# DA PERMISSÃO "À PROCURA DA FELICIDADE" À PROMESSA DE BEM-ESTAR: A CONCEPÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS MODELOS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO LIBERAL E DO *WELFARE STATE*

**Fernando Luís Lopes Dantas***

**RESUMO**: A concepção de direitos fundamentais evoluiu de modo significativo desde a inauguração do Constitucionalismo moderno. Nos primórdios do Estado Liberal Clássico, os direitos fundamentais correspondiam ao que a doutrina convencionou chamar de liberdades públicas, que possuíam caráter individual e estavam dissociadas de quaisquer prestações estatais positivas. Ao Estado se impunha uma postura de absenteísmo, sendo-lhe defeso interferir nos assuntos circunscritos à esfera privada, notadamente as questões sociais e econômicas. Esse modelo de Constitucionalismo, se teve como méritos a superação do Absolutismo e a consagração de regras de proteção contra abusos do próprio Estado, revelou-se insuficiente no que concerne à garantia de condições de vida digna a todos os indivíduos. A insuficiência dessa concepção ensejou a ampliação do que se deveria considerar como direitos fundamentais, passando estes a também compreender os direitos sociais ou de segunda dimensão (ou geração). Como consequência dessa ampliação, verificou-se também a transformação do modelo de Estado, de Liberal e para Social, que passou, assim, a ter a obrigação constitucional de ofertar aos indivíduos prestações positivas com o escopo de assegurar, ao menos, condições elementares de vida digna. Surge, então, um novo dilema relacionado à concretização dos direitos sociais, que se refere à possibilidade de o Estado fazer frente ao custo da realização material dos direitos sociais. É o debate entre a reserva do possível e o mínimo existencial, levado a efeito, sobretudo, no âmbito da atuação da jurisdição constitucional. O presente trabalho se destina a promover uma análise dessa trajetória histórica dos direitos fundamentais, desde quando concebidos nos primórdios do Constitucionalismo moderno, até a sua configuração no momento constitucional contemporâneo.

* Mestrando em Constitucionalização do Direito pela Universidade Federal do Sergipe (UFS). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor da Pós-Graduação da Universidade Tiradentes (UNIT). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Sergipe. Juiz Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe.

**PALAVRAS-CHAVE**: Direitos fundamentais. Estado liberal. *Welfare State*. Direitos sociais. Evolução.

## 1. INTRODUÇÃO

A amplitude da definição de direitos fundamentais foi objeto de grandes transformações desde quando concebida nos primórdios do Constitucionalismo moderno, até a sua configuração no momento constitucional contemporâneo. Este artigo se destina a percorrer, em uma singela análise, a trajetória histórica de configuração dos direitos fundamentais, notadamente para o fim de aferir em que momento e sob que fundamentos os direitos sociais passaram também a ser incluídos nessa categoria de direitos.

O artigo se inicia pela identificação das origens históricas dos direitos fundamentais, antes limitados à esfera das liberdades públicas, institutos típicos do Estado Liberal. Em seguida, passa-se à verificação de como se sucedeu a transição do modelo de Estado, do Liberal ao Social, com a consequente alteração também dos direitos aos quais o ordenamento constitucional atribuiu fundamentalidade. Segue-se, então, à análise do modo como o tema passou a ser tratado na Constituição Federal de 1988, visitando-se questões relativas aos seus elementos característicos, bem como às condições de concretização e o debate entre a reserva do possível e o mínimo existencial.

Antes de se adentrar na discussão do tema propriamente dito, duas advertências são necessárias. Mesmo diante da afirmação de que o Estado, em determinadas épocas, assume uma concepção liberal ou social, há de se ter em mente que se verificarão pontos de imbricação entre esses modelos. Assim, ainda que num Estado Liberal, haverá sempre, ao menos em diminuta medida, alguma atividade que será exercida por esse Ente. Diga-se o mesmo em relação ao Estado Social, que também prestigiará a liberdade em determinados aspectos.

A outra advertência refere ao fato de que, pelas limitações de espaço, as ponderações aqui formuladas não têm, nem de longe, a pretensão de completude, representando apenas uma singela contribuição para o debate do tema.

## 2. UMA BREVE DIGRESSÃO: POR QUE PERMITIR E NÃO GARANTIR A FELICIDADE?

Por que a Declaração de Independência Americana afirma que todos os homens (e mulheres também!) têm o direito inalienável à procura da felicidade? Sobre esse questionamento Chris Gardner reflete em um dos momentos do filme *À procura da felicidade* (*The Pursuit of Happyness*[1]), quando sua esposa Linda revela que irá deixá-lo e partirá de casa com o filho do casal. Após essa notícia, o protagonista, interpretado por Will Smith[2], reflete sobre a opção de Thomas Jefferson quanto às expressões utilizadas no texto da mencionada Declaração, acreditando que esta não afirmou que todo homem teria o direito à felicidade, mas apenas o de persegui-la, por considerar que esse sentimento, tal como Gardner o entende, seria algo sempre inalcançável, "que sempre se procura, mas que talvez nunca se ache, por mais que se tente".

