

Quarta Geração/Dimensão dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia e o Direito de Ser Diferente

LEONARDO FERNANDES DOS SANTOS

Acadêmico de Direito da Universidade Estadual de Maringá, Membro do Núcleo de Estudos Constitucionais da Universidade Estadual de Maringá (Departamento de Direito Público).

Submissão: 06.04.2010

Parecer 1: 23.07.2010

Parecer 2: 07.07.2010

Decisão Editorial: 23.07.2010

RESUMO: Pluralismo e democracia são mais do que palavras em voga ou modismos acadêmicos. Os direitos fundamentais de quarta dimensão/geração são, antes de tudo, uma evolução do desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais de primeira a terceira geração e o reconhecimento de que o Estado Democrático de Direito e a própria ciência jurídica devem estar atentos a uma sociedade na qual a democracia plural representa um importante passo na concreção dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos fundamentais; pluralidade; democracia; dimensões.

ABSTRACT: Pluralism and democracy are more than words in vogue or academical phrases. The fourth dimension/generation of fundamental rights are, above all, an evolution of the historic development of the first to third preceding generations and the recognition that the Democratic State of Law and the legal science ought to be attentive for an society in which plural democracy represents an important step to the concretion of the fundamental rights.

SUMÁRIO: Introdução; 1 As gerações/dimensões; 2 A quarta geração/dimensão; Considerações finais; Referências.

Paro à beira de mim e me debruço... Abismo... E nesse abismo o Universo. Com seu tempo e seu espaço, é um astro, e nesse Alguns há, outros universos, outras Formas do Ser com outros tempos, espaços [...]. (Fernando Pessoa, *Mistério do mundo*)

INTRODUÇÃO

Direitos fundamentais. Talvez um tema, ao menos desde os tempos modernos para cá, nunca tenha causado tantas discussões, doutrinas e opiniões divergentes como este. A plêiade de definições, conceitos, teorias, te-

orizações e aplicações práticas é a mais diversa possível e leva, quiçá, a infinitas projeções no mundo jurídico.

A esse respeito, Alexy já foi enfático ao dizer que “sobre os direitos fundamentais é possível formular teorias das mais variadas espécies”¹. Destarte, a fim de explicar os direitos fundamentais, múltiplas conceituações poderão ser encontradas, haverá enfoques das mais variadas áreas, como a história, a sociologia e a própria filosofia (John Rawls e sua obra *A theory of justice*).

Todavia, as múltiplas conceituações/bases de fundamentação a respeito dos direitos fundamentais não serão aqui objeto de estudo, sob pena de perder-se o foco do trabalho, que será justamente aquilo que Bonavides chama de “quarta geração de direitos fundamentais”². Nossa “fuga” das definições não é, reafirme-se, pela dificuldade em encontrá-las ou, ao menos, estabelecer alguma que possa dizer-se como a mais apropriada. As conceituações e definições a respeito dos direitos fundamentais demonstram, ao fim e ao cabo, uma opção por uma via de predominância no tocante ao enfoque (histórico, sociológico e filosófico), e todas as vertentes se mostram válidas na fundamentação dos direitos fundamentais. Outrossim, é importante consignar que tratar de direitos fundamentais não é uma tarefa nada fácil. Há, ainda, certa “nebulosidade” doutrinária e prática no que concerne a estruturas das normas de direitos fundamentais, bem como no tocante aos conceitos e às formas de argumentação fundamentadoras dos direitos fundamentais. Segundo Alexy³:

A dogmática dos direitos fundamentais, enquanto disciplina prática, visa, em última instância, a uma fundamentação racional de juízos concretos de dever-se no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade de fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de dever-ser seja acessível na maior medida possível, a controles intersubjetivos. *Isso, no entanto, pressupõe clareza tanto acerca das estruturas das normas de direitos fundamentais quanto acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. De forma alguma é possível dizer que tal clareza já exista em grau suficiente. Quando se examina a caracterização teórico-estrutural dos direitos fundamentais e de suas normas na jurisprudência e na literatura, o que se encontra é um quadro desconcertante.* (destacou-se)

Nota-se, portanto, que o ramo de fundamentação teórica dos direitos fundamentais é de frutíferas teorias. Cite-se, *apenas a título ilustrativo*, que

1 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 31.

2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 570.

