

RESUMO

A historicidade e mutabilidade dos direitos fundamentais torna contínua e incessante o seu processo de evolução. Novos direitos tendem a ser incorporados aos ordenamentos jurídicos, direitos fundamentais já assegurados tendem reinterpretados e conformados às novas realidades sociais, de forma a adequá-los aos anseios e interesses da sociedade e conferir-lhes maior efetividade em sua árdua tarefa de proteção dos indivíduos e da sociedade. Neste processo evolutivo, os direitos fundamentais passam a ser concebidos sob um novo olhar, uma nova perspectiva, que perpassa pelo reconhecimento de sua eficácia nas relações jurídicas privadas com a consequente ampliação de seu lastro protetivo aos indivíduos e a sociedade e da tão almejada garantia de sua efetividade.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Fundamentais. Constitucionalismo. Relações Sociais. Evolução dos Direitos Fundamentais. Novos Direitos Fundamentais. Efetividade. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas Privadas. Proteção da Pessoa Humana. Estado Democrático de Direito

RESUMEN

La historicidad y la mutabilidad de los derechos fundamentales hace continuo y incesante su proceso de evolución. Los nuevos derechos tienden a ser incorporados a los ordenamientos jurídicos, derechos ya asegurados tienden a ser reinterpretados y ajustados a las nuevas realidades sociales con el fin de adecuarlos a los deseos e intereses de la sociedad y hacerlos más efectivos en su ardua tarea de proteger a las personas y la sociedad. En este proceso evolutivo, los derechos fundamentales están siendo diseñados bajo de una nueva mirada, una nueva perspectiva, que subyace en el reconocimiento de su eficacia en las relaciones jurídicas privadas con la consiguiente expansión de su lastre de protección a los individuos y a la sociedad, y de la muy deseada garantía de su efectividad.

PALAVRAS-CLAVE: Derechos Fundamentales. Constitucionalismo. Relaciones Sociales. Evolución de los Derechos Fundamentales. Nuevos Derechos. Efetividad. Eficacia de los Derechos Fundamentales en las relaciones jurídicas privadas. Protección de la Persona Humana. Estado Democrático de Derecho

1.1 – Origens dos Direitos Fundamentais

Sem sombra de dúvidas, o constitucionalismo não seria o que é sem os direitos fundamentais. A própria origem do Estado de Direito encontra-se intrinsecamente vinculada à sua garantia e proteção.^[1] Essa interdependência existente entre o constitucionalismo e o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais traz uma inevitável e benéfica consequência, a constante mutabilidade dos direitos fundamentais e do constitucionalismo com o desiderato de atender os anseios da sociedade.^[2]

O constante processo de evolução da sociedade, dos direitos fundamentais e seus reflexos sobre o

constitucionalismo, foi analisado por BOBBIO, que destacou sua mutabilidade e historicidade, bem como a necessidade de uma constante reformulação da teoria dos direitos fundamentais como forma de adequá-la aos anseios e interesses da sociedade.^[3] As pretensões humanas se modificarão e novas pretensões de garantia para os direitos fundamentais surgirão.^[4] Preleciona BOBBIO que:

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. (BOBBIO, 1992, p. 18).

Mas em que momento histórico surgiram os direitos fundamentais? Antes de se proceder ao estudo do momento histórico em que se originaram, cumpre traçar importante distinção entre conceitos que, inúmeras vezes, são utilizados de forma acrítica e indistinta, como se fossem sinônimos, mas que, entretanto, representam institutos jurídicos distintos, quais sejam, os conceitos de direitos humanos e de direitos fundamentais, estes últimos objetos específicos o presente trabalho.

Destacam PEREZ LUÑO^[5], PECES-BARBA MARTÍNEZ^[6] e SOARES^[7], que os direitos humanos representam direitos de caráter inviolável, intemporal e universal, contidos nas declarações de direitos e que se encontram relacionados às exigências de proteção da dignidade, liberdade e igualdade, independentemente de terem sido positivados em estatuto jurídico. Por sua vez, os direitos fundamentais são direitos objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta, por terem sido positivados. Segundo GALUPPO:

Os direitos humanos transformaram-se em direitos fundamentais somente no momento em que o princípio do discurso se transformou no princípio democrático, ou seja, quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do direito, que implica sua positividade e coercibilidade, sem, no entanto, abrir mão de sua pretensão de legitimidade. Os direitos fundamentais representam a constitucionalização daqueles direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história dos discursos morais, que são, por isso, reconhecidos como condições para a construção e o exercício dos demais direitos. (GALUPPO, 2003, p. 233).

No que concerne ao surgimento, faz-se necessário remontar à história das principais formas de organização política da sociedade. Ao se realizar o estudo desde a *pólis* grega, verificar-se-á que a origem dos direitos fundamentais é recente, estando relacionada à constituição do Estado Moderno. Na antiga Grécia, sequer existia a idéia de direitos do homem.^[8] A escravidão era admitida na *pólis* grega e reduzia os escravos à verdadeira condição de objetos. Aos cidadãos reconhecia-se o direito de viver na *pólis*. Escravos, bárbaros e mulheres eram considerados serem inferiores e, portanto, excluídos.^[9]

Durante o período romano, o cristianismo se limitou a apregoar a igualdade entre os homens perante Deus, atribuindo destaque à dignidade humana, sem que, todavia, tais pensamentos adquirissem efetivamente a condição de direitos do homem. CANOTILHO salienta que, durante o período romano, a idéia de igualdade entre os homens restringiu-se à dimensão individual e cosmológica, ficando restrita,

portanto, ao mero plano teológico e filosófico, haja vista que não chegou a transcender para se converter em uma categoria jurídica, apta a conferir e assegurar direitos ao homem.^[10]

Na idade média, marcada pelo feudalismo, encontram-se os primeiros resquícios e contributos para o surgimento dos direitos fundamentais do homem.^[11] Em um cenário de esfacelamento do poder político e econômico, em razão da coexistência, muitas vezes não harmônica, de três centros de poder, quais sejam, o poder monárquico, poder religioso e poder feudal, iniciou-se um processo tendente a reconstrução da unidade política perdida com a derrocada do império romano e, conseqüentemente, atribuir o monopólio da força ao poder monárquico.^[12]

A busca pela reconstrução da unidade política, perdida desde a falência do império romano, criou um cenário de constante e intensa disputa pelo poder travada entre nobreza e clero. Os embates ocorridos entre essas duas classes sociais e os inúmeros abusos por elas cometidos, propiciaram a eclosão das primeiras manifestações destinadas a estabelecer e disciplinar os direitos, dentre as quais se destacou, em razão de seus contributos para o desenvolvimento das liberdades públicas, a Magna Carta de 1215,^[13] Salienta PEREZ LUÑO:

De todos os documentos medievais, sem dúvida, o que alcançou maior significação na posteridade foi a Carta Magna, contrato assinado entre o rei João Sem Terra e os bispos e barões de Inglaterra no ano de 1215. Se trata de um pacto entre o rei e os nobres, freqüente no regime feudal, que em certo modo supunham em seu momento uma consagração dos privilégios feudais e, portanto, uma involução do ponto de vista do progresso político, mas que a posteridade lhe atribuiu, por seu decisivo papel no desenvolvimento das liberdades inglesas, o valor de um símbolo no processo de positivação dos direitos fundamentais. (PEREZ LUÑO, 2007, p. 34, tradução nossa).

Neste contexto desenvolveram-se importantes fenômenos sociais que contribuíram para o surgimento dos direitos fundamentais. O desenvolvimento da ética protestante e sua elementar influência para o progresso do capitalismo, segundo SOARES^[14], fomentou e fez eclodir o processo de reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais do homem, haja vista era necessário garantir a propriedade privada, conferir liberdade aos escravos, garantia que deu origem a massa indivíduos despossuídos, obrigados a alienar sua força de trabalho para sobreviver, elementos sem os quais o capitalismo certamente sucumbiria.^[15]

Será, contudo, com o advento do Estado Moderno, principal marco para o surgimento dos direitos fundamentais, que se desenvolverá, de forma gradual, o processo de positivação dos direitos fundamentais, de acordo com interesses e anseios socialmente determinados pelo processo histórico. Estado, constitucionalismo e direitos fundamentais, portanto, integram importante página do desenvolvimento da história da humanidade no que concerne a proteção dos direitos do homem em uma constante relação de interdependência.

Teóricos dos direitos fundamentais costumam fazer referência à existência de gerações ou dimensões de direitos para tentar explicar o processo de evolução dos direitos fundamentais ao longo da existência do Estado Moderno. Se o modelo geracional ou dimensional de classificação dos direitos fundamentais traz consigo a vantagem de facilitar a compreensão do fenômeno da evolução dos direitos fundamentais por ser didático, há que se salientar, dada relevância, não sê-lo uniforme nem preciso, bem como, o fato destes

modelos nem sempre conseguirem explicar adequadamente a evolução dos direitos fundamentais em todas as organizações estatais.^[16]

Hodiernamente, a grande maioria dos teóricos do constitucionalismo e dos direitos fundamentais tem preferido adotar o modelo geracional ou dimensional segundo o qual os direitos fundamentais são divididos em três gerações, a saber: direitos de primeira geração (direitos individuais e políticos); direitos de segunda geração (direitos sociais e econômicos); e, terceira geração (direitos de fraternidade ou solidariedade), havendo, inclusive, aqueles que sustentam a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, os denominados direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.^[17] De qualquer forma, há que se salientar que a construção de um modelo geracional dos direitos fundamentais tem sido objeto de inúmeras críticas, tais como aquelas aventadas e compiladas por GALDINO, segundo as quais:

Em primeiro lugar critica-se a própria fragmentação dos direitos em gerações históricas, ao argumento de que os direitos humanos constituem um todo incindível, indivisível, servindo as infundadas divisões para segregar e postergar a realização de alguns deles. Ainda nesse sentido, critica-se a própria idéia de sucessividade dos direitos humanos, argumentando-se que seu surgimento foi concomitante. Ademais, a idéia de sucessividade parece contrariar os postulados da indivisibilidade e universalidade dos direitos humanos, que se vêm sedimentando cada vez mais na doutrina. (GALDINO, 2005, p. 170).

