

Sobre os direitos humanos no Estado intervencionista

Desembargador ALCINO PINTO FALCÃO

1. Considerações preliminares. Da intervenção do Estado, no tempo e no espaço

O Estado moderno, a partir da 1ª Guerra Mundial – de que resultou um “nouvel esprit économique et social”, no dizer do magiar F. DE KIRÁLY (1) –, coloriu-se de intervencionismo, a ponto de a distinção entre um país de outro – dos mais ou menos intervencionistas – residir apenas em apurar o grau de intensidade de uma mesma tinta, quer a de cor pastel, quer a de tonalidade mais viva, mas sempre sendo a mesma cor. Certo, uns ainda procuram matizar

3.º Painel do 1.º Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, em São Bernardo do Campo, SP, aos 24 de junho de 1980. Tema central do Congresso: “Reconstitucionalização do País”. O presente trabalho foi elaborado para a intervenção oral do Autor. (Prazo de quinze minutos, concedido a cada membro do Painel.)

(1) Cf. sua contribuição, em *Recueil d'Etudes sur les Sources du Droit en l'Honneur de François Geny*, tomo III, pág. 111.

a fachada com cores de liberalismo do século passado, mas no interior o que se depara nada mais será do que intervencionismo crescente, como se com isso se mudasse a realidade das coisas... Os Estados Unidos são um exemplo disso, como, com precisão, adverte KARL LOEWENSTEIN (2), com sua inconcussa autoridade, pois que jurista que assiste e leciona, quer naquele país, quer no natal, ao impugnar uma crença bem difundida no exterior (*weit verbreitete Glaube*) de que os Estados Unidos continuem a ser o paraíso da livre empresa, o que só em mui limitada medida corresponde aos fatos (*"nur in sehr begrenztem Ausmass den Tatsachen entspricht"*).

De fato, naquele vasto país, por vezes paradoxal, contraditório, a ponto de poder ser acusado de cultivar uma hipocrisia "dirigida", o intervencionismo se depara com freqüência cansativa em numerosos setores; uma tradição colonial inglesa, que remontará aos tempos de CARLOS I, de regular numerosas profissões e atividades, fixando-lhes os ganhos, tudo tarifando, a ponto de o autor norte-americano WALTON H. HAMILTON (3) ser levado a afirmar que, "no tempo de Lorde HALE, todas as atividades abrangidas pelo que nós chamamos comércio, eram públicas e todas sujeitas a controle de preços" — uma tradição insular a permitir que os Estados (antigas colônias) norte-americanos legislassem minuciosamente sobre preços (uma relação de leis de oito dos treze Estados nos fornece a *Harvard Law Review*, vol. 33, pág. 838).

Claro que essa tradição, como consequência das idéias liberais triunfantes com a Revolução Francesa, veio a ser *suspensa*, na América do Norte, como nos outros países, dando foros de cidade ao "laissez-faire" do liberalismo econômico. *Suspensa, mas não abolida* — pois com a crise posterior à 1ª Guerra afinal, lá nos Estados Unidos, também veio o "New Deal", fazendo funcionar a todo vapor a máquina intervencionista do Estado (já agora, principalmente, o Federal, pois que os problemas a enfrentar ultrapassavam a linha raiana dos singelos Estados), concluindo-se que a vetusta Constituição Federal, através da aparentemente pouco importante "commerce clause" nela inscrita, continha uma fonte de poder suficiente para o intervencionismo federal. Expressivamente, entre muitos que observam o fenômeno, ROBERT L. STEIN, que escreveu uma longa e exaustiva monografia sobre aquela cláusula (4), observa

(2) Com grande ênfase, em seu estudo vindo à lume em *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 86, pág. 408. Por igual, ANDRÉ et SUZANNE TUNC, em *Le Système Constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, vol. I, págs. 209/215, observam que, não obstante continuar a repetir-se que "o que é bom para os negócios constitui o bem da nação", a praxe é outra, a do crescente intervencionismo (*le contrôle administratif sur l'économie nationale, contrôle qui va se développer peu à peu, non sans à-coups d'ailleurs, et donner au droit américain et à l'économie américaine un de leurs traits les plus originaux*).

