

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 35 • nº 140
outubro/dezembro – 1998

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

A insuficiência dos paradigmas da teoria tradicional dos direitos constitucionais fundamentais

JAIRO GILBERTO SCHÄFER

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Algumas considerações sobre a teoria constitucional dos direitos fundamentais. 3. A insuficiência dos paradigmas da teoria tradicional dos direitos constitucionais fundamentais. 4. Considerações finais.

1. Introdução

As sociedades contemporâneas e o sistema mundial em geral estão a passar por processos de transformação social rápidos e profundos que põem definitivamente em causa as teorias e os conceitos, os modelos e as soluções anteriormente considerados eficazes para diagnosticar e resolver as crises sociais, no ensinamento de Boaventura de Sousa Santos¹, uma vez que a imposição de uma sociedade civil mundial, consequência irreversível da globalização, em virtude da complexidade de sua estrutura, denuncia a incapacidade da utilização do instrumental teórico tradicional, centrado no conceito de Estado Soberano.

Nesse contexto, a teoria tradicional dos direitos fundamentais, em virtude das transformações do direito na sociedade contemporânea – percebendo-se uma internacionalização do direito constitucional acompanhada de uma redução de seu espaço –, deve sofrer uma revisão profunda, objetivando adequá-la aos novos paradigmas da sociedade, que se caracteriza pela complexidade de suas relações, em que o sujeito de direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta, em que a geração dos direitos transindividuais passa a ser objeto do estudo

Jairo Gilberto Schäfer é Juiz Federal Substituto da Primeira Vara Federal de Florianópolis, Professor da Faculdade de Direito da Univali, Mestrando em Direito pela CPGD/UFSC, Ex-Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul.

¹ *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.* São Paulo : Cortêz, 1995.

do jurista, pois o “direito só existe no plano das relações humanas, devendo então ser pensado não como um instrumento que opõe um homem contra o outro, mas como um instrumento que harmoniza a convivência de ambos”².

O enfrentamento da questão relativa ao elemento político da teoria dos direitos fundamentais, qual seja, a democracia, propõe-se a responder às indagações: é possível fundamentar os direitos dos homens? Os conceitos tradicionais, a partir de uma função promocional do direito, mostram-se suficientes para a teoria jurídica contemporânea? Em virtude da globalização, é possível aplicar-se ao “cidadão do mundo” a teoria tradicional dos direitos fundamentais?

2. Algumas considerações sobre a teoria constitucional dos direitos fundamentais

Mostra-se abundante a doutrina jurídica sobre os direitos e garantias fundamentais, principalmente no direito alienígena, em que se percebe uma sistematização dogmática do assunto, objetivando a efetivação dos valores constitucionais, tendo por paradigma o cidadão-indivíduo, munindo-o de instrumentos eficazes na defesa de suas posições jurídicas.

Para Robert Alexy³, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais é uma teoria dogmática, uma vez ter por objeto de estudo o direito positivo de determinada ordem jurídica, qualificada enquanto categoria teórica estrutural: investiga estruturas tais como a dos conceitos dos direitos fundamentais, da influência dos direitos fundamentais no sistema jurídico e da fundamentação dos direitos fundamentais, a partir de uma teoria integrativa⁴. Para o autor, sempre que alguém possui um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga esse direito. Por normas de direito fundamental entende o doutrinador “todas aquellas con respecto a las cuales es posible una fundamentación insfundamental correcta”⁵.

Os direitos fundamentais, então, são considerados como direitos subjetivos, ou seja, uma *posição jurídica* ocupada pelo indivíduo de fazer valer sua pretensão frente ao Estado (reforçando o direito a que o Estado não elimine

determinadas posições jurídicas do titular do direito):

“Lós derechos presentados se diferencian exclusivamente por ló que respecta a su objeto. Un de estos derechos (4 - ‘a’ tiene frente al Estado El derecho a que este no ló mate) tiene como objeto una acción negativa (omisión); El otro (5 - ‘a’ tiene frente al Estado El derecho a que este proteja su vida frente a intervenciones arbitrarias de terceros), una acción positiva (un hacer) del destinatário. La diferencia entre acciones negativas y positivas es El critério principal para la división de lós derechos a algo según sus objetos. Em El ámbito de lós derechos a acciones negativas corresponden a aquello que suele llamarse ‘derechos de defensa’”⁶.