3 Idem, p. 43.

Alexy defende uma teoria estrutural dos direitos fundamentais, sendo que, segundo ele, uma teoria estrutural seria, primariamente, uma teoria analítica. Essa predominância analítica dar-se-ia em virtude do fato de que ela investiga as estruturas como os conceitos de direito fundamental, sua influência no sistema jurídico, entre outros. Há, nessa teoria estrutural, um nítido caráter empírico-analítico, quando da análise das jurisprudências relacionadas a direitos fundamentais, bem como um caráter normativo-analítico, quando se questiona acerca do acerto da decisão e da racional fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais. A função de uma teoria estrutural dos direitos fundamentais seria justamente constituir uma base para a teoria integrativa dos direitos fundamentais, motivo pelo qual se faria necessária a elaboração de conceitos analíticos no âmbito dos direitos fundamentais. É por essa razão que afirma Alexy:

Clareza analítico-conceitual é uma condição elementar da racionalidade de qualquer ciência. Nas disciplinas práticas, que apenas muito indiretamente podem ser controladas por experiências empíricas, esse postulado tem um significado ainda maior. Isso vale principalmente para o campo dos direitos fundamentais, os quais são marcados por uma tradição analítica em uma medida muito menor que, por exemplo, o direito civil e expostos em medida muito maior a influências ideológicas.⁴

Destarte, vê-se que o autor busca dar fundamentos estruturais à teoria dos direitos fundamentais, buscando livrá-la da retórica política e das instáveis lutas ideológicas; é por meio de uma teoria analítica, portanto, que, para Alexy, seria possível estabelecer uma sólida ciência dos direitos fundamentais⁵. Todavia, tal posição não quer dizer que o Direito deve estar alheio às demais ciências; o que busca o autor Tedesco é uma teoria jurídica sólida dos direitos fundamentais justamente para livrá-la das intempéries políticas e ideológicas, ou seja, uma teoria que não seja tão maleável no decurso do tempo. Reforce-se que isso em nada quer dizer que a ciência jurídica deva ficar alheia aos demais ramos científicos, afinal, segundo o próprio Alexy: “A Ciência do Direito somente pode cumprir sua tarefa prática sendo uma disciplina multidimensional”⁶. Ao se tratar de direitos fundamentais, vale sempre lembrar a lição de Canotilho:

Os direitos fundamentais pressupõem concepções de Estado e de constituição decisivamente operantes na actividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais. Significa isto que a interpretação da constituição pré-compreen-

4 Alexy, op. cit., p. 43.

5 Idem, p. 49.

6 Idem, p. 48.

de uma teoria dos direitos fundamentais, no sentido de uma concepção sistematicamente orientada para o carácter geral, finalidade e alcance intrínseco dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, concebidos como sistema ou ordem, constituiriam um ponto de referência sistémico (*Bezugssystem*) para a teoria da constituição e do Estado. *A abordagem dos direitos fundamentais não deve, porém, ser aprisionada por teorias ou sistemas fechados, impondo-se antes uma dogmática aberta em que o pensamento zetético (= pensamento problematizante) sobreleve as exigências da dogmática pura. Indispensável é, por isso, perguntar problematicamente sobre as teorias de direitos fundamentais julgadas subjacentes ao articulado constitucional ou esgrimidas na discussão dos direitos fundamentais.* (grifou-se)⁷

Dessa feita, a temática sobre direitos fundamentais deve ser sempre um livro aberto para novas revisões, sendo que o predomínio cego de uma dogmática em si mesmo seria mais prejudicial do que benéfico ao desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais. Todavia, como se afirmou no início, não nos ocuparemos da temática relativa à fundamentação ou à teorização da ciência dos direitos fundamentais. As explicações acima foram apenas um exemplo, instigante, da complexa rede teórica, e prática também, que envolve a temática dos direitos fundamentais. Aqueles que puderem melhor se debruçar sobre tais teorias terão uma grande chance de entender a complexidade dos direitos fundamentais e da própria ciência jurídica.

1 AS GERAÇÕES/DIMENSÕES

A princípio, faz-se necessário esclarecer duas opções terminológicas. Os termos geração de direitos fundamentais e dimensões de direitos fundamentais serão aqui utilizados como sinônimos. Outrossim, é imperioso consignar a existência de terminologias distintas, mas utilizadas de maneira sinónímica a respeito da temática gerações/dimensões de direitos fundamentais. Nesse diapasão, André Ramos Tavares fala em dimensão dos direitos dos homens e dimensão em vez de geração:

É preciso anotar que os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar gerações sucessivas de direitos humanos. A ideia de “gerações”, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração substitui, naturalmente, a outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo “dimensão”.⁸

Sem embargo do brilhantismo do posicionamento acima, entende-se que a opção pelo termo dimensão/geração é indiferente, ao menos do ponto

7 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993. p. 505/506.

8 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 358.

de vista jurídico-científico, pois o que deve estar muito claro na mente do jurista é que as dimensões ou as gerações realmente não se sucedem de maneira linear ou mecanicista. As gerações/dimensões vão se encontrar por diversas vezes, tocando-se de maneira recíproca na história do desenvolvimento humano, ou seja, haverá direitos de primeira geração nos de segunda e terceira e vice-versa, vez que elas sempre, uma hora ou outra, encontrar-se-ão, ainda que com brevidade, na linha do tempo. Como bem salientado por Gilmar Mendes, Paulo Gonet Branco e Inocência Mártires Coelho:

Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração [...] A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. [...] Cada direito de cada geração interage com os das outras e, nesse processo, dar-se-á a compreensão.⁹

As dimensões/gerações de direitos fundamentais devem ser encaradas como bailarinos que devem dançar por diversas vezes a mesma valsa: podem eles tentar dançar da mesma maneira por vinte anos, porém sempre haverá um passo novo se revelando de maneira integrativa aos demais.