(3) Estudo sob o título "Affectations with a public interest", publicado no vol. 39 (1930) do *Yale Law Journal*, págs. 1.089 a 1.094.

Não vi esse número do aludido periódico, tendo tirado a passagem transcrita de *Cases on Public Utility Regulation*, segunda edição, pág. 15), editados e anotados por FRANCIS X. WELCH e outros.

(4) Sob o título "The commerce clause and the national economy", vindo à luz na *Harvard Law Review* (ano de 1946) e posteriormente integrando o volume "Selected Essays on Constitutional Law", editado pela mesma revista.

inicialmente que, "... quer seja do agrado ou não dos advogados e juizes, a filosofia e a teoria econômica sucumbem aos fatos, desde que o público seja afetado; quando este começa a sofrer, como resultado de uma irrestrita liberdade de empresa, apela por socorro à única organização protetora de que dispõe, o Governo, ... e quando os protestos se tornam suficientemente fortes... o Congresso intervém (Congress acted)" — rematando seu opulento trabalho com a observação de que esse revigoramento da cláusula, na verdade, é uma restauração de exercício de Poder Legislativo, já admitido no texto da velha Constituição, segundo o que já teriam imaginado os que escreveram a cláusula (as understood by those who wrote it) e conforme ao espírito com que foi redigida a velha Constituição (in which it was written). Por isso, a intervenção legislativa através de ampla interpretação dos poderes ínsitos na cláusula será uso de poderes antigos, sem constituir nova doutrina (any novel doctrine), ficando, porém, o traço marcante (que, penso eu, serve para distinguir de outros regimes, em que a intervenção é imperativa ou pelo menos programática) de que a cláusula não compele o Congresso a intervir, apenas afasta obstáculos no caminho do processo democrático (impediments in the way of the democratic process).

Sem dúvida há, e sempre se depararão, saudosistas do "laissez-faire" e alguns indo ao extremo de profetizar a sua volta, como o conhecido ERNESTO J. P. BENN, ainda nesta segunda metade do século sustentando (5): "Para retomar o exemplo do termômetro, assim como a saúde não pode ser readquirida manipulando-se a coluna do mercúrio, da mesma forma a prosperidade não se obterá jamais forjando os preços de maneira inatural. Os homens políticos, após a Guerra, se acomodaram com a convicção de que a doutrina do "laissez-faire", como qualquer outra humana, terá sem dúvida suas imperfeições, mas depois de vinte anos de planificações que resultaram na destruição completa do comércio de ultramar e redução relevante de quase toda espécie de comércio, a moda política do futuro será provavelmente endereçada a torná-la moda do dia." (Grifos meus.)

Refere-se esse autor, que pode ser tido como claro representante da ortodoxia antiintervencionista, aos quatro lustros posteriores à paz de Versalhes, mas a moda que, como figurinista, pretendeu viria a ressurgir ainda não passa de um anseio pela volta aos tempos de ouro (da Inglaterra, compreende-se), eis que o intervencionismo lançou raízes fundas e pegou para expandir-se mundo a fora, apenas com a diferença de matiz ou grau, a que me referi, inicialmente.

Essa opinião susotranscrita, de economista saudoso do passado, encontra contra-argumentação jurídica na exposição feita por GEORGES SCELLE, o insigne mestre do Direito Público (6):

- (5) Cf. *Il Governo Moderno e la sua Ingerenza negli Affari Privati*, Dott. A. Giuffrè — Editore, 1948, pág. 106. No prefácio a essa edição italiana foi enfático, dizendo que o seu livro "... spezza una lancia per il ritorno all'economia politica ortodossa del diciannovesimo secolo, mediante la quale la Gran Bretagna divenne grande, potente e prospera!" E o resto do Mundo, o atual 3.º Mundo?...
- (6) Cf. sua intervenção, na Conferência realizada em julho de 1937, na Sorbonne, pela "Association Juridique Internationale", publicados os trabalhos no volume *Régression des Principes de Liberté*, Paris, 1938. O trecho transcrito lê-se às páginas 18 e 19.

