DOUTRINA

*DO DIREITO INDIVIDUAL AO DIREITO DIFUSO**

CAIO TÁCITO

1. As sementes da liberdade. 2. Declarações de direitos: limitações ao absolutismo. 3. Direitos individuais. 4. Consagração dos direitos sociais do homem. 5. Ordem jurídica internacional. 6. Direitos difusos: conceito e proteção. 7. Legitimação para agir. 8. Sanções.

O instinto de liberdade acompanha o homem desde suas origens. Liberdade diante das forças hostis da natureza e liberdade na convivência das sociedades primitivas, nas quais o imperativo da sobrevivência e o sentimento de solidariedade do grupo fazem prevalecer a sujeição ao dominante interesse comunitário. Na civilização greco-romana, embora em graus variáveis no tempo e no espaço, a instituição da cidade se impõe ao indivíduo, sem embargo da progressiva afirmação de direitos civis e de regalias políticas.

A defesa do homem contra a violência e a injustiça social perpassa a ordem espiritual, desde os profetas bíblicos e os teólogos medievais, na busca de conciliação entre os valores da fé e a partilha dos bens da sociedade.

As sementes da liberdade, em termos de garantia jurídica, remontam a textos da Idade Média, em que se afirma a relativa valorização do direito de defesa individual.

No VI Concílio de Toledo (638) estipula-se que, por não ser justo "que a vida dos inocentes seja manchada pela malícia dos acusadores", ninguém seria entregue ao suplício sem que antes a acusação fosse formalizada e examinada segundo "as normas da lei e dos cânones".

Também no VIII Concílio de Toledo (653) encontra-se, em embrião, a defesa da propriedade, quando se interdita a qualquer dos reis visigodos que, "por

* Conferência no Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio em 14.6.84.

impulso próprio ou por qualquer coação ou força, altere ou faça que se altere em seu favor as escrituras de quaisquer coisas que se devam a outrem, de maneira que possa ser privado injustamente, contra sua vontade, do domínio de suas coisas (...) E se aparecer que a escritura foi feita sem querer, corrija-se a malícia do príncipe e perca este o que adquiriu de má fé: ou, certamente, depois de sua morte, se devolvam aquelas mesmas coisas, sem demora, àquele de quem foi arrancada a escritura ou a seus herdeiros".[1]

A história das liberdades públicas, tal como modernamente as concebemos, tem suas raízes na luta contra o absolutismo e a conseqüente afirmação de direitos pessoais oponíveis à coerção do poder.

A primeira expressão objetiva dessa limitação se materializa quando a revolta dos barões impõe a João Sem Terra a abdicação de poderes absolutos com a outorga da Magna Carta (1215), que vai ser confirmada na Carta de Henrique III (1225).

Este primeiro texto da história constitucional inglesa é o signo da autolimitação do poder absoluto, proclamando a liberdade da Igreja e implantando garantias à propriedade individual, à liberdade física e ao trânsito livre de mercadorias.

Outros documentos se sucedem, semeando princípios, ainda tênues, de liberdades públicas: na Espanha os primeiros Foros outorgados no reinado de Alfonso IX (1188-1230) e a Regra da Liberdade nas Sete Partidas (século XIII); em Navarra, a Carta jurada por Teobaldo II (1253); o Pacto de agosto de 1291, origem da Confederação Suíça; o Código de 1350, na Suécia, ou a Constituição da Polônia, de 1430.[2]

O período das descobertas, no século XVI, inspira novos textos em que sobressai a estipulação das liberdades das populações indígenas conquistadas nas Índias e nas Américas.

A conquista das liberdades públicas retoma curso, na Inglaterra, com a pregação de Coke que, trocando a toga pelo mandato político, comanda a mobilização do Parlamento para extrair de Carlos I o assentimento real à Petition of Rights (1628) que, embora ato meramente declaratório, fundamenta, mais tarde, o primeiro Ato de *Habeas-Corpus* (1679). A supremacia da autoridade do Parlamento em confronto com a coroa atinge a culminância com o Bill of Rights, em 1689, após a Glorious Revolution do ano anterior, que põe termo ao absolutismo de Jaime II.

