

*Recebimento do artigo: 10/09/2007
Aprovado em: 11/09/2007*

Adriana Zawada Melo

Sumário

1 Introdução. 2 Noção de direitos humanos fundamentais. 3 Breve histórico. 4 Estado de direito social. 5 Conclusão. 6 Referências

Resumo

Os direitos humanos fundamentais ganharam especial relevância no chamado Estado de Direito Social, o qual passou a ter um papel ativo na promoção de tais direitos, em particular dos direitos sociais. Isso resultou do próprio processo histórico de surgimento e multiplicação dos direitos fundamentais e tende a ser mantido com base no chamado princípio de não retrocesso social.

Palavras-chave

Direitos fundamentais. Histórico. Estado de direito social. Princípio de não retrocesso social.

Abstract

Fundamental human rights have achieved special relevance in the so-called Social Rights State, which started to have an active role in promoting such rights, particularly social rights. This is a result of the very historical process of birth and multiplication of fundamental social rights, and tends to be maintained under the non-retrogression principle.

Key words

Fundamental rights. Historical. Social rights State. Non-retrogression principle.

72 **1 Introdução**

A temática dos direitos humanos fundamentais é uma das mais ricas no campo do direito constitucional e se entrelaça inclusive com a da formação do Estado, ou pelo menos do Estado de Direito.

Isso porque a finalidade última de tais direitos é delimitar o poder, de modo a privilegiar o ser humano, seja pela fixação de barreiras ao exercício do poder estatal, seja pela atribuição de deveres específicos ao Estado em prol do bem-estar dos indivíduos¹.

É precisamente no intuito de viabilizar o efetivo cumprimento desses deveres, e ainda de promover uma maior intervenção econômica, que, no século XX, o Estado de Direito passa a ser um Estado Social, em muitos países da Europa, América e Oceania.

A compreensão panorâmica desse fenômeno é o objeto do presente artigo, que, para atender seu propósito, estrutura-se de maneira encadeada, começando por apresentar uma noção do que são os direitos humanos fundamentais, seguindo com um breve histórico desse fenômeno, já apontando para o surgimento do Estado de Direito Social, ocasião em que a relação entre ambos é demonstrada. Igualmente, as perspectivas atuais dessa relação são postas em relevo, de modo sintético, lançando-se uma provocação à reflexão sobre tais perspectivas.

2 Noção de direitos humanos fundamentais

Esboçar uma noção do que sejam os direitos fundamentais implica o exame simultâneo da terminologia usualmente utilizada para designar as diferentes projeções históricas do conjunto de idéias que deram corpo a esse conceito.

A mais antiga expressão em tal campo é *direitos do homem*, empregada pela primeira vez em 1537, na *Historia diplomatica rerum Bataviarum*, de Volmerus, na versão latina *jura hominum*². Porém, o grande marco de sua utilização foi a intensamente divulgada Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, na seqüência histórica e ideológica da Revolução Francesa. A mesma expressão constou da declaração

¹ É nesse sentido que Norberto Bobbio considera que, “embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios” (**A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6).

² Conf. LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 35.

análoga de 1793, dos preâmbulos das constituições francesas de 1946 e 1958 e da declaração universal da ONU de 1948.

É bem verdade que a referência a direitos do homem de certa forma tem um caráter discriminatório em relação à mulher, que também é, como ser humano, titular dos direitos então declarados ou invocados contra o Estado. Tal restrição possivelmente ocorria na prática, pela escassa participação política das mulheres na época inicial do uso dessa expressão.

Não é, contudo, o que ocorre atualmente, sobretudo a partir da segunda metade do século XX. Daí porque as reações feministas resultaram na substituição daquela terminologia pela politicamente correta *direitos humanos* e até *direitos humanos fundamentais*, da qual *direitos fundamentais* são uma abreviação³.

Apesar disso, alguns autores consideram que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais não são sinônimas, pois se referem a instituições diferentes. Essa é a posição de Pérez-Luño, Canotilho e Lopes, esta última com mais ênfase, defendendo que “direitos humanos são princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Direitos fundamentais, ao contrário, são direitos jurídica e constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporariamente”⁴.