Passe-se agora a uma sintética análise das três primeiras gerações dos direitos fundamentais. A abordagem a seguir não é nada exaustiva; é uma visão *en passant* a respeito dessas dimensões. O foco deste trabalho, como já outrora afirmado, será o da quarta geração dos direitos fundamentais, todavia a boa didática impõe uma breve abordagem sobre suas “antecessoras”, sempre atentos ao acima exposto, ou seja, as dimensões não se encontram com seus “portais” fechados; há uma fenda que as liga de maneira constante, de modo que a “energia dos direitos fundamentais” flua de maneira a formar um passeio constante dos direitos entre as mais diversas dimensões.

A primeira geração é marcada pelos direitos de liberdade, tanto civis como políticos. São também chamados de direitos negativos do cidadão em face do Estado, vez que limitam o poderio estatal frente ao cidadão, ao assegurar um direito geral de liberdade. Ao assegurar o direito de liberdade, impôs-se também ao Estado um dever de abstenção, bem como a primazia do homem por si mesmo, ou seja, o indivíduo individualmente considerado. Nota-se, portanto, que esses direitos de primeira dimensão marcam o Estado Liberal, sendo os primeiros a passarem por uma positivação constitucional no Ocidente. Incluem-se nessa categoria os direitos às liberdades individuais, de culto, liberdade de reunião, domicílio, entre outros. Segun-

9 MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva e IDR, 2007. p. 224.

do Gilmar Mendes, o parâmetro e o limite desses direitos era a manutenção da propriedade, sendo que era diminuta a importância dos choques dos demais direitos com estes, vez que havia um predomínio pelo direito de propriedade em face dos demais¹⁰.

A segunda geração de direitos fundamentais é marcada justamente por uma “reação” a esse modelo ausenteísta de Estado. O domínio desta dimensão de direito se deu no século XX – ao contrário dos de primeira, que se deram no século XIX – e marca uma ruptura com o modelo de Estado Liberal do século anterior. São os direitos sociais, coletivos, bem como os econômicos, ou seja: saúde, educação, lazer, trabalho, assistência social, entre outros. São marcados por uma cessação de um modelo não intervencionista do Estado e pela criação de obrigações sociais do Estado para com a sociedade. Demonstrando o enlace entre as gerações, afirma Bonavides: “Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem se separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”¹¹.

A Constituição de Weimar (Alemanha) é o principal exemplo desse modelo de um constitucionalismo social-democrático que viria a marcar o período pós-Segunda Guerra Mundial. Dessa forma, as constituições desse período reforçaram uma preocupação com o social, abandonando os ditames de um liberalismo exacerbado do século XIX. A ruptura com o ideário burguês que marcou os direitos de primeira geração, obviamente, não foi tarefa facilmente aceita, sendo que por muito tempo se afirmou se tratarem as normas de direito de segunda dimensão de meras normas programáticas, sem vinculação normativa, sendo que as justificativas para a inobservância delas foram as mais variadas, desde a carência de conteúdo normativo, até mesmo a carência de recursos financeiros. Dispõe Bonavides:

Mas passaram [as normas da segunda geração] primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas preocupações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática [...]. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.¹²

10 Idem, p. 223.

11 Bonavides, op. cit., p. 564.

12 Idem, p. 564.

Dessa feita, o próprio princípio da força normativa da Constituição impôs que o Estado observasse que as normas consagradoras de direitos sociais também possuem caráter normativo e vinculante. A ideia já defendida da folha de papel (Lassale) não podia mais se adequar ao constitucionalismo; não foi por menos que a tese da normatividade tomou conta das constituições pós-Segunda Guerra Mundial. A tese da normatividade foi brilhantemente defendida por Konrad Hesse:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas [...]. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas [...]. A “Constituição real” e a “Constituição jurídica” se condicionam mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra.¹³

Deste modo, a invocação de caráter programático dessas normas não poderia sobreviver, ao menos do ponto de vista de programação não dotada de normatividade. Todo o Texto Constitucional é texto normativo! No tocante à afirmação da carência de recursos financeiros, infelizmente, até hoje, diversos Estados, inclusive o brasileiro, ainda se utilizam dessa escusa, invocando a teoria da reserva do possível como forma de retardar a concreção dos direitos fundamentais e, por conseguinte, violando frontalmente, no exemplo brasileiro, o art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A reserva do possível deve estar submetida, antes de tudo, ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, não podendo o Estado, que gerencia mal os recursos e rendas públicas, invocá-la de maneira desajustada como forma de escapar de seu dever constitucional. O Supremo Tribunal Federal vem manifestando, de forma iterativa, a possibilidade de o Poder Judiciário, mormente aquele tribunal, enquanto guardião da Constituição, determinar ao Poder Público a implementação de políticas públicas quando da omissão do Poder Público resulte o comprometimento de relevantes direitos constitucionais:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – TRANSPORTE DE ALUNOS DA REDE ESTADUAL DE ENSINO – OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO – EDUCAÇÃO – DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL – DEVER DO ESTADO – 1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever

