desrespeitar estes direitos.

DUGUIT, ao escrever sobre o Estado de direito, nos mostra que, para compreensão deste, é necessário se ter como pressuposto fundamental que o Estado é subordinado a uma regra de direito superior e anterior a ele mesmo, e a qual ele não pode violar.

Todas as manifestações do Estado estão limitadas por um direito superior, que proíbe aquele de agir contra determinados direitos individuais⁽³⁰⁾. DUGUIT afasta da discussão a importância da fundamentação dada a este direito superior. A limitação do Estado pelo direito deve ser aceita, qualquer que seja o fundamento. Seja “a doutrina individualista que crê na existência de direitos naturais, individuais, inalienáveis e imprescritíveis, anteriores ao Estado e vindo limitar sua ação”⁽³¹⁾; seja a doutrina solidarista que afirma existir uma regra de direito que é imposta a todos e que pertence a um princípio superior inato na consciência humana; ou seja um fundamento puramente positivista. O importante é compreender que existe uma regra de direito superior ao poder público, que limita e impõe deveres ao Estado⁽³²⁾.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO nos coloca que as Declarações de Direito dos séculos XVIII e XIX teriam como objetivo principal “armar os indivíduos de meios de resistência contra o Estado. Seja por meio delas estabelecendo zona interdita à sua ingerência — liberdades-limites —, seja por meio delas armando o indivíduo contra o poder no próprio domínio deste — liberdades-oposição”⁽³³⁾.

Parece-nos, porém, que não devemos considerar o Estado o inimigo da liberdade, como este era considerado pelas declarações dos séculos

(29) RECASÈNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofia del Derecho*. 4ª edição, México, Editorial Porrúa, 1970, pp. 600-601.

(30) DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing et Cie. Editeurs E. de Boccard, Successeur, 1930.

(31) DUGUIT, Léon. *Ob. cit.*, vol. III, p. 590.

(32) DUGUIT, Léon. *Ob. cit.*, vol. III, p. 590.

(33) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, São Paulo, Saraiva, p. 81.

XVIII e XIX⁽³⁴⁾. Podemos, sim, estabelecer um paralelo entre direitos individuais e democracia, e afirmar que estes direitos e garantias são, além de defesas das liberdades individuais, defesas do Estado democrático.

LOEWENSTEIN afirma que “a proteção dos direitos e liberdades fundamentais é o núcleo essencial do sistema político da democracia constitucional”⁽³⁵⁾.

WILSON ACCIOLI, em seu livro *Instituições de Direito Constitucional*, seleciona duas importantes citações que nos ajudam a melhor conceituar os direitos individuais. Cita, primeiramente, ALCORTA, que afirma serem os direitos individuais “todos aqueles que constituem a personalidade do homem, e cujo exercício lhe corresponde exclusivamente, sem outro limite que o do direito correspondente”⁽³⁶⁾. Cita, após, VEDEL, que nos mostra que, “em sua essência, a doutrina dos direitos individuais é a afirmação de que os indivíduos têm determinados direitos que lhes são inerentes e aos quais o Estado não pode causar lesão. Significa que o Estado não é a única fonte do direito, pois existem direitos individuais que lhe são anteriores e superiores”⁽³⁷⁾.

Segundo DUVERGER, o liberalismo político, que teve suas origens mais antigas na reforma protestante, proclamando o livre exame de consciência, e no método de DESCARTES, que nega qualquer princípio “a priori”, está “inteiramente resumido no artigo 1.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: *Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos* (. . .). As palavras liberdade e igualdade expressam o essencial da ideologia liberal”⁽³⁸⁾.

Desta forma, a igualdade vai significar que ninguém terá privilégios hereditários. É a afirmação da igualdade de todos perante a lei. “A liberdade significa que cada homem pode pensar, se expressar e trabalhar como ele queira, e a liberdade dos outros é o único limite para a liberdade de cada um”⁽³⁹⁾. DUVERGER estabelece uma distinção entre liberdades civis e liberdades públicas; para ele liberdades civis são aquelas que dizem respeito à atividade privada. Significam garantia, proteção contra prisões arbitrárias, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade de correspondência etc. As liberdades públicas se referem àquelas relações dos cidadãos entre si. Desta forma temos a liberdade de imprensa e outros meios de expressão do pensamento, como livros, rádio, televisão, a liberdade de reunião e

(34) VAZ DA SILVA, Floriano Correa. *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo, LTr. 1977, p. 12.

(35) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª edição espanhola, Barcelona, Ariel, 1970, p. 392.

(36) ACCIOLI, Wilson. *Ob. cit.*, p. 530.

(37) ACCIOLI, Wilson. *Ob. cit.*, p. 531.

(38) DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*. 5ª edição, Barcelona, Ariel, 1970, p. 90.

(39) DUVERGER, Maurice. *Ob. cit.*, p. 98.

de associação. Estas liberdades públicas, portanto, são de grande importância para a garantia da expressão do pensamento⁽⁴⁰⁾.

Tanto as liberdades privadas como também as liberdades públicas estão no plano dos direitos individuais fundamentais.

KARL LOEWENSTEIN estabelecerá um outro critério para a classificação das liberdades fundamentais. Para ele existirá uma distinção entre “as liberdades enraizadas diretamente na pessoa — as liberdades civis em sentido próprio — e as liberdades econômicas e políticas”. Pode-se incluir entre as primeiras a proteção contra a arbitrária privação da liberdade ou o *habeas corpus*, na tradição inglesa, e como também é chamado em nosso direito; a inviolabilidade de domicílio; a liberdade e o segredo de correspondência, entre outros. Na segunda categoria de liberdades fundamentais estão as liberdades econômicas fundamentais, a liberdade de escolha de profissão, a liberdade da livre disposição sobre a propriedade e a liberdade de contrato⁽⁴¹⁾.

Convém ressaltar que o Estado moderno não mais considera a propriedade privada um direito absoluto. Apesar de continuar sendo um direito individual fundamental, vai encontrar limites estabelecidos pelo interesse da coletividade.

RICASÉNS SICHES foi quem melhor estabeleceu o objeto dos direitos individuais. Desta forma, ele nos ensinou que os chamados direitos individuais “têm como objeto predominante uma conduta própria do indivíduo, a qual este pode decidir livremente, por exemplo: a liberdade pessoal; a liberdade de pensamento, de consciência e de religião; a liberdade de opinião e de expressão; a inviolabilidade de domicílio; a liberdade de circulação etc.; ou têm como objeto garantias ou defesas para a pessoa individual, por exemplo: de não ser submetido à escravidão, a torturas, a desigualdades perante a lei; de não ser arbitrariamente detido, preso e desterrado; de ser julgado conforme a lei, com todas as garantias processuais etc.”⁽⁴²⁾.

Entretanto, parece-nos que os direitos individuais constituem, em todos os seus aspectos, também garantias. Assim, podemos dizer que a declaração da liberdade de opinião e de expressão, a liberdade de circulação, a liberdade de reunião, a inviolabilidade de domicílio, constituem garantias do indivíduo contra a ingerência indevida do Estado. São declarações de direitos individuais que estão a exigir um “não fazer” do Estado. Enquanto a liberdade de opinião e expressão tem como objeto uma conduta do indivíduo, da mesma forma podemos dizer que, para o indivíduo perante o Estado, esta declaração do seu direito vai significar uma garantia contra a proibição, por qualquer motivo, da sua liberdade de opinião e de expressão.

(40) DUVERGER, Maurice. *Ob. cit.*, pp. 91, 92.

(41) LOEWENSTEIN, Karl. *Ob. cit.*, p. 392.

(42) RECASÉNS SICHES, Luís. *Ob. cit.*, pp. 601 e 602.

Desta forma, os direitos individuais estão a resguardar sempre uma liberdade puramente individual. A liberdade de poder se expressar livremente por meio de palavras, da imprensa, de livros, e não ser perseguido, submetido a torturas, a desigualdades perante a lei, a prisões ilegais etc. Podemos acrescentar, então, que os direitos individuais têm como objeto a garantia de condutas individuais e a garantia do indivíduo (sua integridade física e moral).

