

CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: INFLUÊNCIAS NA FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CONSTITUTIONALISM AND THE RIGHTS: INFLUENCES ON THEIR FORMATION OF DEMOCRATIC STATE LAW

MARCATO, Gisele Caversan Beltrami¹

RESUMO: Buscou-se traçar um paralelo entre a evolução dos direitos e garantias fundamentais ao longo da história com as Teorias Constitucionais e seus movimentos. Pretende, assim, destacar a importância dos movimentos histórico responsáveis pela quebra de paradigmas, pela sucessão de sistemas, e com eles o nascimento de cada geração/dimensão de direitos. Apontou-se que o catálogo de direitos atuais é resultado direto da evolução humana, que é permanente. Portanto, uma Constituição deve ser elástica o suficiente para refletir as necessidades reais da sociedade que regula. A análise se deu do Constitucionalismo Antigo até o aplicado nos dias atuais, suas principais características, as inovações e contribuições vigentes até hoje. Tão importante quanto os direitos e garantias fundamentais é o processo histórico e sua teorização.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Constituição. Constitucionalismo. Direitos e garantias fundamentais. Evolução histórica. Constituição elástica. Eficácia. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: We sought to draw a parallel between the evolution of fundamental rights and guarantees throughout history with the Constitutional Theories and their movements. Thus seeks to highlight the importance of the historical movements responsible for breaking paradigms, the succession of systems, and with them the birth of each generation / rights dimension. Pointed out that the current catalog of rights is the right result of human evolution, which is permanent. Therefore, a constitution must be elastic enough to reflect the real needs of the society it regulates. The analysis consisted of Constitutionalism Ancient applied until today, its main features, innovations and contributions in force today. As important as the rights and guarantees is the historical process and its theorization.

¹¹ Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelas “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo”, Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela mesma Instituição. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

KEYWORDS: Theory of the Constitution. Constitutionalism. Fundamental rights and guarantees. Historical evolution. Constitution elastic. Effectiveness. State Democratic of Law..

1 INTRODUÇÃO

O Constitucionalismo surge com a busca do homem pela limitação do poder. Até o século XVII, o movimento dominante era o Absolutismo, caracterizado pelo poder desenfreado do déspota autoritário que exercia o poder de maneira arbitrária, oprimindo e abusando da sua autoridade de monarca.

Luiz XV, com a conhecida frase: “O Estado sou eu”, bem exemplifica esse período histórico, em que o poder se confundia com a pessoa de seu detentor, o monarca.

Nesse sentido, o Constitucionalismo surge para quebrar paradigmas, se opondo ao Absolutismo. Essa nova ordem de valores sustenta-se no binômio: governo limitado (separação de poderes) e garantia de direitos.

A separação de poderes, ideia desenvolvida por Montesquieu, surge como meio de se garantir os direitos. Isso porque, de acordo com o filósofo todo aquele que detém o poder de maneira ilimitada tende dele abusar. Daí a tripartição dos poderes como solução para o problema do exercício arbitrário. Exemplo atual é o exercício descomedido da medida provisória, ato normativo utilizado pelo Presidente da República, que não raramente abusava e acaba por legislar não de maneira atípica como deveria.

O Constitucionalismo passou por várias transformações ao longo dos tempos. Pode-se citar cinco etapas distintas desse movimento: Constitucionalismo Antigo, Constitucionalismo Clássico ou Liberal, Constitucionalismo Moderno ou Social, Constitucionalismo Contemporâneo e Constitucionalismo do Futuro.

Essas transformações históricas possibilitam a identificação das gerações de direitos conquistadas no decorrer da história política da humanidade e será analisada de maneira detalhada a seguir.

2 PANORAMA DA RELAÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO COM O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Constitucionalismo antigo

Essa primeira etapa do Constitucionalismo se deu da antiguidade até o final do século XVIII.

Nesse período, uma das experiências constitucionais que influenciaram o movimento foi o Estado Hebreu.

Tratou-se de um Estado Teocrático, onde o poder do monarca era limitado pelas leis divinas. Desse modo, uma das primeiras experiências do Constitucionalismo era a limitação do poder do monarca pela religião (“lei de Deus” – *Torah*).

Essa limitação trazia reflexos importantes na ordem política, como a garantia de direitos pela limitação da atuação do monarca pela forte influência da religião.

Outra característica do período eram as constituições consuetudinárias, pautadas em precedentes e costumes.