13 HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 26/27.

a ele imposto pelo preceito veiculado pelo art. 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que “[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental [...]. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional”. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁴

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – SEGURANÇA PÚBLICA – LEGITIMIDADE – INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO – IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – OMISSÃO ADMINISTRATIVA – 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [art. 129, I e III, da CB/1988]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁵

Verdadeiro magistério a respeito desse papel mais ativo do Poder Judiciário no âmbito da implantação das políticas públicas as quais o Poder Público está em mora pode ser encontrado no voto-vencido do Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, a cuja integralidade nos furtamos de apresentar em vista de sua extensão. Todavia, o pequeno extrato de ata abaixo revela uma verdadeira lição no que concerne à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, mormente aqueles de segunda geração, nos quais a mora constitucional do Poder Executivo brasileiro se mostra um tanto quanto exacerbada:

O alto significado social e o irrecusável valor constitucional de que se reveste o direito à saúde não podem ser menosprezados pelo Estado, sob pena de grave e injusta frustração de um inafastável compromisso constitucional, que tem, no

14 AgRg-RE 603575,, 2ª T., Rel. Min. Eros Grau, J. 20.04.2010, DJe-086 divulg. 13.05.2010, public. 14.05.2010, Ement. v. 02401-05, p. 01127.

15 AgRg-RE 367432, 2ª T., Rel. Min. Eros Grau, J. 20.04.2010, DJe-086 divulg. 13.05.2010, public. 14.05.2010, Ement. v. 02401-04, p. 00750.

aparelho estatal, o seu precípuo destinatário. O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de proteção ao direito à saúde, traduz meta cuja não realização qualificar-se-á como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, ainda mais se se tiver presente que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser (necessariamente) implementado mediante adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis. Ao julgar a ADPF 45/DF, Relator Ministro Celso de Mello, proferi decisão assim ementada (Informativo/STF nº 345/2004):

“Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).”

Salientei, então, em referida decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 199/1219-1220, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.) [...].¹⁶

Vê-se, portanto, que a inércia estatal na implementação de política públicas deve estar sim sob controle do Poder Judiciário. Frise-se, a inércia, não as opções. É evidente que caberá ao Poder Executivo, dentro de seu poder-dever constitucional, fixar o melhor modo de concretizar os direitos fundamentais, sendo que a atuação positiva do Poder Judiciário deve dar-se no sentido de fazer cessar eventual inação. É evidente também que essas escolhas não podem ser feitas de formas arbitrárias e desarrazoadas, sob pena de violarem o próprio núcleo essencial desses direitos fundamentais, bem como o princípio da proporcionalidade, fazendo surgir a possibilidade, nesses casos, de apreciação judicial das escolhas discricionárias arbitrárias no tocante à concreção dos direitos fundamentais. Tal assertiva se dá em razão da própria ordem objetiva dos direitos fundamentais, pois eles não podem ser encarados tão somente como direitos públicos subjetivos, e sim também como verdadeiras normas de *dimensão objetiva*, o que torna possí-

16 A íntegra do voto se encontra no Informativo nº 582 do Supremo Tribunal Federal.

vel a aferição de que sua violação (seja pela ação ou pela inação) é passível de revisão pelos órgãos estatais responsáveis por coibir as arbitrariedades estatais, função que geralmente se estabelece ao Poder Judiciário. Segundo Bonavides:

A concepção de objetividade e de valores relativamente aos direitos fundamentais fez com que o princípio da igualdade tanto quanto o da liberdade tomasse também um sentido novo, deixando de ser mero direito individual que demanda tratamento igual e uniforme para assumir, conforme demonstra a doutrina e a jurisprudência do constitucionalismo alemão, uma dimensão objetiva de garantia contra atos de arbítrio do Estado.¹⁷

A pequena explanação feita sobre a segunda dimensão/geração de direitos fundamentais robustece a afirmação de que as dimensões não se encontram fechadas. Note-se que a humanidade já se encontra no século XXI e ainda debatemos a dimensão que se iniciou no século passado, bem como no retrasado. A polêmica é mais acirrada na segunda geração à vista do fato de que ela impõe ao Estado uma atividade positiva cujo cumprimento exige sólidas bases políticas, econômicas e sociais, bases essas nas quais muitos Estados, mormente os de deficitário cunho democrático e de poucos recursos econômicos¹⁸, encontram sérias dificuldades de concreção. Há ainda Estados, no entanto, cujo objetivo em vez da concretização desses direitos optam pela diminuição de sua importância, demonstrando-se, assim, neste último caso, um verdadeiro desrespeito aos direitos fundamentais.