Segundo ensinamento de Carl Schmitt⁷, os direitos fundamentais em sentido próprio são, essencialmente, “derechos del hombre individual libre, y, por cierto, derecho que El tiene frente al Estado”, decorrendo o caráter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende de previsão em legislação infra constitucional, cercandose o direito de diversas garantias com força constitucional objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política. Ou seja: a garantia de todo direito fundamental autêntico dirige-se aos organismos competentes para a revisão da Constituição, aos órgãos competentes para a edição de leis ordinárias, bem como a todas as autoridades do Estado, ressaltando-se o acesso ao Poder Judiciário (“derecho al juez legal”) enquanto elemento concretizador das próprias garantias.

Para entender-se corretamente a posição de Carl Schmitt relativamente aos direitos fundamentais, mostra-se imprescindível trazer à colação o seu conceito de Constituição. Para o autor, toda teoria constitucional principia com aquela distinção entre Constituição e a lei da Constituição. A Constituição na acepção positiva emana de um ato do poder constituinte. A vontade política unitária existente é que se decide por uma Constituição, a qual é o princípio do Estado, a unidade política de um povo capaz de introduzir novas formas fundamentais de organização. Assim, a Constituição, decisão consciente, vale por força de uma vontade política que existe. As leis da Constituição valem por se

² JÚNIOR, José Alcebiades de Oliveira. Cidadania coletiva, p. 24.

³ Teoria de los derechos fundamentales, p. 29.

⁴ Ibidem, p. 39.

⁵ Ibidem, p. 73.

⁶ Ibidem, p. 188.

⁷ Teoria de la Constitución, p. 190.

fundamentarem na Constituição e têm por pressuposto essa Constituição. A Constituição, ao contrário, consiste exclusivamente na decisão global e fundamental acerca da espécie e da forma de unidade política⁸.

Na concepção teórica de Jorge Miranda⁹, os direitos fundamentais são as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individualmente ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, tendo-se por pressuposto o princípio da universalidade, pois têm como destinatários todos quantos fazem parte da comunidade jurídico-política. A proteção jurídica e o acesso ao direito pressupõem o conhecimento dos direitos:

“Só quem tem consciência dos seus direitos tem consciência das vantagens e dos bens que pode usufruir com o seu exercício ou com a sua efectivação, assim como das desvantagens e dos prejuízos que sofre por não os poder exercer ou efectivar ou por eles serem violados”¹⁰,

concebendo o princípio da proporcionalidade enquanto limitador do poder político, instrumento de funcionalização de todas as atuações suscetíveis de contenderem com o exercício de direitos ou com a adstrição a deveres¹¹.

Uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, para Canotilho, insinua uma aproximação com uma categoria dogmática, a partir de seus três sentidos: a) analítico; b) empírico; e c) normativo¹², sendo que por direitos fundamentais entendem-se os direitos dos homens, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacial-temporalmente, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta¹³.

Nesse diapasão, a estrutura dos direitos fundamentais encobre uma estrutura complexa de normas, garantidoras de direitos subjetivos e impositivas de deveres objetivos¹⁴, cumprindo uma função de *direitos de defesa dos cidadãos* sob uma dupla perspectiva: a) constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as

ingerências destes na esfera jurídica individual; b) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)¹⁵.

Assim posta a questão, percebe-se claramente que a doutrina clássica dos direitos e garantias fundamentais, a partir de uma sólida e sistematizada dogmática, embasa toda a sua estrutura em defesa do cidadão individualmente considerado, conferindo-lhe instrumentos para defender-se diante da atuação (ou omissão) do Estado que esteja ferindo posições jurídicas absolutas derivadas da própria Constituição Federal.

3. A insuficiência dos paradigmas da teoria tradicional dos direitos constitucionais fundamentais

Conforme anota Octavio Ianni¹⁶, o mundo está sendo revolucionado, pois algumas transformações sociais, econômicas, políticas e culturais que estavam germinando desde o começo do século aceleraram-se depois da Segunda Guerra Mundial e intensificaram-se ainda mais a partir das reformas iniciadas por Gorbachev desde 1985. A queda do Muro de Berlim em 1989 simboliza não só a crise dos regimes socialistas do Leste Europeu, mas também a abertura de novas fronteiras para a expansão do capitalismo naqueles países. Ao mesmo tempo em que o capitalismo se depara com novos horizontes, já que se abrem os mercados do Leste Europeu, particularmente o da União Soviética, também emergem divergências e tensões no âmbito das nações capitalistas. Reabrem-se contradições sociais que se haviam mantido controladas durante a vigência da Guerra Fria.