AFONSO ARINOS nos ensina que os direitos individuais são ao mesmo tempo públicos e individuais. Públicos, “porque fazem com que o indivíduo se relacione diretamente com o poder público”, e individuais, “porque sua finalidade reside em dinamizar normas jurídicas, no interesse individual”. Para melhor explicar esta afirmação, diz que “as normas jurídicas e os direitos públicos individuais se distinguem em seu funcionamento, servindo essa distinção para os caracterizar devidamente”. Neste sentido, “as normas jurídicas, em regra, funcionam para determinar: a) um direito do indivíduo em face de outro indivíduo; b) em referência a fatos ou situações concretas, estranhos a um e outro, que ocupam os pólos da relação jurídica (a exemplo de bens e direitos que se disputam). Já os direitos públicos individuais funcionam: a) não em referência a outro indivíduo, mas, sim, ao próprio Estado; b) em relação a princípios abstratos — que não são, pois, alheios ao indivíduo, eis que integram a sua personalidade — sendo sua observância obrigatória para o Estado” (43).

CARL SCHMITT, no seu livro *Teoría de la Constitución*, estabelece uma classificação dos direitos individuais. São estes divididos em quatro grupos: no primeiro grupo estão os *direitos de liberdade dos indivíduos isolados* que compreendem a liberdade de consciência, liberdade pessoal, propriedade privada, inviolabilidade de domicílio e o segredo de correspondência. No segundo grupo, os *direitos de liberdade do indivíduo em relação aos outros*, ou seja, a livre manifestação das opiniões, liberdade de discurso, liberdade de imprensa, liberdade de cultos, liberdade de reunião, liberdade de associação. Estes dois primeiros grupos são considerados por CARL SCHMITT como garantias liberal-individualistas da esfera de liberdades individuais, da livre competência e da livre discussão. O terceiro grupo será o dos *direitos do indivíduo no Estado*, como cidadão. Estes são os direitos político-democráticos do cidadão e compreendem os direitos de igualdade perante a lei, de petição, igualdade de voto e igual acesso aos cargos públicos (44).

Finalmente, o quarto grupo será o dos *direitos do indivíduo a prestações do Estado*. São estes o direito ao trabalho, à assistência e socorro, à educação, formação e instrução (45).

(43) RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978, pp. 216, 217.

(44) SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, p. 197.

(45) SCHMITT, Carl. *Ob. cit.*, p. 197.

Preferimos, entretanto, classificar este quarto grupo como sendo de direitos sociais, excluindo-os do presente estudo. Mesmo quando define estes direitos, CARL SCHMITT afirma serem eles "direitos e pretensões socialistas (ou mais suavemente: sociais)" (46). Podemos dizer então que os dois primeiros grupos relacionados por CARL SCHMITT seriam os direitos individuais propriamente ditos, ou seja, aqueles direitos fundamentais que estão a proteger cada indivíduo isoladamente contra a ingerência indevida do Estado. São, principalmente, aquelas liberdades que são exercidas exclusivamente pelo indivíduo, sem participação do Estado, e cujo único limite é a liberdade do outro. Sua característica básica é a omissão como regra de comportamento estatal.

No terceiro grupo relacionado por SCHMITT, vamos encontrar a igualdade jurídica como a segunda característica essencial destes direitos individuais; o direito de petição como uma forma de se dar eficácia aos direitos e garantias individuais; e a igualdade de voto que colocaremos no grupo dos direitos políticos fundamentais, excluindo-os do grupo que ora estudamos.

Quanto ao quarto grupo, podemos dizer que a característica destes direitos fundamentais é essencialmente oposta, no que diz respeito ao comportamento estatal. Enquanto perante os direitos individuais a regra é a omissão, perante os direitos sociais a regra será a ação estatal para suprir as necessidades coletivas e as exigências sociais.

4. *A dicotomia direitos individuais/direitos sociais*

Visando estabelecer uma diferenciação entre estes dois grupos de direitos fundamentais, recorreremos ao ensinamento de FERRUCCIO PERGOLESÌ, que nos esclarece que "na verdade, a doutrina mais prudente e ponderada salienta que todo direito é ao mesmo tempo social e individual (...). A distinção entre social e individual vai, pois, obviamente entendida não em sentido absoluto, mas convencional. (...) Os sistemas jurídicos baseados na principiologia da Declaração Francesa do Direito do Homem e do Cidadão de 1789 possuem caráter individualístico, porque o indivíduo é colocado no centro do ordenamento estatal. Já no século XIX, fermenta no campo ideológico (filosófico e político) tendência para um sentido mais profundo da vida coletiva, numa estreita coesão, sistematicamente disciplinada, dos vários elementos sociais, tendência que na Constituição francesa de 1848 encontrará uma afirmação, ainda que fugaz, para germinar depois no início do século XX, e amadurecer quase universalmente logo após a Guerra Mundial de 1914-1918, sob crescente pressão das novas forças políticas (e em particular das classes populares), das novas exigências, quer de natureza ética para a mais alta valorização

(46) SCHMITT, Carl. *Ob. cit.*, p. 197.

do trabalho, quer de natureza técnica para uma adequada satisfação das necessidades individuais, *que só podem ser atendidas coletivamente*" (47).

RECASÉNS SICHES a este respeito afirma que "todo direito subjetivo de uma pessoa supõe essencial e necessariamente um dever jurídico em outra pessoa (individual e coletiva). Assim, a partir deste ponto de vista essencial, todos, absolutamente todos os direitos, são sociais. Mas quando se fala de direitos sociais diferenciando-se dos direitos individuais, as palavras 'social e individual' adquirem, cada uma, significação mais concreta e específica" (48).

KARL LOEWENSTEIN, quando trata dos direitos sociais, afirma que estes novos direitos fundamentais são essencialmente diferentes daqueles recolhidos pelo antigo catálogo liberal. Estes direitos sociais "não estão destinados a garantir a liberdade perante o Estado e a proteção contra o Estado, mas são, sim, pretensões do indivíduo ou do grupo coletivo diante do Estado" (49).

Desta forma, podemos notar duas diferenças básicas entre os chamados direitos individuais (das Declarações dos séculos XVIII/XIX) e os chamados direitos sociais. A primeira será referente ao comportamento estatal. Diante dos direitos individuais a atitude do Estado é de respeito. É a omissão como regra de comportamento. Significa para o Estado um não fazer. De outra forma, diante dos direitos sociais o Estado deve fazer, deve agir para satisfazer as pretensões e necessidades da coletividade.

A segunda maneira de diferenciação destes dois grupos de direitos será a maneira de satisfação ou realização destes direitos. Os direitos individuais pertencem a cada indivíduo isoladamente. Dizem respeito a condutas individuais que cabem somente ao indivíduo decidir, e cujo único limite será a liberdade do outro. Quanto aos direitos sociais, só poderão ser realizados coletivamente. Dizem respeito a condutas estatais que têm como finalidade satisfazer as exigências do indivíduo inserido na sociedade. Estes últimos não se referem a condutas próprias, isoladas do indivíduo, mas sim, condutas devidas pelo Estado em relação ao grupo.

Segundo ESMEIN, diferentemente dos direitos sociais, os direitos individuais "apresentam todos uma característica comum: eles limitam os direitos do Estado, mas não lhe impõem nenhum serviço positivo, nenhuma prestação ao proveito dos cidadãos" (50). É por este motivo que não se poderia classificar entre estes direitos, como já se pretendeu, "o direito à assistência, à instrução, ao trabalho, que cada cidadão poderia reivindicar ao Estado" (51).

(47) PERGOLESI, Ferruccio. *Orientamenti Sociali delle Costituzioni Contemporanee*. 3ª edição, Florença, Libreria Editrice Fiorentina, 1948.

(48) RECASÉNS SICHES, Luis. *Ob. cit.*, p. 601.

(49) LOEWENSTEIN, Karl. *Ob. cit.*, pp. 400 e 401.

(50) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 548.

(51) A. ESMEIN. *Ob. cit.* p. 548.