CANOTILHO (1997, p.46) define o constitucionalismo antigo, como:

(...) o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.

O conjunto de princípios era o que garantia a existência dos direitos perante o monarca.

Para a doutrina mais tradicional, o Constitucionalismo antigo surgiu com o advento da Magna Carta *Libertatum*, assinada pelo rei João Sem-Terra na Inglaterra em 1215 - um documento que foi imposto ao Rei pelos barões feudais ingleses. Frisa-se que a Magna Carta era dirigida exclusivamente aos barões feudais e não a todo o povo, por isso a crítica de que não seria, propriamente, uma Constituição.

Assim a primeira Constituição seria o Bill of Rights que previa direitos a todos, e influenciou a composição de outras constituições, como a norte-americana, por exemplo.

2.2 Constitucionalismo Clássico ou Liberal

Trata-se do Constitucionalismo que surge com as chamadas “revoluções liberais”. Foi um movimento que dura do final do século XVIII até a 1ª Guerra Mundial.

A passagem do Constitucionalismo Antigo para o Constitucionalismo Clássico ou Liberal é marcada pelo abandono das constituições consuetudinárias para as primeiras constituições escritas, dada a necessidade de se catalogar os direitos que vinham sendo conquistados.

Duas experiências constitucionais marcam esse período. A primeira delas é a promulgação da Constituição Federal Norte Americana de 1787, diploma legal escrito, rígido, formal e dotado de supremacia em relação as demais normas.

Nos Estados Unidos houve a manifestação do Poder Constituinte Originário, que cria, uma Constituição rígida e sintética. Ocorre que, a rigidez da Constituição Americana não lhe retira o caráter principiológico. Tratou-se de um texto essencialmente político, que incorporou a conhecida declaração de direitos “Bill of Rights”.

Ao longo da história a Constituição Norte-Americana apresentou várias modificações, mas através, apenas, da interpretação. O texto constitucional se manifesta através da sua aplicação, que para tanto, se faz necessário a interpretação, que nada mais é do que a técnica por meio do qual se atribui valor a norma posta. Ao passo, que a sociedade se evolui, surgem novos interesses, novos valores, que passam ser usados na interpretação da Constituição, causando, assim, modificações no texto da Constituição.

Por apresentar caráter eminentemente principiológico a Constituição Norte-Americana apresenta um vasto espaço para interpretação, e, portanto, uma elasticidade, ou seja, uma adaptação aos anseios sociais. Dada essa flexibilidade, pode ser classificada como uma constituição plástica.

Toda essa elasticidade não lhe retira a rigidez, isso porque, para altera-la é necessário um processo legislativo, com a participação de todos os

entes federados, muito mais complexo do que o que o processo de alteração de uma lei ordinária. Diante dessa característica Jorge Miranda² afirma que a Constituição Norte-Americana é simultaneamente rígida e elástica.

Essa amplitude de interpretação dada por uma constituição principiológica, o que demarca sua facilidade de adaptação aos anseios sociais, é muito bem explicada pelo professor doutor MAGALHÃES (2005, P. 207):

Vamos tomar uma frase (em português), mas originária da declaração de independência dos Estados Unidos: "TODOS OS HOMENS NASCEM LIVRES E IGUAIS EM DIREITO".

Como o leitor compreende estas palavras hoje, no século XXI? Provavelmente da maneira como a grande maioria das pessoas: todas as pessoas, indistintamente, sem diferenciação em razão de credo religioso, etnia, cor, sexo, origem econômica ou nacional nascem livres e iguais em Direito. Como vemos, a expressão "todos os homens nascem livres e iguais em Direito" conquistou hoje o senso comum de milhões de pessoas em vários lugares do planeta onde há uma Constituição de um Estado nacional relativamente democrático, com um significado que se universalizou. Entretanto para lermos e compreendermos esta frase como a compreendemos hoje foram séculos de história, séculos de conflitos e lenta conquista de direitos.

Essa mesma norma esculpida na Constituição Norte-Americana se analisada no século XVIII, terá outra interpretação. Naquela época a igualdade de direitos era atribuída apenas para o homem branco e protestante. Sendo assim, os valores supremos daquela sociedade, naquela época permitia essa interpretação pelo magistrado.

Daí que o magistrado detinha um poder incalculável, para alguns verdadeira manifestação do poder legislativo.