A crítica que se deve fazer ao modelo geracional dos direitos fundamentais não deve, entretanto, se reduzir a alegação de que os direitos do homem são universais e indivisíveis, pois a história do constitucionalismo moderno e contemporâneo, conforme foi destacado, demonstrou que, não raras vezes, os Estados sequer têm conseguido assegurar com eficiência os direitos civis e políticos, quem dirá garantir a efetividade de todos os direitos fundamentais, independentemente de sua natureza ou geração.

Ademais, cumpre salientar, que nem sempre o processo de incorporação dos direitos fundamentais aos textos constitucionais se concretizou segundo a cronologia estabelecida pelo modelo geracional, havendo situações de retrocesso em que, enquanto os direitos sociais eram efetivamente garantidos, os direitos individuais e políticos eram extremamente restringidos por regimes totalitários que ascenderam ao poder. Basta lembrar a própria história do constitucionalismo brasileiro e alemão.

Outro fenômeno que impõe fundadas ressalvas a adequação do modelo geracional dos direitos fundamentais, o qual foi profundamente constatado no constitucionalismo dos Estados periféricos, é aquele relativo a incompletude do processo de efetivação dos direitos fundamentais. Isto porque, a história do constitucionalismo demonstrou que, em alguns Estados, antes mesmo dos direitos fundamentais individuais terem adquirido efetividade, já se iniciava o processo de positivação dos direitos sociais e econômicos.

O mesmo aconteceu no que concerne aos direitos sociais e econômicos, que, em muitos Estados, sequer chegaram a ser amplamente efetivados em nosso constitucionalismo quando o processo foi interrompido. Essa incompletude no processo de efetivação dos direitos fundamentais ocasiona indesejáveis conseqüências para o constitucionalismo, haja vista que, conforme destacado, os direitos fundamentais, independentemente de sua natureza, encontram-se umbilicalmente vinculados e, não raras vezes, a plena efetividade de uns pressupõe a garantia de outros.

Tecidas as considerações introdutórias acerca da origem histórica dos direitos fundamentais e consideradas as ressalvas feitas em relação à classificação do processo de evolução dos direitos fundamentais a partir de modelos geracionais ou dimensionais dos direitos fundamentais, importa proceder

ao estudo do desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais ao longo do Estado Moderno, especialmente considerando sua estrita relação de interdependência com a evolução do constitucionalismo, que, comumente, costuma ser seccionado em três importantes períodos, quais sejam, a) constitucionalismo liberal; b) constitucionalismo social; e c) constitucionalismo democrático.

1.2 – Evolução dos Direitos Fundamentais

1.2.1 – Os direitos fundamentais no Estado Liberal

O desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais é um fenômeno que se encontra umbilicalmente vinculado ao surgimento do Estado Moderno, ao desenvolvimento do constitucionalismo e da filosofia moderna.^[18] A teoria dos direitos fundamentais desenvolve-se em um contexto social profundamente marcado pela opressão e ilimitadas arbitrariedades praticadas pelo Estado absolutista em desfavor dos direitos do homem.

A necessidade de proteger os indivíduos contra as atuações despóticas do poder monárquico, mediante a atribuição de direitos oponíveis à atuação estatal justificou e motivou o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, que passaram a constituir verdadeiros obstáculos às intervenções estatais em determinadas esferas da vida privada, o que se deu mediante a garantia dos direitos à vida, liberdade, propriedade, dentre outros.

A difusão do pensamento iluminista, o desenvolvimento das teorias contratualistas e do jusnaturalismo racionalista foram fenômenos que contribuíram para o surgimento do constitucionalismo e desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, especialmente ao fomentarem o processo de positivação dos direitos naturais, mediante sua inserção nas declarações de direitos e posterior incorporação nos textos constitucionais, na tentativa de atribuir-lhes maior eficácia, conferindo maior proteção aos indivíduos.^[19]

Segundo prelecionam JULIO ESTRADA e PEREZ LUÑO^[20], além do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista, a filosofia estoica^[21] e o cristianismo também contribuíram para o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, ao apregoarem a necessidade de se reconhecer a unidade e universalidade dos homens, os quais devem ter sua dignidade protegida pelo Estado, bem como ao afirmarem que todos os seres humanos são iguais perante Deus.

Para esses movimentos filosóficos, o indivíduo assumia uma posição privilegiada frente ao Estado, que deixou de ser concebido como um fim em si mesmo, para se tornar o meio através do qual os homens, em sociedade, realizam suas necessidades. JULIO ESTRADA, analisando a formação dos direitos fundamentais, aponta importância e o contributo de alguns fenômenos para a ascensão dos direitos fundamentais:

Múltiplos elementos doutrinários contribuíram para formar este conceito, no qual se podem apreciar vestígios da filosofia estoica e do espiritualismo do cristianismo, germe que se desenvolveu através das lutas pela liberdade de consciência, próprias da história européia dos séculos XVI e XVII. Ainda quando uma concepção se afirmasse, no quadro do iluminismo do século XVIII, que os direitos naturais haviam sido pensados como genéricas formulações de exigências não tanto da natureza, mas sim da razão humana, válidas como princípios

reguladores da ordem jurídica, a função histórica da teoria foi a de redefinir as relações entre Estado e os indivíduos, oferecendo uma nova visão privilegiada da posição deste último frente ao primeiro, em aberta oposição a realidade existente sob o absolutismo. (JULIO ESTRADA, 2001, p. 29, tradução nossa).

As teorias contratualistas, alicerçadas sobre diferentes concepções do contrato social, tiveram o objetivo precípuo legitimar racionalmente o exercício do poder pelo Estado e justificar a sujeição dos indivíduos ao ordenamento jurídico, o que seria possível mediante o advento das Constituições.^[22] ROSSEAU atribuiu natureza democrática ao contrato social, ao enfatizar a relevância da democracia e da soberania popular. De acordo com ROSSEAU, indivíduos alienariam sua liberdade a um corpo social, do qual seriam integrantes e, através deste ato, originar-se-ia uma situação de identidade entre governantes e governados, tornando democrática e legítima a atuação estatal.^[23]

LOCKE, sob outro enfoque, sustentou que a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade constituiria o objetivo precípuo da sociedade civil e fundamento legitimador da atuação estatal, que deveria conduzir-se no sentido de conferir efetiva proteção a esses direitos imanescentes ao homem. Segundo LOCKE, os indivíduos não alienariam todos os seus direitos em prol da figura estatal, mantendo consigo direitos considerados inalienáveis, os quais teriam como função precípua serem oponíveis em relação aos demais indivíduos e à própria atuação estatal. Conforme salienta JULIO ESTRADA:

Foi especialmente com os lineamentos dados por Locke que a concepção dos direitos naturais se converteu em um componente essencial do individualismo teoria jusnaturalista. Segundo o referido autor a sociedade originária era um estado de coexistência pacífica no qual todo indivíduo era proprietário de uma parte do solo e gozava de liberdade. O passo para o estado civil se sucedeu quando, não bastando a terra para todos, cada um tentou se impor pela força em relação aos outros, e havia sido necessário criar uma organização de poder – o Estado – como medida para impedir as lutas e tutelar a propriedade, a liberdade e a igualdade dos particulares, limitando-se a isso suas atribuições, sem se converter, a sua vez, em opressor. Tais direitos de cada um a ser livre e proprietário como qualquer outro – liberdade e propriedade – oponível a todos e ao Estado mesmo, se converteram, com é sabido, na chave mestra do sistema dos chamados direitos subjetivos naturais no Estado Liberal. (JULIO ESTRADA, 2001, p. 29, tradução nossa).

Inegável, portanto, conforme destacado por SARMENTO^[24], que o pensamento iluminista contribuiu de forma decisiva para o surgimento do constitucionalismo bem como para o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito ao processo de positivação dos direitos naturais, materializado através dos principais movimentos revolucionários burgueses do século XVIII^[25] que, alicerçados nos ideais iluministas, jusnaturalistas e do positivismo jurídico^[26], foram responsáveis pela gênese das principais declarações de direito do homem até hoje vigentes.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 assume especial relevo para o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais ao atribuir aos textos constitucionais a importante tarefa de assegurar os direitos fundamentais e a separação de poderes.^[27] Seu conteúdo foi incorporado aos textos constitucionais dos principais Estados Modernos, bem como constituiu a base das primeiras cartas constitucionais francesas datadas de 1791 e 1793, tornando-a parte da história do constitucionalismo.^[28] Conforme preleciona HORTA:

A consagração formal, técnica e jurídica dos direitos individuais é mais recente no tempo, coincidindo com uma organização constitucional do Estado. A Constituição surgiu para

realizar a dupla tarefa originária: organizar os poderes do Estado, dentro da pauta de competências fixadas previamente, e declarar os direitos naturais, imprescritíveis e inalienáveis do homem. A Constituição se identificaria nessa matéria específica e onde não houvesse texto organizatório para tal conteúdo deixaria de existir a Constituição. (HORTA, 1998, p. 51).