5. *Direitos individuais e direitos políticos*

Os direitos individuais, conforme nos ensina ESMEIN, já receberam por parte da teoria constitucional diversas qualificações. Já foram chamados por diversas vezes de direitos civis e mesmo de direitos públicos ou sociais, terminologia esta muito adotada na França. Entretanto, ESMEIN vai se preocupar em estabelecer uma diferenciação entre os direitos individuais e os direitos políticos. Estes direitos políticos vão significar “a participação dos cidadãos no governo, na administração, na justiça (pela instituição do júri)”⁽⁵²⁾. Não há simplesmente uma oposição de termos, mas uma clara distinção de conseqüências jurídicas. Os direitos políticos pertencem somente aos cidadãos, conforme estabelece a Constituição, e não a todos os indivíduos independentemente de idade ou capacidade. De outra forma os direitos individuais pertencem a todos os indivíduos indiscriminadamente⁽⁵³⁾. Esta é uma verdade absoluta para alguns destes direitos individuais, como por exemplo as liberdades individuais *stricto sensu*, a liberdade de consciência, a liberdade de culto. Entretanto, para outros direitos individuais, a regulamentação legal deve criar um certo número de incapacidades. Isto provém de duas causas: ou estes direitos podem realmente constituir uma verdadeira ação política e significar uma participação *indireta* no poder público como, por exemplo, a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião, a liberdade de associação, e mesmo a liberdade de ensino, “pela qual se formam os futuros cidadãos”⁽⁵⁴⁾, “ou trata-se de proteger o indivíduo, ainda incapaz de fato, contra os danos que ele poderia fazer a si mesmo, pelo abuso do seu direito individual”. Desta forma temos que a liberdade do trabalho é algumas vezes restrita para as crianças e as mulheres⁽⁵⁵⁾.

A distinção entre os direitos individuais e os direitos políticos é muito clara; entretanto, quando se trata do caso especial do direito de petição, esta distinção deixa de ser tão clara. Surge por vezes a dúvida de se saber em qual dos dois grupos de direitos fundamentais em estudo devemos classificá-lo. O direito de petição terá duas aplicações bem distintas. Este direito pode ser empregado para resguardar um interesse particular, e neste sentido o indivíduo peticiona a qualquer órgão do Executivo ou do Legislativo para se ressarcir de um seu direito lesionado; ou poderá também ser utilizado visando uma medida de interesse geral: para propor, por exemplo, uma nova lei, ou a reforma de uma lei antiga. Neste momento o peticionário “se faz o conselheiro e auxiliar do legislador. Existem sob o mesmo nome e sob a mesma forma dois direitos que, na realidade, parecem distintos e diferentes: o primeiro é incontestavelmente um direito individual, tocante aos interesses individuais; mas

(52) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 549.

(53) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 550.

(54) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 550.

(55) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 550.

o segundo parece um direito político, constituindo uma participação, por mais discreta que ela seja, na proposição de leis" (56).

Desta forma podemos estabelecer uma diferenciação entre estas duas aplicações distintas do direito de petição, classificando como direito individual aquele direito de representação por meio de petição. Assim, a petição será um meio de se exercer um direito de representação contra qualquer autoridade pública, meio este assegurado a todos os indivíduos, na defesa de interesses individuais lesados.

ANDRÉ HAURIUO (57) vai partir do pressuposto básico de que as liberdades políticas são, para os cidadãos, o direito de "participar no governo do Estado e mesmo de fornecer governantes", enquanto os direitos individuais são "as diversas faculdades que permitem a estes cidadãos ou indivíduos realizar com independência e eficácia seu destino pessoal, num contexto de uma sociedade organizada" (58). À primeira vista, estas duas liberdades fundamentais parecem estar em planos completamente diferentes, pois enquanto a liberdade política se apresenta com um aspecto coletivo, pois trata-se de uma "participação no governo da coletividade nacional", as liberdades individuais, ao contrário, parecem ter "fins particulares, pessoais, limitados ao indivíduo" (59).

Após estabelecer estas diferenciações básicas, HAURIUO estabelecerá laços estreitos entre estas liberdades fundamentais, que nos ajudarão a localizá-las em dois grupos de direitos, distintos, porém não estanques. Segundo o autor, estes laços estreitos serão de ordem histórica, lógica e política.

Do ponto de vista histórico, podemos afirmar que os diversos movimentos constitucionais portavam sempre duas reivindicações fundamentais: a liberdade política e as liberdades individuais. Foi assim na Inglaterra, através do movimento que culminou com a Magna Carta de 15 de junho de 1215; nos Estados Unidos, na Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, em 12 de junho de 1776, vamos encontrar nos seus artigos as liberdades individuais misturadas com o direito dos cidadãos de participar do governo; como ainda na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, encontraremos o direito do cidadão de participar pessoalmente ou através de representantes na elaboração das leis (60).

Pela lógica, as liberdades políticas e as liberdades individuais têm ligações claras. A liberdade, em si mesma, "consiste essencialmente em um poder de decisão". As diversas liberdades individuais correspondem a esta verdade: a liberdade de consciência consiste no poder de decidir entre

(56) A. ESMÉIN. *Ob. cit.*, pp. 550, 551.

(57) HAURIUO, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 4eme édition, Paris, Editions Montchrestien, 1970, p. 171.

(58) HAURIUO, André. *Ob. cit.*, p. 171.

(59) HAURIUO, André. *Ob. cit.*, p. 171.

(60) HAURIUO, André. *Ob. cit.*, pp. 171, 172.

as diversas opiniões, crenças e religiões; a liberdade de locomoção consiste em poder decidir o lugar de sua residência ou de seus deslocamentos; e assim sucessivamente vamos encontrar este poder de decisão nas liberdades individuais. Da mesma forma a liberdade política é um poder de decisão, pois é esta, essencialmente, a "participação no poder de decidir que é próprio aos órgãos governamentais" (61).

Enfim, politicamente, estas duas liberdades se garantem mutuamente (62). Em outras palavras, isto significa que, se os cidadãos participam diretamente do poder estatal votando ou sendo votado, obviamente a sua participação deverá ser sempre no sentido de se garantirem e realizarem os direitos fundamentais, e entre eles, os direitos individuais. Da mesma forma, os direitos ou liberdades individuais defendem eficazmente as liberdades políticas, pois a liberdade de expressão, de consciência, de reunião, de cátedra, podem vir ao socorro das liberdades políticas, no momento em que estas se acharem ameaçadas.

6. O valor jurídico das declarações de direitos

Após a Segunda Guerra Mundial os Direitos do Homem, e entre estes os direitos individuais fundamentais, penetraram de forma unânime na opinião mundial, sendo que as liberdades individuais e sociais ocuparam um lugar de destaque nas novas Constituições européias. Embora unânime, na prática veremos que muitos destes direitos não terão eficácia. Para MIRKINE GUETZÉVICH (63), mesmo que estes direitos sejam violados, desrespeitados e até mesmo desconhecidos, nada disso vai alterar o seu caráter de obrigatoriedade a todos os governos. "A própria Carta das Nações Unidas fez dos Direitos do Homem um dos pontos principais do sistema da comunidade internacional" (64).

O professor RAUL MACHADO HORTA (65) vai nos despertar para o importante problema do valor jurídico das declarações de direitos, as quais seriam superiores hierarquicamente às leis constitucionais e às leis ordinárias.

DUGUIT, reconhecendo o valor jurídico da declaração de direitos, diz ser esta a lei fundamental, sendo que tanto as leis constitucionais como as leis ordinárias devem respeitar os seus preceitos. Nas palavras de DUGUIT, "o legislador constituinte está sujeito às declarações de direito, e o legislador ordinário, ao legislador constituinte" (66). Esta hierarquia vai aparecer de forma muito clara no título I da Constituição francesa

(61) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, pp. 172, 173.

(62) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, pp. 172 e 173.

(63) MIRKINE-GUETZÉVICH, Boris. *Evolução Constitucional Européia*. Rio de Janeiro, Konfino Editor, 1967, p. 157.

(64) MIRKINE-GUETZÉVICH, Boris. *Ob. cit.*, p. 157.