Por isso que nos Estados Unidos surge também o controle difuso de constitucionalidade com a conhecida decisão, muito citada, proferida em 1803, no caso de Marbury VS. Madison onde o presidente da Corte norte-americana, Marshall, profere a primeira decisão a qual, a rigor, a declarou-se a inconstitucionalidade de uma lei, estabelecendo bases para um controle de constitucionalidade. O Poder Judiciário se fortalece, ainda mais, com a confiança depositada pelo povo.

² MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, pagina 84.

A outra experiência do Constitucionalismo Clássico ou Liberal foi à promulgação da Constituição Francesa de 1789, que trouxe dois grandes valores do Constitucionalismo, que se mantém atuais até os dias de hoje: separação de poderes e garantia de direitos.

A Constituição Francesa impulsiona a derrocada final do Absolutismo.

É dentro do constitucionalismo francês que surge a escola exegese, mais propriamente dito, com o Código Napoleônico, que teve o ápice de seus ideais disseminados no ano de 1830 decaindo no ano de 1880. O pensamento dessa escola era a interpretação das leis deveria ser uma atividade meramente mecânica, sendo que a atribuição de liberdade e subjetivismo ao juiz no momento da aplicação da lei geraria riscos. Para essa escola tratava-se de um privilegio muito perigoso. Diferentemente do constitucionalismo norte americano, na França a figura do juiz era vista com mais cautela.

A importância que se dá a Revolução e a Constituição Francesa dela advinha é a popularização da defesa dos direitos do homem.

E é, exatamente, no Constitucionalismo Clássico que surge a primeira geração de direitos fundamentais.

A expressão “geração de direitos” deu lugar para “dimensão de direitos”, pelo fato de que a primeira denota o sentido de sucessão, dando a ideia de que uma geração substitui a outra, que, por sua vez, é extinta.

Quando se fala em direitos fundamentais a realidade é totalmente contrária a essa ideia de sucessão. Os direitos fundamentais apresentam a historicidade como característica marcante, justamente, pelo fato, de que através das lutas sociais foi-se conquistando variadas categorias de direitos, que foram se somando até que se forma-se um catálogo de direitos indispensáveis na sua individualidade.

Essa ideia de gerações, hoje chamada de dimensões de direitos fundamentais, surgiu em uma palestra proferida por Karel Vazak, diretor do departamento jurídico da UNESCO, em 1979 em uma aula inaugural da Décima Sessão do Instituto Internacional dos Direitos Humanos em Estrasburgo, cujo título era —Pour lês droits de l’homme de la troisième generation.

A ideia de Karel Vazak era, utilizar o lema da revolução francesa (“liberdade, igualdade e fraternidade”), fazer uma relação com os direitos fundamentais: 1ª geração: liberdade, 2ª geração: igualdade, 3ª geração: fraternidade. Para ele, os primeiros direitos fundamentais que surgiram são direitos ligados à liberdade (direitos civis e políticos). Essa primeira geração de direitos surge, justamente, no Constitucionalismo Clássico.

Nesse sentido, BONAVIDES (2008, p. 562-563):

[...] o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. Com efeito, descoberta a fórmula de generalização e universalização, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar -se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo metafísica daqueles direitos, contida no jus naturalismo do século XVIII”.

E, no Brasil, Paulo Bonavides foi o principal responsável pela divulgação do tema.

Através da proto-história dos direitos fundamentais, pode-se afirmar, que se tratam de fruto de lutas históricas, foram conquistado e por eles foi derramado suor e sangue.

Esses direitos não caíram do céu, e não foram dados pelo Estado. Os direitos fundamentais foram conquistados através de lutas histórias.

E a primeira demanda foi os direitos ligados a liberdade. Nesse sentido, importante destacar, a origem remota do Constitucionalismo, que surge para se contrapor ao Absolutismo, tendo como principal reivindicação da liberdade do indivíduo frente ao Estado.

Os direitos de primeira geração apresentam, portanto, caráter negativo, pois exige do Estado um dever de abstenção. O Estado deve frear-se frente ao indivíduo, como meio de garantir sua liberdade.

Surgem os direitos de primeira geração, esses direitos foram os primeiros a serem conquistados. Estão diretamente ligados a luta pela liberdade e segurança diante do Estado.

Os direitos de primeira geração trazem em seu bojo a proibição ao Estado de abuso do poder.

O Estado, deve se limitar, estando proibido de desrespeitar a liberdade de do indivíduo. Trata-se de impor ao Estado obrigações de não fazer, por isso, são também denominados de direitos negativos.