Outra declaração de direitos que contribuiu para o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais foi a Declaração do Estado da Virgínia (1776), complementada pelo posterior advento do *Bill of Rights* (1791), conjunto de liberdades públicas e garantias constitucionais em favor dos cidadãos norte americanos, cujo principal contributo, segundo SARMENTO^[29], foi inserir a compreensão de que os direitos fundamentais, além de constituírem limites à atuação estatal, constituiriam inclusive limites ao exercício da atividade legislativa, em razão da possibilidade de exercício do controle da constitucionalidade dos atos normativos. Conforme preleciona HORTA:

O texto norte-americano de 1776 e a Declaração francesa de 1789 indicam a profundidade do rompimento com as estruturas políticas anteriores, o que se torna particularmente notado na área do Estado francês dos fins do século XVIII. A sociedade corporativista e estamental é substituída pela sociedade individualista. O súdito cede lugar ao cidadão. A pessoa sem direitos diante do poder absoluto passa a ser titular de direitos subjetivos oponíveis ao poder. A finalidade dos direitos individuais é a limitação efetiva do poder. O contraste com o poder é o traço dominante dos direitos individuais no constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX. (HORTA, 1998, p. 52).

Em virtude desta concepção liberal dos direitos fundamentais, cujo um dos principais expositores é SCHMITT, os direitos fundamentais assumem a qualidade de direitos individuais do homem livre frente ao Estado.^[30] Os direitos fundamentais, segundo NARANJO DE LA CRUZ são, no constitucionalismo liberal, aqueles que valem como anteriores e superiores ao Estado, a quem compete reconhecê-los e protegê-los como dados existentes antes de sua origem. Constituem esferas de liberdade, das quais resultam direitos de defesa.”^[31]

O constitucionalismo liberal alicerçava-se sobre dois pilares essenciais, quais sejam, os direitos fundamentais como limites conformadores do poder estatal face ao indivíduo e a separação de poderes como mecanismo interno de controle recíproco entre os poderes Executivo, Legislativo e o Judiciário.^[32] O Estado liberal, portanto, assentado nessas premissas, reconhecia e garantia o exercício dos direitos de liberdade aos indivíduos.

A afirmação do constitucionalismo modificou a própria compreensão dos direitos fundamentais que, emancipando-se da lei, adquiriram a qualidade de direitos jurídico-constitucionais, com fonte direta e imediata no texto constitucional. Ao conquistarem essa condição, os direitos fundamentais passaram a atuar também como limites aos poderes públicos.

O fenômeno da constitucionalização trouxe importantes reflexos para o ordenamento jurídico, conferindo-lhe sistematicidade e unidade. Em razão deste fenômeno, as normas constitucionais se tornaram fundamento das normas infraconstitucionais integrantes dos diversos segmentos do direito, o que acarretou a relativização da dicotomia entre direito público e direito privado.

As principais cartas constitucionais, influenciadas pelo pensamento liberal-burguês assumiram contornos individualistas, especialmente ao se limitarem a garantir proteção dos direitos à vida, liberdade e, de forma acentuada, ao direito de propriedade. PEREZ LUÑO, ao realizar uma análise crítica deste

momento histórico, tece as seguintes considerações sobre o processo de elaboração dos textos constitucionais, salientando a relatividade do alcance dos direitos fundamentais consagrados:

A maior parte dos textos constitucionais deste período correspondem a uma marcada ideologia individualista. Disso que os direitos do homem, que com tanta generosidade e amplitude formal que estes documentos recorrem, não sejam direitos de todos os homens – recorde-se que a maior parte das constituições desta época estabelece o sufrágio censitário – mas sim os do homem burguês, para quem o direito de propriedade privada tem o caráter de inviolável e sagrado, que expressamente proclama o artigo 17 da Declaração de 1789. Os direitos proclamados naqueles textos eram considerados patrimônio do indivíduo em sua condição pré-social. (PEREZ LUÑO, 2007, p. 38, tradução nossa).

Durante o constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais eram concebidos única e exclusivamente como limites à atuação estatal, considerados direitos públicos subjetivos, constituindo verdadeiros obstáculos à ingerência estatal na esfera privada de liberdade dos indivíduos, criando rígida fronteira entre Estado e Sociedade e uma dicotomia entre as esferas pública e privada. Conforme salienta SARMENTO, a concepção liberal dos direitos fundamentais foi responsável por dar origem a dois diferentes sistemas de proteção dos direitos, que assim se configuravam:

Nas relações entre Estado e indivíduo valia a Constituição, que limitava os governantes em prol da liberdade individual dos governados, enquanto, no campo privado, o Código Civil desempenhava o papel de constituição da sociedade civil, juridicizando as relações entre particulares de acordo com regras gerais, supostamente imutáveis, porque fundadas nos postulados do racionalismo jusnaturalista, que tinham seu centro gravitacional na idéia de autonomia privada. (...) Na lógica do Estado liberal, a separação entre Estado e sociedade traduzia-se em garantia da liberdade individual. O Estado deveria reduzir ao mínimo sua ação, para que a sociedade pudesse se desenvolver de forma harmoniosa. Entendia-se, então, que sociedade e Estado eram dois universos distintos, regidos por lógicas próprias e incomunicáveis, aos quais corresponderiam, reciprocamente, os domínios do Direito Público e do Direito Privado. No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade. (SARMENTO, 2008, p. 12). [\[33\]](#)

Com o passar do tempo, entretanto, verificou-se que a mera garantia de direitos de cunho liberal, denominados por muitos teóricos de liberdades negativas, ou direitos de primeira geração, não era suficiente para conferir uma efetiva proteção do indivíduo. Isto porque, ao contrário do apregoado pela concepção individualista do constitucionalismo liberal, os homens não são seres iguais, mas sim, desiguais por natureza. Era necessário, além de conferir proteção aos direitos liberais, conferir aos indivíduos as condições materiais para usufruírem desses direitos, mediante a proteção dos direitos sociais e econômico.

A grande prova de que a mera garantia dos direitos fundamentais de acepção liberal era insuficiente para atender aos anseios da sociedade e disciplinar os interesses humanos, encontra-se consubstanciada no fato de que este pensamento individualista, sem sombra de dúvidas, contribuiu de forma decisiva para a eclosão dos dois principais eventos bélicos do século XX e, especialmente, para a crise econômica mundial de 1929. Surge, a partir de então, movimento tendente garantir os denominados direitos sociais e econômicos, mediante o processo de positivação, o que ocorrerá com o advento e desenvolvimento do constitucionalismo social, verificado no período entre guerras do século XX.

O primeiro passo, consistente na ruptura promovida com o absolutismo e advento do constitucionalismo liberal havia se concretizado. [34] Os direitos fundamentais de cunho liberal, caracterizados como liberdades públicas negativas, passaram a desempenhar a importante função de impor limites à ingerência estatal na esfera privada dos indivíduos, na qual a autonomia privada desempenha o papel de alicerce para o desenvolvimento das relações jurídicas entre particulares.

A despeito dos progressos obtidos com o advento do constitucionalismo liberal, com o passar do tempo, em razão da intensificação das relações sociais, o desenvolvimento do processo de industrialização e do capitalismo, a realidade apresentou sinais de que a mera garantia dos direitos liberais seria insuficiente para atender aos novos anseios sociais e, especialmente, para proteger a dignidade humana.

O desenvolvimento do capitalismo sob os alicerces do liberalismo econômico e do individualismo burguês, assentando na extremada garantia da liberdade e propriedade, bem como na garantia de uma igualdade meramente formal entre os indivíduos, criaram cenário propício para a proliferação e acentuação das relações de exploração do homem pelo próprio homem, problema que o modelo absenteísta de Estado não tinha como resolver. [35]

A humanidade presenciou durante as primeiras décadas do século XX o verdadeiro esfacelamento do tecido social. A eclosão das duas grandes guerras mundiais e da crise econômica mundial de 1929, o aumento das desigualdades sociais, a concentração de capital, o enfraquecimento da proteção aos direitos fundamentais, eventos relacionados ao desenvolvimento irracional do capitalismo, apontaram a necessidade de mudanças. Nesse sentido, destaca NETTO:

A vivência daquelas idéias abstratas que conformavam o paradigma inicial do constitucionalismo logo conduz à negação prática das mesmas na história. A liberdade e igualdade abstratas, bem como a propriedade privada terminaram por fundamentar as práticas sociais do período de maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história, possibilitando o acúmulo de capital jamais visto e as revoluções industriais. Idéias socialistas, comunistas e anarquistas começam a colocar agora em xeque a ordem liberal e a um só tempo, animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles se reforçam com a luta pelos direitos coletivos e sociais. (NETTO, 1999, p.479).

Diante do cenário constituído, inúmeras críticas foram formuladas em desfavor do exacerbado individualismo que caracterizou o constitucionalismo liberal. A necessidade de uma imediata reformulação do constitucionalismo à época vigente era latente, objetivando promover a redução das desigualdades sociais, eliminar o cenário de extrema exploração de um homem pelo outro e proteger a dignidade humana. Positivar os direitos de liberdade e propriedade sem criar os meios necessários para que os indivíduos tenham acesso aos referidos direitos, os tornaria desprovidos de efetividade. Conforme assevera PEREZ LUÑO:

Ao longo do século XIX o proletariado vai adquirindo protagonismo histórico, a medida que avança o processo de industrialização, e quando desenvolve uma consciência de classe reivindica alguns direitos econômicos e sociais frente aos clássicos direitos individuais, fruto do triunfo da revolução liberal burguesa. A partir de então o direito ao trabalho, aos seus frutos e a seguridade social passam a ser as novas exigências, cuja proteção jurídica se

reclama. Sob este aspecto se pode considerar com a carta destes novos direitos o Manifesto Comunista, redigido por Marx e Engels no ano de 1848. (PEREZ LUÑO, 2007, p. 38, tradução nossa).