"M. le Professeur Georges SCELLE — Mesdames et Messieurs. Est-il vrai qu'au point de vue du droit, certains d'entre nous, certaines doctrines juridiques aient quelque responsabilité dans l'état de choses extrêmement dangereux et inquiétant que nous préoccupe aujourd'hui. On nous accuse, au nom du libéralisme. On nous dit: "Cette régression des principes de liberté individuelle, dans les différentes Constitutions, dans le droit public et privé, elle est, en partie, votre oeuvre car, enfin, bien avant les Etats totalitaires, bien avant les Etats qui font du socialisme d'Etat, vous faisiez, vous aussi, de l'intervention du socialisme, et c'est vous qui avez donné le branle à cette éclosion, d'ailleurs monstrueuse, de doctrines contre lesquelles vous êtes obligés, aujourd'hui, de combattre!" *Je voudrais protester contre cette accusation.* La régression des libertés publiques et privées ne me paraît pas du tout la conséquence soit des principes d'intervention, soit des principes du socialisme. L'intervention a été motivée par une certaine réaction contre des abus, je ne dirais pas du régime individualiste, mais plutôt capitaliste. L'intervention est intervenue pour remédier aux atteintes portées à l'égalité, à la véritable égalité juridique, par le fait de la détention capitaliste des moyens de production et du pouvoir de fait qu'elle conférerait à certains capitalistes de réduire à néant la liberté économique, la liberté juridique de l'individu, la liberté de la pensée, de l'action, de l'association et de l'activité politique."

Mas, nestas considerações preliminares, não há como deixar de algo dizer sobre a Suíça, tida como fortaleza inexpugnável do liberalismo. De fato, em certo sentido, ainda é o país, senão do "laissez-faire", pelo menos do "laissez-passer", o que não significa que não faça seu intervencionismo, protetor por necessidade do setor agrícola (só em fins de 1958 a Suíça aderiu, "provisoriamente", ao GATT, cuja criação datava de 1947), dadas as suas condições climáticas e topográficas desfavoráveis, que elevam lá os custos da produção agrícola, fazendo com que o Governo Federal "... se voit contraint d'agir dans une large mesure par des interventions directes propres à regulariser le marché, à protéger la population paysanne et à lui venir en aide" (7). No próprio setor bancário (sem os extremos ou intensidade de grau a que no Brasil estamos acostumados) acabou, pela pressão dos fatos, por impor-se o intervencionismo; assim, esclarece THOMAS HOLENSTEIN (8), a crise dos anos trinta fez cogente a intervenção federal, através de medidas excepcionais, que permaneceram, porém, em vigor. Apesar de o citado autor terminar seu estudo otimistamente, achando que felizmente não havia sinais de que o problema bancário em futuro próximo viesse a sofrer nova crise aguda, achava, com boa prudência, ser recomendável se fizessem estudos, no período tranquilo, para aprimorar a legislação intervencionista e tê-la à mão se, de novo, a Suíça tivesse que enfrentar nova crise bancária (wenn sich wieder einmal Krisenerscheinung im Bankenwesen zeigen sollten).

(7) É o que diz HANS SCHAFFNER, em seu artigo "La politique économique suisse au fil du temps", às págs. 104/105 da coletânea de estudos *La Suisse face à l'Avenir*, edição do "Annuaire de la Nouvelle Société Helvétique", 1963.

(8) Sua contribuição "Das Bankensanierungsrecht", na coletânea *Beiträge zum Wirtschaftsrecht* ("Festgabe St. Gallen", 1944). O autor do artigo é professor na Escola Superior de Comércio de St. Gallen.

A suposição otimista, por desdita, se desmentiu através de nova crise anos após; mas a legislação nova, recomendada pelo professor helvético, finalmente foi editada na Suíça, em 1971/72, inclusive visando à proteção da moeda (houve, para isso, necessidade de nova redação ao nº 4 do art. 31 da Constituição Federal). Daí, poder afirmar-se, com o parecer mais recente do Professor B. KLEINER, da mesma "Hochschule St. Gallen", que a nova legislação se tornara imperativa, pois que bancos suíços teriam padecido ruinosas pressões "ab externo", através de controle estrangeiro (9).