São direitos relacionados às pessoas sob um viés individual, como por exemplo, o direito à propriedade, à igualdade formal (perante a lei), à liberdade de crença, à manifestação de pensamento, à vida.

Conforme dito alhures, são direitos assegurados ao indivíduo em face do Estado. No Constitucionalismo Clássico ou Liberal o único destinatário desses direitos era o Estado. Os direitos de 1ª geração, nesse período, eram oponíveis apenas ao Estado, ou seja, detinham apenas eficácia horizontal. Careciam, portanto, de eficácia vertical.

Oportuno salientar que, mesmo atualmente, nos Estados Unidos, por força da sua tradição liberal, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é aceita majoritariamente. Lá os direitos fundamentais são oponíveis apenas contra o Estado, trata-se da Teoria da *State Action*. Não se fala na observância de direitos fundamentais nas relações privada. O que chega mais perto disso é a Teoria da Public Function, que dispõe sobre a observância dos direitos fundamentais entre particulares, quando ao menos um deles exerça atividade pública.

Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco (2007, p. 272) afirma que, “no Direito Americano, predomina a tese de que os direitos fundamentais são oponíveis apenas ao Estado”.

É nesse período, também, que surge o Estado democrático de direito, influenciado pelas características do estado liberal da época. Desse modo, o liberalismo reforça o Constitucionalismo Clássico com a ideia de limitação do Estado, o fracionamento das funções estatais, e por consequência lógica a garantia de direitos individuais assegurados contra o Estado, que na época eram direitos, basicamente, da burguesia.

O liberalismo econômico com a ideia de um Estado mínimo, de igual maneira cooperou para o Constitucionalismo da época. O papel do Estado liberal era, basicamente, assegurar à ordem e a segurança. Sendo assim, questões sociais e econômicas ficam sob a responsabilidade dos particulares. O Estado se abstinha, nesse sentido também.

Daí a expressão Constitucionalismo Liberal, por ter se desenvolvido em um Estado Liberal, continha seus valores. A ideia principal de um Estado liberal é a abstenção deste em variadas esferas. Assim, do mesmo modo que o Estado não podia interferir na esfera da individualidade de seus cidadãos (por isso a grande expansão dos direitos de primeira geração), também se abstinha das questões sociais e econômicas.

Esses ideais são eficazes em uma sociedade onde todos detem as mesmas condições e oportunidades. A partir do momento em que um passa a ter mais oportunidades que o outro, esse liberalismo tende a aumentar as diferenças, o que faz surgir as classes sociais e entre elas um enorme abismo. Dificilmente alguém de classe econômica conseguiria elevar sua condição econômica em a ajuda estatal, por não ter igualdade de oportunidades.

Por esse motivo, o modelo do Constitucionalismo Liberal, tem sua derrocada, justamente, pelo fato de não garantir os direitos sociais, fazendo surgir o Constitucionalismo Moderno ou Social, que será analisado a seguir.

2.3 Constitucionalismo Moderno ou Social

O Constitucionalismo Moderno, também chamado de Social, surge com o fim da 1ª Guerra Mundial, perdurando até a 2ª Guerra Mundial.

O Estado Liberal é ideal, um verdadeiro Estado perfeito, desde que constituído sob o pressuposto de igualdade entre as pessoas, no sentido de que todos tenham as mesmas oportunidades, onde cada qual conquistará seu espaço dentro da sociedade.

A maioria das Constituições, no que tange, a igualdade, disciplina que todos são iguais perante a lei. Trata-se da igualdade formal, que se consubstancia em nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, ou seja, a

norma deve ser editada em conformidade com a isonomia. Esse preceito é, também, chamado de cláusula geral de igualdade.

No entanto, a mera igualdade formal não efetiva tratamento justo e igual a todos indistintamente.

Daí o surgimento da igualdade material, que visa o tratamento igual a todos, respeitando a diferença (cor, raça, religião, opção sexual, etc.).

Como forma de garantir a aplicação da lei de maneira equitativa MELLO (2006, p. 10) cria os seguintes critérios para a análise da igualdade:

1. A diferenciação não pode tornar-se fator de desigualação ou de obtenção de vantagem desproporcional para uma das partes.
2. Deve existir uma correlação lógica abstrata existente entre o fator de discriminação e a disparidade com o tratamento diferenciado.
3. Na implementação de uma igualdade material os valores constitucionais precisam ser respeitados.
4. O vínculo de correlação precisa ser pertinente em função dos interesses constitucionalmente assegurados. A razão da desigualação precisa, pois, ser valiosa para o bem público.