É, todavia, nas terras do novo mundo que o germe da liberdade civil e política atinge máxima consagração. As primeiras franquias alcançadas ainda no período

[1] *Textos básicos sobre derechos humanos.* Edición preparada por Gregorio Peces-Barba Martinez. Madrid, 1973. p. 15-6.
[2] Unesco. *The birthright of man.* Coletânea de J. Heersal.

colonial fortalecem o sentimento autonomista e inspiram a Declaração de Virgínia, de 1776.

Consumada a Independência, a elaboração da Carta Política Federal se vai traduzir na Constituição promulgada em 1788, e o sistema democrático se estabiliza, no ano imediato, com a instalação do governo de George Washington.

Muitos dos estados já se haviam antecipado na iniciativa de Bill of Rights e nos atos de ratificação constitucional foram diversas as reivindicações de uma declaração de direitos no plano federal. Acelera-se o movimento nacional, sob a liderança de Madison, com a aprovação e posterior ratificação das nove primeiras Emendas à Constituição que corporificam o Federal Bill of Rights, completado formalmente em 1791.

Bernard Schwartz acentua que "o conceito da declaração de direitos (*bill of rights*) é primariamente norte-americano em sua origem. A existência anterior do Bill of Rights inglês em 1689 tende a obscurecer este fato. Todavia, exceto pelo nome, o estatuto de 1689 pouco tem em comum com o documento norte-americano posterior. Em primeiro lugar, o *bill* inglês foi aprovado, como lei, pelo Parlamento e estava, assim, em sentido jurídico, sujeito a ser emendado ou revogado à discrição da legislatura que o criara. A noção norte-americana de um *bill of rights* incorpora garantias de liberdade individual a um documento constitucional no qual se definem e limitam as áreas de legitimidade da ação legislativa. Nesse sentido, a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, foi o primeiro *bill of rights* moderno, desde que foi pioneira em usar uma constituição escrita para imunizar direitos individuais dos ventos cambiantes dos caprichos legislativos".[3]

É, dominantemente, na inspiração libertária dos EUA que a Revolução Francesa vai-se abeberar para a formulação do seu ideário de liberdades fundamentais. Menos no modelo do direito público inglês (da Magna Carta ao Bill of Rights) é na proximidade do exemplo norte-americano que a Assembléia Nacional de 1789 recolhe subsídios para a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

No depoimento de Duguit, "é necessário dizer que o que sobretudo determina a Assembléia Nacional a redigir uma declaração que será colocada no frontispício da Constituição (...) é o exemplo dos EUA. Sabe-se o prestígio que tinham em França, a partir de 1783, as coisas da América. Sem dúvida, a idéia de uma declaração de direitos já fora expressa em vários documentos (...) Mas foi Lafayette que, primeiramente, propôs à Assembléia fazer preceder a Constituição de uma declaração de direitos do homem e do cidadão,

[3] Schwartz, Bernard. *The great rights of mankind;* a history of the American Bill of Rights. 1977. p. 1.

apresentando um projeto. O prestígio de seu nome, a lembrança de seu papel na guerra da independência norte-americana, fizeram aclamar sua proposição".[4]

A definitiva sublimação do poder absoluto instaura, a partir desses textos fundamentais da liberdade (textos sagrados da liberdade, conforme a ênfase da época), os princípios fundamentais do estado de direito. A ordem jurídica se qualifica, a partir do século XVIII, pela proclamação dos direitos civis e políticos, a garantia do cidadão contra o poder, na conhecida imagem de Alain. A supremacia da lei (o domínio da *rule of law*) se opõe ao arbítrio da autoridade e faz nascer o conceito de direitos públicos subjetivos oponíveis ao Estado, que se submete às leis que ele próprio estabelece. A regra da igualdade equipara, perante a força imperativa da lei, o Estado e os cidadãos, administração e administrados. Ao liberalismo político, com o reforço dos parlamentos e o prestígio dos mandatos representativos, se associa também a liberdade de iniciativa econômica. A era liberal repousa sobre o individualismo jurídico e a liberdade de comércio e de associação. O dever essencial do Estado consiste na manutenção da ordem e na garantia dos direitos individuais, cujo florescimento é a finalidade dos sistemas políticos e das estruturas constitucionais. A autonomia da vontade e o direito de associação, o direito de propriedade e a liberdade de locomoção, a limitação e harmonia entre os poderes e a legitimidade do sistema representativo, são os objetivos básicos do Estado liberal.