A noção de felicidade apresentada nesse trecho do filme, que consubstanciaria um sentimento vinculado a um paradigma sempre mutável, distingue-se da revelada nas ideias de John Rawls, que entende ser a felicidade o estado de quem *"está realizando com sucesso um plano racional, e confia, com sucesso, que seus esforços resultam em prazer."* . Ou seja, *"(...) a felicidade não é um objetivo entre vários a que aspiramos, mas a realização do plano racional* (1997, p. 612). A felicidade, por conseguinte, decorreria da execução do plano com reais perspectivas de êxito, e não necessariamente em sua efetiva conclusão.

Para Schopenhauer (2009, p. 19), a felicidade está vinculada a uma percepção subjetiva acerca da vida, ou seja, ao que as coisas representam para os indivíduos. Assim, ainda que aos olhos dos outros determinadas realizações possam ser consideradas motivos suficientes para trazer felicidade, não se haveria como garantir a determinada pessoa tal sentimento, uma vez que ele depende de suas concepções pessoais. Ainda acerca desse sentimento ou estado, o mesmo filósofo afirma a "nossa felicidade depende daquilo que *somos,* de nossa individualidade; enquanto, na maior parte das vezes, levamos em conta a nossa sorte, apenas aquilo que *temos* ou *representamos*." (2009, p. 7).

Todos esses argumentos se prestam, do ponto de vista empírico ou filosófico, a justificar a opção do texto da Declaração de Independência Americana, ao dispor que o direito ali esculpido diz respeito apenas à

"busca da felicidade", e não à garantia de sua obtenção.

Embora seja prescindível desconstituir as conclusões a que chegou Gardner, pois mais ainda corroboram a precisão da expressão utilizada na Declaração de Independência, é forçoso reconhecer que a escolha deveu-se, sobretudo, ao fato de que o Estado Americano, constituído soberanamente a partir de então, não assumiria qualquer obrigação de garantir as condições necessárias à concretização desse direito. Destarte, perseguir a felicidade, ou gozar efetivamente de todos os demais direitos individuais, era feito de responsabilidade de cada pessoa, conforme bem assinalou Dallari: "O exercício desses direitos, sobretudo, mas também de todos os demais direitos individuais, a forma de exercê-los e a oportunidade para isso eram questões adstritas ao exclusivo arbítrio de cada um, situando-se integralmente na esfera privada" (2010, p. 215).

O Estado Americano nasce, pois, sob a égide do pensamento liberal, que tem sua essência na crença de que o homem é o único e suficiente responsável por satisfazer seus próprios anseios, devendo o Estado se abster de se imiscuir de qualquer modo nas questões que importem apenas aos particulares. Destarte, se por um lado permite a busca da felicidade, por outro se vê o Estado Liberal impedido de garanti-la ou concorrer para a sua obtenção, pois é ele concebido sob o fundamento de que a intervenção estatal representa ameaça à liberdade individual, considerada valor supremo da sociedade de então (DALLARI, 2010, p. 104).

## 3. O CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO LIBERAL

### 3.1. ORIGENS: INGLATERRA, ESTADOS UNIDOS E FRANÇA

Embora com uma configuração distinta de Constituição, que não se encontra reunida em um documento escrito e único, a experiência inglesa contribuiu significativamente para a construção do fenômeno constitucionalista moderno, tanto que é considerada a sua matriz (DALLARI, 2010, p. 177). A *Magna Charta*, que remonta ao ano de 1215, é considerada um marco do constitucionalismo britânico, uma vez que, após a unificação dos reinos anglo-saxões, foi o primeiro instrumento por meio do qual o soberano inglês se viu obrigado a reconhecer direitos

à nobreza feudal, os quais se destinaram a resguardar da propriedade, a equidade na tributação, a liberdade religiosa, dentre outras garantias (BARROSO, 2011, p. 32). A esse acontecimento também se atribui o início da concepção de parlamento como órgão de proposição e participação política, que, embora ainda sob o controle do soberano, passou a dividir com ele o exercício das funções do Estado (NEUMANN, 2013, p. 131).

Dessa tensão entre monarquia e parlamento também resultaram outros instrumentos que importaram limitações aos poderes do soberano, incrementando, assim, a ideia de garantia dos cidadãos[3] contra atuações arbitrárias do poder estatal. Em 1628, foi elaborada a *Petition of Rights*, sendo mais tarde, em 1689, o monarca inglês submetido ao *Bill of Rights*, este último documento que inaugurou na Inglaterra um novo modelo de distribuição de poder fundamentado na supremacia do Parlamento (BARROSO, 2011, p. 33).

A noção de divisão e limitação dos poderes do Estado, bem como a concepção dos direitos individuais como liberdades públicas relacionadas ao *status negativus* (CANOTILHO, 2003, p. 395), podem ser apontadas como as principais contribuições da história constitucional inglesa para o Constitucionalismo moderno, movimento este que teve nesses ideais os seus fundamentos (MIRANDA, 2011, p. 162-163; BARROSO, 2011, p. 27; BONAVIDES, 2012, p. 43).

Nada obstante, embora a trajetória histórica do modelo inglês, dada a sua estabilidade, tenha inclusive prescindido de uma constituição consolidada formalmente em um único instrumento, a fórmula adotada pelo Constitucionalismo moderno, sobretudo nos movimentos constitucionais americano e francês, fortemente influenciados pelos ideais iluministas, exigia que o Estado fosse organizado com fundamento em um documento escrito, que estabelecesse a estrutura orgânica desse Ente, bem como que dispusesse sobre sua forma de atuação. Essa exigência decorria da necessidade de se apontar expressamente as regras por meio das quais o Estado pautaria suas relações com os cidadãos, afastando-se as obscuridades do Regime Absolutista, de modo que se resguardasse o povo de qualquer intervenção indevida nas relações privadas. Objetivava-se, pois, a certeza e a segurança dessas normas de atuação do Estado, que seriam previamente conhecidas por todos.