(65) MACHADO HORTA, Raul. *Ob. cit.*, p. 149.

(66) DUGUIT, Léon. *Ob. cit.*, p. 604.

de 1791: "Disposições fundamentais garantidas pela Constituição". Logo em seguida a este título, o legislador constituinte vai reconhecer de forma incontestável a sua subordinação à regra suprema existente na Declaração de Direitos, quando afirma: "O poder legislativo não poderá fazer nenhuma lei que atinja ou coloque obstáculos aos direitos naturais e civis consignados no presente título e garantidos pela Constituição..." (67)

Para ESMEIN (68), os direitos individuais são reconhecidos sob duas formas diferentes. Ou através de declarações de direitos, ou através de garantia de direitos. As declarações de direitos, para ESMEIN, apesar de emanarem de corpo com autoridade legal e soberana (as assembléias constituintes), não são "artigos de leis precisas e executáveis", são simplesmente princípios que não criam obrigatoriedade (69). Na França de 1789, parte da Assembléia Nacional levantou a questão de que não seria conveniente proclamar os direitos individuais (liberdades fundamentais) sob a forma de declaração de direitos. O argumento principal defendido contra esta forma seria de que não se poderia declarar como absolutos direitos que a própria Constituição deveria limitar ou de alguma sorte restringir. Seria como se convidar a população a insurgir-se contra as leis (70). A Constituição francesa de 1793 contém uma declaração muito ampla com 35 artigos. Entretanto, a Constituição do ano III abriga uma declaração de direitos com 22 artigos e, em contrapartida aos direitos individuais, conterà também uma declaração de deveres do homem e do cidadão em nove artigos (71). A Constituição francesa do ano VIII não apresenta uma declaração de direitos. Para ESMEIN, os motivos deste desaparecimento da declaração de direitos do texto constitucional francês do ano VIII seriam essencialmente dois: o primeiro, seu caráter mais filosófico que constitucional, e o segundo, a constatação da inutilidade destas declarações num sentido prático (72).

Ao contrário das declarações de direitos, as garantias de direitos terão caráter obrigatório. São verdadeiramente leis positivas, adquirindo assim um caráter impositivo. As garantias vão conferir aos direitos sua eficácia. Estas sim, para ESMEIN, podem ser consideradas superiores às leis ordinárias, limitando e restringindo os poderes do legislador (73).

ZIPPELIUS (74), abordando a tese da validade pré-estatal de direitos, pergunta se não seria contraditório consagrar em leis a existência destes

(67) DUGUIT, Léon. *Ob. cit.*, pp. 604, 605.

(68) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 554.

(69) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 554.

(70) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 556.

(71) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 558.

(72) A. ESMEIN. *Ob. cit.* p. 558.

(73) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 559.

(74) ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 2ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 170 e 171.

direitos supra-estatais. Para o professor alemão, “pré-estatal pode ser realmente a força moral obrigatória e a validade ético-social de uma norma. Em contraste com isto, porém, a validade de um direito garantido, ou seja, a segurança de sua realização mediante um procedimento obrigatório, está condicionada pela existência de uma organização de proteção jurídica compulsória, que esteja afeta a impor coercitivamente o respeito de uma norma. Neste segundo sentido, a validade jurídica depende do Estado e não pode ser pré-estatal” (75).

Para BURDEAU, a simples enunciação dos direitos não é nada se não há garantias do seu exercício. As Constituições revolucionárias francesas continham disposições que, sob o nome de garantias de direitos, enunciavam de uma maneira mais concreta as teses da Declaração e impunham um caráter de obrigatoriedade ao legislador comum. A Constituição francesa de 1946, no seu preâmbulo, estende estas garantias a todos os direitos e liberdades que ela consagra. “Para que a eficácia destas garantias não dependa exclusivamente da boa vontade do legislador, elas são confirmadas, de um lado, pela existência de uma força pública ‘que deve permanecer ao serviço do povo soberano’ (art. 20); de outro lado, pela consagração do direito de petição (art. 15), enfim pela proclamação do direito de resistência à opressão que está enunciado” em termos enérgicos (76).

No nosso entender, não se deve negar o valor jurídico das declarações de direitos, contidas na Constituição. São elas normas jurídicas que devem ter eficácia. Não falamos aqui em validade pré-estatal. Quanto a este aspecto, já citamos o constitucionalista alemão REINHOLD ZIPPELIUS. *Estamos falando da existência na Constituição do reconhecimento dos princípios e valores que proclamam como universais e inalienáveis as liberdades e direitos individuais fundamentais. Seja na forma clássica de declaração de direitos, seja na forma clássica de garantias de direitos, ou seja na forma moderna da declaração de direitos e das garantias processuais, é inegável o valor jurídico desta norma constitucional.*

7. Os diversos direitos individuais

São vários os direitos individuais, mas, após a leitura deste item do nosso estudo, iremos notar que são duas as bases destes. A liberdade e igualdade.

A liberdade será o principal, tanto que nos itens anteriores muitas vezes nos referimos às liberdades individuais, ou liberdades fundamentais, no lugar de direitos individuais. As declarações de direitos dos séculos

(75) ZIPPELIUS, Reinhold. *Ob. cit.*, pp. 170-171.

(76) BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Constitutions Politiques*. 19ª edição, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, pp. 399, 400.

XVIII e XIX irão afirmar para todo o mundo que o homem deve ser livre, pois nasceu livre, e necessita desta liberdade para crescer, evoluir, pois é esta sua característica essencial.

Desta forma, veremos que os direitos individuais fundamentais são, por exemplo, a liberdade de expressão, a liberdade de consciência filosófica, política ou religiosa, a liberdade de locomoção, a liberdade de se reunir em praças públicas por meio de comícios ou passeatas etc.

Entretanto, não podemos esquecer o segundo importante fundamento destes direitos: a igualdade. Da mesma forma que as declarações afirmaram que o homem nasce livre, também afirmaram que estes nascem iguais em direitos. Esta igualdade será de fundamental importância, pois é a igualdade a base sólida sobre a qual se sustentarão as liberdades individuais. Não haverá jamais liberdade onde não haja igualdade. Neste sentido ANDRÉ HAURIOU⁽⁷⁷⁾ vai-nos mostrar que “as liberdades individuais, tais como elas foram formuladas pelo Direito Constitucional clássico e tais como nós as conhecemos ainda, são sucessivamente o fruto da desigualdade e da igualdade”.

Nas sociedades antigas a liberdade era um privilégio. Assim os escravos estavam privados de todos os direitos, e mesmo entre os cidadãos, homens livres, existiam diferentes graus de liberdade. Era assim na Roma Antiga entre os patrícios e os plebeus. Na Idade Média, a liberdade de ir e vir era negada aos servos, e o direito de caça e de pesca era reservado, até à revolução, aos senhores feudais. Desta forma a liberdade constitui um “direito de superioridade”⁽⁷⁸⁾. A liberdade, sem a igualdade, vai sempre constituir um direito de poucos privilegiados.

HAURIOU⁽⁷⁹⁾, estudando a liberdade como sendo produto da desigualdade, e identificando nela um “direito de superioridade”, vai afirmar que ainda hoje, analisando “profundamente a natureza íntima dos direitos individuais, sua qualidade de direito de superioridade pode ainda ser percebida”. Temos então que o direito de propriedade é essencialmente um direito de superioridade do homem sobre as coisas e os animais, o direito de família representa o direito de superioridade dos pais sobre os filhos e mesmo, em alguns lugares, do homem sobre a mulher⁽⁸⁰⁾.

Entretanto, assim como os direitos de liberdade aparecem em certo momento como “filhos” da desigualdade, eles irão aparecer também como “filhos” da igualdade⁽⁸¹⁾, e, a partir deste momento, mesmo aquelas liberdades fundamentais, que surgiram como frutos das desigualdades, dei-

(77) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, p. 175.

(78) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, p. 175.

(79) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, p. 176.

(80) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, p. 176.