Na correlação entre os poderes do Estado, a balança pende inicialmente para o parlamento, expressão maior da vontade popular, presumida na outorga dos mandatos originários do processo eleitoral. O Executivo torna realidade, pelo exercício da função administrativa, na tarefa de cumprir as leis, o supremo comando da dominante criação do Legislativo, fonte essencial da ordem jurídica. Os direitos individuais, consagrados nos textos constitucionais, encontram nas leis a sua eficácia. Ao poder executivo vai caber a missão de permitir a efetividade desses direitos, dominando como árbitro entre direitos conflitantes, algodão entre cristais. Este é o conceito clássico do poder de polícia administrativa, voltado à preservação da ordem, da tranqüilidade e da segurança públicas.

Nas décadas finais do século XIX e no primeiro quartel do século XX, a consolidação do estado de direito fortalece a prática do Judiciário, como instância suprema de garantia de direitos, de proteção à liberdade e de respeito à propriedade. O controle de legalidade e a declaração de inconstitucionalidade são instrumentos de valorização da jurisdição, institucionalizando a força de construção (*construction*) da jurisprudência criadora, que se vai difundir no chamado *Governo dos Juízes,* com que se cuida de encontrar o ponto ideal de equilíbrio no conflito entre a lei e a realidade social.

[4] Duguit, Léon. *Traité de droit constitutionnel.* 2. ed. v. 3. p. 559-60.

A dinâmica da evolução social começa a opor ao conceito tradicional de que todos são iguais perante a lei a compreensão de uma crescente desigualdade perante os fatos. A lei imobiliza em suas instituições e preceitos a fenomenologia de fatos sociais que se modificam sob a influência acelerada de fatores jurígenos, que formam o solo adubado da ordem jurídica.

Na lição secular de Aristóteles (ainda há pouco relembrada por Raymond Aron) não se podem tratar igualmente homens desiguais, porque, na imagem sempre atual de Rui Barbosa, "a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam".[5]

A Revolução Industrial do século XIX — ou a segunda Revolução Industrial, se aceitarmos, com Jean Gimpel, que a primeira é fruto do domínio do homem sobre as fontes naturais de energia durante a Idade Média[6] — desfez o equilíbrio entre as forças do capital e do trabalho mobilizando o direito para a proteção aos economicamente fracos. Uma nova ordem jurídica começa, lentamente, a evoluir sob a pressão de causas e concausas econômicas e sociais. Um sopro reformista perpassa tanto o direito público como os institutos tradicionais de direito privado. Os interesses se organizam em grupos, provocando conflitos que abalam os alicerces dos sistemas políticos. O Estado é convocado a disciplinar e conter os excessos do capitalismo e da propriedade privada, sujeitando-os aos princípios do bem comum e da justiça social. A tônica da atividade do poder público se desloca da abstenção para a intervenção. A manutenção e sobrevivência do indivíduo, a sua proteção contra os riscos sociais, a defesa da soberania e da autodeterminação impõem ao jurista a criatividade de novas fórmulas: a propriedade, a família, o trabalho, a empresa passam a obedecer a novos pressupostos de interesse coletivo. O individualismo jurídico se decompõe perante a crise das instituições e a socialização do direito se transpõe gradualmente do plano doutrinário para a criação legislativa e a hermenêutica dos tribunais.

As constituições se enriquecem com novos capítulos pertinentes a direitos econômicos e sociais, tão relevantes para o homem comum como os direitos civis e políticos, conquistados na luta contra o absolutismo. O centro de gravidade da ordem jurídica caminha do individual para o social. No conceito da propriedade, a noção do domínio se expande na regulação de seu uso e de sua função social. A proteção ao trabalho se extrema na garantia de participação nos resultados da produção. O Estado transforma a sua presença, ultrapassando a simples preservação de direitos e liberdades individuais para ambicionar a eficácia da segurança social.

[5] Barbosa, Rui. *Oração aos moços*. Casa de Rui Barbosa, 1956. p. 32.
[6] Gimpel, Jean. *La Révolution Industrielle du Moyen Âge*. Seuil, 1975.