A terceira geração dos direitos fundamentais surge no final do século XX. Os direitos de terceira geração dizem respeito à coletividade, ao homem enquanto gênero humano. Pertencem aos direitos de terceira dimensão os direitos difusos, o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade, as belezas naturais, ao patrimônio cultural, ao desenvolvimento, entre outros. Esses direitos se ligam à própria ideia de fraternidade. André Ramos Tavares salienta que o principal problema envolvendo esta dimensão é a desestrutura da Administração Pública, ainda impregnada pelos vieses liberais, de encararem e criarem políticas públicas voltadas aos fenômenos de caráter metaindividuais¹⁹. Observe-se

17 Bonavides, op. cit., p. 568/569.

18 Obviamente não se trata de uma regra. Os próprios Estados Unidos da América, maior potência econômica mundial, mostram-se, muitas vezes, displicentes na concretização desses direitos. O exemplo mais emblemático é o próprio sistema de saúde pública estadunidense, cuja problemática ganhou maiores contornos só com a eleição de Barack Obama, que tinha como um dos carros-chefe de sua campanha a ampliação/aprimoramento do sistema de saúde pública daquele país. Não só os direitos de segunda dimensão são por ali violados. A questão a respeito da prisão de Guantánamo e seus prisioneiros sem processo trouxe a lume o problema ligado às liberdades públicas e do devido processo legal, direitos esses que, acima de protegerem o cidadão, protegem o homem enquanto indivíduo considerado em si mesmo. Destarte, nem sempre poderio econômico e concreção de direitos fundamentais estarão de mãos dadas.

19 Tavares, op. cit., p. 361.

novamente aqui o toque das gerações/dimensões de direitos fundamentais, pois os direitos de terceira geração também exigem a formulação de políticas públicas, como os de segunda, porém nestes com um enfoque supra ou metaindividual.

Novas demandas podem surgir, ora indicando novas gerações, ora encaixando-se nas até agora aqui expostas. Reforça-se, no entanto, que “cada direito, de cada geração, interage com os das outras e, nesse processo, dá-se à compreensão”²⁰. Compreender essa interação e que essas divisões são, acima de tudo, didáticas é de especial importância para a boa compreensão dos direitos fundamentais.

2 A QUARTA GERAÇÃO/DIMENSÃO

Pluralismo e democracia são mais do que meros substantivos em voga, em que pesem suas invocações para as mais variadas situações. Os direitos marcados pela quarta dimensão dos direitos fundamentais são justamente os direitos ligados ao pluralismo e à democracia, ou seja, o direito a ser diferente, à informação, à pluralidade em seus mais diversos aspectos, ao respeito das minorias, entre outros.

Não se pretende aqui entrar na seara das múltiplas (ou por que não dizer plurais?) teorias da democracia, todavia é mister consignar a respeito, ao menos, da teoria democrático-pluralística. Não se objetiva também aqui afirmar que é ela a origem dos direitos fundamentais de quarta dimensão, até mesmo porque se prever um marco histórico às dimensões já é tarefa difícil, imagine teórico.

A chave da teoria democrático-pluralista é que a vontade popular não seria formada nem pelo conjunto da reunião dos votos, nos moldes plebiscitários, nem por uma visão do indivíduo abstrato. As decisões seriam formadas por interações de grupos sociais. Seria a partir dos *inputs* (ou seja, da carga de ideias trazida desses grupos) que se formariam as decisões. Segundo Canotilho:

O pluralismo, ancorado numa teoria de *inputs* dos grupos, é, ao mesmo tempo, uma teoria empírica e uma teoria normativa. Como teoria empírica, pretende captar a realidade social e política das democracias ocidentais, nas quais todas as decisões políticas se reconduziriam a interesses veiculados pelos vários grupos sociais. Como teoria normativa – o pluralismo como ideia dirigente –, a teoria pluralista pressuporia um *sistema político aberto*, com ordens de interesses e valores diferenciados e que, tendencialmente, permitiria a todos os grupos a chance de influência efectiva nas decisões políticas. Desta forma, realizar-se-ia a

20 Mendes et al., op. cit., p. 224.

aspiração da distribuição de poderes por vários subsistemas concorrentes, substituindo-se a concorrência liberal de ideias pelo interesse concorrente dos grupos. Ao mesmo tempo, conseguir-se-ia obter uma dimensão igualitária, na medida em que, estando no sistema pluralístico todos os interessados tendencialmente organizados da mesma maneira, todos eles teriam uma quota de influência e mobilização.²¹

As críticas à teoria democrático-pluralística foram imensas nos Estados Unidos, nação na qual, em razão de seu alto grau de federativismo, foi o local onde se desenvolveu com mais estilo. As principais objeções foram no sentido de que as decisões acabavam ficando restritas a grupos sociais restritos, bem como o fato de que a teoria não soube demonstrar como se daria esse real processo de influência dos *inputs* nas decisões políticas. Outrossim, a proposta democrático-pluralística evidenciaria a necessidade de uma sociedade por demais homogênea em que todos os indivíduos tivessem a mesma carga de poder, o que poderia levar a uma “ideologia de justificação”²² dos grupos dominantes no poder.