Diversos foram os movimentos contra o liberalismo econômico que contribuíram para o aperfeiçoamento da teoria dos direitos fundamentais, dentre os quais se destacaram o pensamento marxista^[36], o socialismo utópico^[37] e a doutrina social da Igreja Católica, os quais propugnavam, a despeito de suas divergências, a necessidade de promoção de reformas sociais, especialmente destinadas a eliminar as desigualdades sociais latentes e proteger a classe operária, o que seria possível mediante a positivação de direitos sociais, incorporando-os aos textos constitucionais. Sobre esse processo de ruptura com as bases ideológicas do constitucionalismo liberal, destaca HORTA:

O crescimento, na ordem econômica, e a amplitude do poder nacional, na ordem política, vão alterar, nas constituições elaboradas nos dois períodos pós-bélicos do século XX, a posição do indivíduo diante do poder. A liberdade-resistência, que exprime uma atitude de hostilidade e de desconfiança em face do poder, será temperada pela liberdade-participação, que procura aproximar o indivíduo do Estado, para solucionar os problemas concretos e angustiantes do homem moderno. A solidariedade social reclama do Estado o atendimento de obrigações positivas. O comportamento negativo, dominado pela proibição de fazer o que pudesse prejudicar o livre desenvolvimento dos direitos individuais, vai ser gradualmente substituído pela obrigação de fazer, a fim de minorar os sofrimentos e atender às necessidades do homem. Direito à subsistência, direito ao trabalho, direito à assistência e à previdência, direito à instrução, direito à habitação, direito ao emprego são os novos direitos do homem. Os textos constitucionais registram o acréscimo e a complementação. A segurança social deve conviver com a liberdade individual. A ação dos governos passa a ser admitida como necessária. (HORTA, 1998, p. 52-23).

A convicção de que era necessário garantir os direitos sociais e econômicos como forma de reduzir as desigualdades entre os homens e, conseqüentemente, possibilitar que os indivíduos efetivamente desfrutassem dos direitos individuais logo se disseminou.^[38] Destaca-se, a título de exemplo, o advento da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador Explorado, um dos alicerces da Revolução Soviética de 1917, que trouxe avanços para a teoria dos direitos fundamentais ao prever a necessidade de proteção dos direitos sociais, mas, infelizmente, retroagiu ao simplesmente ignorar a igual necessidade de proteção dos direitos individuais. Segundo preleciona NARANJO DE LA CRUZ:

A teoria dos direitos fundamentais do Estado Social se centra nos pressupostos sociais do exercício da liberdade. Pretende superar, pois, o desdobramento entre a liberdade jurídica e a liberdade real, próprio da teoria liberal, em favor de uma compreensão do mesmo que abranja também pretensão face ao Estado de prestações sociais. (NARANJO DE LA CRUZ, 2000, p. 49, tradução nossa).

A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira carta constitucional na qual foram inseridos preceitos destinados a proteger os direitos individuais e, concomitantemente, os direitos sociais e econômicos, em uma tentativa de promover a conciliação entre interesses de aceção individual e coletiva.^[39] SARMENTO, ao dissertar sobre o processo de positivação dos direitos sociais e econômicos, mediante sua incorporação nos textos constitucionais, tece relevantes considerações sobre a importância da democratização política para o processo de ampliação dos direitos fundamentais:

A democratização política romperia a hegemonia absoluta da burguesia no Parlamento, abrindo caminho, no plano político, para a afirmação das necessidades dos extratos mais desfavorecidos da população. Surge então, na virada para o século XX, o Estado de Bem Estar Social, e com ele a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população (direito à saúde, à previdências, à educação, etc.) Estes novos direitos penetram nas constituições a partir da Carta mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919. (SARMENTO, 2008, p. 18).

O grande marco para o constitucionalismo social foi, inquestionavelmente, o advento da Constituição de Weimar de 1919, a qual trouxe em seu conteúdo extenso rol de direitos fundamentais, com especial ênfase para os direitos sociais e econômicos, o que fez com ela se tornasse modelo inspirador para diversos outros textos constitucionais, dentre as quais se destacam as cartas constitucionais de Espanha (1931), Brasil (1934), Itália (1947), França (1958), Portugal (1976). De acordo PEREZ LUÑO:

A Constituição de Weimar foi, durante muito tempo, o texto inspirador das cartas constitucionais que intentaram conjugar seu sistema de direitos fundamentais, as liberdades, com os direitos econômicos, sociais e culturais. Esta orientação se reflete em nossa Constituição republicana de 1931 (Constituição Espanhola), assim como na maior parte do constitucionalismo surgido após o fim da Segunda Guerra Mundial (...). Quiçá, um dos traços distintivos destes textos seja, precisamente, a ampliação do estatuto dos direitos sociais, objetivando satisfazer as novas necessidades de caráter econômico, cultura e social que conformam o signo definatório de nossa época. (PEREZ LUÑO, 2007, p. 40, tradução nossa).

O constitucionalismo social, portanto, promoveu a ruptura com o modelo absenteísta para assimilar o modelo assistencialista de Estado, considerado, por diversos teóricos, como um modelo estritamente paternalista, justamente em razão da massiva constitucionalização de direitos sociais e econômicos, tais como o direito à saúde, trabalho, previdência, moradia, educação, os quais, por sua natureza, pressupõem prestações positivas do Estado, o que faz com que tais direitos também sejam denominados liberdades positivas.^[40] Conforme salientado por GALDINO:

O traço marcante desta decantada evolução institucional é justamente o reconhecimento de determinados direitos, chamados então econômicos e sociais – tidos, sob o prisma intelectual, como heranças dos movimentos socialistas e da doutrina social da Igreja Católica, e que tem por marcos históricos institucionais a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição alemã de Weimar de 1919; São direitos cuja a observância depende de uma prestação positiva do Estado. (GALDINO, 2005, p. 154).

A concepção assistencialista ou paternalista atribuída ao constitucionalismo social, caracterizado pela ampla proteção aos direitos sociais e econômicos, fez com que esta forma de organização estatal também fosse conhecida como Estado de Bem-Estar Social. Um dos principais alicerces do Estado de Bem-Estar social a ideologia econômica de KEYNES^[41]. Segundo o pensamento econômico keynesiano, que adotava a premissa de que o mercado era incapaz de gerir seu próprio desenvolvimento, o Estado deveria interferir no mercado para promover a eficiência econômica, mediante a adoção de políticas destinadas a incentivar o consumo, de promoção do pleno emprego e desenvolvimento social.^[42]

O constitucionalismo social, a despeito de sua inquestionável contribuição para a teoria dos direitos fundamentais, tornando visível a necessidade de garantir aos indivíduos a proteção de direitos sociais e

econômicos, como forma de eliminar a desigualdades entre os homens, não ficou imune às críticas, especialmente em decorrência dos indesejáveis reflexos que o modelo assistencialista de Estado trouxe para as contas públicas, bem como os perniciosos efeitos que produziu sobre a liberdade conferida aos homens.^[43]

De fato, o que se verificou após o advento do constitucionalismo social foi o aumento do aparelhamento estatal, o endividamento do Estado, a exacerbação das competências atribuídas ao Executivo com o respectivo atrofiamento dos poderes normativos inerentes ao Legislativo. Conforme destaca GALDINO, o constitucionalismo social acarretou uma série de conseqüências indesejáveis para a organização estatal, inclusive para a democracia, pois conforme ressalta:

O Poder que mais se fortalece é o Executivo, pois cabe a ele instrumentalizar a intervenção do Estado na economia. É ele quem se torna o verdadeiro Leviatã, com seu gigantismo e sua lógica tecnocrática. Por ser mais ágil, e detentor de maior capacidade técnica, o Executivo acaba absorvendo parcela dos poderes normativos tradicionalmente afetos apenas ao Parlamento, que vê suas competências comprimidas no Estado Social, desequilibrando a famosa equação engendrada por Montesquieu. Este predomínio da tecnocracia no Estado Social produz efeitos deletérios sobre a democracia. Na medida em que se aprofunda a distância entre governados e governantes, e declina a importância das instituições representativas na estrutura estatal, a relações de cidadania se converte numa relação paternalista de clientela. (GALDINO, 2005, p. 23).

No que concerne à proteção dos direitos fundamentais, a ampla positivação dos direitos sociais e econômicos nos textos constitucionais, que levou diversos teóricos como CANOTILHO^[44] a denominá-las Constituições Dirigentes, também ocasionará efeitos indesejáveis. Isto porque, a desmedida ambição em promover a positivação dos mais diversos direitos fundamentais de cunho social, acabou por inviabilizar que estes se tornassem efetivos na prática.^[45] O texto constitucional acaba por ser um conjunto de promessas não cumpridas, frustrando expectativas e anseios da sociedade, disseminando a descrença na efetividade do texto constitucional. Os textos constitucionais se tornam o que teóricos como LOEWENSTEIN^[46] e LASSALE^[47] denominam de Constituições nominalistas.^[48] FERREIRA FILHO salienta o processo de evolução dos direitos fundamentais face à modificação das pretensões e anseios da sociedade, ao assim prelecionar:

O reconhecimento dos direitos sociais não pôs termo à ampliação do campo dos direitos fundamentais. Na verdade, a consciência de novos desafios, não mais à vida e a liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e a solidariedade entre os seres humanos de todas as raças e nações redundou no surgimento de uma nova geração - a terceira - de direitos fundamentais. São estes chamados, na falta de melhor expressão, de direitos de solidariedade. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 57).

O desenvolvimento da globalização econômica, caracterizada pelo encurtamento das distâncias em razão dos grandes avanços tecnológicos, especialmente na seara das telecomunicações, e a conseqüente pulverização das fronteiras nacionais, dentre outros eventos, como a crise do petróleo da década de 70, que desencadearam novos conflitos bélicos, acentuaram a reformulação do constitucionalismo social. A sociedade, seus anseios e aspirações já haviam se modificado. Era necessário repensar o constitucionalismo e, conseqüentemente, reformular a teoria dos direitos fundamentais.