Não mais se limita a administração pública a proteger o indivíduo contra a ação lesiva de outrem. O poder público passa a atender diretamente a necessidades concretas dos jurisdicionados, mediante a prestação de serviços administrativos.

A evolução da técnica e o intercâmbio econômico aproximam os povos em um sistema de maior convivência internacional. Internamente, o acesso gradual das massas à participação na vida política e na fruição dos bens da sociedade inspiram programas de reforma e de desenvolvimento. No contraste feliz de Afonso Arinos de Mello Franco, à crise do direito se sucede o direito da crise.[7]

O direito emanado das revoluções político-sociais do século XVIII se fundava no princípio da liberdade. O dogma do individualismo se imprimia na síntese da Declaração francesa de 1793: "A liberdade é o poder que pertence ao homem de fazer tudo o que não prejudica aos direitos de outrem; ele tem por princípio a natureza; por regra, a justiça; por salvaguarda, a lei; seu limite moral está na máxima: 'Não faças ao outro o que não queres que a ti seja feito' " (item 6 do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão).

O papel do Estado se exprime, então, mediante *deveres negativos* (dever de não fazer ou não perturbar) e na garantia do livre exercício dos direitos da pessoa, sob o manto da igualdade perante a lei: liberdade de locomoção e direito ao devido processo legal (*due process of law*); liberdade de expressão do pensamento e direito de reunião; direito de propriedade e liberdade de comércio e de profissão; direito à inviolabilidade do lar e da correspondência; direitos políticos (nacionalidade, direito de voto; partidos políticos). Coroando a proteção a tais direitos fundamentais, o controle judicial se esmera no *writ* do *habeas-corpus,* a par das vias ordinárias de direito.

As contradições da sociedade e da ordem econômica projetam, no entanto, a partir da I Guerra Mundial (1914-18), o florescimento de direitos econômicos e sociais, que passam a impor ao Estado um elenco de *deveres positivos* (obrigações de fazer) a que correspondem pretensões dos administrados.

Os meios de ação do Estado, no âmbito econômico-social, se desenvolvem, progressivamente, a partir de atividades de fomento para consubstanciar formas de intervenção no domínio econômico (função social da propriedade; função social da empresa; dirigismo econômico; controle de preços e serviços; repressão ao abuso do poder econômico) para atingir ao ápice na socialização da economia (serviços públicos econômicos; monopólio estatal).

Toda uma nova gama de direitos do homem se incorpora aos figurinos tradicionais: direito ao trabalho (com correlatas derivações do direito à sindicalização, direito de greve e participação na gestão da empresa); direito à saúde

[7] Mello Franco, Afonso Arinos de. Crise do direito e direito da crise. *Revista Forense, 142*:14 e segs.

(higiene, saneamento, assistência médica, alimentação popular); direito à habitação (construção de casas populares, financiamento habitacional, desenvolvimento urbano); proteção à família, assistência ao menor e ao adolescente; direito à segurança social (previdência social e proteção à terceira idade).

O embrião dos direitos sociais aparece, subsidiariamente, no fecho da Declaração francesa de 1791 quando manda "criar e organizar um estabelecimento geral de *socorros públicos* para educar as crianças abandonadas, amparar os pobres enfermos e fornecer trabalho aos pobres válidos" ou, ainda, "criar e organizar a *instrução pública,* comum a todos os cidadãos, gratuita em relação ao ensino indispensável a todos os homens".

É, porém, na reconstrução do pós-guerra que os direitos econômicos e sociais conquistam o altiplano das constituições.

O primeiro marco institucional dessa tendência é a Constituição de Weimar (1919) que procura reconstruir, em bases socializantes, a vencida nação alemã. A par das garantias clássicas, define-se a proteção especial à educação e à escola (arts. 142 a 150) e, conceituando a liberdade econômica, enfatiza-se que "a propriedade impõe obrigações" (art. 153, *in fine*); disciplina-se a distribuição do solo com o objetivo de que "cada alemão tenha uma habitação sadia e todas as famílias alemãs, especialmente as numerosas, tenham a sua disposição um terreno suficiente para o lar doméstico e a exploração econômica correspondente às suas necessidades" (art. 155), cumprindo ao Estado, mediante desapropriação, "converter em propriedade coletiva as empresas econômicas privadas que estiverem aptas à socialização" (art. 156). A proteção ao trabalho (inclusive ao trabalho intelectual) e a assistência à saúde, à maternidade, à velhice e à invalidez estão previsas, cabendo ao Estado implantar "um vasto sistema de seguros com a colaboração direta dos segurados" (arts. 157 a 165).