As críticas acima expostas não estão totalmente equivocadas, todavia o fato é que o pluralismo deve ser encarado, acima de tudo, como realidade fática. As sociedades hodiernas tendem, cada vez mais, a uma configuração heterogênea, sendo ínsito ao Estado Democrático de Direito uma concepção multifacetada da sociedade. O pluralismo, seja do ponto de vista teórico ou prático, mostra-se, indubitavelmente, como realidade social, não podendo, nem devendo, o Direito esquivar-se dessa problemática. Ademais, invocar o mundo do dever-se para escapar da realidade fática não é tarefa que compete às ciências jurídicas, que devem, acima de tudo, fornecer soluções, no mundo deontológico, para as demandas sociais e plurais. Como bem salientado por Canotilho, o princípio democrático é, antes de tudo, um “elemento constitutivo da ordem constitucional”²³, sendo, portanto, direito posto e vigente!

Os direitos de quarta dimensão/geração nos guiam a uma sociedade aberta, na qual os princípios de democráticos e plurais devem ser mais do que discursos acadêmicos. A democracia plural exige da ciência jurídica uma postura menos positivista. Se o Direito, visto sob o ângulo de sua teoria tridimensional, envolve, como um de seus elementos, o “fato”, ou seja, a realidade (pertencente ao mundo do ser), não há motivos, sejam teóricos ou pragmáticos, para que o Direito se furte às pluralidades do corpo social. A

21 Canotilho, op. cit., p. 403.

22 Spiner apud Canotilho, op. cit., p. 404.

23 Idem, p. 405.

lei não pode continuar sendo encarada sob um ponto de vista de abstração da norma pela norma; a lei deve ser a *law in public action*²⁴, pois só assim se pode conceber um conceito de norma que seja capaz de coadunar-se com os elementos democráticos constitutivos da ordem constitucional (arts. 1º, *caput*, e V, 3º, IV e 5º, *caput*, todos da Constituição Federal).

É possível, ainda, fazer uma relação entre a quarta geração dos direitos fundamentais e a globalização. Conforme dispõe Bonavides²⁵, enquanto a globalização econômica, de cunho neoliberal, caminha sem uma referência de valores, é possível falar também de uma globalização política, cuja radícula são os direitos fundamentais. É desta globalização que vem brotando a preocupação mundial, mormente do Direito Internacional, na expansão global dos direitos fundamentais. Deve-se indagar, todavia, até quando a hipocrisia das grandes potências – mormente daqueles vencedoras da Segunda Guerra e que vieram a dominar o órgão de maior poder (de fato) da ONU, o Conselho de Segurança – deixarão de lado esse “*laissez faire, laissez aller, laissez passer*” às violações dos direitos fundamentais em troca de acordos obscuros.

Outrossim, os direitos de quarta dimensão atuam de forma a objetivar tanto os direitos de segunda e terceira geração, como também, nos dizeres de Bonavides²⁶, absorver (sem remover) a subjetividade dos direitos de primeira geração, pois esses direitos são otimizados na medida em que se inter-relacionam para alcançarem plena efetividade (concreção).

Os direitos fundamentais de quarta geração/dimensão merecem também destaque na hermenêutica jurídica. A correlação entre democracia e hermenêutica ganhou destaque no método concretista da Constituição aberta, também conhecido como método da Constituição Aberta, teorizado por Peter Häberle.

Segundo o autor alemão, os modelos de interpretação jurídica sempre estiveram ligados a modelos fechados de interpretação. Esse modelo se mostra deficitário na medida em que, em uma sociedade plural, há uma gama infindável de diversas potências públicas que não permitem a fixação de um *numerus clausus* (rol taxativo) de intérpretes constitucionais. Häberle propõe, com sua teoria, a ampliação dos círculos de intérpretes constitucionais, pois aquele que vive uma norma, ou seja, aquele que vive sob

24 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

25 Bonavides, op. cit., p. 571.

26 Idem, p. 572.

os ditames de determinada Constituição, é tão intérprete dela quanto os órgãos estatais. É justamente por esse motivo que ele dispõe: “Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade [...] quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos cointerpretá-la”²⁷.