Entretanto, essa distinção não tem maior razão de ser, na medida em que o fenômeno de que se está tratando é um só, cuja origem filosófico-doutrinária remonta à antiguidade⁵ e teve sua consagração através do liberalismo preponderante a partir da revolução francesa.

A circunstância de tais direitos variarem em quantidade e extensão ao longo dos tempos e entre os diversos países que os formalizaram não muda a sua essência, que é a de representarem a esfera jurídica própria dos indivíduos frente ao Estado, limitando o poder e até fazendo com que o poder público atue concretamente em favor destes.

³Esse é o desenvolvimento apresentado com percuciência por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, (**Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14). Mesmo dentre essas expressões, Paulo Bonavides (**Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p.514) ressalta o emprego mais usual de direitos do homem e direitos humanos pelos autores anglo-americanos e latinos, sendo que o termo direitos fundamentais parece ter seu uso circunscrito aos publicistas alemães.

⁴LOPES, Ana Maria D'Ávila, op. cit., p. 41.

⁵Manoel Gonçalves Ferreira Filho (op. cit., p. 9-10) menciona que a idéia de um direito superior, não estabelecido pelos homens, mas recebido dos deuses, já se fazia presente na *Antígona*, de Sófocles, e no *De legibus*, de Cícero. Essa noção foi recebida e aprimorada por pensadores cristãos como Tomás de

74 É por essa razão e pela vantagem metodológica que representa a busca de unidade conceitual em torno de expressões mais abrangentes que será adotada a terminologia direitos humanos fundamentais, bem como a fórmula abreviada de tal expressão (direitos fundamentais).

Tendo em vista o exposto até aqui, pode-se dizer que os direitos fundamentais são os direitos dos seres humanos enquanto tais, vigentes em uma determinada ordem constitucional, e que indicam a todos (e em especial ao Estado) e em todos os domínios os limites que não podem ser ultrapassados e também os objetivos a serem alcançados no sentido de assegurar níveis satisfatórios de vida às pessoas, aí compreendidos aspectos materiais e imateriais.

Ainda com base nessa definição, podem ser identificadas as características essenciais dos direitos fundamentais, que Lopes aponta como sendo a função dignificadora (ou seja, eles têm por escopo principal resguardar a dignidade humana), a natureza principiológica (pois os direitos fundamentais também são princípios jurídicos, que conformam o ordenamento e oferecem critérios para a solução de controvérsias jurídicas), a função legitimadora (eles, por sua própria natureza, fundamentam o sistema jurídico e são critério de legitimação do ordenamento constitucional), o aspecto de normas constitucionais (já que eles são normas jurídicas positivadas na Constituição) e a historicidade (por refletirem os direitos fundamentais as concepções essenciais de determinada época ou país, sobretudo no que tange à dignidade humana)⁶.

No entanto, há uma característica que não pode ser olvidada, pois é da essência desse conceito, marcando-o desde o início. Com efeito, em que pese toda a polêmica existente em torno da definição da origem, da fundamentação e da natureza jurídica dos direitos humanos fundamentais⁷, o que decorre da noção acima adotada é que tais direitos, expressando valores predominantes em determinado contexto histórico, político e social, se constituem em direitos subjetivos públicos, oponíveis pelos indivíduos contra o Estado e conferidos por normas de direito público.

Nesse particular, a doutrina, que tem dominado o tratamento jurídico dos direitos fundamentais e que tradicionalmente é invocada quando entram em discussão os direitos subjetivos públicos, é teoria do *status* de Jellinek, jurista germânico que se destacou no início do século XX e foi amplamente reconhecido por sua contribuição para o direito administrativo.

⁶ Conf. LOPES, Ana Maria D'Ávila, op. cit., p. 37.

⁷ Conf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, p. 30-31 e LOPES, Ana Maria D'Ávila, op. cit., p. 65-80; 97-103.

A idéia central dessa teoria é que o indivíduo, além de sua esfera privada de atuação, tem igualmente uma esfera pública de ação, na condição de membro da comunidade política, esfera essa que depende do reconhecimento do Estado. Assim é a relação com o Estado que qualifica o indivíduo, e tal relação é justamente o *status*, pois o que ela cria é uma situação e não um direito. Isso porque, na concepção de Jellinek, o conteúdo da relação do indivíduo com o Estado é o *ser* jurídico e não o *ter* jurídico da pessoa⁸.