(81) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, p. 176.

xarão de ser um privilégio de um privilegiado, passando a pertencer a todos os indivíduos, independentemente de sua condição social, sua raça, sua consciência política, filosófica ou religiosa. A igualdade a partir do pensamento de ROUSSEAU e dos filósofos do século XVIII será inseparável da liberdade. Ela será a condição fundamental para a realização da liberdade.

Após identificarmos a base, o alicerce sobre o qual se ergueram os direitos individuais fundamentais, como hoje são considerados, vamos elaborar um lista com estes vários direitos, que serão aqui estudados como condutas individuais, como um poder de ação do indivíduo, sobre as quais só cabe a ele decidir, e cujo único limite será a liberdade do outro.

7.1 — *Liberdade de locomoção e segurança individual*

A liberdade de locomoção é colocada por muitos mestres do direito constitucional como liberdade pessoal, juntamente com a segurança individual, sendo considerada como a primeira e mais essencial de todas as liberdades⁽⁸²⁾.

ESMEIN⁽⁸³⁾ considera a liberdade de locomoção e a segurança individual como a liberdade individual *stricto sensu*, que protege o indivíduo de prisões, atentados à sua integridade física e moral.

ANDRÉ HAURIOU⁽⁸⁴⁾ não vai colocar a segurança individual juntamente com a liberdade de ir e vir. Ele estabelecerá uma diferenciação entre estes dois tipos de direitos individuais, pois, enquanto o direito de ir e vir será a liberdade física do indivíduo se opondo à escravidão e à servidão, a segurança individual significa o direito de não ser preso sem julgamento. Não nos parece, porém, conveniente esta diferenciação, pois entendemos que, se vamos julgar o direito de locomoção diferente do direito à segurança individual, como realmente é, devemos considerar de forma oposta à estabelecida. O direito à segurança individual será aquele que se opõe a qualquer forma de atentado à integridade física ou moral, a torturas ou qualquer outra atitude de agressão à pessoa humana, enquanto o direito de locomoção será aquele que se opõe a qualquer privação da liberdade de ir e vir, impedindo a prisão de qualquer pessoa sem o devido julgamento, o procedimento legal, justamente estabelecido.

7.2 — *A propriedade privada*

A propriedade privada tem sido objeto de reflexão desde as civilizações mais antigas. PLATÃO, em *A República*, afirmava que o membro

(82) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Direito Constitucional*. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1984, p. 537. Tradução da 9ª edição de 1972 por Maria Helena Diniz.

(83) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, p. 544.

(84) HAURIOU, André. *Ob. cit.*, p. 180.

escolhido de sua república ideal não terá como seu nada além do absolutamente necessário. A maneira de se manter íntegro o caráter seria através da inexistência de ambições pessoais (85).

Na Idade Média, poder político e propriedade se transmitiam por herança. Não havia uma separação entre sociedade civil e sociedade política. O rei, o marquês, o conde, transmitiam a seus filhos a propriedade patrimonial do Estado e o poder. Desta forma o "latifundiário transmitia a terra, o marquês, o marquesado, o conde, o condado, isto é, todos os bens e todo poder sobre esses bens, assim como também sobre os homens que viviam no condado e no marquesado" (86).

Apesar de a Igreja na Idade Média ser proprietária de bens imóveis e participar do poder político, o Cristianismo expressado nas ordens religiosas significou uma "rigorosa denúncia a propósito da preocupação obcecante do homem com os bens materiais", e estas "desenvolveram-se num ambiente reconhecidamente partidário do desprezo pela propriedade material" (87).

Com a Revolução Francesa (1789) o mundo assistirá à afirmação dos princípios de liberdade e à declaração universal de direitos fundamentais que são inerentes a todos os seres humanos. Entre estes direitos naturais, encontraremos o direito à propriedade.

JACQUES MARITAIN nos ensina que "o direito à propriedade privada dos bens materiais pertence à lei natural, na medida em que a humanidade tem o direito de possuir, para o seu próprio uso comum, os bens materiais da natureza" (88).

É a partir da Revolução Francesa que temos, portanto, o surgimento do primeiro Estado jurídico, "guardião das liberdades individuais". É o chamado Estado liberal. São os ideais liberais, os princípios filosóficos da burguesia, que de classe dominada surge agora como classe dominante (89).

Venceram os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Para ROUSSEAU esta afirmação de igualdade é fundamental, e ela está intimamente ligada à noção de liberdade: o homem só poderá ser livre se for igual. A igualdade a que se refere ROUSSEAU é principalmente a igualdade jurídica, entretanto ele parece compreender a existência da desigualdade social e econômica. Com efeito, ele escreve: "o primeiro homem que, ao

(85) ACCIOLI, Wilson. *Ob. cit.*, p. 538.

(86) GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel*. Porto Alegre, LPM Editores Ltda, 1980, p. 15.

(87) ACCIOLI, Wilson. *Ob. cit.*, p. 538.

(88) MARITAIN, Jacques. *O Homem e o Estado*. Rio de Janeiro, Ed. Agir, 1966, p. 101.

(89) BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 5.

cercar um terreno, afirmou "isto é meu", encontrando pessoas suficientemente estúpidas para acreditarem nisso, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. (...) Quantos crimes, quantas guerras, quantos assassinatos; quantas misérias e erros teriam sido poupados à humanidade se alguém arrancasse os marcos, ou nivelasse os fossos, gritando aos seus semelhantes: não ouçam este impostor, vocês estarão perdidos se esquecerem que os frutos são de todos e a terra não pertence a ninguém" (90).

Entretanto, não é este o pensamento que sairá vencedor da Revolução Francesa. Para o liberal desta época, só existe liberdade a partir do momento em que exista a desigualdade entre proprietários e não proprietários.

BENJAMIM CONSTANT DE REBECQUE, mais tarde, vai discordar de ROUSSEAU, afirmando que esta igualdade por ele imaginada "destrói toda a liberdade". Para ele, portanto, a liberdade dependia da propriedade. CHARLES TOCQUEVILLE, liberal do século XIX, vai estabelecer duas concepções de liberdade. Uma, liberal, que estabelece a correlação entre propriedade e liberdade, e, uma outra, democrática, pela qual a liberdade é alcançada através da igualdade jurídica (91). Esta concepção democrática será a concepção derrotada na Europa do século XIX. A propriedade privada, neste século, será intocável, absoluta, e, mesmo havendo uma mistura entre liberalismo e democracia, este conceito não será abalado.

Apesar de o caráter absoluto da propriedade ter sido abalado durante a Revolução Francesa, por uma proposta de reforma agrária, expropriando as grandes propriedades dos contra-revolucionários e da Igreja, e prevendo na Constituição a desapropriação por utilidade pública, a função social da propriedade privada não teve maior repercussão no Estado liberal dos séculos XVIII e XIX (92).

Afirmou-se, a partir de então, o liberalismo clássico do Estado liberal, "que traduziu o pensamento econômico do *laissez-faire, laissez-passer* e deixava aos cidadãos a possibilidade do exercício da livre concorrência de modo que o egoísmo de cada um ajudasse a melhoria de todos" (93).

O Estado liberal vai ser, portanto, um Estado que não intervém na economia e que coloca a propriedade privada e a liberdade de iniciativa como os principais direitos individuais do ser humano. Este Estado vai somente manter a ordem interna, através do seu poder de polícia, e a soberania externa, através do exército.

Entretanto, as conseqüências desta omissão do Estado perante os problemas sociais vão conduzir "os povos livres às garras de um capitalismo

(90) GRUPPI, Luciano. *Ob. cit.*, p. 19.

(91) GRUPPI, Luciano. *Ob. cit.*, pp. 22 e 23.

(92) SALGADO, Joaquim Carlos. *Ob. cit.*, pp. 16 e 17.

(93) NICZ, Alvair Alfredo. *A Liberdade de Iniciativa na Constituição*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 1.

absorvente, desumano e escravizador. Reduziu a sociedade a uma comunidade de cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados, segundo a expressão de THIERRY MAULNIER. A Encíclica *Rerum Novarum* de Leão XIII (1891), retratou com impressionante exatidão os desajustamentos e as misérias sociais que a Revolução Industrial suscitou e o liberalismo deixou alastrar em porções crescentes e incontrolláveis” (94).