A teoria haberliana se assenta em uma visão culturalista do Direito; ou seja, a ciência jurídica, para Häberle, deve ser encarada como um fenômeno pertencente ao mundo da cultura. O conceito de fenômeno cultural, para o Direito, é assim exposto por Miguel Reale:

Ora, a cultura pode ser vista como projeção histórica da consciência intencional, isto é, como o mundo das intencionalidades objetivadas no tempo historicamente vivido. É necessário estabelecer que não são apenas as coisas materiais e tangíveis que compõem o mundo da cultura, mas também os conhecimentos lógicos que se adquirem a respeito dos homens e das coisas e das atitudes ou formas de comportamento social. Tanto compõe a cultura uma estante como um teorema de Pitágoras, um quadro de Rafael ou uma estátua de Donatello. Há, portanto, tantas formas e expressões de cultura quantos os valores que nesses bens se traduzem ou expressam, *significando uma integração do dado da natureza no processus da experiência humana. [...] a cultura encontra no espírito a sua fonte primordial, revelando-se através da História em múltiplas manifestações*.²⁸ (grifou-se)

Ao relacionar cultura e Direito, Häberle demonstra que a Constituição não existe tão somente para o jurista; ela é, antes de tudo, do cidadão e evidencia um estado de desenvolvimento cultural de determinada sociedade, representando, inclusive, o seu patrimônio cultural e fundamentando as esperanças de seu povo:

[...] la Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas, los que tienen que interpretarla conforme a las antiguas y las nuevas reglas de la profesión, sino que actúa esencialmente también como guía para los no juristas: para el ciudadano la Constitución no es sólo un texto jurídico o un “mecanismo normativo”, sino también expresión de un estado de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.²⁹

A importância da visão de Constituição enquanto fenômeno pertencente ao mundo da cultura é que, segundo Häberle, surge daí a necessidade

27 HÄBERLE, *Hermenêutica constitucional*, op. cit., p. 13.

28 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 218.

29 HÄBERLE, Peter. El estado constitucional. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 05/07. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

de que o círculo de intérpretes seja ampliado a fim de que os cidadãos e as demais potências públicas possam envolver-se de forma mais ativa na hermenêutica constitucional, mormente na jurisdição constitucional, na qual a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais se realiza/afirma de maneira mais intensa.

O suprasumo, portanto, da hermenêutica da Constituição aberta é a quebra do monopólio hermenêutico, fazendo com que não só os intérpretes em sentido estrito (órgãos estatais imbuídos dessa missão) possam interpretar uma norma, mas sim a ampliação do círculo hermenêutico a todos que vivem no contexto de determinada norma. É o reconhecimento da existência de intérpretes em sentido lato, bem como do fato de que o destinatário da norma é participante ativo da atividade interpretativa.

Tal concepção é, antes de tudo, a base das afirmações de Peter Häberle no sentido de que quem vive a norma, no seu cotidiano, não pode ser excluído de sua interpretação. Dispõe o autor Tedesco:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.³⁰

A importância dessa definição a respeito da participação da sociedade, mormente no tocante à jurisdição constitucional, dá-se como forma de ampliar o próprio rol de direitos fundamentais, pois a participação social no processo hermenêutico-constitucional, nas palavras de Häberle, converte-se em “elemento objetivo dos direitos fundamentais”³¹, fazendo com que pluralismo, democracia e a teoria de constituição encontrem uma “mediação específica entre Estado e sociedade”³².

As ideias de Häberle, à primeira vista, podem parecer mais uma utopia do que Direito em si; todavia, a concreção de seus ideais não é mero adorno acadêmico. Os Estados Democráticos de Direito têm atentado, de maneira mais intensa, à necessidade de enxergar o cidadão como parte integrante da realidade constitucional e, por conseguinte, como cointér-

30 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional* cit., p. 15.

31 Idem, *ibidem*.

32 Idem, p. 16.

prete da Constituição. No Brasil, Häberle cita expressamente o exemplo do Supremo Tribunal Federal e do instituto do *amicus curiae*:

*En Brasil, la Suprema Corte ha apelado recientemente de modo expreso, en sentencias particulares, a la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” para justificar el instituto del amicus curiae briefs. El derecho procesal constitucional se transforma así en garantía del pluralismo y la participación, por gravoso que ello pueda ser a la vista de la sobrecarga de la mayoría de los tribunales.*³³

A adoção de procedimentos (procedimentalização) para ampliar essa participação é matéria com que a ciência jurídica deve ocupar-se cada vez mais, permitindo, deste modo, uma maior interação entre sociedade plural, democracia e Direito.

Os direitos fundamentais de quarta dimensão, ao conjugarem democracia e pluralismo, permitem que se fale do surgimento de uma *globalização democrática*³⁴ dos direitos fundamentais, um modelo no qual o homem seja “o centro de gravidade, a corrente de divergência de todos os interesses do sistema”³⁵. Exsurge, outrossim, um poder-dever do Estado de criar mecanismos de inserção e proteção das minorais, abstendo-se de discriminações arbitrárias. O princípio da igualdade exige, *prima facie*, que somente haja tratamentos desiguais caso isso seja justificado por princípios contrapostos³⁶.