As várias relações nas quais o indivíduo pode se encontrar com o Estado (*status*) dão ensejo a diferentes pretensões jurídicas, que se transmutam em direitos subjetivos públicos. Jellinek faz menção a quatro *status*, sendo que o primeiro deles, o *status subjectionis*, não gera nenhum direito subjetivo, pois é passivo, representando a sujeição dos indivíduos à vontade do Estado, emanada por meio das leis.

Já o *status libertatis* é o do reconhecimento de um âmbito de autonomia dos indivíduos, no qual o Estado não se pode imiscuir e, portanto, é um *status* negativo. Nele se situam os direitos clássicos de liberdade, oponíveis pelo indivíduo contra a atuação invasiva do Estado.

O *status civitatis*, a seu turno, é o que reconhece aos indivíduos a possibilidade de exigirem do Estado determinadas prestações positivas, tendentes a assegurar a satisfação de necessidades básicas; daí ser chamado de *status* positivo.

Por fim, o *status activus civitatis* é o que faculta a participação do indivíduo na formação da vontade estatal, através da vida política, sendo, assim, um *status* ativo.

Dessa exposição se podem então extrair diferentes categorias de direitos, conforme sua correspondência a cada um desses *status*, o que Lopes demonstra da seguinte forma: “o *status* passivo fundamenta as pretensões do Estado a respeito do indivíduo (quando existe alguma obrigação ou proibição estatal a que o indivíduo esteja diretamente subordinado). O *status* negativo fundamenta a liberdade do cidadão no Estado (identificada doutrinariamente com os direitos de defesa). O *status* positivo é a base das prestações estatais em favor dos indivíduos. O *status* ativo fundamenta a atuação de alguns indivíduos em nome do Estado”⁹.

Na verdade, a afirmação de cada um desses *status*, hoje interdependentes, foi progressiva, em fases que, vistas de perto, correspondem às duas primeiras “gerações de direitos” que se sucederam na evolução dos direitos fundamentais.

⁸ Conforme expõe: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 3. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 248.

⁹ LOPES, Ana Maria D'Ávila, op. cit., p. 38-39.

Com efeito, essa evolução, examinada a seguir, consistiu, nos dizeres de Bobbio, em um fenômeno de “ampliação do âmbito dos direitos do homem na passagem do homem abstrato ao homem concreto, através de um processo de gradativa diferenciação ou especificação dos carecimentos e dos interesses, dos quais se solicita o reconhecimento e a proteção”¹⁰.

Ou seja, a história e a caracterização dos direitos humanos fundamentais vêm sendo, felizmente, o registro de um fenômeno que pode ser denominado de multiplicação dos direitos entendidos como imprescindíveis aos seres humanos (individual, coletiva e difusamente), no ordenamento jurídico de cada país e também no contexto das normas que regem as relações internacionais.

3 Breve histórico

Os antecedentes históricos dos direitos fundamentais, a par de suas fontes filosófico-doutrinárias mencionadas de passagem mais acima, foram os documentos medievais escritos que consignavam direitos dos moradores de comunidades locais e de membros de corporações (forais e cartas de franquia) em face de senhores feudais e a Magna Carta, de 1215, pacto firmado entre o rei inglês e os membros da nobreza e que limitava o poder daquele mediante o reconhecimento de prerrogativas aos súditos. Também na Inglaterra outro precedente dos direitos fundamentais pode ser identificado no *rule of law*, criação jurisprudencial, pela qual todos e em especial as autoridades devem se sujeitar ao império do Direito¹¹.

No entanto, os direitos fundamentais efetivamente surgiram no cenário jurídico através das declarações de direitos, no final do século XVIII, das quais o grande modelo é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789. Houve declarações anteriores, destacando-se a Declaração de Direitos da Virgínia, de junho de 1776, e a Declaração de independência das colônias inglesas da América do Norte, de julho de 1776, mas elas não tiveram a posterior repercussão da declaração revolucionária francesa, além de serem demasiado pragmáticas, voltadas a assegurar os direitos considerados tradicionais do cidadão inglês vivendo em território norte-americano.