De tudo que acima alinhei eu, parece-me poder tirar-se por conclusão que, contrariando esperança de muitos, dificilmente o Estado contemporâneo deixará de ser intervencionista (mais ou menos, mas sempre intervencionista), sucumbindo à pressão dos fatos. O exemplo que nos fornece a economia agrícola é por demais expressivo, tanto assim que o próprio Mercado Comum Europeu (E.W.G.) — que, entre os seus princípios básicos e razão até de ser, põe na frente de todos os "laissez-passer" — no caso dos produtos agrícolas teve que admitir novos mecanismos (mas que implicam modalidade de intervencionismo), como o da fixação dos preços mínimos, o da compra (e revenda, se se vier a mostrar útil) de excedentes etc. (10).

Ainda como ponto introdutório impende-me lembrar a lição corrente (11), de todos sabida, que acentua que — não obstante certos autores alemães mais antigos (BÖHM, OTTLILIENFELD, p. ex.) darem o sentido de "economia coletivista" ao termo composto "Planwirtschaft", isto é, economia planificada — pode haver uma economia, à base de planos, sem ser coletivista, mesmo porque não há que confundir planismo com economia dirigida, já que esta pode surgir sem ser planificada (mas todo planismo oficial, ao inverso, implica em intervencionismo estatal). Como intervenção com dirigismo, mas sem planificação, talvez fosse de classificar a rígida regulamentação dos tempos de CARLOS I, suso-referida, e a dos tempos do absolutismo português, a que me referirei ainda no presente trabalho (regulamentação das velhas Ordenações do Reino); mas o exemplo atual mais comum e visível se depara no mundo financeiro, onde certos Bancos Centrais — segundo um princípio *de reação*, mas não *necessariamente* consoante um *plano de ação* — se permitem fixar as taxas de desconto, as de captação de depósitos (CDB — "taux d'avance"), o limite dos frutos civis do dinheiro, tomar medidas de defesa da moeda, orientar e manipular a política do chamado *open market*, controlar a política de

(9) Cf. seu livro *Die Gesetzgebung über das Bankwesen in Bund und Kantonen*, Zurique, 1972, pág. 12; toda a atual legislação e praxe são analisadas no livro, não cabendo fazê-lo aqui. O intervencionismo suíço não se limita a esses dois ramos (agrícola, bancário), mas (por medidas impostas pelos fatos e adotadas sem o serem "de gaité de coeur", isto é, de peito feito, de boa vontade), abrange também o ramo hoteleiro, relojoeiro e outros mais (cf. ERWIN RUCK, *Schweizerisches Verwaltungsrecht*, 3.ª edição, vol. II, pág. 147).

(10) Cf. BODO BORNER, seu artigo "Das Interventionssystem der landwirtschaftlichen Marktordnung der E. W. G.", republicado no volume *Studien zum Deutschen und Europäischen Wirtschaftsrecht*, 1973, págs. 177 e segs.

(11) Cf. F. SCHEURER, filho — "Planisme économique et hautes études commerciales", publicado no volume *Recueil de Travaux*, editado pela Faculdade de Direito da Universidade de Neuchâtel, por ocasião do seu centenário, págs. 257/291.

compra e venda de divisas e dos metais nobres, exigir reservas mínimas, alteando ou baixando seu teto inopinadamente — tudo conjunturalmente, via de regra (12).

São meios de ação, de que o Estado moderno, na sua função de regulador da conjuntura, faz uso freqüente; daí autor recente (13) iniciar seu livro, já hoje de leitura obrigatória no tema, escrevendo: “La plupart des pays capitalistes industriels utilisent tout ou partie de ces moyens d'intervention.”