Surgirá, então, no México, com a Constituição de 1917, e, na Alemanha, com a Constituição de Weimar, de 1919, o Estado social. A partir deste momento o Estado deixará a omissão como regra de comportamento para passar a intervir na economia e garantir à coletividade os direitos sociais. A Constituição de Weimar vai reservar um grande espaço à declaração dos direitos sociais, sendo que a Constituição do Reino dos Sérvios, Croatas e Slovenos no seu artigo 37 vai assinalar “que a propriedade comporta obrigações” aceitando a “tese sociológica moderna segundo a qual a propriedade tem uma função social” (95).

A função social da propriedade, significando uma limitação ao direito individual à propriedade, será consagrada nas Constituições modernas. A Constituição brasileira de 1934 estabelecerá no seu art. 113, item 17, a garantia do direito de propriedade, que não poderá ser exercido “contra o interesse social ou coletivo”. Após a autoritária Constituição de 1937, o texto de 1946 vai prever a possibilidade de desapropriação por interesse social, além dos casos de necessidade e utilidade pública. A Constituição de 1967 vai manter este dispositivo, exemplo seguido pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, acrescentando estas últimas a referência clara à função social da propriedade (item III do art. 157 no texto de 1967 e item III do art. 160 no texto de 1969).

A função social da propriedade vai significar uma condenação “à concepção absoluta da propriedade, segundo a qual esta é o direito de usar, gozar e tirar todo o proveito de uma coisa, de modo puramente egoístico, sem levar em conta o interesse alheio e particularmente o da sociedade” (96).

Finalizando este item, é de fundamental importância ressaltar o pensamento de PONTES DE MIRANDA, que nos ensina que não “há liberdade referente a coisas. ‘Liberdade de propriedade’ é um contra-senso. Propriedade, referindo-se ao objeto, é coisa; referindo-se ao sujeito, é o direito subjetivo de alguém quanto a certa coisa, segundo as leis civis. Nada de liberdade entra aí” (97).

Tratamos aqui dos direitos individuais fundamentais, e, como já afirmamos anteriormente, estes direitos têm como principal característica serem

(94) MALUF, Saïd. *Ob. cit.*, p. 495.

(95) MIRKINE GUETZÉVICH, Boris. *Ob. cit.*, p. 171.

(96) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 6ª edição, revista e atualizada, Saraiva, 1988, p. 658.

(97) PONTES DE MIRANDA. *Democracia, Liberdade e Igualdade (Os três caminhos)*. 2ª edição, Saraiva, 1979.

direitos de liberdade, entretanto, não se resumem nesta, pois encontraremos entre eles a propriedade, e principalmente a igualdade, fundamento da própria liberdade, que, como direito do ser humano, deve pertencer a todos, e não somente a alguns.

7.3 *Inviolabilidade de domicílio*

O princípio da imunidade da casa, ou de sua inviolabilidade, visa a proteger não a *propriedade*, mas sim a paz e a tranquilidade do morador. Ele vai determinar que somente em alguns casos estabelecidos em lei se permitirá a entrada na casa, sem o consentimento do morador.

As *Constituições brasileiras* estabelecerão de maneiras diferentes este direito individual. A Constituição de 1824 vai determinar que, sendo noite, só se poderá entrar na casa, sem o consentimento do morador, em caso de incêndio ou inundação, deixando para o legislador ordinário estabelecer os casos de permissão, durante o dia. As Constituições de 1891, 1934 e 1946 vão acrescentar o caso de crime, para acudir vítimas, deixando também para o legislador ordinário estabelecer os casos em que se poderá penetrar na casa durante o dia.

A Constituição de 1967 vai estabelecer no § 10 do art. 150 que: "A casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer."

É importante notar que esta redação, mantida pela Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não vai falar, a exemplo das Constituições citadas anteriormente, que a permissão para penetrar na residência à noite em caso de desastre ou crime será para acudir as vítimas. Desta forma, esta redação amplia os casos de entrada à noite, pois ocorrendo crime dentro da casa, será caso de permissão para invasão desta, não sendo mais necessária a existência de vítimas a serem acudidas.

O texto de 1937, seguindo uma linha autoritária, estabelecerá simplesmente que está assegurada a inviolabilidade do domicílio "salvas as exceções expressas em lei" (art. 122, § 6.º, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937).

7.4 *Liberdade de reunião*

Segundo PONTES DE MIRANDA, "a primeira e mais simples das liberdades corporativas é a liberdade de reunião. Vem logo após a liberdade geral de ir, ficar e vir. O único elemento novo é a convergência de pessoas" (98).

É como que um complemento da liberdade de expressão, pois estas reuniões vão se caracterizar diversas vezes pelo debate de idéias ou mesmo

(98) PONTES DE MIRANDA. *Ob. cit.*, p. 378.

pela manifestação do pensamento comum de várias pessoas. Estas reuniões podem ser realizadas a qualquer hora, em lugares fechados, em casa, ou em lugares abertos, nas praças ou vias públicas, em forma de comícios ou passeatas.

Para BISCARETTI DI RUFFIA ⁽⁹⁹⁾, deve-se entender por reunião “o agrupamento temporário e voluntário de várias pessoas em determinado lugar, segundo acordo preventivo e com um fim preestabelecido”, diferenciando-se desta forma das aglomerações ocorridas por qualquer fato repentino e ocasional. PONTES DE MIRANDA ⁽¹⁰⁰⁾ vai excluir também do enunciado da liberdade de reunião os visitantes ou convidados de uma festa, o auditório de concertos ou conferências, o conjunto de espectadores de teatros, cinemas, circos etc., o aglomerado dos que se acham em mercados, ou feiras, ou bolsas; o ajuntamento por força de ordem legal, como o dos que têm de ser conscritos para o serviço do Exército ou da Marinha. Para PONTES DE MIRANDA, vai faltar, em todos estes casos, a intenção dos indivíduos em se reunirem.

As reuniões não podem ser proibidas, desde que sejam pacíficas, realizadas sem armas. Haverá, ainda, limitações a esta liberdade fundamental, como a de se estabelecer, em determinadas circunstâncias, o local de sua realização, contanto que, obviamente, o local determinado pela autoridade não impossibilite a sua realização.

7.5 — *Liberdade de expressão*

A liberdade de expressão é de fundamental importância para o desenvolvimento intelectual e cultural da raça humana. Todos os períodos da história marcados pela censura e pela intolerância foram também de profunda estagnação cultural.

São diversas as formas de expressão do pensamento, que vão constituir as liberdades derivadas do direito individual de se expressar livremente.

São liberdades fundamentais que devem ser asseguradas conjuntamente, para se garantir a liberdade de expressão no seu sentido total.

Desta forma, são liberdades de expressão:

7.5.1 — *Liberdade de palavra e de prestar informações*

7.5.2 — *Liberdade de imprensa*

A liberdade de imprensa terá para A. ESMEIN ⁽¹⁰¹⁾ o mesmo princípio da liberdade de reunião, ou seja, o direito dos homens de comunicar

(99) BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Ob. cit.*, p. 541.

(100) PONTES DE MIRANDA. *Ob. cit.*, p. 379.

(101) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, pp. 546, 547.

o seu pensamento, as suas idéias. Entretanto, não vamos colocar a liberdade de reunião entre as liberdades de expressão. Como nos ensina PONTES DE MIRANDA (102), a liberdade de reunião é uma liberdade física, assim como a liberdade de locomoção, a inviolabilidade da casa, ou a segurança individual. Apesar de ser a reunião, em qualquer das suas formas, uma maneira de se poder expressar e comunicar os pensamentos, esta será uma liberdade física do indivíduo e não uma liberdade de pensamento ou de expressão deste, no sentido mais estreito.

7.5.3 — *Liberdade de se expressar por meio da arte, seja o teatro, o cinema, a dança, a música, a literatura, a pintura, a escultura ou qualquer outro tipo de arte.*

Como nos ensinaria PONTES DE MIRANDA, os únicos limites que a lei poderá fazer às artes será o de: “subtrair à juventude certas criações artísticas, a título de demasiado emocionantes, ou acima de sua idade: vedar alusões pessoais que constituam crimes previstos em lei”.