Conforme leciona Canotilho, o constitucionalismo moderno se

desenvolveu a partir de três dimensões fundamentais:

> "(1) ordenação jurídico-política plasmada em um documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado." (2003, p. 52).

Esse entendimento bem se conforma à ideia esculpida no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789 pela Assembleia Nacional Constituinte da França, cujo conteúdo afirma que "*A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*". O ideal constitucional se encontrava, portanto, necessariamente relacionado ao reconhecimento de direitos "inalienáveis", os quais deveriam estar expressamente contemplados no corpo do texto de uma Constituição. Essa disposição topográfica da declaração de direitos se justificaria pela necessidade de resguardá-los de eventuais vilipêndios estatais, já que, em tese, estariam protegidos pela hierarquia e rigidez dessa norma jurídico-política.

E essas premissas foram observadas pelos movimentos constitucionais americano e francês, que trouxeram em seus textos constitucionais uma declaração de direitos.

A propósito, a Constituição Americana, em sua redação original, não chegou a contemplar uma declaração de direitos, o que se deveu principalmente ao fato de haver grandes divergências acerca da oportunidade de se dispor constitucionalmente acerca dessas questões, bem como no que diz respeito ao conteúdo dos direitos que deveriam ser consagrados constitucionalmente, notadamente com relação a temas relacionados à abolição da escravidão, igualdade, liberdade religiosa. Destarte, para o fim de viabilizar a aprovação do texto da Constituição, foi rejeitada pela maioria dos Estados americanos a proposta de inclusão de direitos no texto dessa norma. Essa ideia, no entanto, não foi abandonada peremptoriamente, tanto que em 1791[4] foi introduzida na Constituição Americana uma "Declaração de Direitos Individuais", a qual ficou conhecida como o *Bill of Rights* americano.

Na França, por sua vez, o caminho foi o inverso daquele percorrido nos Estados Unidos, tendo sido aprovada a Declaração dos Direitos do Homem do Cidadão em 1789, antes mesmo de ser concebida a Constituição escrita nos moldes do Constitucionalismo moderno. Tal norma somente foi aprovada pela Assembleia Constituinte Francesa em 1791, tendo incorporado ao seu preâmbulo a Declaração de Direitos anteriormente expedida.

Vê-se, pois, que todos os ambientes constitucionais antes registrados aderiam, em diferentes medidas e modos, à fórmula da positivação dos direitos fundamentais. A Inglaterra o fez, como foi antes assinalado, em documentos esparsos e concebidos em períodos distintos, embora dotados de natureza constitucional. Os Estados Unidos e a França, que inauguraram o Constitucionalismo moderno, optaram pela inclusão desses direitos no próprio corpo da Constituição, consagrando a ideia de direitos material e formalmente constitucionais (SARLET, 2012, p. 37).

## 3.2. DA NOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO LIBERAL MODERNO

A ideia de direitos fundamentais trabalhada no Constitucionalismo moderno se relaciona bem perto com a doutrina jusnaturalista racional, que teve em Locke (1632-1704) um dos principais expoentes. A Locke, segundo lição de Sarlet, tributa-se o primeiro reconhecimento dos "direitos inalienáveis"[5] do homem, que seriam a vida, a liberdade, a propriedade e o de resistência (2013, p. 267). O conteúdo dessa categoria de direitos apresentado por Locke também coincide com os ensinamentos de Paulo Bonavides (2012, p. 580) e de Canotilho (2003, p. 111), e representam o que a doutrina denomina de direitos de primeira dimensão[6] (ou geração).

Segundo Bonavides,

> "Os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente."

Essa dimensão de direitos corresponde à noção de liberdades públicas ou direitos de defesa (MENDES, 2004, p. 3), por meio das quais aos indivíduos se concede a possibilidade de opô-los ao Estado, que tem o dever de não embaraçar seu exercício pelos respectivos titulares (BONAVIDES, 2013, P. 40). Enquadram-se, portanto, no conceito de *status negativus*, de acordo com a Teoria desenvolvida por Jellinek (BONAVIDES, 2012, p. 583; PIEROTH, SHLINK, 2012, p. 62; ALEXY, 2011, 258).

Essa noção de direito exigível apenas em face do Estado é, todavia, incompleta, ainda que se tenha como referência o período que corresponde aos primórdios do Constitucionalismo moderno. Considerando que também os particulares, e não somente o Estado, poderiam intentar violar ou ameaçar os direitos individuais reconhecidos constitucionalmente, notadamente os relativos à preservação da vida e da segurança, também em face daqueles seriam oponíveis tal categoria de direitos. A eventual violação de direitos individuais por particulares ensejaria a atuação do Estado, embora de forma restrita, uma vez que tinha a responsabilidade de resguardar a ordem pública (DALLARI, 2010, p. 215).