A socialização de direitos vai, na mesma época, impregnar a Constituição mexicana de 1917 e modelar a Constituição da URSS, emanada da Revolução de 1917.

O tema social marca sua presença, no primeiro pós-guerra deste século, quando uma nova ordem internacional se estrutura com o Tratado de Versailles (1919), do qual vai nascer a Organização Internacional do Trabalho, como complemento da Sociedade das Nações. A semente antecipadora da *Rerum Novarum,* da derradeira década do século XIX, vai repercutir em uma nova concepção inspirada na proteção aos trabalhadores e na regulamentação do trabalho, na qual Rui Barbosa planta uma das bandeiras do ideário de sua campanha eleitoral de 1919, na famosa conferência do Teatro Lírico, sobre a questão social e política do Brasil, tão lucidamente interpretada no ensaio de Evaristo de Moraes Filho.

Significativamente, é também na reconstrução de outro pós-guerra que a França, igualmente vencida pelas armas, vai lançar as balizas de uma nova

ordem social que, sem repúdio às tradições liberais de 1789, firma os avanços de novos princípios pollticos, econômicos e sociais, expressos no Preâmbulo da Constituição de 1946.

O trabalho é, a um tempo, dever e direito: "cada um tem o dever de trabalhar e o direito de obter emprego", cabendo ao trabalhador participar, por seus delegados, "da determinação coletiva das condições de trabalho, assim como da gestão das empresas"; "todo bem, toda empresa, cuja exploração tenha ou venha a adquirir o caráter de um serviço público nacional ou de um monopólio de fato, deve tornar-se propriedade coletiva".

A assistência social em todos os níveis e idades inscreve-se entre os deveres do Estado.

Ao mesmo passo que, internamente, se exacerba o *nacionalismo* como forma de defesa da soberania e do princípio de autodeterminação dos povos, a evolução da técnica e das ciências, o intercâmbio econômico e os sistemas de comunicações aproximam as nações dentro de um sistema crescente de maior convivência internacional.

O estímulo ao *internacionalismo,* mediante alianças regionais ou comunidades econômicas, consolida uma nova *ordem jurídica internacional* que se vai institucionalizar em organismos internacionais e assume expressão normativa na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e na Carta dos Direitos Econômicos e Sociais (1966), na Convenção Européia dos Direitos do Homem (1976), na Carta Social Européia (1961), assim como em cartas regionais de proteção de direitos e de regulação do comércio.

As sucessivas Constituições brasileiras refletem, como um sismógrafo, a progressiva passagem do Estado liberal para o Estado social (*Welfare State*), acrescendo aos direitos políticos e individuais, da era clássica, a moderna garantia de direitos sociais e a disciplina da ordem econômica e social.

A Constituição do Império (1824), fiel ao modelo francês de 1791, resume as aspirações sociais a duas normas singelas: garante os socorros públicos e a gratuidade da instrução primária (art. 179, nºs 32 e 33). A primeira Constituição republicana (1891, emendada em 1926) veste a roupagem do paradigma norte-americano na proclamação dos direitos fundamentais (art. 72). As novas tendências sociais e a política intervencionista do Estado imprimem seu sinete nas novas Constituições, que se sucedem a partir de 1934.

Um novo título passa a figurar na Carta Magna, regulando a ordem econômica e social "a ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos existência digna", permanecendo, dentro desses limites, "garantida a liberdade econômica" (arts. 115 a 143, da Constituição de 1934).

O tema, sempre capitulado em seção própria, reaparece nas Cartas Políticas que se sucedem: Constituição de 1937, arts. 135 a 155 (com os aditamentos das

Leis Constitucionais nºs 5 e 6, de 1942); Constituição de 1946, arts. 145 a 162; Constituição de 1967, arts. 157 a 166; Emenda Constitucional nº 1, de 1969, arts. 160 a 174).