Por fim, a intensidade que a democracia possui faz com que esta deva ser inserta no rol dos direitos fundamentais. Como já bem salientou Antonio Negri, sua importância é tão grande que “falar de poder constituinte é falar de democracia”³⁷. Os tempos hodiernos parecem indissociar o poder, ao menos do ponto de vista não arbitrário, da democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais, evidentemente, encontram-se em um infindável estado de desenvolvimento. A linha desse desenvolvimento não

33 HÄBERLE, Peter. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. Observatório da Jurisdição Constitucional, Instituto Brasileiro de Direito Público. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/548/589>>. Acesso em: 5 maio 2010, p. 197.

34 Consigne-se, desde já, que globalização democrática em nada envolve qualquer tipo de “guerra pela democracia”, como já foi utilizado por alguns governos que, em nome de interesses econômicos, utilizaram-se de armas para “democratizar” nações.

35 Bonavides, op. cit., p. 572.

36 Merece destaque o que dispõe Alexy nesse sentido, vez que o autor faz interessante diferença entre igualdade fática e jurídica: “Que o direito, *prima facie*, à igualdade jurídica pode ser formulado como um direito *prima facie* à não realização de um tratamento desigual; o direito *prima facie* à igualdade fática, por seu turno, é um direito *prima facie* a uma ação positiva do Estado” (Alexy, op. cit., p. 432).

37 NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 07.

é, todavia, retilínea e, infelizmente, nem sempre progressiva. A atuação do homem ao longo do seu curso na História demonstra que os direitos fundamentais se encontram em constantes tensões de afirmação e aplicabilidade. Não é por outro motivo que se reforçou o tempo todo que as dimensões/gerações de direitos fundamentais não se comportam de maneiras estanques e desconexas. As dimensões se tocam o tempo todo, interagem de forma a garantir que os direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração se toquem e interajam de maneira expressiva, garantindo-se, desta forma, a normatividade e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

Em que pese, pode-se argumentar que a quarta dimensão dos direitos fundamentais é apenas resultado de uma interação entre as outras três, e neste trabalho prefere-se optar por sua “autonomia”. Tal procedimento se faz mister, pois a quarta geração dos direitos fundamentais parece urgir sua afirmação como forma de garantir aquilo que Bonavides chama de “globalização dos direitos fundamentais”³⁸. É hora de abandonar a visão de globalização econômica, cujo capital é o principal ator, para um modelo no qual o que realmente deve se globalizar é o império dos direitos fundamentais.

O reconhecimento da quarta dimensão dos direitos fundamentais também é essencial na medida em que a pluralidade pressupõe o direito das minorias, ou seja, afirmar a quarta geração dos direitos fundamentais é afirmar, antes de tudo, que o Estado deve abster-se das discriminações arbitrárias, bem como criar mecanismos de proteção e afirmação dessas minorias. Aliás, merece aplausos a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277-7, proposta pela Procuradoria-Geral da República, na qual se pugna pela inconstitucionalidade das disposições do Código Civil que limitam o casamento a pessoas do mesmo sexo. Limitações arbitrárias como esta – que impedem, como base em preconceitos, crenças religiosas e domínio de uma maioria heterossexual sob outras minorais de sexualidade homoaletiva – não se coadunam com o Estado Democrático de Direito nem com a quarta dimensão dos direitos fundamentais, em que o pluralismo e seu reconhecimento pelo Estado impõem um Estado igualitário para todos, sem diferenciações arbitrárias e abstenções comissivas frente à realidade. Os preconceitos, ainda mais quando com o aval estatal, só levam à misantropia.

Pode-se verificar, outrossim, que a partição dos direitos fundamentais em gerações/dimensões, como outrora afirmado, é mais didática que do fá-

38 Vide nota 24.

tica. É que, como se ressaltou durante todo o texto, os portais que ligam as dimensões estão sempre abertos, o fluxo de energia entre as gerações é constante. A dificuldade de concreção dos direitos fundamentais de segunda dimensão, por exemplo, ainda é patente em países como o Brasil, no qual a Administração Pública ainda não parece ter notado que seu principal papel é o de “concretizar os direitos fundamentais”³⁹. Os direitos de primeira dimensão (mormente o da liberdade) parecem agonizar em alguns países, como os Estados Unidos da América, onde, a pretexto de combater o terrorismo, limitam-se e infringem liberdades públicas de nacionais e não nacionais.

Nota-se, portanto, que a luta pela manutenção dos direitos fundamentais não está finda. É dever do Direito, em nome do princípio da vedação do retrocesso, evitar com que as conquistas relacionadas aos direitos fundamentais tenham sido em vão. Os direitos fundamentais de quarta geração são de especial relevo nessa luta, a um porque demonstram que o Estado não é formado por camadas homogêneas de um mesmo povo, a dois porque garantem que se reconheça que sem democracia e pluralidade a luta pelo império dos direitos fundamentais será sempre dar voltas em círculos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.
- HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 10 abr. 2010.
- _____. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- _____. La jurisdicción constitucional en la sociedad abierta. Observatório da Jurisdição Constitucional, Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/548/589>>. Acesso em: 5 maio 2010.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva e IDP, 2007.
- NEGRI, Antonio. *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

39 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.