A idéia das declarações de direito era consentânea com a posição filosófica da época, jusnaturalista, e tinha por pressuposto que os direitos não eram criados ou constituídos pelo documento escrito que os consignava, por serem naturais e preexistentes, mas apenas reconhecidos e declarados. Disso decorre serem tais

¹⁰ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 3.

¹¹ Conf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, p. 9-13.

direitos considerados como imprescritíveis, inalienáveis, e simultaneamente individuais (porque pertencentes a cada ser humano, independente da comunidade) e universais (porque pertencentes a todos os seres humanos).

A tradição setecentista das declarações foi retomada quando surgiu, posteriormente, uma nova fase de universalização dos direitos fundamentais, desta feita no âmbito internacional, de que é expressão a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, em 1948.

A Declaração de 1789 previu duas categorias de direito: as liberdades (poderes de agir ou não agir, livre da ingerência do Estado, até então absoluto) e os direitos do cidadão (que são poderes consistentes nos meios de participação da formação da vontade geral, a qual norteava o exercício do poder político).

Todavia, nem mesmo essa paradigmática declaração ficou imune à falta de eficácia de seus enunciados, seja por razões históricas, seja por razões ideológicas. Daí porque, com a simultânea evolução do constitucionalismo, os direitos fundamentais passaram a ser positivados nas constituições, assegurando-lhes supremacia e vinculando o legislador ordinário.

A influência dos ideais que cercaram a Declaração de 1789 foi, ainda assim, muito grande, pois, segundo Bonavides, “o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio revolucionário 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”¹².

O forte apelo dessa noção demonstra bem por que se tornou corrente na doutrina a idéia de que os direitos fundamentais passaram a se manifestar em três gerações sucessivas, cada qual trazendo novos direitos, muitas vezes voltados a destinatários mais específicos, correspondendo à primeira geração aos direitos de liberdade (liberdades públicas e direitos dos cidadãos), a segunda geração aos direitos de igualdade (direitos econômicos, culturais e sociais) e a terceira geração aos direitos de fraternidade ou solidariedade (como o direito à paz, ao meio ambiente e ao desenvolvimento).

Entretanto, essa nomenclatura não é a mais apropriada, porque falar em “gerações de direitos” pode conduzir a equívocos. De fato, pode dar a entender que existe o predomínio de uma geração mais recente de direitos em detrimento

¹²BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito**, p. 516.

78 das anteriores, o que não se sustenta em face do caráter indivisível dos direitos humanos.

Na verdade, tanto a proclamação e garantia dos direitos sociais e econômicos quanto dos chamados direitos de solidariedade se inserem em um processo, particularmente acelerado nas últimas décadas do século XX, de multiplicação de direitos. Esse fenômeno resultou do aumento de bens a serem tutelados, do aumento do número de sujeitos de direitos e de sua especificação em função da pertinência a determinados grupos, unidos por idênticas circunstâncias de fato (como os trabalhadores, os miseráveis, os que vivem em áreas conflituosas ou sujeitas a determinados riscos ambientais). Os novos direitos que vão surgindo apenas refletem o aumento da complexidade social contemporânea.

Portanto, é preferível adotar a denominação de direitos civis e políticos (liberdades públicas), direitos econômicos e sociais e direitos de solidariedade para designar as três gerações de direitos acima referidas, sem se prender demais à preocupação de classificar nesse formato os direitos que venham a emergir das mudanças sociais.

Assim, as liberdades públicas são os direitos fundamentais por excelência, os que primeiro foram afirmados em face do Estado e consistem nos direitos civis e políticos. Isto é, são os direitos que protegem o indivíduo contra o arbítrio estatal, limitando efetivamente o poder deste, através do reconhecimento e da proteção jurídica de uma esfera de autonomia do indivíduo perante o Estado (nesse sentido se apresentam como poderes de agir). Por aí se vê que a sua denominação como liberdades públicas tem um significado muito preciso. São eles o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à liberdade de consciência e de expressão, entre outros, e têm, por isso, como destinatários todos e cada um dos seres humanos. Esses direitos estão essencialmente ligados ao liberalismo.