A crescente influência dos direitos sociais do homem na dogmática constitucional se espelha, com traços acentuados de socialização do direito, em duas Cartas modernas, mediante as quais se completa o processo de extinção de regimes totalitários.

A Constituição portuguesa, de 1976, estrutura o novo sistema político emergente da revolução que põe termo ao regime salazarista. Lado a lado com os direitos, liberdades e garantias, todo o Título III enumera e assegura os direitos e deveres econômicos, sociais e culturais, fundados nos princípios essenciais de "apropriação coletiva dos principais meios de produção, a planificação do desenvolvimento econômico e a democratização das instituições" (art. 50). Complementarmente, a Parte II da Constituição (arts. 80 a 104) se dedica à organização econômica, assentada "no desenvolvimento das relações de produção socialistas, mediante a apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais e o exercício do poder democrático das classes trabalhadoras" (art. 80).

A extremada color socialista da Carta portuguesa de 1976 vai-se harmonizar com a tradição conservadora, na primeira revisão constitucional, que prevê novo texto, de menor ênfase na propriedade coletiva e de maior preservação dos direitos e liberdades individuais, sem prejuízo da garantia dos direitos econômicos e sociais. Este é o sentido da Lei Constitucional nº 1, de 30 de setembro de 1982.

Também na Espanha o desaparecimento do totalitarismo franquista reestrutura o Estado sob moldes novos em que a reconquista da liberdade incorpora aos direitos fundamentais da individualidade a prestação de serviços de segurança econômica e social: o homem entendido, a um tempo, como pessoa e como membro da comunidade. Este o sentido da Constituição espanhola de 1978, harmonizando, segundo a tendência contemporânea, os direitos humanos e os deveres do Estado.

Os direitos sociais do homem não se opõem aos direitos individuais de clássica proteção, nem representam uma categoria distinta e incomunicável. Em verdade, a substância ontológica de uns e outros se identifica. A criação de direitos sociais, protegendo o trabalho, amparando contra a invalidez, a doença, a velhice ou o desemprego, assegurando o acesso à educação e à cultura, ou à moradia condigna, visa a tornar realidade a essência dos direitos inalienáveis que o texto famoso da Declaração de Independência das 13 Colônias resumia nos valores essenciais da vida, liberdade e busca da felicidade (*life, liberty and pursuit of happiness*).

Os direitos econômicos e sociais são um prolongamento dos direitos e liberdades individuais, contemplando a pessoa humana, além de sua qualidade pes-

soal, para garantir seus direitos de participação na sociedade, a substituição de um conceito de justiça distributiva pelo de uma justiça comutativa, que deve levar em conta as desigualdades individuais, ou seja, tratar desigualmente os desiguais para igualá-los, conforme a lembrada lição de Rui Barbosa.

Ricardo Garcia Macho, em livro recente, convocando os ensinamentos de Bachof e Schambeck, sintetiza essa fusão entre a tipologia dos direitos individuais e sociais do homem:

"El Estado de derecho social, como estado de la justicia social, tiene que esforzarse em concretizar la igualdad abstracta y eliminar las inferioridades naturales. Las tareas y prestaciones sociales del Estado tienen que servir al aseguramiento de la liberdad individual, es decir, ofrecer a cada individuo condiciones culturales, sociales y económicas que les posibilite el uso de la liberdad".[8]

A inquietação característica da hora presente de instabilidade social fomenta, em suma, uma profunda reivindicação de restaurar o equilíbrio perdido. O secular instinto de liberdade e as aspirações de justiça social procuram fundir-se em modelos e princípios que superem as contradições estruturais, agravadas pelas conjunturas econômicas, o contraste das gerações e os antagonismos ideológicos.

O Estado se torna um quotidiano *prestador de serviços*. A subsistência e a estabilidade de um grande número de pessoas estão em correlação direta com a eficiência e continuidade de prestações do Estado que visam à satisfação de necessidades concretas dos administrados. A abstenção do poder público é tão abusiva quanto a violação de direitos individuais. O direito ao funcionamento regular dos serviços públicos (*o dever de boa administração* a que se refere a Constituição italiana de 1948) se inscreve destacadamente no elenco de direitos fundamentais do indivíduo e das empresas.