1.2.3 – Os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito

A historicidade inerente aos direitos fundamentais demonstrou, ao longo do tempo, a necessidade de, novamente, se reformular as bases do constitucionalismo. O modelo assistencialista de Estado, cerne do constitucionalismo social, tinha por principal desiderato reduzir as desigualdades sociais entre os indivíduos, na tentativa de promover a igualdade material e não apenas formal entre os homens, mediante a garantia de direitos de natureza prestacional, tais como saúde, educação, moradia, trabalho.

O desenvolvimento das relações sociais, o aumento e envelhecimento da população, o surgimento de novas demandas sociais em razão do processo de democratização política, contribuíram para a majoração das pretensões sociais, tornando evidente a incapacidade do Estado em consecutir todos os anseios de uma sociedade em visível processo de expansão. Diante da insuficiência estatal em garantir todos os direitos sociais, deu-se início, sob o viés econômico, ao processo de reformulação da organização estatal^[49]. Segundo GALDINO:

Em realidade, os direitos sociais consistiam em privilégios específicos de determinadas classes de trabalhadores politicamente influentes, excluindo-se muitas outras (como os desde sempre marginalizados trabalhadores rurais, por exemplo), e eram decorrentes de alianças setoriais. Não é o Estado fundando na cidadania, mas a cidadania dependente do Estado. Ainda assim, convém ressaltar que a tutela dos direitos restringia-se a direitos sociais trabalhistas (e, eventualmente previdenciários), não englobando outras situações jurídicas que são entendidas como direitos sociais, como sejam o direito à saúde, direito à moradia, direito à educação e assim por diante. (GALDINO, 2005, p. 173).

O pensamento neoliberal, cujo principal precursor foi HAYEK^[50], se difunde como uma solução. De acordo com pensamento neoliberal, as políticas de intervenção estatal nas relações econômicas privadas, na tentativa de planificar a conduta humana e redistribuir riquezas, trazia consigo nefastas conseqüências para a liberdade individual, força motriz da sociedade. A partir dessas premissas neoliberais, diversas organizações estatais deixam de ser estritamente interventoras e assistencialistas, para adotar um modelo de organização estatal com feições meramente regulatórias, o que foi possível a partir da criação das denominadas agências reguladoras.

A incorporação dos ideais do pensamento neoliberal na forma de organização e gerência do poder estatal tem como um de seus principais efeitos o distanciamento do Estado de grande parte das relações econômicas privadas. O Estado restitui à iniciativa privada o exercício daquelas atividades econômicas anteriormente estatizadas consideradas desprovidas de maior importância e mantém-se no exercício ou controle daquelas atividades econômicas que estejam diretamente vinculadas e representem interesses do Estado, seja por questões de soberania. É o que destaca SARMENTO, ao atribuir ao Estado um papel subsidiário:

Trata-se de um Estado subsidiário, que restitui à iniciativa privada o exercício de atividades econômicas às quais vinha se dedicando, através de privatizações e reengenharias múltiplas. De um Estado que também vai buscar parcerias com a iniciativa privada e com o terceiro setor, para a prestação de serviços públicos e desempenho de atividades de interesse coletivo, sempre sob a sua supervisão e fiscalização. É um Estado que não apenas se retrai,

mas que também modifica sua forma de atuação, e passa a empregar técnicas de administração consensual. Ao invés de agir coercitivamente, ele tenta induzir os atores privados, através de sanções premiais ou outros mecanismos, para que adotem os comportamentos que ele deseja. As normas jurídicas que este Estado produz são muitas vezes negociadas em verdadeiras mesas-redondas, e o Direito se torna mais flexível, sobretudo para os que detêm poder social. (SARMENTO, 2008, p. 33).

No que tange ao processo de evolução dos direitos fundamentais, a nova sociedade globalizada de massas passa a exigir a proteção dos interesses de toda a coletividade, integrada nacional e internacionalmente. E nesse contexto que passam a ser reconhecidos e incorporados aos textos constitucionais os denominados direitos de solidariedade^[51] ou fraternidade, caracterizados por serem direitos de natureza eminentemente coletiva e difusa, tais como o direito ao meio ambiente, direito do consumidor, direito a proteção do patrimônio histórico e cultural. Conforme destaca VALE:

Uma das perspectivas atuais é o desenvolvimento de um novo tipo de direitos, os direitos de solidariedade, que não podem ser pensados exclusivamente dentro da relação clássica liberal entre indivíduo e Estado. Não são direitos de defesa, nem direitos a prestação, dirigidos principalmente ao Estado, mas formam um complexo de todos eles. São direitos circulares, possuidores de uma horizontalidade característica e uma fortíssima dimensão objetiva, pois protegem bens que, embora possam ser usufruídos de forma individual, são também comunitários, dos quais todos são titulares. (VALE, 2004, p. 53).

O processo de incorporação dos direitos de solidariedade ou fraternidade nos textos constitucionais, bem como de releitura e conformação do conteúdo dos direitos liberais e sociais, são destacados por NETTO, que descreve as alterações ocorridas no Estado Democrático de Direito após o reconhecimento da necessidade de se conferir proteção aos direitos de solidariedade ou fraternidade. De acordo com o autor:

O Estado interventor transforma-se em empresa acima de outras empresas. As sociedades hipercomplexas da era da informação ou pós-industrial comportam relações extremamente intrincadas e fluidas. Tem lugar aqui o advento dos direitos de 3ª geração, os chamados interesses ou direitos difusos, que compreendem os direitos ambientais, do consumidor e da criança, dentre outros. São direitos cujos titulares, na hipótese de dano, não podem ser clara e nitidamente determinados. O Estado, quando não diretamente responsável pelo dano verificado foi, no mínimo, negligente no seu dever de fiscalização ou de atuação criando uma situação difusa de risco para a sociedade. A relação entre o público e o privado é novamente colada em xequê. Associações da sociedade civil passam a representar o interesse público contra o Estado privatizado ou omissor. Os direitos de 1ª e 2ª geração ganham novo significado. Os de 1ª são retomados como direitos (agora revestidos de uma conotação sobretudo processual) de participação no debate público que informa e conforma a soberania democrática de um novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e seu Direito participativo, pluralista e aberto. (NETTO, 1999, p. 481).

No constitucionalismo democrático de direito, há uma aproximação entre Estado e sociedade. A sociedade civil, antes em uma postura passiva e considerada cliente do modelo constitucionalismo social, adquire uma posição ativa no processo de defesa dos interesses públicos, através da exigência de efetiva abertura do processo democrático de debate para definir as pretensões e interesses a serem tutelados pelo Estado, bem como mediante a constante exigência de que os direitos fundamentais sejam respeitados. A partir da democracia participativa e sua relação com a conformação dos direitos fundamentais e do constitucionalismo que GALUPPO tece as seguintes considerações:

Então podemos dizer que os Direitos Fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático. Ao afirmarmos trata-se dos direitos que os cidadãos precisam reconhecer uns aos outros, e não que o Estado precisa lhes atribuir, tocamos no próprio núcleo do Estado Democrático de Direito, que, ao contrário do Estado Liberal e do Estado Social, não possui uma regra pronta e acabada para a legitimidade de suas normas, mas reconhece que a democracia é não um estado, mas um processo que só ocorre pela interpenetração entre autonomia privada e autonomia pública que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legitimidade. (GALUPPO, 2003, p. 237).

STRECK ao analisar o constitucionalismo democrático de direito, salienta o papel a ser desempenhado por ele no que tange a efetivação dos direitos fundamentais, destacando sua responsabilidade em retomar a busca pela efetivação de direitos liberais e sociais que não passaram de vãs promessas durante os constitucionalismos anteriores. Segundo preleciona o autor:

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais-sociais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidade para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como a igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. (STRECK, 2002, p. 51).

GOMES também ressalta a importância do papel conferido à sociedade civil e ao cidadão na busca pela promoção da efetiva concretização dos direitos fundamentais, ao destacar que:

Inegavelmente, no Estado Democrático de Direito, a sociedade civil, por meio de seus diversos segmentos organizados, deve estar cada vez mais preparada para bem compartilhar, de forma mais ativa e direta, com os órgãos governamentais, a busca da efetiva concretização dos direitos fundamentais, apontando soluções e colaborando na execução de tarefas em prol do bem comum. Desse modo, cada cidadão sentirá responsável, como co-partícipe, pela eficácia das decisões políticas que forem tomadas, e orientará sua atuação, como membro de uma sociedade pluralista, em sintonia com o ideal de justiça que lhe possibilitará a realização de seu projeto pessoal de vida e, por consequência, o gradual desenvolvimento do país nas mais diversas dimensões. (GOMES, 2003, p. 135-136).

Neste contexto em que há a aproximação de Estado, sociedade civil e cidadão a concepção de cidadania adquire novos contornos. A concepção formal, preocupada muito mais com a regularidade do procedimento do que com o conteúdo das decisões tomadas, dá lugar a uma concepção contemporânea de cidadania, eminentemente democrática e participativa, na qual o indivíduo assume a posição de agente transformador da realidade social na qual ele está inserido, mediante a garantia de sua efetiva participação nos processos decisórios.

1.3 – Uma nova perspectiva para os direitos fundamentais – A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

O desenvolvimento das relações capitalistas, o desmedido acúmulo de capitais pelos agentes econômicos, o agravamento das desigualdades sociais entre os indivíduos e o afastamento do estatal das relações de mercado, especialmente em razão da incorporação dos pensamentos neoliberais, são fatores que

fomentaram e fortaleceram o surgimento de um importante fenômeno social em nossa contemporaneidade, que se verifica desde o constitucionalismo social, qual seja, o exercício do poder social^[52], também denominado de poder sócio-econômico ou poderes privados^[53], por determinados agentes ou grupos econômicos no âmbito de suas relações jurídicas com os indivíduos.