7.5.4 — *Liberdade de ciência, utilizada para o desenvolvimento pacífico das civilizações*

7.5.5 — *Liberdade de culto*

Esta será a expressão da consciência religiosa, do pensamento e do sentimento religiosos. Os limites serão aqueles indicados pela liberdade individual, sendo que a cerimônia ou o culto não pode ultrapassar os limites impostos pela lei ordinária, no sentido de preservar a integridade física e moral do indivíduo, a ordem pública e, até mesmo, as espécies animais.

A Constituição brasileira de 1824 vai estabelecer que a Religião Católica continuaria a ser a religião do Império, acrescentando ainda no seu art. 5.º que “todas as demais seriam permitidas apenas em seu culto particular, sem qualquer forma de exteriorização” (103).

A partir da República, com a separação da Igreja do Estado, deixará de existir uma religião oficial, caindo esta proibição, estabelecendo-se limites somente no sentido de se preservar a ordem pública e os bons costumes.

7.5.6 — *Liberdade de ensino, tendo como limites aqueles impostos pela verdade e pela ciência*

7.5.7 — *Sigilo de correspondência, de comunicações telegráficas e telefônicas.*

Este princípio, que visa proteger a privacidade dos indivíduos na emissão do pensamento, poderá aceitar uma restrição. Será no caso do

(102) PONTES DE MIRANDA. *Ob. cit.*, p. 369.

(103) ACCIOLI, Wilson. *Ob. cit.*, p. 533.

estado de sítio, quando a gravidade e emergência da situação permitirão a censura legal da correspondência, ou das comunicações telefônicas e telegráficas.

7.6 — *Liberdade de consciência*

Esta liberdade está intimamente ligada à liberdade de expressão, pois uma depende diretamente da outra. São inseparáveis. Para a livre formação da consciência é necessário que exista a liberdade de expressão, pois é através do livre acesso a todas as correntes do pensamento da humanidade, em todas as áreas, que poderá o indivíduo formar livremente a sua consciência filosófica, política ou religiosa. Portanto, limitando-se a liberdade de expressão, estar-se-á limitando também a liberdade de formação da consciência.

Entretanto não será somente desta forma que poderá o Estado violar o que no nosso entender é a mais preciosa liberdade. PONTES DE MIRANDA nos ensina que, “quando se pensa e não se diz, nem se deixa perceber, torna-se impossível, lá fora, conhecer-se o que se pensa e ter-se prova”⁽¹⁰⁴⁾. Desta forma, cria-se uma barreira natural à ação do Estado autoritário, que, não conhecendo o pensamento, não vai procurar interferir nele de maneira bárbara e cruel como por meio das diversas formas de lavagem cerebral. Mas mesmo este esconderijo da consciência, que é o silêncio, pode ser violado. Vamos recorrer mais uma vez ao mestre PONTES DE MIRANDA, e utilizaremos suas palavras para afirmar que “expedientes e truques têm sido usados para se derrubar essa muralha⁽¹⁰⁵⁾ e se permitir, com explicações cavilosas, o sadismo decadente das indagações inquisitoriais. Tais como a leitura de poemas revolucionários, em reuniões, para se verificar, pelos olhos, se alguns dos presentes os conheciam; ou de música, para se verificar ser estranha, ou não, aos ouvintes. Recorrem-se a outros meios, inclusive tóxicos especiais e sonhos por sugestão. Essa invasão do foro íntimo obedece ao sistema geral de repressão”⁽¹⁰⁶⁾. Podemos perceber, dentro desta liberdade fundamental, uma outra, que será a liberdade de não emitir o pensamento.

7.7 — *Liberdade de associação*

BISCARETTI DI RUFFIA⁽¹⁰⁷⁾ vai-nos mostrar que esta terá uma natureza totalmente diversa da liberdade de reunião, que será entendida como um “agrupamento temporário e voluntário de várias pessoas em um

(104) PONTES DE MIRANDA. *Ob. cit.*, p. 338.

(105) O silêncio como forma de não dar a conhecer a consciência.

(106) PONTES DE MIRANDA. *Ob. cit.*, p. 338.

(107) BISCARETTI DI RUFFIA. *Ob. cit.*, p. 543.

determinado lugar, segundo acordo preventivo e com um fim preestabelecido”, ao passo que a liberdade de associação “é o direito de várias pessoas se organizarem com um vínculo recíproco e duradouro, para alcançar um fim comum” (108). Não são permitidas associações com caráter bélico que tenham por objetivo praticar atos proibidos pela lei penal, ou que tenham uma atividade desconhecida (organizações secretas).

7.8 — *Direito de petição e de representação*

As Constituições brasileiras de 1824 (art. 179, n.º 30), 1891 (art. 72, § 9), 1934 (art. 113, n.º 10) e de 1946 (art. 141, § 37) estabeleciam que a “representação era o direito que se exercia através de um instrumento chamado petição” (109).

A atual Constituição vai estabelecer uma diferenciação quando afirma, no art. 153, § 30, que: “É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos poderes públicos, em defesa de direito ou contra abusos de autoridade.”

Podemos, a partir de então, estabelecer que o direito de representação será aquele que se vai manifestar contra os abusos de autoridade, enquanto o direito de petição seria utilizado para defesa de direitos individuais ou coletivos. Já tratamos do assunto anteriormente, quando nos utilizamos da lição de A. ESMEIN para diferenciar os direitos individuais dos direitos políticos. ESMEIN (110) afirma que o direito de petição terá duas aplicações distintas: uma para se ressarcir de direito individual lesionado, outra para propor medidas de interesse geral. Desta forma o constitucionalista francês coloca como direito individual somente o direito de representação por meio de petição, enquanto que a segunda hipótese caracteriza um direito político.

A Constituição de Weimar no seu art. 126 vai estabelecer uma diferenciação entre o conceito de petição e queixa, permitindo ao “cidadão alemão o direito de dirigir por escrito petições (*Bitten*) ou queixas (*Beschwerden*) de uma maneira individual ou coletiva” (111).

Entretanto, este direito de petição tem perdido muito da sua importância com o surgimento de garantias constitucionais, como o “habeas corpus” e o mandado de segurança (112).

(108) BISCARETTI DI RUFFIA. *Ob. cit.*, p. 544.

(109) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Ob. cit.*, p. 620.

(110) A. ESMEIN. *Ob. cit.*, pp. 550 e 551.

(111) PINTO FERREIRA. *Ob. cit.*, vol. 1, p. 568.

(112) PINTO FERREIRA. *Ob. cit.*, vol. 1, p. 568.

8. *As garantias dos direitos individuais*

As preocupações a respeito das garantias dos direitos individuais e dos limites das liberdades individuais são bem remotas. Apesar das constantes proclamações destes direitos individuais, são frequentes as ameaças e as violações⁽¹¹³⁾.

O professor JOSÉ ALFREDO BARACHO, em importante estudo do processo constitucional, nos ensina que:

“A defesa das liberdades públicas pode ser assegurada por diferentes modalidades, sendo que em certos Estados, sob o plano institucional, ocorre o aparecimento de garantias teóricas: princípio democrático, separação de poderes, princípios da legalidade, supremacia da Constituição. A real garantia está no respeito às liberdades públicas, que aparecem como condição da democracia”⁽¹¹⁴⁾.

A eficácia da declaração de direitos é preocupação e tema de debate dos clássicos do Direito Constitucional. As Constituições francesas de 1791, 1793, do Ano III e de 1848 não se vão contentar com as declarações solenes de direitos em seu preâmbulo, passando a enumerar certos direitos que elas garantiam aos cidadãos⁽¹¹⁵⁾.

Muitas Constituições vão utilizar esta terminologia francesa de “garantias individuais” ou “constitucionais” em relação aos direitos individuais. Entretanto, este entendimento vai mudar, pois a nova doutrina entenderá que a simples declaração de certos direitos não será suficiente para garantir a sua eficácia. “Tal compreensão leva à aceitação de que a verdadeira garantia das disposições fundamentais consiste em sua proteção processual”⁽¹¹⁶⁾.