Venho-me limitando a exemplos de países integrantes do atual Mundo Ocidental, que se dizem cultivar o prestante Estado de Direito — não me parecendo que, dada a subordinação do tema aos DIREITOS HUMANOS, haja espaço para examinar o que ocorreu nos Estados nazi-fascistas, retrógrados, cuja base filosófica não dava qualquer possibilidade de falar-se em direitos humanos como limite ao exercício do intervencionismo; tampouco quanto ao regime soviético e seus assemelhados, embora neles se possa falar em direitos humanos, mas com sentido e conteúdo nem sempre coincidente com o que se compreende ocidentalmente e não obstante — como bem já revelou o mencionado F. SCHEURER, filho (à pág. 264 do estudo citado) — “... l'idéologie communiste directement inspirée de Marx et d'Engels fut au début fort éloignée de la notion de discipline et de l'esprit de système que comporte l'idée d'un plan économique” — “c'est sous l'empire de la famine que les dirigeants de l'URSS se sont résolus à envisager des mesures qui les mirent d'ailleurs en contradiction avec les principes mêmes de la Révolution d'octobre”. Assim, a pressão dos fatos é que lá terá feito adotar o intervencionismo e para ficar até os dias de hoje, com rigidez maior do que nos países de Estado de Direito, em que o plano valerá apenas direito formal, sendo apenas prospectivo, o que não se dá no soviético, que vale direito material e é essencialmente obrigatório (14).

Concluindo este capítulo: o intervencionismo é uma exigência dos tempos atuais, e o jurista com ele tem que conviver. Os bons ou maus êxitos do sistema devem ser atribuídos ao fator humano — boa ou má seleção do pessoal governamental e não ao princípio em si. Repousa o bom êxito do intervencionismo prospectivo na *credibilidade* da palavra oficial; se se deve almejar que o plano prospectivo venha a funcionar com a precisão de um relógio, mais imperativo do que isso, para obter a adesão dos destinatários, é que imponha credibilidade. Nenhum planismo, meramente programático, “consentido” (em antítese ao soviético, como susodito) poderá impor-se aos setores privados, se ainda, nos dias que correm, for verdadeiro aquele conceito em voga na época

(12) Pode ocorrer — e é mesmo desejável, que tudo isso coincida com uma determinada planificação, mas nem sempre será assim. O que é certo é que com a abolição do padrão ouro o automatismo do mercado (em que se podia repetir que “... la Banque ne fixe pas le taux, elle le constate” e que a função da política monetária era passiva) cede à pressão da moeda (papel) manipulada, por isso passando a política monetária a ser ativa. E de tal ordem são as injunções do Banco Central que a liberdade dos banqueiros pode ser classificada como simples concessão (diese Freiheit also lediglich einer Konzession), como, com autoridade, realça ELMAR KINDERMANN (Die Anfechtung von kreditpolitischen Beschlüssen der Bundesbank, 1947, pág. 49).

(13) Cf. ROBERT SAVY, *Droit Public Economique*, segunda edição (1977), pág. 2.

(14) Cf. GERARD FARJAT, *Droit Economique*, 1.ª edição (1971), págs. 321 e segs.

de D. FRANCISCO MANUEL DE MELO, que, nos *Relógios Falantes* (15), pôs na boca do relógio da cidade a mordaz observação de que "... a nós outros os relógios todos nos crêem, e nenhum nos adora; por isso o pintor, agudamente pintando um relógio às avessas, quis dizer que os Ministros todos os adoram, mas ninguém os crê".

E, por derradeiro, os precedentes de intervenção (dirigismo) dos tempos de Lorde HALE e feudais do nosso direito reinícola não se coadunam com os pressupostos que informam o recebido pelo Estado moderno, não obstante enganosas aparências. Assim, as velhas Ordenações do Reino de Portugal (na sua parte que hoje diríamos de direito administrativo) regulam em minúcias preços, trajés, profissões e multidão de coisas — chegando, no que tocava à repartição das carnes e forma dela, a Ordenação (L. T. 68, § 4º) a dizer "... fazendo dar a carne e reparti-la pelos ricos e pobres..., *havendo cada um como merece*" e, quanto ao pescado (§ 12), "... o reparta segundo o pescado for, de maneira que os ricos e os pobres hajam todos mantimento".