Conforme salienta VALE^[54], o fenômeno do poder privado já era conhecido no processo de transição do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social, haja vista sê-lo um dos principais motivos que conduziram ao reconhecimento de que era necessário o Estado intervir e equalizar as relações jurídicas entre particulares, mediante a garantia de direitos fundamentais de cunho social e econômico, protegendo os indivíduos mais fracos, uma vez que, conforme ressaltado por BOCKENFORDE, o direito formal e igual para todos tende a tornar os fortes ainda mais fortes e os débeis ainda mais débeis.

Com a reformulação do constitucionalismo social, na tentativa de reduzir o inchaço do aparelhamento estatal e sanar o elevado endividamento público, iniciou-se o processo de desestatização de determinadas atividades econômicas, através da adoção de políticas de privatização, bem como se verificou a adoção de inúmeras políticas de afastamento do Estado das relações econômicas. Abandonou-se o modelo estritamente intervencionista e assistencialista, para se adotar um modelo subsidiário de intervenção, assentado no exercício pelo Estado de sua competência regulamentar para disciplinar, restringir e estabelecer metas aos particulares para o exercício de atividades econômicas.

Diante deste novo cenário econômico e jurídico constituído, tem se verificado o crescente recrudescimento e concentração do poder social nas mãos dos agentes econômicos. De fato, o exercício do poder social pelos agentes econômicos no âmbito de suas relações jurídicas particulares traz consigo reflexos e sérias implicações para a teoria dos direitos fundamentais, tornando necessária sua reformulação, haja vista que, constata-se que não somente o poder público, mas também os poderes privados constituem uma ameaça aos direitos fundamentais, em razão de sua inquestionável capacidade de impor limites e restrições ao seu exercício, até ao ponto de ocasionar a sua supressão, conforme destaca SARLET:

Com efeito, com a ampliação crescente das atividades e funções estatais, somada ao incremento da participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares – assim como os demais bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional – não carecia apenas de proteção contra ameaças oriundas dos poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, advindas da esfera privada. Na verdade, cumpre assinalar que, se o Estado chegou a ser considerado o destinatário exclusivo dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, não há como negar que as ameaças resultantes do exercício do poder social e da opressão sócio-econômica já se faziam sentir de forma aguda no auge do constitucionalismo liberal-burguês, bastando aqui uma breve alusão às conseqüências da revolução industrial, cujo primeiro ciclo teve início justamente quando eram elaboradas as primeiras Constituições escritas e – ao menos no âmbito europeu – quando se vivenciava o apogeu desta primeira onda do constitucionalismo, no âmbito do qual, de resto, foram reconhecidos – ao menos sob o prisma formal – os primeiros direitos fundamentais. (SARLET, 2000, p. 63-64).

A constatação de que os poderes privados também constituem ameaças aos direitos fundamentais reflete sobre a própria imagem destes, tornando necessária a reformulação da concepção que lhes atribui apenas natureza de liberdades públicas, de direitos de defesa dos indivíduos, com a função precípua de protegê-los contra as indevidas ingerências estatais no âmbito de sua esfera privada, no exercício dos direitos fundamentais à liberdade, propriedade, intimidade, integridade. Exsurge, portanto, no âmbito da

teoria dos direitos fundamentais, um novo olhar, uma nova perspectiva de compreensão dos direitos fundamentais, qual seja, a da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, a teor do que preleciona SARLET:

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, exerciam – ou, pelo menos, eram concebidos desse modo – a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito da sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade físicas etc.), alcançando, portanto, relevância apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, assim como entre o público e o privado, no assim denominado Estado Social de Direito tal configuração restou superada. (SARLET, 2000, p. 630).

De fato, conforme destacado por STEINMETZ, com o desenvolvimento da sociedade capitalista, pessoas e grupos econômicos passaram a deter os poderes político, econômico e ideológico, bem como a desenvolver lutas de poder e pelo poder, às vezes, conjuntamente com o Estado, mediante atos de aliança, e, outras vezes, contra o próprio Estado.^[55] Estes atores sociais passaram, ao longo dos anos, a serem detentores da capacidade de condicionar, restringir ou mesmo eliminar a liberdade de outros indivíduos ou grupos.^[56]

Neste contexto, em que particulares passaram a deter o poder, em suas diferentes naturezas, e utilizá-lo em suas relações jurídicas com outros indivíduos, condicionando, restringindo ou eliminando direitos, este novo enfoque acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares adquiriu maior relevo e importância no seio da doutrina e da jurisprudência, relevância demonstrada pela seguinte indagação levantada por CANOTILHO:

Em termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não devem ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais e colectivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados? (CANOTILHO, 2003, p.1151)

SARMENTO sustenta interessante entendimento segundo o qual, desde o advento das teorias contratualistas, os direitos fundamentais também tinham por objetivo a proteção dos indivíduos em relação aos seus semelhantes, destacando, inclusive, que esta é uma das justificativas para a existência do Estado, que teria sido criado através do contrato social com o dever de proteger os direitos fundamentais das violações ocasionadas por particulares e por ele próprio. Na esteira de seu pensamento:

Sem embargo, a própria origem contratualista das teorias sobre os direitos humanos induz a idéia de que, na concepção dos filósofos inspiradores do constitucionalismo, tais direitos também valiam no âmbito das relações privadas. De fato, se os direitos eram naturais e precediam a criação do Estado, é evidente que eles podiam ser invocados nas relações privadas, até porque, num hipotético Estado de Natureza, inexistiria poder público. Sob esta ótica, a criação do Estado através do contrato social não desvirtuava tal situação, pois o que justificava o poder estatal era exatamente a necessidade de proteção dos direitos do homem, em face de seus semelhantes. Portanto, nas doutrinas jusnaturalistas, os direitos naturais valiam *erga omnes*, sendo concebidos como direitos de defesa do homem também em face de outros indivíduos e não apenas do Estado. (SARMENTO, 2008, p. 12).^[57]

PEREZ LUÑO destaca ainda que:

Em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais determinam o estatuto jurídico dos cidadãos, da mesma forma em suas relações com o Estado e as relações entre si. Tais direitos tendem, portanto, a tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança da pessoa não só frente ao poder, mas também frente aos demais membros do corpo social. Concebidos inicialmente como instrumentos de defesa dos cidadãos frente a onipotência do Estado, se considerou que os direitos fundamentais não teriam razão de ser nas relações entre sujeitos do mesmo nível onde se desenvolvem as relações particulares. Este pensamento obedecia a uma concepção puramente formal da igualdade entre os diversos membros da sociedade. Mas é um fato notório que na sociedade neocapitalista essa igualdade formal não supõe uma igualdade material, e que nela o pleno desfrute dos direitos fundamentais se vê, em muitas ocasiões, ameaçado pela existência na esfera privada de centro de poder não menos importantes aqueles que correspondem aos órgãos públicos. (PEREZ LUÑO, 2007, p. 22-23, tradução nossa).

O cerne da questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares está, portanto, em definir a medida, a extensão da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas privadas, ou seja, em que medida os particulares estão vinculados aos direitos fundamentais, haja vista que, atualmente, poucos são aqueles que ainda se insurgem contra a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais em suas relações jurídicas privadas, em decorrência do reconhecimento da, hoje, inafastável, força normativa da Constituição. Que estão vinculados, não restam maiores dúvida, cumpre agora definir se está vinculação se dá de forma direta ou indireta. [\[58\]](#)

Os direitos fundamentais, portanto, passam a serem vistos sob um novo olhar, sob uma nova perspectiva, a qual tem por objetivo, justamente conferir-lhes maior efetividade na proteção dos indivíduos e da sociedade. A partir deste novo enfoque atribuído aos direitos fundamentais, amplia-se o lastro protetivo atribuído aos indivíduos, haja vista que, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos apenas como limites a atuação do poder público, para também impor limites aos atos praticados pelos demais sujeitos de direito no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

1.4 - Conclusão

A teoria dos direitos fundamentais, como parte integrante da ciência jurídica, encontra-se em constante processo de evolução, em uma incessante busca para se adequar aos anseios e demandas de uma sociedade em rápida expansão. A historicidade e mutabilidade inerentes aos direitos fundamentais, torna incessante e infindável seu processo de evolução.

O tempo passará, a sociedade sofrerá por profundas transformações, novos direitos serão incorporados aos ordenamentos jurídicos, direitos já assegurados serão reinterpretados e conformados às novas realidades sociais neste importante processo de sua adequação aos anseios e interesses da sociedade. [\[59\]](#) As pretensões humanas se modificarão e, conseqüentemente, novas pretensões de garantia para os direitos fundamentais surgirão.

Nesse complexo cenário de evolução das relações sociais, o fenômeno do poder social ou econômico tornou necessária a reformulação da teoria dos direitos fundamentais, que deverá ser vislumbrada a partir de um novo enfoque, pois ele constituiu séria e inquestionável ameaça aos direitos fundamentais, haja vista a

capacidade que seus detentores possuem de, no âmbito de relações jurídicas privadas, vulnerarem direitos fundamentais de outros particulares.

Diante deste quadro, os direitos fundamentais necessitam serem observados sob um novo olhar, sob uma nova perspectiva, a qual tem por objetivo, conferir-lhes maior efetividade para a proteção dos indivíduos e da sociedade. A partir deste novo enfoque atribuído aos direitos fundamentais, amplia-se o lastro protetivo atribuído aos indivíduos, haja vista que, os direitos fundamentais deixam de ser concebidos apenas como limites a atuação do poder público, para também imporem limites aos atos praticados pelos demais sujeitos de direito no âmbito de suas relações jurídicas privadas.