A expressão “garantias constitucionais” ou “garantias de direitos” será empregada, portanto, de duas maneiras diferentes. Primeiramente ela vai decorrer da “inserção nos textos constitucionais de princípios, institutos ou situações subjetivas, que após sua incorporação ao texto constitucional passam a ser especialmente asseguradas, isto é, garantidas constitucionalmente”⁽¹¹⁷⁾. De outra forma a doutrina alemã, como nos ensina o profes-

(113) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 180.

(114) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, ob. cit., p. 180.

(115) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Teoria Geral de Constitucionalismo.” *Revista de Informação Legislativa*, a. 23, n. 91, jul./set. 1986, p. 45.

(116) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, ob. cit., p. 183.

(117) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional: o devido processo legal*. Movimento Editorial da Revista da Faculdade de Direito da UFMG, p. 83.

sor JOSÉ ALFREDO BARACHO, vai empregar esta expressão para significar “os mecanismos jurídicos que dão segurança ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo” (118).

Utilizando esta expressão para significar os mecanismos jurídicos que garantem a eficácia das normas constitucionais, encontraremos no direito brasileiro garantias como o “habeas corpus” e o mandado de segurança, remédios processuais constitucionais, além de princípios fundamentais do direito processual penal, como o do devido processo legal, o juiz natural, a instrução contraditória e a ampla defesa (119).

Conclusões

Após este rápido estudo dos direitos individuais, podemos chegar a determinadas conclusões.

Com relação ao conceito dos direitos individuais fundamentais, podemos afirmar que são direitos que pertencem a cada um isoladamente, pois dizem respeito a condutas cujo poder de decisão é individual e o único limite é a liberdade do outro. São direitos que têm como objeto as condutas individuais e a integridade física e moral. Sua base fundamental é a igualdade, sem a qual não haverá liberdade, pois esta seria privilégio de poucos em detrimento de muitos.

Estes direitos diferem essencialmente dos direitos sociais, que são direitos que só podem ser realizados coletivamente, sendo que o comportamento estatal será o oposto daquele exigido diante dos direitos individuais. Nos direitos individuais a omissão será a regra de conduta estatal, enquanto que, diante dos direitos sociais, o Estado deve agir, deve colaborar, contribuir. Os direitos sociais são os direitos do homem inserido na sociedade, e os direitos individuais pertencem a cada um isoladamente, pois são da própria essência humana.

Diferenciamos também os direitos individuais do direito político, que é o direito do cidadão de participar do poder estatal, da administração pública ou da elaboração de leis.

Reconhecemos o inegável valor jurídico dos direitos individuais contidos na Constituição, seja qual for a forma em que estes direitos se apresentem: por meio de declarações de direitos, de princípios filosóficos, de garantias de direitos no sentido clássico, sendo ou não assegurados pelas

(118) BARACHO, José Alfredo de Oliveira. “Teoria Geral de Constitucionalismo”, *ob. cit.*, p. 45.

(119) SOUZA, José Barcelos de. *A Defesa na Polícia e em Juízo*. 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 7.

garantias processuais constitucionais. Desde que estejam previstos no texto constitucional, não se pode negar o seu caráter de obrigatoriedade e o valor jurídico de sua declaração. Afirmamos, portanto, o valor jurídico das declarações de direitos contidas na Constituição.

Quanto aos diversos direitos e garantias individuais, podemos classificá-los da seguinte maneira:

- 1 — A igualdade (o fundamento de todos os outros direitos individuais)
- 2 — Liberdades físicas
 - 2.1 — Liberdade de locomoção
 - 2.2 — Segurança individual
 - 2.3 — Inviolabilidade de domicílio
 - 2.4 — Liberdade de reunião
 - 2.5 — Liberdade de associação
- 3 — Liberdades de expressão
 - 3.1 — Liberdade de palavra e de prestar informações
 - 3.2 — Liberdade de imprensa
 - 3.3 — Liberdade da arte
 - 3.4 — Liberdade de ciência
 - 3.5 — Liberdade de culto
 - 3.6 — Liberdade de ensino
 - 3.7 — Sigilo de correspondência, de comunicações telefônicas e telegráficas
- 4 — Liberdade de consciência
 - 4.1 — Religiosa
 - 4.2 — Filosófica
 - 4.3 — Política
 - 4.4 — Liberdade de não emitir o pensamento
- 5 — Propriedade privada (direito)
- 6 — Direito de petição e de representação
- 7 — Garantias processuais (Garantias de eficácia propriamente dita)
 - 7.1 — *Habeas corpus*
 - 7.2 — Mandado de segurança
 - 7.3 — Princípios fundamentais de direito processual

- 7.3.1 — o devido processo legal
- 7.3.2 — o juiz natural
- 7.3.3 — a instrução contraditória
- 7.3.4 — ampla defesa

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLI, Wilson. *Instituições de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Constitucionalismo. *Revista de Informação Legislativa. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas*, a. 23, n. 93, jul./set. 1986.
- *Processo e Constituição: O Devido Processo Legal*. Movimento Editorial da Revista FDUFG.
- *Processo Constitucional*. Rio, Forense, 1984.
- BARCELOS DE SOUZA, José. *A Defesa na Polícia e em Juízo*. 5ª edição, Edição Saraiva, 1980.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Direito Constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984. Tradução da 9ª edição de 1972 por Maria Helena Diniz.
- BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1942.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ou Estado Social*. 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1980.
- BURDEAU, Georges. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 19ª edição, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980.
- CASTAN TABEÑAS, José. *Los Derechos del Hombre*. 2ª edição, Madrid, REUS S.A., 1972.
- DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris, Ancienne Librairie Fontemoing et Cie, Éditeurs E. de Boccard, Successeur, 1930.
- DUVERGER, Maurice. *Instituciones Politicas y Derecho Constitucional*. 5ª edição, Barcelona, Ariel, 1970.
- ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*. 6ª edição, Paris, Recueil Sirey, 1914.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição, São Paulo, Edições Saraiva, 1975.

Comentários à Constituição Brasileira. 6ª edição rev. e atualizada, Saraiva, 1986.

- GRUPPI, Luciano. *Tudo Começou com Maquiavel*. Porto Alegre, LPM Editores Ltda., 1980.
- HAURIOU, André. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 4ª edição, Paris, Éditions Montchrestien, 1970.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª edição espanhola, Barcelona, Ariel, 1970.
- MACHADO HORTA, Raul. "Constituição e direitos individuais". *Revista de Informação Legislativa*. Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 20, n. 79, jul./set., 1983.
- MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. 15ª edição, São Paulo, Editora Sugestões Literárias, 1983.
- MARITAIN, Jacques, *O Homem e o Estado*. Rio de Janeiro, Agir, 1966.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. 3ª edição, Belo Horizonte, 1986.
- MIRKINE GUETZEVICH, Boris. *Evolução Constitucional Européia*. Rio de Janeiro, José Kofino Editor, 1957.
- NICZ, Alvaçir Alfredo. *A Liberdade de Iniciativa na Constituição*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- PERGOLESI, Ferruccio. *Orientamenti Sociali delle Costituzioni Contemporanee*. 3ª edição, Florença, Editrice Fiorentina, 1948.
- PINTO FERREIRA. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. 5ª edição, tomo II, Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 1971.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. 4ª edição, México, Editorial Porrúa, 1970.
- RUSSOMANO, Rosah. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos 1978.
- SALGADO, Joaquim Carlos. "Os Direitos Fundamentais e a Constituinte" in *Constituinte e Constituição*. Belo Horizonte, Conselho de Extensão, UFMG, 1986.
- SALINAS FORTES, Luiz Roberto. *O Iluminismo e os Reis Filósofos*. São Paulo, Brasiliense, 1981.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- VAZ DA SILVA, Floriano Corrêa. *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo, LTr, 1977.
- VIEIRA ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Livraria Almedina, 1983.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 2ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.