O "havendo cada um como merece" hoje seria uma postulação de extrema esquerda; mas o que então se queria dizer era o oposto, como se vê da autorizada opinião de LOBÃO (Manuel de Almeida e Souza) — o qual (16), com fulcro no espanhol BOVADILLA, esclarecia:

"Parece que nesta parte teve o nosso legislador em vista aquela polícia dos romanos, que quis coibir o luxo da comida dos pobres e rústicos, que podem alimentar-se na saúde com alimentos grosseiros, e que deu preferência de maior merecimento aos ricos e de natureza delicada; aquelas palavras "havendo cada um como merece" *não sei que possam ter outra inteligência*. Esta talvez seria a prática deste reino, que teve em vista o citado BOVADILLA, quando assim o atestou, ainda que não nacional. Se esta polícia romana se praticasse rigo-

(15) Cf. *Apólogos Dialogais*, edição diplomática, de F. NERY, Rio de Janeiro, 1920, pág. 7. Assim, p. ex., o planismo oficial isentar de tributos certos ganhos para incentivar determinados investimentos e ao depois, retroativamente, impor sobre tais ganhos uma contribuição compulsória — é dar razão ao Relógio da Corte e pôr por terra o princípio da credibilidade...

(16) Cf., *Notas a Melo*, vol. I, edição da Imprensa Oficial de Lisboa, de 1868, págs. 315/317. Naturalmente a essa ou quejanda teoria — que afronta a igualdade (direito humano) — é que GIL VICENTE, na farsa "Quem tem farelos?" (verso 198) quis pôr em ridículo, ao invocar o dito em voga de que "... vilão farto, pé dormente"...

Sem dúvida os tempos mudaram e hoje seria um riso sustentar ser critério admissível restringir o consumo de qualquer veniaga, tendo apenas em vista os haveres ou "status" do consumidor.

Mas se ninguém poderia hoje defender tão injusta teoria, isso não impede que ela ainda encontre práticas similares, com despreço do princípio da igualdade. Refiro-me, por exemplo, à tentativa de fazer diminuir o consumo de gasolina através de elevações exageradas e sucessivas do preço, o que não traz qualquer repercussão com respeito ao consumo das pessoas de maior capacidade financeira, pesando tão-só no bolso do vilão... Ou ao que se permitiu não faz muito: diminuir o teor de gordura do leite tipo popular para dissimular a elevação do preço...

Se tais anomalias não ferem a sensibilidade de algum economista, o mesmo não se dará em relação ao sociólogo ou jurista.

rosamente, não veríamos em Portugal uma tal carestia de gados e falta deles para as agriculturas. Mas eu vejo ser irremediável o mal.”

Como se vê, filosofias opostas; o que pode ocorrer é que apareça nos dias presentes algum plebeu ou filho de vilão europeu — raciocinando como fidalgo ou pessoa principal, impondo práticas que firam os princípios de igualdade, que a Idade Média não defendia e assim fugindo de um dos fins que justificam o intervencionismo moderno, isto é, “remédier aux atteintes portées à l'égalité”, como bem frisa G. SCALLE, já citado.

2. Os direitos humanos⁽¹⁷⁾ no Estado intervencionista. A igualdade

A locução “direitos humanos”, apesar de comportar divergências conceituais, tem no princípio da igualdade um ponto que parece sobranceiro à departição de opiniões e, pois, quanto a esse princípio, o do intervencionismo, jamais com ele se deverá pôr em conflito, se se observar aquela sua finalidade (acentuada, por G. SCALLE) e sua razão de ser (o de remediar aos insultos à igualdade).

Respeitando a igualdade, não se deverá ter o intervencionismo como opressor, não se suporá ter campo para ferir os direitos humanos; mas uma coisa é o princípio teórico e outra a sua aplicação concreta⁽¹⁸⁾, o que — além