Já os direitos econômicos e sociais começaram a surgir no final do século XIX, sendo incorporados às constituições apenas nas primeiras décadas do século XX. Caracterizam-se por serem poderes de exigir uma atuação positiva do Estado e não mais uma abstenção, como no caso das liberdades públicas. Correspondem, pois, ao *status civitatis*, ou positivo, de Jellinek, e têm por base ideais que preconizam o intervencionismo estatal com o objetivo de promover reformas sociais.

Por sua vez, os direitos de solidariedade surgiram no âmbito internacional, na década de 1960, em função da agudização dos problemas relativos à ordem planetária e são direitos com vocação comunitária, que requerem um maior grau de solidariedade. São assim considerados o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade, o direito à autodeterminação dos povos, o direito à comunicação e o direito ao meio ambiente ecologicamente

equilibrado. A titularidade deles é coletiva, baseando-se na identidade de circunstâncias de fato, mas sua coercibilidade é em geral reduzida, pois dependem em muitos casos dos mecanismos de garantia do Direito Internacional (com exceção do direito ao meio ambiente e à comunicação, que em geral possuem eficiente estrutura de coerção no âmbito dos ordenamentos internos de muitos países).

Na verdade, o já apontado aumento da complexidade social dá ensejo a que sempre venham surgindo novos direitos, sendo que Bonavides chega a defender a existência de “direitos fundamentais de quarta geração”, que seriam aqueles decorrentes da última fase de institucionalização do Estado social e consistiriam no direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo¹³.

No fundo, porém, o que parece ocorrer é que os novos direitos afirmados ou em fase de afirmação são, na maioria das vezes, decorrências de alguns dos outros direitos já contemplados em uma das três categorias consagradas de direitos fundamentais. A sua positivação ou o realce de suas especificidades muitas vezes têm por objetivo dirimir dúvidas sobre a sua essência e valor ou evitar a sua supressão ou a sua modificação indevida pela via da lei.

Retomando o exame dos direitos sociais, cabe de início ressaltar que eles têm feição coletiva e são uma ampliação da compreensão dos direitos fundamentais da pessoa humana, os quais são, em essência, vínculos substanciais impostos à democracia política. Como visto, os direitos de liberdade são vínculos negativos (exigem uma abstenção por parte do Estado e dos particulares) e os direitos sociais são vínculos positivos (que exigem atitudes concretas do Estado para sua satisfação). O segundo grupo de direitos não exclui o primeiro, mas a ele se soma.

O contexto no qual surgiram os direitos econômicos e sociais é essencialmente o momento de eclosão da chamada questão social, a fase de superação do liberalismo econômico, a ampla difusão de doutrinas socialistas e revolucionárias, além da influência da doutrina social da Igreja.

O que estava em jogo era a grande desigualdade econômica existente na sociedade do final do século XIX e início do século XX e o quanto isso, por um lado, afetava a estabilidade institucional e, por outro, inviabilizava o efetivo gozo dos direitos civis e políticos por esses cidadãos pauperizados e marginalizados. Portanto, os direitos econômicos, sociais e até culturais são o direito ao trabalho, à saúde, à educação, à moradia, à cultura e ao lazer e à proteção social.

A situação descrita nos dois parágrafos precedentes foi agravada pelas conseqüências econômicas da Primeira Guerra Mundial e posta em mais evidência

¹³ Conforme raciocínio exposto por BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito**, p. 524-526.

80 com a revolução russa de 1917, que consagrou o socialismo e produziu logo de início, em 1918, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de cunho principiológico. Diante do mesmo tipo de circunstâncias, a Constituição mexicana de 1917 veio a consagrar vários direitos dos trabalhadores e fomentar a reforma agrária.

Todavia, o grande marco dos direitos econômicos e sociais foi a Constituição alemã de 1919, conhecida como Constituição de Weimar, que, ao positivizar os direitos e deveres fundamentais dos alemães, se orientou por um espírito mais social, inclusive quanto às liberdades públicas, de que é exemplo a subordinação do direito de propriedade à sua função social. Ela consagrou ainda os direitos à instrução, à proteção do trabalho, à sindicalização e à previdência social, entre outros, inaugurando um novo modelo de Constituição.