Trazendo para a vivência diária atual o Estado deve igualar os poderes sociais, garantindo igualdade de oportunidades a todos, e proibir discriminações gratuitas. Assim a igualdade apresenta uma faceta negativa e positiva, respectivamente.

A importância da igualdade é facilmente detectável quando respondemos a seguinte indagação: um menino pobre tem as mesmas chances de ascensão social de um menino rico?

Desse modo, a partir do momento em que falha essa premissa acerca da igualdade, o liberalismo ao invés de proporcionar o desenvolvimento do Estado e de todos os cidadãos, torna-se instrumento de segregação social, distanciando as classes sociais, com o predomínio da ascensão dos que detém mais oportunidades.

Isso ocorre até que as desigualdades sociais tornam-se grande o bastante para exigir a intervenção do Estado como único meio de reequilibrar a sociedade e garantir o mínimo necessário aos excluídos sociais.

É exatamente nesse sentido que o modelo liberal entra em crise, que se agrava com a 1ª guerra mundial, com a devastação de homens, crise econômica. Fatores que fortalecem as desigualdades sociais.

Com a crise do modelo liberal surge um novo modelo de Estado, o Estado Social.

O Constitucionalismo Social teve duas Constituições que marcam esse modelo de Estado: A Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição Mexicana de 1917.

É com esse modelo que surge a expansão da 2ª geração/dimensão de direitos fundamentais – os direitos sociais, econômicos e culturais.

Difere dos direitos de 1ª geração. Enquanto os de 1ª geração exigem do Estado um dever de abstenção, um caráter negativo, no sentido de garantir a liberdade individual de cada cidadão, os direitos de 2ª geração exigem do Estado uma postura ativa, apresentam caráter positivo, no sentido de atuar como meio de garantir a cada cidadão condições mínimas de existência e reduzir as desigualdades sociais de maneira efetiva.

Enquanto os direitos de 1ª geração são essencialmente individuais os de 2ª são coletivos.

Os direitos de segunda geração são os direitos sociais. São aqueles direitos pertencentes a determinados grupos sociais, menos favorecidos. Diferentemente dos direitos de 1ª geração impõem ao Estado uma obrigação de fazer, de prestar, por isso, são chamados de direitos positivos. Trata-se dos direitos elencados no artigo 6º, da Constituição Brasileira. A título de exemplo, podem ser citados como direitos sociais o direito à saúde, à educação, à moradia, à segurança pública, à alimentação.

Os direitos sociais se relacionam diretamente com a igualdade material na sua faceta positiva, ou seja, redução das desigualdades por meio de políticas públicas que garantam iguais oportunidades a todos.

Há uma complementação aos direitos de primeira geração, pois de nada adiantaria possuir liberdade sem as condições mínimas para exercê-la.

A luta pelos direitos de segunda geração teve seu apogeu com a Revolução Industrial, quando grupos de trabalhadores passaram a lutar por condições mínimas de trabalho.

Os direitos sociais exigem do Estado uma atuação, exige-se dele que preste saúde, educação, por isso, são também, denominados de direitos

prestacionais ou positivos, à medida que impõem ao Estado uma obrigação de fazer.

Além da evolução na categoria de direitos, no campo da hermenêutica jurídica, as técnicas de interpretação também evoluem e a atividade do juiz deixa de ser meramente mecânica, ocorrendo, portanto, o declínio da escola da exegese. Surge os cânones interpretativos de Savigny em 1850: elemento gramatical, histórico, lógico e sistemático. Acrescentou-se um quinto elemento: teleológico (finalidade da lei), que é muito utilizado no estado social.

Há uma transformação no Estado de direito: surge o Estado social, um Estado intervencionista e garantista, abandonando a postura abstencionista, desempenhando um papel decisivo na produção e distribuição de bens, com a finalidade de garantir um mínimo de um bem estar social (*“well fare state”*).

2.4 Constitucionalismo Contemporâneo

O Constitucionalismo Contemporâneo, por sua vez, surge a partir do fim da 2ª Guerra Mundial (meados do século passado).

É gerador de profundas transformações, tanto no Estado quanto no direito. Essas transformações estão fundamentadas no neoconstitucionalismo.