Uma nova tendência começou a se desenhar, sobretudo nas duas últimas décadas, no sentido de ampliar o âmbito dos direitos humanos de modo a abranger já não mais apenas os direitos pertinentes a uma ou mais pessoa determinadas, ou até mesmo direitos coletivos de categorias específicas, ligadas por uma relação jurídica básica (como, por exemplo, os acionistas de uma sociedade anônima, ou os membros de um condomínio), mas para alcançar os interesses de grupos integrados por uma pluralidade de pessoas indeterminadas, embora vinculadas por um mesmo interesse comum.

A vida moderna ressalta a importância de tais direitos que não têm titular certo, mas repercutem decisivamente sobre o bem-estar, ou mesmo a sobrevivência dos indivíduos nos vários segmentos sociais a que pertencem.

Aos habitantes de uma determinada região são essenciais as condições do meio ambiente em que se integram; aos consumidores sobreleva a qualidade dos

[8] Macho, Ricardo Garcia. *Las aporias de los derechos fundamentales sociales* y *el derecho a una vivienda*. Madrid, 1982. p. 74-5.

produtos ou a defesa contra manipulações de mercado; o livre acesso à informação isenta ou a proteção a valores históricos e artísticos são meios elementares de difusão e preservação da cultura.

Tais bens coletivos, sem dono certo, constituem matéria-prima de uma vida comunitária estável e sadia, a serem juridicamente protegidos. A tais valores sociais que são, a um mesmo tempo, peculiares a todo um grupo social e a cada qual de seus membros, consagrou-se o qualificativo de *direitos difusos,* que passam a merecer a proteção da lei.[9]

O tema alcançou, recentemente, o nível das constituições. A Constituição espanhola de 1978 inclui entre os direitos fundamentais a previsão de que "todos têm direito a desfrutar do meio ambiente adequado ao desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo", impondo-se poderes públicos "velar pela utilização racional de todos os recursos naturais com o fim de proteger e melhorar a qualidade de vida, e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva; a violação desses deveres importará, nos termos da lei, em sanções penais e administrativas e na obrigação de reparar o dano (art. 45). Igualmente é assegurado o direito à moradia digna e adequada, cabendo aos poderes públicos regular a utilização do solo (art. 46). Por último, a Carta espanhola prevê a defesa dos consumidores, prestigiando suas associações (art. 51).

Contemporaneamente, a Constituição portuguesa de 1976 (reformada em 1982) também cuida da proteção aos direitos difusos. Estipula que "todos têm direito a um ambiente de vida humana, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender", incumbindo ao Estado o estímulo às iniciativas populares com essa finalidade (art. 66). Mais ainda está previsto o direito de cada um "para si e sua família" a uma habitação condigna (art. 65).

Entre nós, a política de defesa do meio ambiente e a disciplina do uso do solo têm merecido tratamento próprio, seja em leis especiais em vigor, seja na apresentação de projetos de lei que refletem a intensidade dos debates e a elaboração doutrinária.

Algumas leis básicas foram editadas no último qüinqüênio, exprimindo a ênfase na preservação desses valores coletivos. A política nacional de irrigação, baixada com a Lei nº 6.662, de 25 de junho de 1979, tem como objetivo o aproveitamento racional de recursos hídricos e do solo para implantação da agricultura irrigada; a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, estabeleceu a política nacional do meio ambiente, complementando-se com a fixação de normas sobre estações ecológicas e áreas de proteção ambiental, por meio da Lei

[9] Denti, Vittorio. Interessi di diffusi. In: *Nuovissimo Digesto Italiano.* Apendice. Impr. Mig. p. 307. La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato. Cappelletti, Mauro. *Studi di diritto comparato.* Milão, 1976.

nº 6.902, de 27 de abril de 1981; o parcelamento do solo urbano está disciplinado pela Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979; o Decreto-lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975, determinou medidas sobre o controle da poluição do meio ambiente; o Decreto-lei nº 1.809, de 7 de outubro de 1980, instituiu o sistema de proteção ao programa nuclear brasileiro.

A proteção constitucional ou legal dos direitos difusos se torna, porém, meramente simbólica ou programática diante dos instrumentos processuais tradicionais que têm como pressuposto a existência de um ou mais titulares de direitos subjetivos a serem amparados pela tutela jurisdicional, que representa a garantia máxima da legalidade.