A positivação constitucional de direitos sociais e econômicos, com o caráter de direito subjetivo público, exigível contra o Estado, denota a utilização do direito, e mormente do direito constitucional, como instrumento de transformação da sociedade. Ela representa também uma nova perspectiva, em que se busca “passar da igualdade formal, antes conquistada, para a igualdade material ou substantiva, quando os direitos humanos passam a constituir um complexo integral, único e indivisível”¹⁴.

Isso requer, porém, que o Estado garanta tais direitos de forma efetiva, o que gera uma tríplice obrigação: de editar as leis e regulamentos necessários a definir as prestações estatais destinadas a implantarem os direitos previamente enunciados, de criar e manter adequadamente os serviços públicos necessários para oferecer as prestações definidas precedentemente e de restaurá-los coercitivamente acaso violados.

Precisamente na segunda dessas obrigações é que reside a grande mudança que a garantia dos direitos sociais e econômicos ajudou grandemente a promover e que é a alteração da estrutura e da forma de atuação do Estado. Ferreira Filho vai à origem precisa de tal fenômeno, ao lecionar que “foi aliás a obrigação de atender a esses direitos que ditou a expansão dos serviços públicos, do anos vinte para a frente”¹⁵.

¹⁴ 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, ano 11, n. 45, p. 124, out./dez. 2003.

¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, p. 51.

Essa é a origem jurídica do intervencionismo estatal¹⁶, que marcou a transformação do Estado liberal clássico em Estado de Direito Social, também conhecido como Estado-Providência e Estado de bem-estar social, já mencionado anteriormente, no que tange à evolução das técnicas de proteção social.

E essa ligação não é novidade pois, conforme ressalta Pérez Luño, sob a perspectiva histórica, a teoria dos direitos fundamentais precedeu a formulação doutrinária da noção de estado de direito¹⁷, pela limitação do poder e pela conciliação entre as exigências, em princípio antagônicas, que refletem as idéias de liberdade e de lei.

4 Estado de Direito Social

Como visto acima, o reconhecimento dos direitos de caráter econômico e social, que conduziu à intervenção do Estado para lhes dar efetividade, também precedeu a formulação doutrinária do Estado de Direito de tipo social¹⁸.

Bastante intervencionista, ficou mais conhecido como Estado-Providência, correspondendo a um fenômeno de aprofundamento e extensão da função social desempenhada pelas constituições e, no fundo, por todo o ordenamento jurídico, podendo-se dizer que ao Direito foi atribuída uma função promocional.

Assim, do ponto de vista jurídico, o Estado social de Direito ou Estado-Providência possibilitou a consolidação definitiva das liberdades públicas, especialmente pela universalização concreta dos direitos políticos e pelo aumento de instrumentos de participação democrática, como veio a dar garantias institucionais aos direitos econômicos sociais e culturais. Dentre essas garantias é

¹⁶ Não se pode deixar de ressaltar os elementos extrajurídicos desse fenômeno, já aflorados, e que foram sintetizados com propriedade por Nina Beatriz Ranieri, ao assinalar que, “como cada época tem as suas experiências jurídicas, as suas exigências de justiça e os seus padrões de juridicidade, a modelagem do Estado de direito de tipo social, em oposição ao tipo individualista, foi uma consequência das novas bases em que eram colocadas as relações entre capital e trabalho (elemento material), e das doutrinas socialistas (elemento político).” (Do Estado liberal ao Estado contemporâneo: notas sobre os processos de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 9, n. 36, p. 146, jul./set. 2001).

¹⁷ Segundo livre tradução e adaptação do trecho de Antonio Enrique Pérez Luño (**Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999, p. 212-213).

¹⁸ Em sentido contrário à posição de Antonio Carlos Menaut, para quem os direitos e liberdades são um aspecto da idéia de Constituição e não da de Estado. Por isso e pelo fato de que o reconhecimento de direitos econômicos e sociais, exigindo intervenção estatal, é contraditório com a consagração das liberdades públicas, Menaut considera que o Estado-Providência não é um Estado de Direito, sendo essa apenas a sua pretensão (**Lecciones de teoría constitucional**. 2. ed. Madrid: Edersa, 1987. p. 325-326. Tradução e adaptação livres da autora).

82 de se destacar as que se situam no terreno dos sistemas de controle da legalidade e da constitucionalidade.