(17) A locução “direitos humanos”, hoje em voga, além de ter um alcance controvertido, permitiria supor direitos que não fossem humanos (direitos desumanos, que é aliud, infelizmente todos sabem existir). Não comporta a natureza deste trabalho e o tempo concedido para a sua exposição uma maior explanação sobre o ponto, que é de conceituação, mas por igual de semântica. Minha preferência seria pela designação de “direitos do homem” ou, melhor, “direitos fundamentais do homem”. Não vou alongar-me sobre isso (que daria espaço a uma interminável discussão, talvez sem levar a resultado útil), reportando-me ao que escrevi como contribuição modesta para a coletânea **Estudos Jurídicos em Honra de Soriano Neto**, publicada pela Faculdade de Direito da Universidade do Recife (Recife, 1959, vol. I, págs. 579/594), sob o título “Dos direitos e garantias individuais”. Devo assinalar que o atual Diploma Constitucional, ao prever o art. 163 a favor da União a faculdade de intervenção no domínio econômico, diz, expressamente: “assegurados os direitos e garantias individuais”, pondo fim a uma controvérsia a que dava margem o texto do art. 146, que dizia teria ela “por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição”. Em minha **Constituição Anotada** (vol. III, págs. 10 e segs.) interpretei a referência, inclusive de acordo com a sua gênese, como referente aos direitos e garantias individuais, dando margem a uma viva, posto que honrosa e elegante, divergência de parte do juriconsulto SEABRA FAGUNDES (pai), ao qual adieru, então, GERALDO BEZERRA DE MENEZES (**O Direito do Trabalho na Constituição Brasileira de 1946**, pág. 30), de acordo, aliás, com sua posição política, não simpática a direitos individuais contra o Estado; a meu favor, FERNANDO WHITAKER (**Democracia e Cultura**, 2ª edição, págs. 106/107).

(18) Aqui seria de invocar J. J. ROUSSEAU (cf. **Contrato Social**, na fiel tradução de L. M. PEREIRA BRUM, L. I, Cap. IX, nota final, pág. 29): que se estaria em face “de autoridade de governos maus”, em que a igualdade será apenas aparente e ilusória. Se o Governo for bom, praticando a igualdade, não poderá sua intervenção ser tida como opressiva... Em conceituação mais moderna, prefere-se maltratar o princípio da igualdade (por exemplo, no caso do aumento do preço da gasolina com o fim de restringir o consumo, através de aumento do preço, a que já me referi). É que há que distinguir na imposição de encargos e restrições a aplicação estática da igualdade (statische Gleichbehandlung), cega para as diferenças de fortuna, da dinâmica (dynamische Gleichbehandlung), que as leva em conta, servindo para diminuir os desníveis entre abastados e poleás da fortuna (cf. ROMAN HERZOG, **Allgemeine Staatslehre**, 1971, pág. 381).

da diferença de conceituação sobre o que se entende como direitos humanos — parece-me justificar a razão de ser do painel.

Mas como a igualdade não é o único pressuposto da legitimidade do intervencionismo, pode este não chofrar aparentemente esta (impondo uma medida para todos e não apenas para alguns) e, no entanto, vir de encontro a outro direito, também daqueles que se devam incluir entre os “humanos”. Por exemplo, a *liberdade individual*, no que toca até à própria faculdade de reprodução da espécie (*planejamento familiar*).

Aqui, o intervencionismo — e parece que poderá vir como imposição dos fatos, pela desproporção crescente entre proliferação da espécie e estagnação das colheitas — se depara com o princípio da liberdade individual, a que nós com justificada razão, como ocidentais, devemos todas as homenagens, e não só com ele, mas também com o mandamental religioso do “crescei e multiplicai-vos” (binômio que não pertence ao jurista interpretar, mas sim ao teólogo, isto é, se a cláusula prevê um proliferar sem condições de aumentar-se em altura e corpo ou se o primeiro termo condiciona o segundo), infelizmente nada indicando que venha tornar a chover maná sobre populações famintas. Essa sombria expectativa de tal necessidade de intervencionismo faz com que o jurista a ele dedique especial atenção, dentro da sua missão histórica de sentinela da liberdade e defensor dos direitos individuais, não bastando considerações de ordem técnica ou científica para justificar um planismo coercitivo, que poderá descambar em odioso vexame; basta pensar na famosa lei de esterilização *nazista*, cientificamente defensável e que, no entanto, veio a constituir mancha das mais negras daquele oprobrioso regime totalitário. O planismo há de repousar em meios “consentidos”, não imperativos: na educação, na ilustração dos destinatários, em bem lançada propaganda, e fazer ver a certas camadas, ainda existentes em regiões pobres e atrasadas do País, que não é mais negócio família numerosa para mais tarde obter vantagens através do trabalho assalariado dos filhos, em regiões do País carentes de mão-de-obra não qualificada... Em aplicar sistematicamente em todo o País a legislação penal, no que toca ao dever de alimentar, criar e educar os filhos, o que (se feito com a constância devida) será um meio de desestimular a irresponsabilidade de muitos, sem violação do direito humano da liberdade.