Nesse contexto, os paradigmas da modernidade não nos fornecem instrumental suficiente a interpretar o “cidadão do mundo”: a modernidade, segundo Boaventura de Souza Santos¹⁷, confinou-nos numa ética individualista, uma microética que nos impede de pedir, ou sequer pensar, responsabilidades por acontecimentos globais, como a catástrofe nuclear ou ecológica,

⁸ Ibidem, p. 23-24.

⁹ *Manual de Direito Constitucional*. t. 4, p. 7.

¹⁰ Ibidem, p. 229.

¹¹ Ibidem, p. 216

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 496.

¹³ Ibidem, p. 517.

¹⁴ Ibidem, p. 532

¹⁵ Ibidem, p. 541.

¹⁶ *A sociedade global*, p. 12.

¹⁷ Op. cit., p. 91.

em que todos, mas ninguém individualizadamente, parece poder ser responsabilizado¹⁸.

A inadequação da teoria tradicional dos direitos fundamentais reside justamente nesta questão: os direitos são considerados a partir de uma ética individualista, que está em choque com uma sociedade que exige uma macroética, onde as responsabilidades e as relações mostram-se essencialmente coletivas.

Ou seja, os direitos e garantias individuais não mais podem ser apreciados a partir de uma esfera absoluta de titularidade individual, pois as ações da humanidade, bem como suas conseqüências, estão centradas na esfera do difuso, onde se mostra impossível a determinação específica das titularidades das pretensões: crimes da macrocriminalidade; invasão da privacidade por meio da Internet; crimes contra o meio ambiente; criminalidade organizada internacional; catástrofes nucleares etc. O cerne deixa de ser o direito individual-egoístico e passa a ser predominantemente coletivo – e difuso –, onde a

¹⁸ Nesse passo, o direito penal igualmente encontra-se diante de uma encruzilhada histórica, uma vez que o combate à criminalidade, por meio da utilização dos procedimentos tradicionais, está-se mostrando extremamente ineficaz quando se depara com os denominados crimes da macrocriminalidade, os quais ostentam características que os afastam dos conhecidos delitos individuais, amplamente conhecidos e dominados pelo Código Penal. A questão restou corretamente apreendida por Wilfred Hassemer: “A criminalidade econômica como tal sempre existiu, no sentido de que uma pessoa causa danos aos interesses econômicos de uma outra pessoa, fraude, falta de fidelidade econômica etc. Mas a criminalidade econômica moderna é bem diferente. Não se trata de casos individuais, não se trata de apenas uma pessoa como vítima, mas se trata de estratégias. A criminalidade econômica moderna é difusa – eu volto a especificar isso – mas repito que a criminalidade econômica moderna é diferente da criminalidade clássica; as vítimas, de regra, são pessoas jurídicas.” (HASSEMER, Wilfred. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 8 p. 41). A doutrina costuma elencar as características dessa espécie delituosa: 1) ausência de vítimas individualizadas; 2) pouca visibilidade dos danos causados: bens jurídicos supra-individuais, universais, vagos; 3) novo *modus operandi*: não há violência física (sangue) e muita organização. “Destarte, a institucionalização da associação criminoso, ou seja, a sua organização em torno de um centro de poder de forma hierarquizada e disciplinada vem a constituir uma das notas características do ‘crime organizado’” (Miguel Reale Júnior - REALE JÚNIOR, Miguel. Crime organizado e crime econômico. *Revista Brasileira de*

socialização e a coletivização têm papel fundamental, nas palavras de Bolzan de Moraes¹⁹.