A partir dessa concepção de direitos de primeira dimensão, e em consonância com os ideais liberais, a atuação do Estado no Constitucionalismo moderno deveria ser mínima, limitada apenas às questões destinadas ao custeio estatal (cobrança de impostos), manutenção da ordem interna e preservação do território em face de invasões estrangeiras (DALLARI, 2010, p. 216), sendo, pois, o fim primordial desse Ente garantir que os homens, reunidos em sociedade, pudessem desfrutar *"(...) da sua propriedade, na paz e tranquilidade"*, conforme assinalou Locke, referenciado por Norberto Bobbio (1997, p. 188).

Por conseguinte, é de se reconhecer que o Estado Liberal, descomprometido que era com quaisquer outras prestações além das antes mencionadas, terminava por quase só servir aos interesses de uma minoria proprietária de terras ou de outros bens que, a partir da positivação dos direitos individuais, via-se agora protegida de eventuais violações praticadas pelo Estado. Aos demais "cidadãos", que constituíam a imensa maioria da população, quase nada foi acrescido no que se refere a uma atuação protetiva do Estado, que sequer cogitou garantir

efetivamente qualquer demanda de caráter social. As camadas sociais menos favorecidas, constituídas dos "desapossados de quase todos os bens", nunca chegaram a efetivamente gozar da liberdade idolatrada e proclamada pelo Liberalismo clássico, uma vez que esta somente pode ser alcançada quando associada à emancipação econômica (BONAVIDES, 2013, p. 188).

### 3.3. A CRISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO LIBERAL MODERNO

A superação do Regime Absolutista, com a definição de um novo modelo de Estado, firmado sob regras expressas que condicionavam e limitavam os poderes do Estado, bem como o reconhecimento expresso de determinados direitos individuais, podem ser considerados os principais triunfos do Constitucionalismo moderno. Poderia, ainda, citar-se a diminuição dos privilégios de determinadas classes, tais como a nobreza e o clero, como outros méritos desse movimento constitucional.

Nada obstante, o modelo de Estado Liberal estabeleceu-se firmado em premissas contraditórias e de convivência intranquila, quiçá inviável. As expressões "liberdade" e "igualdade", valores que se constituíram lemas das Revoluções Americana e Francesa, exprimem significados que somente se harmonizaram casuisticamente nos discursos iniciais dos idealizadores desses movimentos. Aliás, acerca dessa questão, certamente uma das mais precisas análises foi feita pelo ilustre sergipano Tobias Barreto, ainda no século XIX[7]. Oportuno, destarte, transcrever trechos de "Um discurso em manga de camisa":

> "Liberdade, igualdade e fraternidade, três palavras que se espantam de se acharem unidas, porque significam três coisas reciprocamente estranhas e contraditórias, principalmente as duas primeiras. (...)
> Mas Antes de tudo – que a liberdade e a igualdade são contraditórias e se repelem-se mutuamente, não milita dúvida. (...)
> A liberdade entregue a si mesma, à própria ação, produz naturalmente a desigualdade (...)" (1926, p. 102-103).

Já exauridos os fins a que se destinava o ideal de "igualdade", que era principalmente a supressão de privilégios da nobreza e do clero nas questões tributárias e de participação no poder político, os teóricos revolucionários logo cuidaram de relativizar o conteúdo desse princípio, passando a justificar a desigualdade e entendê-la como aceitável e justa, desde que decorrente de relações "estabelecidas e desenvolvidas com liberdade" (DALLARI, 2010, p. 104). Assim, o valor supremo do Estado Liberal, ao qual o ordenamento constitucional destinava a necessária proteção, era a liberdade, não se cogitando a tutela da Constituição sobre direitos de caráter social ou econômico, já que aquela norma não se constituía base jurídica das relações sociais (DALLARI, 2010, p. 100).

Esse distanciamento do Estado das relações sociais, aliado ao prestígio exacerbado da liberdade, terminou por fomentar o individualismo e o patrimonialismo, afastando a possibilidade de vingar, na prática, qualquer iniciativa de solidariedade, tanto que Dallari chega a mencionar a existência de um verdadeiro "culto da propriedade individual" (2010, p. 103). A consequência natural desses fatos foi a acentuação das desigualdades sociais, tal como registrado por Tobias Barreto, o que foi propiciado, a bem da verdade, pela completa impossibilidade estrutural Estado Liberal de evitar essa ocorrência, seja por vedação imposta pelo próprio modelo desenhado pelo ordenamento constitucional, seja pela inexistência de órgãos com incumbência de desenvolver atividades no campo social.

Esse panorama evidenciou que a amplitude até então outorgada aos direitos fundamentais, circunscritos à esfera das liberdades, terminava por comprometer a própria teleologia do instituto, na medida em que não obteve êxito no propósito de resguardar os valores mais caros da natureza humana. A lógica do pensamento liberal, de que a liberdade dos indivíduos para buscar a felicidade os conduziria à obtenção da máxima felicidade, conforme pensamento de Jeremy Bentham, referenciado por Dallari (2010, p. 118), desmontava-se a partir da constatação de que os mais pobres e os miseráveis jamais poderiam desfrutar efetivamente da liberdade. Surgiram, assim, os que passaram a afirmar a insuficiência da circunscrição dos direitos fundamentais ao campo das liberdades públicas, proclamando a necessidade de que o tratamento dispensado a essa classe de direitos fosse também estendido aos direitos econômicos, sociais e culturais (DALLARI, 2010, p. 142).