Pretender impor um planismo oficial sobre a família, sem consentimento, sem conscientização da necessidade e da utilidade, além de violência, será caminhar para o malogro do plano. Ninguém hoje, por motivos teológicos ou de liberalismo exaltado, entre nós irá insurgir-se contra a vacinação obrigatória (o que hoje as massas reclamam é a falta ou má prestação do serviço público a respeito); e, no entanto, por falta de preparação da população, a medida no início do século provocou desordens na então Capital da República, como no século passado levava (MARIA DA FONTE...) Portugal à guerra civil medida imposta, a bem da saúde pública, sem a necessária preparação dos povos e sem pôr-se de acordo com fração obscurantista do clero interamnense. No entanto, nem lá, nem aqui, tais providências hoje motivariam mais qualquer pro-

testo e seria tido como insensato, perante a opinião pública, quem fosse contra essas medidas. Dado o consentimento da opinião pública, amadurecida e esclarecida — aquilo que num determinado momento histórico pode ser tido como contra o direito humano —, com a evolução e correr dos tempos pode perfeitamente ser tolerado e praticado, já que o conceito não é imutável, como com razão concluíram os professores católicos da “Pax Romana” alemã, como bem realçou o Senador AUGUST WIMMER (19): “Se uma ação ou omissão do Estado constitui violação do direito humano, depende especialmente também das condições de tempo e de meio, do estado de civilização de um povo ou da humanidade” (Ob ein staatliches Tun oder Unterlassen Menschenrechtsverletzung ist, hängt engstens auch von den Zeit und Milieubedingung, von der Kulturlage eines Volks oder der Menschheit ab).

Neste terreno, enquanto não houver uma alteração na concepção dominante nas camadas populares, principalmente das regiões mais atrasadas e pobres do País, qualquer intervenção do Estado terá que ser feita com cautelas especiais, e o que RUI BARBOSA, em discurso no Senado (em 10 de novembro de 1904), disse (posto que hoje sem qualquer repercussão no que toca a vacinas, em razão do melhor esclarecimento das populações) teria eco profundo e suscitaria reações de alcance imprevisível: “até à pele que nos investe pode chegar a ação do Estado. Que a polícia pode lançar mão à gola do casaco de qualquer cidadão, encadear-lhe os punhos, lançar-lhe ferros aos pés, mas introduzir-lhe nas veias, em nome da higiene pública, as drogas da sua medicina, isso não pode, sem abalançar-se ao que os mais antigos despotismos não ousaram e isto porque a “medicina do seu corpo, como a do seu espírito, lhe pertence” (20).

3. Conclusão

Numa intervenção de quinze minutos, na impossibilidade por isso mesmo de apreciar a abundante casuística que o tema do intervencionismo comporta frente ao Direito Constitucional (21), limitei-me a tratar de dois aspectos e dar linhas gerais aos princípios da igualdade e da liberdade, que me parecem importantes e de atualidade, dentro dos limites impostos pelo painel.

(19) Cf. seu artigo “Was sind Menschenrechte und wie steht der Christ dazu”, na coletânea de estudos *Die Menschenrechte in christlicher Sicht*, editados por incumbência da Pax Romana em união com o Katholischen Akademikerverband, sob a direção do próprio WIMMER, que à pág. 4 trata do ponto a que me refiro no texto.

(20) Vinte anos depois, estas palavras do grande orador do liberalismo serviram para fundamentar sentença do então juiz de Niterói, Dr. OLDEMAR DE SA PACHECO, considerando boa a recusa de um interno em nosocômio em permitir a extração, para exame de lues, do líquido cefalorraquidiano (cf. *Pandetas Brasileiras*, ano de 1926, segunda parte, págs. 78/80).

(21) Toda essa casuística é o tema da portentosa coletânea de estudos, vinda à luz sob a direção de ULRICH SCHEUNER, sob o título *Die Staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft*, Athenäum Verlag, 1971.