Na linha de exposição desenvolvida, resulta claro que da constitucionalização dos direitos fundamentais (liberdades públicas, direitos econômicos e sociais e até de alguns dos direitos de solidariedade) e da função condicionadora da legislação que eles desempenham decorre a possibilidade de controle de constitucionalidade. E tal possibilidade é relativa tanto às leis que restringem indevidamente esses direitos, quanto às colisões entre eles e aos atos emanados do poder constituinte derivado que venham a suprimir tais direitos, tidos em geral como cláusulas pétreas ou núcleo imodificável de muitas constituições. Ainda, considerando a obrigação que, sobretudo, o reconhecimento dos direitos econômicos e sociais impõe ao Estado de legislar no sentido de implementar políticas públicas e oferecer prestações positivas aos indivíduos, é possível, em determinados países, manejar o controle de constitucionalidade das omissões legislativas referentes aos direitos fundamentais¹⁹.

Porém, em que pesem os efeitos positivos gerados pela maior intervenção estatal no Estado social de Direito, tais como o efeito pacificador e integrador da sociedade e o efeito potenciador do crescimento econômico, verifica-se que esse tipo de Estado freqüentemente se vê às voltas com situações de crise. Essas situações se originam dos altos custos de manutenção das políticas intervencionistas, atingidas facilmente pelas oscilações econômicas, dos egoísmos corporativos, da competitividade com países que oferecem uma proteção social mais tênue e do impacto das correntes neoliberais, e estariam a conduzir o Estado a um modelo “pós-social”²⁰.

É em vista dos fenômenos causadores dessas crises e das restrições aos direitos fundamentais que elas acabam por ocasionar que, segundo Pérez Luño, surgiu na doutrina alemã a idéia de potencializar a virtualidade do princípio democrático no seio do Estado Social de Direito a fim de combater posturas interpretativas que legitimavam as restrições mencionadas²¹.

Tratava-se da defesa da íntima conexão entre os princípios democrático e social e o Estado de Direito, o que deu origem à expressão cunhada em 1966 pelo jurista

¹⁹ Confira-se a respeito, dentre a vasta literatura dedicada a esses temas, as obras de Clémerson Merlin Clève (**A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000) e de Gilmar Ferreira Mendes (**Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1998).

²⁰ Tudo isso de acordo com a análise levada a cabo em: MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. (Direitos fundamentais). 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 4, p. 31-32.

²¹ Conf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos**, p. 229.

espanhol Elías Díaz: *Estado Democrático de Direito*. Ele a empregou, contudo, em sentido diverso do apontado no parágrafo anterior, significando a denominação do Estado de transição para o socialismo²².

Foi com esse sentido que a Constituição portuguesa de 1976, na versão da revisão de 1982, caracterizou a República portuguesa como um *Estado de Direito Democrático* que “tem por objetivo assegurar a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural, e o aprofundamento da democracia participativa”. Vincula-se, pois, essa expressão a um projeto político, que é o de realização do socialismo.

Porém, dessa expressão e da noção que lhe está subjacente, que é a realização da democracia econômica, social e cultural, Canotilho extraiu um princípio de grande relevância no âmbito dos direitos sociais, especialmente no da proteção social, que é o *princípio do não retrocesso social*, por ele formulado da seguinte maneira:

Os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjectivo*. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (*reversibilidade fáctica*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de ‘direitos prestacionais de propriedade’, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada ‘justiça social’²³.

Esse princípio pode ser validamente aplicado a todos os ordenamentos jurídicos que, estabelecidos sob a forma de Estado de Direito (social, democrático ou com qualquer outra denominação), consagrem direitos econômicos e sociais, garantam o direito adquirido e se pautem pelo respeito à dignidade da pessoa humana²⁴.

²²Segundo a abalizada opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (**Estado de direito e constituição**, p. 63).

²³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 320-321.

²⁴É o caso do Brasil, que a Constituição de 1988, em seu art. 1º, intencionalmente ou não, denominou de Estado Democrático de Direito e que preenche todas essas condições.