A aceitação desses argumentos conduziria, como efetivamente conduziu, à conclusão de que o Estado não poderia permanecer afastado do campo das relações sociais, impondo-se-lhe não mais limitar sua atuação à manutenção da ordem pública, mas a ter participação efetiva nas searas social e econômica, de modo a assegurar aos menos favorecidos os meios necessários a uma vida digna. Abandona-se, assim, a ideia de liberdade em seu aspecto meramente formal, passando ele a ser trabalhado sob a premissa da materialização e concretização (SARLET, 2012, p. 48).

Essas constatações, conjugadas a outras questões econômicas que não interessam diretamente ao tema proposto para o presente trabalho, puseram em cheque o modelo de Estado Liberal constituído desde o final da segunda metade do século XVIII.

## 4. O CONSTITUCIONALISMO DO ESTADO SOCIAL

### 4.1. A TRANSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL

O esgotamento do modelo Liberal Clássico de Estado se verificou no mundo como um todo somente após o final de II Grande Guerra, embora em muitos países essa ocorrência tenha se dado no início do século XX, sendo exemplo disso a extinta União Soviética. A imersão do mundo num estado de beligerância com I Grande Guerra, a queda da bolsa de 1929, que ensejou a adoção de políticas intervencionistas do Estado na Economia a partir dos anos trinta, bem como um novo conflito global que se principiou ainda naquela década, foram eventos que terminam por transformar o modo de atuação do Estado na Economia, que passou de mero espectador da iniciativa privada a ator principal do cenário econômico, passando a conduzi-lo, controlá-lo e também a nele atuar diretamente (GRAU, 1998, p. 22).

A nova configuração de Estado exigiu, por óbvio, uma transformação também no sistema constitucional, consubstanciando o fenômeno que a doutrina denominou de Constitucionalismo Social, cujas origens são tributadas às Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar, esta do ano 1919.

O modelo constitucional a partir de então estabelecido designou o Estado como efetivo participante das relações sociais, as quais se encontravam antes reservadas unicamente à esfera privada. Àquele

Ente se atribuiu, então, a responsabilidade por ofertar aos indivíduos prestações positivas que lhes assegurassem condições de vida compatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana, este que passa a ser considerado o vetor axiológico de todo o ordenamento jurídico-constitucional (JACINTHO, 2009, p. 253). Surgem, assim, os direitos sociais e econômicos, também denominados de direitos de segunda dimensão (ou geração).

Para o cumprimento dessa obrigação, a estrutura funcional do Estado também foi objeto de significativas alterações, passando ele a dispor de órgãos com atribuições voltadas à execução de políticas públicas destinadas a assegurar a fruição desses "novos direitos" pelos respectivos titulares.

Dota-se o Estado, ademais, de instrumentos de atuação que passam a lhe permitir dar efetividade aos comandos esculpidos do texto da Constituição, de modo que os direitos fundamentais ali reconhecidos pudessem ser materializados em favor dos seus destinatários. E foi neste aspecto que ganhou especial relevância o papel do Poder Judiciário, notadamente ao ensejo de exercer o que se convencionou chamar de Jurisdição (ou Justiça) Constitucional, em um sentido que vai muito além do simples controle de constitucionalidade concebido por Kelsen, no qual incumbe ao tribunal constitucional[8] funcionar como mero "legislador negativo" (1928, p. 150-154). A partir da compreensão e aceitação do caráter normativo da Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 1226; BONAVIDES, 2012, p. 244), que deixa de ser considerada apenas como documento político, mas que assume definitiva e irrevogavelmente a condição de "lei ou conjunto de leis" (BONAVIDES, 2012, p. 245) com densidade suficiente a dispensar complemento para serem materializadas, impôs-se ao Judiciário o mister de funcionar também como concretizador dos preceitos constitucionais. O Poder Judiciário, assim, assume importante papel de corresponsável pela garantia de pleno gozo dos direitos fundamentais.

### 4.2. A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Questão que ainda suscita debates, de modo a motivar significativa produção científica, diz respeito à amplitude do conceito de direitos

fundamentais na Constituição Federal de 1988. Um bom ponto de partida para análise dessa questão é, certamente, a busca de uma definição do que seriam os direitos fundamentais. A propósito, oportuno registrar a lição de Ingo W. Sarlet acerca do tema:

> "Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)". (2012, p. 77).

A partir da definição acima transcrita, verifica-se que há alguns elementos que podem ser apontados como característicos dos direitos considerados fundamentais.

O primeiro deles diz respeito à afirmação como tal pelo ordenamento constitucional. É oportuno ressaltar, todavia, que o reconhecimento advindo do "direito constitucional positivo" não significa que os direitos fundamentais devam, necessariamente, encontrar-se inseridos expressamente no texto constitucional; ou mesmo, caso se encontrem, de se situarem em determinada posição do corpo da Constituição. A exegese literal do art. 5,º, §2.º, da CF/1988 já autoriza essa conclusão. Além disso, o caráter de fundamentalidade decorre também do "conteúdo e importância" do direito, que guarda estrita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir dessas premissas, forçoso reconhecer que a configuração constitucional dos direitos sociais corresponde precisamente à definição de direitos fundamentais, já que se encontram expressamente (mas não exaustivamente!) elencados no texto da Constituição, em disposição topográfica que evidencia a importância que lhe foi outorgada pelo Poder Constituinte. A propósito, situam-se os direitos sociais no Capítulo II,

do Título II da Constituição, o qual é destinado ao tratamento "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". Ademais, a relevância outorgada aos direitos sociais é revelada desde o preâmbulo constitucional, quando o Constituinte afirma o compromisso do Estado de "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais (...)", colocando essas dimensões de direitos, mais uma vez, no mesmo plano de fundamentalidade.