A definição da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares assume, neste contexto, extrema importância e requer de todos aqueles que se dedicam ao estudo da teoria dos direitos fundamentais especial atenção, impondo um detido e acurado estudo sobre os efeitos da adoção das teorias que versam sobre a temática, principalmente considerando que, ao mesmo tempo em que é necessária a proteção da autonomia privada, também é indispensável conferir a máxima efetividade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Nesse diapasão, indispensável o trabalho a ser desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência nacional e estrangeira no intuito de aperfeiçoar o estudo da eficácia dos direitos fundamentais, na busca de uma solução adequada à temática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, de forma a conciliar a normatividade inerente aos direitos fundamentais, com necessária proteção da autonomia privada, imprescindível às relações de direito privado, preservando a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana, pilares do Estado Democrático de Direito.

Referências

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. La eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales em el ordenamiento español. In: MONTEIRO, Antônio Pinto. *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, 165-212

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMELLA, Victor Ferreres. *La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares*. 2001, Disponível em <http://islandia.law.yale.edu/sela/scomella.pdf>. Acesso em 15 de set. de 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. 488p.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, 380 p.

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In.: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Coord.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 213-250.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O processo de afirmação dos direitos fundamentais: evolução histórica, interação expansionista e perspectivas de efetivação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v.11, n.45, p.109-140, out./dez. 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 112

DE LA CRUZ, Rafael Naranjo. *Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena Fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 2301 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1999. 322p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. 197p.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de história de las constituciones*. Madrid: Universidad Carlos III, Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Trotta, 1996. 165 p.

HORTA, Raul Machado. Constituição e direitos sociais. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, p. 51-74, mar. 1998.

JULIO ESTRADA, Alexei. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2001, 332 p.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

MELLO, Claudio Ari. Os direitos sociais e a teoria discursiva do direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 224, p. 239-284, abr./maio./jun de 2001.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 546 p.

NETTO, Menelick de Carvalho. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, p. 473-486, maio de 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999, 720 p.

PERELMAN, Chaim. *A lógica jurídica e a nova retórica*. Verginia K, Pupi (Trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PEREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey,

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª ed. rev. atual e ampl. 8ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. 503 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v.9, n.36, p.54-104, out./dez. 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 362 p.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Direitos fundamentais do homem nos textos constitucionais brasileiro e alemão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n.º 115, p. 85-138, jul./set. de 1992.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v.35, n.95, p.49-86, set./dez.2002.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito, os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

[1] Assevera PEREZ LUÑO: “*Aí, se da un estrecho nexo de interdependência, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho.*” (2007, p.19)

[2] Conforme destaca MELLO: “*O constitucionalismo está hoje preocupado em entender a abrangência e os limites dos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos e políticos das sociedades contemporâneas e em desenvolver uma dogmática que habilite os juristas a operá-los e torná-los eficazes, e nesse esforço submete claramente a organização do poder estatal aos parâmetros extraídos da teoria dos direitos fundamentais.*” (2001, p. 239)

[3] Nesse sentido preleciona PERELMAN: “*Como o direito tem uma função social para cumprir, não pode ser concebido, de modo realista, sem referência à sociedade que deve reger.*” (2000, p. 241)

[4] Conforme destaca BOBBIO: “*Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes.*” (1992, p. 33)

[5] PERES LUÑO, 2007.

[6] PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1999.

[7] SOARES, 1992, p. 90

[8] Em sentido contrário, COMPARATO destaca a importância das instituições atenienses para o desenvolvimento dos direitos do homem ao assim prelecionar: “*O reconhecimento de que as instituições de governo devem ser utilizadas a serviço dos governados e não para o benefício pessoal dos governantes foi um primeiro passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes a própria condição humana, devem ser reconhecidos a todos e não podem ser havidos como mera concessão dos que exercem o poder.*” (2001, p. 39)

[9] Nesse sentido SOARES, 1992, p. 88

[10] Nesse sentido CANOTILHO, 1993

[11] VILLEY sustenta que, a primeira vez que teria visto a definição para o termo “direito do homem” foi em um excerto da obra *Leviatã* de HOBBS. Conforme destaca o autor: “(‘O direito subjetivo natural – que os escritores têm o hábito de chamar de *ius naturale* – é a liberdade que todo homem possui (each man) de usa seu próprio poder como ele mesmo quiser etc.’) Este texto extraído de *Leviatã* (1651) é o primeiro, que eu saiba, no qual está definido o ‘direito do homem’. Não afirmamos que HOBBS tenha sido o inventor do termo. Mas que em sua obra aparecem em plena luz suas fontes, seu conteúdo e sua função.” (VILLEY, 2007, p. 142)

[12] Nesse sentido FIORAVANTI: “Ya hemos subrayado que en la edad media falta un poder público rigidamente institucionalizado, capaz de ejercitar el monopolio de las funciones de imperium y normativas sobre un cierto territorio a él subordinado. De aquí se sigue que el mismo imperium está fraccionado y dividido entre un gran numero de sujetos a lo largo de la escala jerárquica, que va desde los señores feudales de más alto rango hasta cada uno de los caballeros armados y, luego, hasta zonas de aplicación del mismo imperium estrechamente limitadas y circunscritas.” (1996, p. 27)

[13] Cumpre salientar as lições de SOARES, para quem “A Magna Carta de João sem Terra, pode ser reduzida a um pacto entre rei e nobreza, ignorando todo o povo; é a afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal” (SOARES, 1992, p. 88) Em igual sentido (COMPARATO, 2001, p.47)

[14] SOARES, 1992, p. 89

[15] VILLEY apresenta a visão utilitarista dos direitos do homem ao prelecionar que “Ó medicamento admirável – capaz de tudo curar, até as doenças que ele mesmo produziu! Manipulados por HOBBS, os direitos do homem são uma arma contra a anarquia, para a instauração do absolutismo; por LOCKE, um remédio para o absolutismo, para instauração do liberalismo; quando se revelaram os malefícios do liberalismo, foram a justificação dos regimes totalitários e dos hospitais psiquiátricos. Mas, no Ocidente, nosso último recurso contra o Estado absoluto. E, se fossem levados a sério, trazer-nos-iam de volta à anarquia. Ferramenta de mil usos. Usaram-na em proveito das classes operárias ou da burguesia – dos malfetores contra os juizes – das vítimas contra os malfetores. Mas atenção! Cumpre escolher: ou bem de uns, ou bem dos outros. Nunca se viu na história que os direitos humanos fossem exercidos em proveito de todos. O problema com os direitos humanos é que ninguém poderia tirar partido deles senão em detrimento de alguns homens.” (VILLEY, 2007, p. 162)

[16] Salienta MELLO que: “Com efeito, as classificações históricas valeram-se da categoria de gerações de direitos para explicar a evolução dos direitos fundamentais, concepção que poderá ser útil à historiografia do constitucionalismo, mas que passa a errada impressão de que uma geração de direitos substitui ou sucede a anterior, quando todo o fenômeno dos direitos fundamentais na história consiste num permanente acrescentar novas espécies jusfundamentais às já reconhecidas. A história dos direitos fundamentais é uma história de densificação e ampliação, não de sucessão.” (2001, p. 239) No mesmo sentido GOMES: “Denota-se dessa interação expansionista dos direitos fundamentais a necessidade de um abordagem holística, de modo que as distinções entre os mesmos baseadas nas gerações e nas dimensões individuais e coletivas figuram como partimentalizações inadequadas. Assim, além da reafirmação de que todos os direitos humanos são interdependentes e inter-relacionados, a abordagem holística reconhece que todos eles são essenciais, estão sujeitos a violações, e à realização de cada um deles possui caráter instrumental na realização dos demais.” (2003, p. 128)

[17] Nesse sentido é a obra de Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2008). Outros autores também sustentam a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, tais como Fábio Konder Comparato (COMPARATO, 2001)

[18] Segundo preleciona VILLEY, os direitos humanos “foram produtos da filosofia moderna, surgida no século XVII” (2007. p. 137)

[19] Conforme destacado por BOBBIO: “Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado”. (1992, p.31)

[20] “Tesis como la que postulaba, en el seno de la doctrina estoica, la unidad universal de los hombres, o la afirmación cristiana de la igualdad esencial de todos los seres humanos ante Dios, constituyen en el mundo antiguo un aldabonazo para despertar y alentar la conciencia de la dignidad humana. Estas premisas fueron el fermento para el desarrollo, a traves del iusnaturalismo medieval, de la Idea de unos postulados suprapositivos que orientan y limitan, es decir, que actúan como criterio de legitimidad, de quien ejerce el poder.” (PEREZ LUÑO, 2007, p.30)

[21] O grande contributo do estoicismo para o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais estaria assentado no fato de ter o pensamento estoicista, conforme destaca VILLEY “desviado os juristas romanos do método do direito natural; tê-los-ia convidado a prestar mais atenção ao texto positivo, histórico e, ao mesmo tempo, à razão subjetiva do homem e ao raciocínio dedutivo.” (VILLEY, 2005, p.69)

[22] Conforme preleciona SOARES: “A Constituição, no liberalismo clássico, é condição para legitimação do Estado, legitimação das suas instituições e condição de sua estabilidade.” (1992, p. 89)

[23] Destaca PEREZ LUÑO: “Rousseau concibiu a formulación máis célebre de la teoría del contrato social, para justificar mediante ella toda forma de poder en el libre consentimiento halla su expresión em la voluntad general, a cuya formación concurre cada ciudadano en condiciones de igualdad, y que constituye el fundamento de la ley entendida como instrumento para garantizar y limitar la libertad.” (2007, p.32) E, conforme lição de PERELMAN: “Rousseau não identificou o soberano com um monarca todo-poderoso, mas com a nação, com a sociedade política organizada, cuja a vontade geral, aposta às vontades particulares dos cidadãos, decide do justo e do injusto, promulga leis do Estado e distribuirão a justiça.” (2000, p. 22)

[24] SARMENTO, 2008, p. 9

[25] Conforme preleciona COMELLA: “La revolución francesa utilizó al Estado para liberar a los individuos de los restos de feudalismo que persistían en la sociedad. Así, la Asamblea Nacional que em agosto de 1789 aprobó la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, decreto al mismo tiempo la abolición de las estructuras feudales que todavía se mantenían en Francia. La revolución americana, em cambio, fue ante todo um acto de liberación frente al poder estatal, uma revolución que no transformo radicalmente las relaciones entre los particulares, las cuales se desarrollaban ya bajo los esquemas de uma sociedad liberal.” (2001, p.2)

[26] “O positivismo jurídico, oposto a qualquer teoria do direito natural, associado ao positivismo filosófico, negador de qualquer filosofia dos valores, foi a ideologia democrática dominante no Ocidente até o fim da Segunda Guerra Mundial. Elimina do direito qualquer referência à idéia de justiça e, da filosofia, qualquer referência a valores, procurando modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências, consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo o que é subjetivo, portanto arbitrário” (PERELMAN, 2000, p. 91).