O fato justifica-se porque, no preciso ensinamento de José Alcebíades de Oliveira Júnior²⁰,

“dos direitos individuais passou-se a considerar também os direitos sociais, isto é, do indivíduo enquanto membro de um grupo (direitos do trabalhador, etc.). Por outro lado, a titularidade de alguns direitos foi estendida dos sujeitos individuais aos grupos, como minorias étnicas, religiosas, a humanidade (no caso do meio ambiente), além de ter sido atribuída a sujeitos diferentes do homem, como os animais, a natureza, etc. Por fim, na medida em que o homem não é considerado como sujeito genérico ou homem abstrato, mas sim visto na especificidade ou concretude e suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho ou doente, ocorreu uma ampliação dos *status* a serem guarnecidos pelo direito. Todos esses novos direitos mostram um grande aumento da complexidade social, bem como assinalam, mais do que nunca, a presença de certos paradoxos do ‘bom governo’ e da ‘justiça’, quando se trata de privilegiar mais a liberdade em detrimento da igualdade e vice-versa no atendimento desses direitos”.

A busca de um fundamento absoluto para os direitos humanos, consoante Chaim Perelman²¹, deve dar espaço a uma dialética, na qual os princípios que se elaboram para sistematizar e hierarquizar os direitos humanos, tal como são concebidos, são constantemente cotejados com a experiência moral, com as reações de nossa consciência.

Ciências Criminais, n. 13 p. 182). Para maiores estudos, consultar: ARAUJO JUNIOR, João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995; PIMENTEL, Pedro Manoel. *Direito Penal Econômico*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1973; LIRA, Antíógenes Marques. *Macrocriminalidade*. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 35 p. 80; TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidade penal de personas jurídicas y empresas em Derecho Comparado. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 36 p. 25.

¹⁹ *Do direito social aos interesses transindividuais*, p. 125.

²⁰ *O novo em direito e política*, p. 193.

²¹ *Ética e Direito*, p. 398.

Patrice Gélard ensina que a internacionalização do Direito Constitucional tem várias explicações e a mais considerável é a internacionalização dos Direitos do Homem, pois temos

“aqui um fenômeno que podemos datar de 1948, quando da adoção da Declaração Universal dos Direitos do Homem e, mais tarde, da adoção do Pacto de Teerã sobre os Direitos Cívicos e Políticos e os Direitos Econômicos e Sociais. Essa redação internacional dos Direitos do Homem deve ser igualmente examinada paralelamente à concepção européia dos Direitos do Homem e à inserção de jurisdições que asseguram sua proteção”²².

A Constituição, e em geral o direito, mais não são do que um conjunto de significados, motivo pelo qual se mostra necessária a redefinição dos conceitos, alterando-se a ética individualista, justamente para permitir que contenha a Carta Política sistema de garantias eficazes. Como diz Bobbio, “uma coisa é falar dos direitos emergentes, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”²³. Ou, segundo Luigi Ferrajoli:

“Regem, funcionam, até o seu sentido ser socialmente compartilhado. Se não for assim, desaparecem, conjuntamente com os valores que garantem, sem necessidade de golpes de estado ou de alterações institucionais. Se é verdade que hoje a crise dos vínculos constitucionais provém sobretudo do seu obscurecimento no sentido comum, qualquer projeto de alternativa democrática passa por uma refundação do sentido do pacto constitucional como garantia da igualdade e dos direitos vitais da pessoa, na consciência de que os direitos fundamentais são sempre leis do mais fraco contra a lei do mais forte, que toma vantagem quando se perde o sentido daqueles, e de que a defesa do pacto constitucional só tem possibilidades de sucesso na medida em que cada um o entenda como defesa dos seus próprios direitos e da sua própria identidade de cidadão”²⁴.

²² *As transformações do Direito Constitucional na sociedade contemporânea*. Texto extraído da Internet em 12 de julho de 1997.

²³ *A era dos direitos*, p. 63.

²⁴ *O estado constitucional de direito hoje* : o modelo e sua discrepância com a realidade. Texto extraído da Internet em 12 de julho de 1997.

Em verdade, a concepção liberal de direitos fundamentais, anteriormente analisada, não encontra mais valia em uma sociedade industrial contemporânea, pois a concretização da democracia é exigência para a própria sobrevivência da humanidade. A tarefa principal da denominada “aldeia global” consiste em submeter o Estado capitalista nacional e as empresas transnacionais e a própria sociedade civil organizada a um profundo processo de democratização que logre devolver a soberania política para as maiorias, pois não existem muitas alternativas para a evolução²⁵: 1) holocausto nuclear, cujas possibilidades aumentam em virtude das crescentes contradições do capitalismo e da proliferação das armas nucleares (agravando-se com o desmantelamento da União Soviética, pois entidades governamentais fracionadas e sem estrutura suficiente estão, hoje, controlando diversos dispositivos nucleares, com sérios problemas de manutenção e prevenção); 2) o continuísmo dos regimes de classe capitalistas, dentro da lógica esboçada por Orwel (1984) e Huxley (*Brave New World*); 3) constituição de uma sociedade mundial com relações sociais livres do despotismo decorrente do sistema liberal e com uma democracia participativa plena.