Por conseguinte, por vontade expressa do Poder Constituinte[9], os direitos individuais e os sociais se encontram ligados intimamente, sendo postos em relação de complementaridade decorrente da conclusão já exposta no corpo deste trabalho, no sentido de que é incompleta a noção de fundamentalidade limitada apenas ao campo das liberdades, pois não têm estas o condão de "assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social." (PIOVESAN, 2006, p. 27). Essa íntima ligação não somente é revelada pela arquitetura constitucional, mas também pela configuração ontológica atribuída a ambos pela Constituição, conforme a lição bastante esclarecedora dos Professores José Luís Bolzan de Morais e Ângela Araújo da Silveira Espíndola:

> "Hoje, não mais se fala na dicotomia "direitos negativos (de abstenção) e direitos positivos (de prestação)". Há uma imbricação inevitável entre ambos. Não se tem assegurada a liberdade de manifestação sem o acesso ao conhecimento, exemplificativamente. Não se é livre passando fome. E é nesta perspectiva que emergem os problemas de efetivação dos direitos à – educação, saúde, moradia etc." (2009, P. 89)

Aliás, foi inspirado nesse liame que, em 2010, o Senador Cristóvão Buarque apresentou a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 19/2010, visando alterar a redação do art. 6.º da Constituição, para o fim de afirmar que os direitos sociais são "essenciais à busca da felicidade". A despeito das críticas dirigidas à referida PEC, muitas delas até em tom de deboche, não há como subtrair a pertinência dos fundamentos da aludida proposição, ao considerar que a plena fruição dos direitos individuais somente é alcançada com a garantia de condições mínimas de existência digna.

É bem verdade que a eleição do princípio da dignidade humana como condicionante axiológico da hermenêutica e da aplicação constitucional, já teria o condão de conduzir a essa mesma conclusão, quanto a ser indissociável e complementar a relação entre os direitos de primeira e segunda dimensões. Todavia, inegável que a alteração proposta pelo ilustre Senador Cristóvão Buarque teria ao menos valor simbólico, na medida em que promoveria a consagração expressa no texto constitucional dessa lógica imbricação, consubstanciando uma manifestação da "constitucionalização simbólica" destinada a "confirmar valores sociais", de acordo com a tipologia apresentada pelo Professor Marcelo Neves (2011, p. 33).

### 4.3. O DILEMA DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

"O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o do protegê-los." (BOBBIO, 2004, p. 43). A afirmação do ilustre Professor italiano, embora dirigida imediatamente para os direitos individuais ou de primeira dimensão, tem pertinente aplicação para todos os direitos aos quais o ordenamento constitucional atribuiu fundamentalidade, dentre os quais se incluem os direitos sociais. Nesse mister, nos dias atuais é a garantia do exercício dos direitos sociais que se apresenta como maior desafio para o Estado brasileiro, que se autoproclama como Social.

Acerca desse tema, a primeira questão que se apresentou foi a discussão em torno do regime jurídico das normas constitucionais que estabeleceram direitos de segunda dimensão, que foram consideradas, num primeiro momento, como despidas de eficácia normativa. Esse entendimento, embora ainda não superado completamente[10], encaminha-se para a substituição pela aceitação da aplicabilidade imediata dos direitos sociais[11], dada a sua fundamentalidade e em conformidade com o disposto no art. 5.º, §1.º, da Constituição Federal. Como consequência dessa constatação, estaria inclusive facultado aos destinatários desses direitos perseguir, na via judicial, da satisfação dos compromissos estatais firmados no texto da Lei Maior (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 96).

Outro aspecto que se apresenta como indagação diz respeito à possibilidade de o Estado suportar os custos decorrentes do cumprimento dos compromissos assumidos na Constituição, no que se refere ao

campo dos direitos sociais. Isso pelo fato de o texto constitucional ter contemplado extenso rol de direitos dessa natureza, não havendo como desconsiderar a existência de "um grande descompasso entre as promessas constitucionais, a democratização no acesso aos meios de demanda social e os meios para sua realização." (BOLZAN DE MORAIS, 2008, p. 23). Eis que surge, então, o debate entre a "reserva do possível", como argumento a justificar a não concretização plena dos direitos sociais, e a garantia do "mínimo existencial", que representa os valores elementares consentâneos com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Via de regra esse debate doutrinário se reproduz no curso de ações judiciais propostas ao ensejo de reclamar a concretização direitos fundamentais não assegurados ordinariamente pelos poderes constituídos, em especial o Executivo, que é responsável direto pela consecução das políticas públicas. Em razão disso, recorrentemente se atribui ao Poder Judiciário a pecha de usurpador das funções dos demais Poderes. A propósito, sem olvidar da ocorrência de excessos por partes de uma parcela minoritária da magistratura, bem como do fato de que muitas vezes o exercício da jurisdição constitucional se dá sem a observância de recursos adequados de hermenêutica e argumentação, é inequívoco que o Judiciário apenas cumpre seu papel constitucional, atuando tão-somente (mas sempre!) quando provocado pelos que tenham legitimidade para tanto.