A partir do fim da 2ª guerra mundial, as experiências nefastas do Nazismo marcaram a história mundial o que levou ao surgimento de uma nova preocupação: dignidade da pessoa humana, que passou a ser o valor central das constituições pós-guerra, uma vez que, com a 2ª guerra mundial muitos homens foram tratados como seres humanos de 2ª classe, com desrespeito à dignidade de cada um. Negavam-se direitos a minorias e vulneráveis como os judeus, homossexuais, ou impediam que os mesmos direitos lhes fossem atribuídos.

Com o fim da 2ª guerra mundial inaugura-se um novo Estado Democrático Social de Direito.

O regime nazista aproveitou-se do positivismo cego para vilipendiar os direitos fundamentais, tudo fundamentado por um formalismo exacerbado. Os direitos e suas garantias foram reduzidos a um sistema de normas postas absolutas, arraigado de formalismo que legitimava a barbárie realizada pelo regime nazista. O que culminou na 2ª guerra mundial.

Com o final da 2ª guerra mundial ocorre a queda do Estado formalista, o vazio deixado por ele é preenchido por princípios mais humanizados, inaugurando uma nova ordem política-jurídica. Como meio de evitar que novas atrocidades voltassem a ocorrer, e mais ainda, para impedir a legitimação destas por meio do direito, este se aproxima da noção de moral. E a dignidade humana passa a ser o valor supremo e irradiante em toda ordem jurídica. Foi, justamente, nesse momento histórico que os direitos fundamentais ganham lugar de destaque em várias constituições democráticas.

Com isso, a dignidade passou a ter valor absoluto, porque não existe gradação de dignidade entre as pessoas.

Conceituada para o professor SARLET (2008, p.63) como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

É a partir da 2ª guerra mundial que surgem novas gerações de direitos fundamentais: direitos de 3ª geração – ligados ao valor fraternidade ou solidariedade.

Os direitos de terceira geração se diferenciam dos demais, sobretudo, no que se refere a sua titularidade. São chamados de direitos transindividuais, visto que pertencem a várias pessoas, e a ninguém isoladamente. Transindividuais, pois transcendem o indivíduo isoladamente considerado.

Os direitos de terceira geração são fruto de redução dos distanciamentos entre as pessoas, fenômeno derivado da globalização. As fronteiras se aproximaram com a internet, os meios de comunicação, etc.

Tornando o ser humano mais próximo um do outro. Foi se formando grupos de pessoas, independentemente, da distância entre elas. Pessoas com interesses comuns, mesmo que distantes umas das outras, com a evolução dos meios de comunicação passam a saberem da existência umas das outras, e a se unirem na luta por seus direitos.

São exemplos dessa categoria de direitos a um meio ambiente saudável. Mesmo que o dano ambiental se dê no meio da floresta amazônica, os reflexos atingirão a todos os cidadãos do planeta. Desse modo, a população passa a se unir formam grupos e lutam por melhorias. A união é proporcionada, como dito alhures, pela evolução no meio de comunicação.

Outros interesses como o consumo de produtos de qualidade, são pertencentes à essa categoria de direitos.

A rapidez como ocorre à divulgação de violações e a mesma em que se dá a união das pessoas as quais os direitos foram violados. E em um piscar de olhos formam-se movimentos na defesa desses direitos.

Foi impressionante como pessoas do mundo todo se manifestaram acerca das declarações racistas proferidas pelo Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados do Brasil, o deputado federal Marco Feliciano. Foi deflagrado movimento em todo o mundo. Nos vários continentes ocorreram manifestações de repúdio as declarações violadoras dos direitos de minorias ou vulneráveis.

Algo ocorrido no Brasil despertou repúdio a grupos e defensores de direitos destes, em todo mundo. Isso proporcionado pela revolução nos meios de comunicação.

Esses direitos seriam: direito ao desenvolvimento ou progresso, autodeterminação dos povos, meio ambiente, direito de comunicação e de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

Segundo Professor Paulo Bonavides, há ainda, os direitos de quarta geração, referentes à democracia, informação e pluralismo.

Há, nesse sentido, dois aspectos para se destacar. Em primeiro lugar no que tange a democracia, atualmente costuma-se distingui-la em dois sentidos distintos: formal (sentido tradicional de democracia) que corresponde a premissa majoritária, ou seja, vontade da maioria. Sendo assim, a democracia formal refere-se aquilo que a maioria deseja.