Em verdade, não há nos chamados *direitos difusos* uma definida situação subjetiva a ser assegurada. A ninguém especificamente pertence o direito à natureza, ao equilíbrio ecológico, à regularidade do consumo, à preservação de bens históricos ou artísticos, ao planejamento urbanístico, ou à produtividade do solo rural. Todavia, é inegável que a violação de tais valores da sociedade é nociva a cada qual de seus membros que venha a sofrer os efeitos danosos.

A ordem jurídica não pode ficar indiferente ao desafio de tais ilegalidades, cuja potencialidade é exacerbada pela tecnologia e a massificação da vida.

Dois problemas de técnica jurídica se destacaram na matéria.[10]

Primeiramente, o da legitimação de agir na defesa de tão relevantes interesses coletivos de modo a permitir o acesso à justiça independentemente de uma relação direta entre o fato e a pessoa.

De outra parte, a especificação das sanções a aplicar na contenção ou remoção do procedimento lesivo visando à plena eficácia da proteção ao direito difuso.

A ação popular, prevista no art. 153, § 31, da atual Constituição do Brasil, de alguma forma atende ao primeiro problema quando qualifica *qualquer cidadão* como parte legítima. O seu alcance é, porém, limitado porque somente objetiva a anulação de atos do poder público dos quais resulte lesão no patrimônio de entidades públicas.

Impõe-se a necessidade de um instrumento processual adequado e abrangente sobre a responsabilidade pelos danos causados à comunidade pela conduta ilícita tanto da autoridade pública como dos particulares.

Nesse particular, a doutrina tem buscado inspiração no direito processual norte-americano, no qual tradicionalmente se admite, nas chamadas *class actions,* a legitimidade individual quando o direito é comum a muitas pessoas. Recente projeto de lei da Câmara de Deputados, nº 3.034/84, disciplina a ação de responsabilidade do poluidor pelo dano causado ao meio ambiente, como previsto no art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938, de 1981. O projeto adotou o trabalho elabo-

[10] Moreira, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos. *Revista de Direito Administrativo, 139*:1-10; e *Temas de direito processual.* 3. série. p. 173, 183 e 193.

rado por uma comissão de juristas e aprovado em congressos científicos no país e no exterior.

A iniciativa da ação civil é atribuída, a par do ministério público, a associações representativas de defesa do meio ambiente ou de valores culturais, de idoneidade reconhecida, a critério do juiz. A elas caberá também intervir, como assistente, nos processos penais ou intentar ação penal privada subsidiária da pública, se esta não for proposta no prazo legal.

A prestação jurisdicional na defesa de direitos difusos deve compreender sanções penais ou importar na responsabilidade civil dos autores do dano. Não se deve, porém, resumir a efeitos patrimoniais. Em muitos casos — e possivelmente nos mais relevantes — dever-se-á impor aos infratores a prestação de uma obrigação de fazer ou de não fazer, de modo a prevenir o dano ou a compor uma reparação *in natura.*

O tema é vasto e polêmico nos caminhos a serem traçados. Desejamos, no esboço desta palestra, unicamente relacionar o progresso com que o direito público gradualmente expandiu suas asas para abrir o leque de garantias fundamentais. Opondo ao absolutismo do poder a proteção das liberdades públicas e da propriedade privada, passou a defender em etapa sucessiva os direitos sociais do homem, assegurando-lhe trabalho, saúde, educação e segurança contra a invalidez e o desemprego. Já agora, a ordem jurídica se volta para proteger o homem contra os riscos do progresso e da tecnologia, a espoliação dos recursos naturais e a violação dos bens da cultura. Em todo esse largo espectro histórico, o personagem central, o destinatário final, continua, porém, a ser sempre o homem, solitário ou em comunhão, defendido em sua privacidade e no direito de ser feliz. Quando a norma de direito reprime o dano ecológico ou defende a paisagem, está verdadeiramente em causa a proteção aos direitos da personalidade do homem para a plenitude da fruição de seu bem-estar físico e espiritual. É à degradação da vida, usufruída pelo homem, como ser e como ente comunitário, que o direito opõe a força de sua tutela, em todo o painel que se desdobra do direito individual ao direito difuso, como tentamos apresentar neste passeio pelo direito de hoje e o de amanhã.