É bem verdade que a concretização dos direitos sociais sempre estará vinculada à ideia de possibilidade do Estado fazer frente aos custos das atividades desenvolvidas com essa finalidade. Assim, ainda que o Judiciário, atendendo aos mandamentos constitucionais, viabilize o usufruto dos direitos de natureza social e econômica, é possível, quiçá provável, que se chegue a um ponto em que ficarão escassos os recursos financeiros necessários a esse mister. Talvez nesse momento se conclua de que deve o Estado prometer menos, para que possa cumprir todas as obrigações que assumiu no corpo da Constituição, sob pena de se sujeitar ao que Bolzan de Morais chama de *desgaste de legitimação* (2011, p. 97).

Que fique claro, no entanto, que aqui não se prega como boa ou necessária a diminuição das prestações positivas do Estado, na tutela das questões sociais. Todavia, seguindo o Constitucionalismo no curso em que está, que aponta para a imperiosa aceitação da normatividade

da Constituição, bem como em razão do ritmo que lhe é ensejado pelo Neoconstitucionalismo, não tardará para que muitos entendam que o Estado precisa realmente encolher, redefinindo, por conseguinte, seus compromissos constitucionais quanto a prestações dessa natureza.

Nada obstante, é certo que a atual configuração dos direitos sociais, a quem a arquitetura constitucional atribuiu o *status* de fundamentais, impõe ao Poder Judiciário a obrigação, diante do inadimplemento estatal quanto à garantia de direitos desse quilate, promover a concretização das normas constitucionais, observando, por óbvio, e consoante lições de Kelsen (1931, p. 153), os elementos condicionantes extraídos também do próprio texto constitucional.

## 5. CONCLUSÃO

O emprego do vocábulo "evolução" requer sempre cuidado, de modo que não seja ele utilizado quando dissociado da noção de aperfeiçoamento, enriquecimento, ou expressões do mesmo valor semântico. Atento a essa advertência, ao ensejo do tema, pode-se afirmar que a concepção de direitos fundamentais experimentou grande evolução desde o advento do Constitucionalismo moderno, até a sua atual configuração. A propósito, alargou-se em grande medida a esfera de proteção dos indivíduos, aos quais o Estado, além de resguardar as liberdades clássicas, prometeu assegurar um núcleo essencial de direitos que, em conformidade com os valores consagrados no texto da Constituição, deve-se prestar a garantir condições ao menos elementares de vida digna.

Essa alteração na amplitude do conceito de direitos fundamentais passou pela redefinição dos valores fundamentais do Estado, abandonando-se a primazia quase absoluta da liberdade que imperava no Constitucionalismo moderno, para se prestigiar, no Estado Social, o princípio da igualdade em seu aspecto material. Destarte, assume o Estado o papel de garantidor das condições mínimas de existência, que podem inclusive ser objeto de reclamação pela via jurisdicional.

A questão primordial que se apresenta, no entanto, é a que concerne à efetiva garantia dos direitos fundamentais, aí se incluindo também os de segunda dimensão. Destarte, a despeito de opiniões que advogam a possibilidade de que, com base em diversos argumentos, possa-se justificar o inadimplemento estatal quanto a alguns compromissos sociais

assumidos na Constituição, é certo que, ao menos no que se refere ao núcleo essencial dos direitos destinados a garantir o mínimo existencial, a recalcitrância do Estado pode e deve ser suprida por meio da intervenção do Poder Judiciário que, atuando nos estritos limites do que lhe determina a Constituição, não pode receber o rótulo de ativista. Isso pelo fato de o modelo constitucional adotado pelo Constituinte de 1988, pelo menos até que alterado ("ou não," como diria o poeta baiano filho da saudosa Dona Canô), considera que também os direitos sociais são dotados de fundamentalidade e integram, por conseguinte, a categoria de direitos fundamentais do homem (e das mulheres também).

___

**FROM PERMISSION OF "THE PURSUIT OF HAPPINESS" TO THE PROMISE OF WELFARE: THE CONCEPTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN CONSTITUCIONAL MODELS OF THE LIBERAL STATE AND OF THE WELFARE STATE**

**ABSTRACT**: The conception of fundamental rights has evolved significantly since the inauguration of modern constitutionalism. In the early days of the Classica Liberal State, the fundamental rights that correspond to the doctrine-called civil liberties, which had individual character and were dissociated of any positive benefits. To the State was imposed a posture of absenteeism, being prohibited from interfering in matters confined to the private sphere, especially the social and economic issues. This model of constitutionalism, it had the merit of overcoming Absolutism and the consecration of rules to protect against abuse of the state itself, was insufficient in regard to ensuring decent living conditions for all individuals. The failure of this concept led to the expansion of what should be considered as fundamental rights, passing these to also understand the rights or the second dimension (or generation). As a result of this expansion, there was also the transformation of the state model, from Liberal to the Social, so to have a constitutional obligation to offer positive benefits to individuals with the aim of ensuring, at least, basic conditions of dignified life. Then comes a new dilemma related to the realization of social rights, which refers to the ability of the state to meet the material cost of the realization of social rights. It is the debate between the reserve as possible and existential minimum, which occurs

mainly within the constitutional jurisdiction. This work is intended to promote an analysis of this historical trajectory of fundamental rights, since when conceived in the beginning of Modern Constitutionalism, until its configuration in contemporary constitutional moment.