[27] Nos termos do artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão; “toda sociedade, na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem constituição.”

[28] PEREZ LUÑO, 2007, p.37.

[29] SARMENTO, 2008, p. 10

[30] Segue texto original, em espanhol, no qual me embasei: “derechos del hombre individual libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado” (SCHMITT, 1982, p. 170.)

[31] Segue texto original, em espanhol, no qual me embasei: “son, en el Estado burgués de Derecho, aquéllos que valen como anteriores y superiores al Estado, que este solo reconoce y protege como dados antes que él. Constituyen esferas de la Libertad, de las que resultan derechos de defensa.” (NARANJO DE LA CRUZ, 2000. p. 40.)

[32] A propósito, cumpre colacionar o antológico conteúdo do artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, segundo o qual “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada não tem Constituição.”

[33] No mesmo sentido VALE preleciona que: “Desse modo, o Estado e a sociedade eram imaginados como dois sistemas distintos, cada um com limites bem definidos, com regulações autônomas e com mínimas relações entre si. A principal fonte de regulação das relações jurídico-privadas era a autonomia privada, uma fonte não estatal, limitando-se o Estado, praticamente, a prestar seu aparato jurisdicional para que os acordos, cujo conteúdo era fixado livremente pelos particulares, fossem respeitados. (2004, p. 35)

[34] No mesmo sentido HORTA: “o individualismo político do constitucionalismo liberal removeu o absolutismo monárquico e esta foi sua grande tarefa histórica” (1998, p. 55)

[35] SARMENTO, 2008, p. 15

[36] Destacam-se as obras de Karl Marx e Engels, principalmente o Manifesto Comunista de 1848.

[37] O socialismo utópico teve como precursores Charles Fourier, Robert Owen e Louis Blanc.

[38] Saliente-se a importante consideração tecida por SARMENTO, segundo o qual “torna-se importante, neste sentido, consignar que não existe qualquer hierarquia entre os direitos individuais e os sociais e econômicos.” (2008, p. 20) No mesmo sentido, COMPARATO, para o qual: “A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifícios dos direitos civis e políticos acaba engendrando, muito rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais.” (1999, p. 305)

[39] Neste sentido (COMPARATO, 2001, p. 184) (PEREZ LUÑO, 2007, p. 39)

[40] Flávio Galdino, com base nas obras de HOLMES e CASS SUNSTEIN, faz a ressalva de que todos os direitos fundamentais demandam prestações estatais, razão pela qual seria incorreta a pressuposição de que os direitos individuais, também denominados liberdades negativas, seriam garantidos a partir da mera abstenção estatal. Conforme preleciona o autor; “E o que se põe diante dos olhos com clareza capaz de ofuscar é a certeza de que todos os direitos subjetivos públicos são positivos. As prestações necessárias à efetivação de tais direitos têm custos e, como tal, são sempre positivas. Não há falar, portanto, em direitos fundamentais negativos ou, o que é ainda pior, em direitos fundamentais gratuitos.” (GALDINO, 2005, p. 346)

[41] John Maynard Keynes.

[42] No mesmo sentido. (SARMENTO, 2008, p. 18)

[43] Ainda de acordo com MIRANDA: *“observam-se no Estado social de Direito fundos sintomas de crise – a chamada crise do Estado-providência, derivada não tanto de causas ideológicas (o refluxo das idéias socialistas ou socializantes perante idéias neoliberais), quanto de causas financeiras (os insuportáveis custos de serviços cada vez mais extensos para populações activas cada vez menos vastas), de causas administrativas (o peso de uma burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (a quebra da competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de proteção social).”* (2002, p. 54)

[44] CANOTILHO, 2003. Segundo sustenta STRECK, o autor português estaria procedendo *“reformulações de seu pensamento”*, pois segundo assevera, em texto recente aquele asseverou que o direito constitucional havia *‘deixado de ser uma disciplina dirigente para se volver em disciplina dirigida’*. (2002, p. 66)

[45] Conforme destaca SAMPAIO *“Canotilho, como Jorg Muller na Alemanha, identifica a Constituição como um plano jurídico-político de transformação social e econômica ou como uma determinação de planejamento ditada por fins, servindo de alternativa à substituições, por meio da força, de uma sociedade injusta por outra mais legítima e igual. Claramente o processo normativo de transformação assumia, desde então, alguns riscos como o de seu cumprimento gradual, pois que as tarefas estatais, inclusive as prestações ligadas ao desenvolvimento dos conteúdos dos direitos sociais, acham-se dependentes da disponibilidade de recursos materiais e econômicos, quando não políticos (embora aqui a normatividade constitucional não a admitisse). Essa ‘reserva do possível’ poderia, contudo, abrir um largo espaço de discricionariedade conformadora aos órgãos estatais que dava lugar a meras declarações exortativas de omissão constitucional ao invés de uma tutela judicial mais efetiva.”* (2004, p. 31)

[46] LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.

[47] LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

[48] As Constituições nominalistas caracterizam-se por serem *“perfeitamente válidas, sob o plano jurídico, mas distante da realidade social”*, em decorrência de sua insuficiente concretização constitucional. (BARACHO, 1985, p. 77)

[49] Conforme destaca GALDINO, a incapacidade do Estado em consecutir de forma ampla e irrestrita os direitos sociais almejados pela sociedade, deu origem ao surgimento de políticas sociais que privilegiavam determinadas categorias sociais. É o que autores como CARVALHO e WOLKMER denominam de estadania. (2005, p. 173)

[50] O autor citado e Friedrich August Von Hayek.

[51] A expressão direitos de solidariedade é atribuída a Karel Vasak, durante a abertura dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem em 1979. De acordo com GUERRA FILHO, os direitos de solidariedade são aqueles *“que impõe ao Estado, e também a outras entidades coletivas da sociedade, o respeito a interesses individuais, bem como coletivos e difusos, à fruição de bens insusceptíveis de apropriação individual, quando integrarem, por exemplo, o patrimônio histórico, cultural e natural comum.”* (2001, p. 112)

[52] Conforme destaca BILBAO UBILLOS: *“Frente a la concepción unidireccional de los derechos de libertad, en el Estado social de derecho se abre paso un nuevo entendimiento de las relaciones Estado-sociedad, que acaba desenmascarando la ficción que vinculada el disfrute de la libertad en la esfera social a la sola afirmación del principio de igualdad jurídica. Hoy como ayer la realidad desmiente la existencia de una paridad en buena parte de los vínculos entablados entre sujetos privados. El Derecho privado conoce también el fenómeno de la autoridad, del poder, como capacidad de determinar o condicionar jurídicamente o de facto las decisiones de otros, de influir eficazmente en el comportamiento de otros, de imponer la propia voluntad. Basta con mirar alrededor y observar atentamente la realidad que nos rodea. Es un hecho fácilmente constatable la progresiva multiplicación de centros de poder privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. Representan en la actualidad una amenaza nada desdeñable para las libertades. El poder ya no está concentrado en el aparato estatal, está disperso, diseminado en la sociedad.”*(2007, p. 166-167)

[53] A referida expressa é utilizada por SARLET (2000, p. 73) e (2007, p.108), que também utiliza o termo poder social.

[54] VALE, 2004, p. 69

[55] STEINMETZ, 2004, p. 85

[56] Mas como definir o poder na atualidade? Noberto Bobbio (2003, p.78), adepto da teoria relacional do poder, cita a importante excerto da obra de Robert Dahl, para o qual *“a influência (conceito mais amplo, no qual se insere o de poder) é uma relação entre atores, na qual um ator induz outros atores a agirem de um modo que, em caso contrário, não agiriam”*.

[57] Em sentido idêntico PECES-BARBA MARTINEZ: *“La distinción entre Derecho público y privado, con la hegemonia de este, como expresión jurídica de la autonomía de la voluntad de la burguesía. Así, los derechos fundamentales en sus primeras etapas se concebían como derechos de los privados, propiedad y libertad, como ‘disfrute pacífico de la independencia individual’ al decir de Constant, que identifica así lo que llama la libertad de los modernos.”* (1999, p. 138)

[58] No mesmo sentido (SARLET, 2000, p.62)

[59] Nesse sentido preleciona PERELMAN: *“Como o direito tem uma função social para cumprir, não pode ser concebido, de modo realista, sem referência à sociedade que deve reger.”* (2000, p. 241)