Em segundo lugar, tem-se a democracia substancial, que exprime a vontade da maioria, mas uma vontade qualificada, ou seja, uma vontade livre. Para tanto se faz necessário assegurar alguns direitos, tais como, a liberdade de associação, de reunião, de manifestação do pensamento, além de direitos sociais básicos, como saúde e educação. Nesse sentido, a maioria deve ter as precondições para que possa exercer a vontade de uma maneira livre.

Ganha importância o chamado princípio contramajoritário, que impõe importantes limitações à vontade da maioria, para o fim de que em nome da vontade da maioria não se lese os direitos da maioria.

O doutrinador BARROSO (2010, p. 90) assim ensina:

[...] Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia-a-dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. [...]

Dessa forma, o processo legislativo (manifestação da vontade da maioria) não se torna ensejado, mas também não se legitima atos de restrição dos direitos e garantias das minorias.

O Estado substancial democrático de direito é norteado pela guisa dos direitos e garantias fundamentais, que deve ser efetivado a todos indistintamente, principalmente às minorias.

Então o conceito de democracia não é apenas o formal, abrangendo, também, um aspecto substancial, já que pressupõe o gozo de determinados direitos.

No que se refere ao pluralismo, tem-se sua previsão legal no artigo 1º, V, da Constituição Federal. O pluralismo político é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Atualmente entende-se esse pluralismo além do puramente político-partidário. Na doutrina mais moderna o pluralismo político significa além do pluralismo político-partidário, mais sim um pluralismo artístico, ideológico, cultural, religioso e de opções e orientações de vida. Mais uma vez o direito das minorias e o próprio direito à diferença ganha proteção.

O princípio do contramajoritarismo aliado ao pluralismo em sentido amplo, pretende assegurar a igualdade positiva, que é aquela que garante iguais oportunidades e direitos, de outra banda, pretende extirpar a igualdade negativa que desrespeita as diferenças e avassaladora inferioriza o diferente, pelo simples fato de ser diferente.

Há aqueles que defendem, ainda, o direito de quinta geração, como sendo aqueles referentes a paz universal. Trata-se de uma doutrina relativamente nova.

O axioma universal da democracia participativa e supremo direito da humanidade é a paz. Coloca-se a paz com direito de quinta dimensão, pelo fato de que ainda não foi alcançado pela humanidade. Seria, assim, um direito pelo qual os povos devem buscar esforços mútuos para que seja alcançado.

2.5 Considerações sobre a evolução dos direitos fundamentais em consonância com as teorias da Constituição

É possível concluir que na Teoria do Direito Constitucional as dimensões de direitos, as transformações políticas e o tratamento jurídico dispensado aos direitos e garantias fundamentais nas diversas Constituições, são decorrências de acontecimentos históricos, frutos de embates de interesses conflitantes, que resultaram na vontade mínima de cada sociedade em um dado momento histórico.

Nesse sentido, MARTINS (2005, p. 263):

As teorias de direito constitucional não são senão um processo classificatório das soluções políticas que a história vai revelando e que são adotadas pelas comunidades, como forma de sobrevivência e convivência social.

Sendo assim, a Teoria das Constituições é produto da história política-jurídica dos povos. Cada período, influencia diretamente a teoria constitucional de seu tempo. O absolutismo, por exemplo, influenciou o Constitucionalismo Antigo, o caracterizando como o movimento da luta pela liberdade, um direito que servia de escudo aos déspotas autoritários da época.

As Teorias da Constituição se adaptam às novas realidades. Não havendo essa correspondência, tendem a ser superadas e passam a servir apenas de reflexões acadêmicas.

Todos os textos modernos trazem em seu bojo direitos e garantias fundamentais, sendo assim, a Teoria do Direito Constitucional se mostra presente de maneira perene.

É possível, portanto, dissecar o nascimento das teorias das constituições: em um primeiro momento tem-se os embates sociais e deles deriva o processo histórico, sobrepondo-se os axiomas resultantes desses embates, que, de certa forma, revelam-se como a vontade mínima de cada sociedade e seus reais fatores de poder. Daí em diante, as teorias constitucionais, adaptações feitas posteriormente, classificam os acontecimentos e enunciam os direitos e garantias respectivos.

Sendo assim, essas teorias irão influenciar o processo político e na vida social e individual do cidadão, sendo observadas como verdadeiras regras de convivência que auxiliam a vida em sociedade.