**KEYWORDS**: Fundamental rights. Liberal State. Welfare State. Social rights. Evolution.

## Notas

[1] A grafia incorreta da palavra *"happyness"* (correto: *happiness)* consta no título do mencionado filme, sendo justificada pelo contexto em que se desenvolve um dos trechos da obra.
[2] A interpretação emocionante, ao lado do próprio filho, rendeu a Will Smith a indicação ao Oscar de Melhor Ator do ano de 2006.
[3] Conforme será aduzido de forma mais pormenorizada nas sessões 3.2 e 3.3 deste artigo, embora não houvesse exclusão expressa dos demais componentes do povo, esses direitos se destinaram, na prática, a uma pequena minoria nobre e proprietária de terras e outros bens, que teve, a partir de então, mecanismos de proteção contra própria atuação estatal. Assim, é equivocado se afirmar haver conformação de sua definição com a dos direitos fundamentais, notadamente em razão da ausência de caráter universal (SARLET, 2012, p. 41).
[4] As dez primeiras emendas foram aprovadas no I Congresso dos Estados Unidos, realizado em setembro de 1791, somente entrando em vigor no dia 15 de dezembro daquele mesmo ano (DALLARI, 2010, p. 278).
[5] A influência de Locke sobre os movimentos constitucionais modernos pode ser verificada pelo fato de que a própria Declaração de Independência dos Estados Unidos utilizou a expressão "direitos inalienáveis", tal como fez o filósofo em referência. Diga-se o mesmo em relação ao teor do art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, bem como das diversas declarações de direitos expedidas pelos Estados Americanos, em especial a da Virgínia (1776) e a da Pensilvânia (1776).
[6] A expressão "dimensão", que hoje tem a preferência da doutrina nacional, é efetivamente mais apropriada que a "geração", uma vez que esta última remete à inadequada ideia de sucessão. Na verdade, como bem adverte o Magistrado e Professor Ingo W. Sarlet, é preferível a adoção da expressão "dimensão", pois melhor transmite a ideia de "um processo cumulativo, de complementaridade." (SARLET, 2013, p. 270).
[7] A edição do livro referenciado é de 1926. No entanto, a obra foi escrita por Tobias Barreto em 1879, no município de Escada, PE.
[8] Na concepção de Kelsen, caberia a um tribunal constitucional o controle de constitucionalidade destinado a eliminar do ordenamento jurídico leis ou atos normativos contrários à Constituição (1928, p. 152), embora também os juízes em geral tivessem competência para, nos casos concretos, negar aplicação de normas inconstitucionais (1931, p. 263).
[9] O "Poder Constituinte" é aqui mencionado na acepção descrita pelo ilustre Magistrado e Professor Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 119), como aquele manifestado pelo povo, por meio de seus representantes, reunido em Assembleia Constituinte. É ele, pois, distinto do poder reformador e do poder constituinte dos Estados-membros, que são exercidos na forma de emendas e da elaboração das constituições estaduais, respectivamente. Cf: Moreira, 2012, p. 30.
[10] O professor José Afonso da Silva ainda insiste em classificar as normas definidoras dos direitos sociais como sendo programáticas, mesmo fazendo referência a correntes modernas que apresentam entendimento divergente (2012, p. 137-139).
[11] Para aprofundamento do tema: SARLET, 2012, p. 261-273.

**REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012.
BARRETO, Tobias. *Um discurso em manga de camisa. In*: Obras Completas IV – Discursos. Aracaju: ECE/Edição do Estado de Sergipe, 1926.
BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011.
BOBBIO, Norberto. *Locke e o Direito Natural*. Brasília: UnB, 2003.
BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e Teoria do Estado*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
_____; ESPÍDOLA, Ângela Araújo da Silveira. *O Estado e seus limites*: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. *In*: AGRA, Walber de Moura (Coordenador). Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2009.
_____. *Estado Constitucional, Direitos Fundamentais*: limites e possibilidades. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).
_____. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
_____. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
_____. *Do Estado Liberal ao Estado social*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed Coimbra: Almedina, 2003.
CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coordenação). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos*: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo. Saraiva, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
JACINTHO, Jussara Maria Moreno. *Dignidade Humana* – Princípio constitucional. Paraná: Juruá, 2009.
KELSEN, Hans**.** *A Jurisdição Constitucional*. Ano 1928. *In:* Jurisdição Constitucional. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
_____. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* Ano 1930-31. *In*: Jurisdição Constitucional. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
_____. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: estudos de Direito Constitucional. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
MIRANDA, JORGE. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da reforma constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
NEUMANN, Franz. *O Império do Direito*: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. (trad. Antônio Francisco Sousa e Antônio Franco). São Paulo: Saraiva, 2012.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. ver, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
RUSSEULL, Bertrand. *A conquista da felicidade*. ed. esp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ª edição. São Paulo: RT, 2013.
_____. *Os direitos fundamentais sociais*: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividae nos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *In*: AGRA, Walber de Moura (Coordenador). Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2009.
SCHOPENHAUER, Arthur. *Aforismos para sabedoria de vida*. 3. ed.

São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.