Isso porque se trata muito mais da síntese de um processo de interpretação sistemática e principiológica em torno de valores constitucionalmente preservados do que de uma formulação exclusivamente voltada a realizar o socialismo. Na verdade, o princípio da vedação de retrocesso social é um valioso instrumento de enfrentamento das restrições indevidas de direitos fundamentais de natureza social.

O desafio do moderno Estado de Direito Social, porém, acaba sendo o de conciliar o princípio da vedação de retrocesso social com o cenário econômico contemporâneo, que se modifica com frequência e que geralmente requer a adoção de políticas restritivas de gastos públicos.

Na prática, esse desafio representa mais um passo na evolução histórica dos direitos humanos fundamentais, os quais têm sempre mais se consolidado na tradição jurídica ocidental, a despeito das circunstâncias muitas vezes adversas. A diferença é que a adversidade está representada, na atualidade, pelos altos custos econômico-financeiros da implementação e do incremento dos direitos sociais.

Uma das alternativas que se vem desenhando para preservar as conquistas representadas pelos direitos sociais é o seu redimensionamento, voltando-se o Estado para o atendimento dos mínimos sociais e para um novo tipo de solidariedade social, mais redistributiva. Para aqueles que, na sociedade, não se encontram na situação de receberem do Estado as prestações positivas que corporificam direitos sociais, têm restado receber do Estado normas que regulam mais protetivamente o gozo de tais direitos quando prestados por particulares, como, por exemplo, no caso dos planos de saúde e do ensino privado.

Resta saber se esse tipo de solução atende a idéia esposada pelo princípio do não retrocesso social. E esta é uma provocação que se lança não só aos denominados operadores do Direito, mas à sociedade como um todo, e que está na base de muitas dos debates políticos, econômicos e sociais da atualidade.

5 Conclusão

O breve apanhado geral que se apresentou, sem qualquer pretensão de exaustividade, permitiu, porém, lançar luzes sobre questões com que diariamente se defrontam os juristas no âmbito dos direitos fundamentais. Isso porque, como ficou claro, tais direitos são históricos em sua essência e é a sua efetividade o que mais tem importado ao longo do seu processo de formação e expansão.

E a efetividade dos direitos fundamentais pressupõe que bem se conheça o seu conteúdo, o seu surgimento e os desafios que a sua expansão têm enfrentado, o que está ligado, em grande medida, com o tipo de Estado que reconhece e garante os direitos fundamentais.

A partir do século XX o tipo de Estado que usualmente se estrutura no Ocidente é o Estado de Direito Social, ou com matizes sociais, e cujo objetivo é, em essência, assegurar o bem-estar dos indivíduos, por meio dos direitos sociais, como forma de pacificação social e até, em certo grau, de estabilidade econômica.

Devido ao alto custo de manutenção das medidas que devem ser levadas a cabo pelo Estado de Direito Social, muitas têm sido as críticas a ele e as propostas de redução do grau de atendimento dos direitos sociais. A tal ponto têm sido graves as crises daí decorrentes que a doutrina, ibérica em particular, formulou o denominado princípio do não retrocesso social, como forma de preservar todas as conquistas em termos de direitos sociais. Contudo, o desafio das situações de limitações financeiras persiste e provoca uma necessidade de reflexão mais acurada, não só no âmbito jurídico, acerca das perspectivas de nova configuração dos direitos sociais e do tipo de Estado que lhes dá sustentação.

6 Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. 3. reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Estudos em homenagem a A. Ferrer-Correia, n. 3, p. 461-500, 1991.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: **Boletim Científico da ESMPU**, Brasília, ano 2, n. 8, p. 151-161, jul./set. 2003.

_____. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. 2. ed. atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Estado de direito e constituição**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. O princípio constitucional de dignidade da pessoa humana e a flexibilização da legislação trabalhista. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 11, n. 44, p. 92-134, jul./set. 2003.

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

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

_____. Hierarquização dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 168-183, jan./mar. 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 113-143.

MENAUT, Antonio Carlos Pereira. **Lecciones de teoría constitucional**. 2.ed. Madrid: Edersa, 1987.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MIRANDA, Jorge. A Constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 11, n. 45, p. 81-91, out./dez. 2003.

_____. **Manual de direito constitucional**. Direitos fundamentais. 3. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra, 2000. t. 4.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 12. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1996.