Nesse sentido, a máxima efetivação de direitos e garantias fundamentais, bem como sua aplicabilidade imediata deve ser defendida como meio de coibir o retrocesso de tudo o que foi conquistado.

Não se trata de meia dúzia de direitos quaisquer, são dimensões e mais dimensões de direitos inatos a qualidade humana, que deve ser atribuído a todos os cidadãos indistintamente, como forma de não apenas garantir-lhes uma vida digna, mas também respeitar todo o sangue derramado nas lutas políticas que se sucederam ao longo da história, para que hoje um negro beba da mesma água que um branco, para que uma criança tenha acesso a escola gratuita, para que a mãe possa interromper sua jornada de trabalho para amamentar, para que um cidadão possa optar livremente por sua sexualidade.

Esse passado de lutas não deve jamais ser esquecido, para que as novas gerações não tenha que revivê-lo.

CONCLUSÃO

A vida em sociedade, pressupõe permanente estado de adaptação. Como a Constituição, em um Estado Democrático de Direito, tem o papel de refletir a vontade mínima da sociedade que regula, deve ser de igual maneira elástica o suficiente para corresponder as necessidades sociais que surgem a todo o momento.

As modernas Constituições além de estruturar o Estado e assegurar os direitos e garantias fundamentais, devem ter a capacidade de se adaptar ao futuro. Essa é, exatamente, a característica de Constituições mais principiológicas, que apresentam, sobre tudo na defesa dos direitos e garantias fundamentais, principalmente na dignidade da pessoa humana, um valor supremo e irradiante.

Entretanto, nem sempre foi assim. O princípio da igualdade comprova isso. Sua materialização no direito posto se consubstancia na conhecida frase: “todos são iguais perante a lei”. Esse “todos”, hodiernamente, é visto indistintamente independente de sexo, raça, religião, etnia, opção sexual, idade, etc. Mas, séculos atrás o termo “todos” restringia-se ao homem branco de etnia ariana, pai de família, de determinada religião.

Muito sangue foi derramado por inocentes, lutas foram travadas, revoluções foram estouradas para que hoje um negro beba da mesma água de um branco, para que mulheres tenha os mesmos direitos trabalhistas de um homem, que possa sair no meio da jornada de trabalho para amamentar seu filho, e este tenha ensino fundamental gratuito. Hoje a liberdade de manifestação é garantida, chegando a extremos como a doutrina do *hate speech*, onde não há limites para manifestações idealistas.

Todos esses períodos demarcam etapas dos movimentos constitucionalistas. Desse modo, as Teorias Constitucionais são de extrema importância, a medida que, refletem a evolução humana, articulando soluções novas para problemas novos. O que culmina em maior efetividade para os direitos e garantias fundamentais. Além, é claro, de impedir o retrocesso.

Há importante ligação entre a evolução humana, decorrente de todo um processo histórico e as teorias constitucionais, que culminaram em

movimentos sucessivos que catalogaram os direitos e garantias fundamentais de forma progressiva, os fortalecendo.

Por óbvio, que não chegou-se ao fim da linha. Muito há de ser conquistado, pois vive-se uma era onde uma criança pobre não apresenta ainda as mesmas chances de ascensão social de uma criança rica.

No entanto, a sociedade vive em constante evolução. Que esse seja o caminho, e que muitos progressos possam figurar, juntamente, com a dignidade humana, como protagonistas dessa histórica real.

Buscou-se, portanto, sistematizar a importância das Teorias Constitucionais, enfatizando sua direta ligação com a defesa e efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al.. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões**. 1ª. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Passado e futuro del estado de derecho**. In: CARBONELL, Miguel (coord.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 1995.

HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da igualdade**. 3 ed., 14 tir., São Paulo: Malheiros, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6ª. ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Constitucionalismo e Interpretação**. Revista Brasileira de Direito Constitucional (on-line). São Paulo –ESDC, janeiro 2005. Nº 6. Disponível na internet: www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-06/revista06.pdf. ISSN 1678.9547.

MARTINS, Ives Granda da Silva. **Uma Teoria sobre a Teoria da Constituição**. Revista Brasileira de Direito Constitucional (on-line). São Paulo –ESDC, janeiro 2005. Nº 6. Disponível na internet: www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-06/revista06.pdf. ISSN 1678.9547.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teoria discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. MORAIS, José Luis Bolsan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.