Conforme anotado por Canotilho, a complexidade política e jurídica criada pela comunidade jurídica dos povos dos estados integrados na União Européia (exemplo vivo da internacionalização do direito constitucional) lança novos desafios à teoria da constituição, uma vez que esta terá de teorizar a ‘arte da forma supranacional’ e de fornecer suportes dogmáticos para a compreensão de uma nova ordem jurídica, onde se mostra presente a existência de órgãos e poderes de decisão supranacionais²⁶.

Em suma, a teoria dos direitos fundamentais deve superar a relação Estado-indivíduo, ampliando sua atuação para outros âmbitos, como a proteção dos direitos frente aos particulares, pois, muitas vezes, estes podem ser mais poderosos que o próprio Estado (as multinacionais, por exemplo), bem como ampliar o âmbito de aplicabilidade (a toda a sociedade), fortalecendo as proporções internacionais²⁷, uma vez que as

²⁵ CHOMSKI, Noam, DIETERICH, Heinz. *La sociedad global*, p. 184

²⁶ *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, p. 1214.

²⁷ MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Derechos y derechos fundamentales*, p. 351.

fronteiras soberanas não significam mais que desenhos em mapas ultrapassados pela dinâmica dos novos tempos, em que se deve privilegiar a função promocional do direito, consoante anotado por Bobbio²⁸, no sentido que passa a ser relevante para o direito não o comportamento desviante, que atenta contra a norma jurídica (inobservância), mas a sua observância é que terá conseqüências jurídicas: o direito deve ser concebido enquanto elemento agregador social, tendo por função promover o que se entende, em determinado momento histórico, por bem social.

O respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, lastreados pelos direitos humanos, inserido em um meio social que lhe confere legitimidade e que lhe estabelece os parâmetros, a partir desta concepção teórica, deve ser uma prática absoluta cuja promoção é o objeto precípuo do direito.

Todavia, a defesa dos direitos do cidadão em uma sociedade difusa somente é possível com o entendimento do que seja uma cidadania coletiva: as agressões contra posições jurídicas só podem ser entendidas e solucionadas de forma coletiva, uma vez que as conseqüências de muitas condutas somente assumem relevância histórica e social se devidamente contextualizadas: agressões ao meio ambiente, por exemplo, onde se mostra impossível delimitar, de forma individualizada, os danos e os sujeitos passivos do fato, em virtude de sua natureza difusa, devendo imperar, portanto, na análise destes novos direitos, a ética da responsabilidade coletiva.

Nesse caminhar, mostra-se imprescindível a valorização dos instrumentos coletivos de defesa judicial dos direitos, como a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, em que se percebe claramente a sobreposição de uma ética coletiva, pois os instrumentos comumente utilizados mostram-se inadaptados à conflituosidade própria a esses conteúdos inovados ou inéditos²⁹, o que está sendo bem apreendido pelos Tribunais Superiores: STJ, REsp 0097684, Quarta Turma, DJ 02-03-1997, PG: 00732, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar³⁰; STJ, REsp 0105215, Quarta Turma, DJ

DATA, 08-18-1997 PG: 37873, Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira³¹; STJ, REsp 0091269, Primeira Turma, DJ 09-08-1997 PG: 42431, Rel. Min. Milton Luiz Pereira³².

4. Considerações finais

Os limites objetivos do trabalho ora apresentado não comportam uma abordagem suficientemente profunda a resolver todos os problemas decorrentes da adequação dos direitos e garantias fundamentais à realidade social contemporânea. Tal constatação objetiva exteriorizar que não se teve a pretensão, com esta pesquisa, de esgotar o assunto, mas veicular

causam. O Ministério Público tem legitimidade para promover Ação Civil Pública contra empresa poluidora do ambiente, emissora de ruídos acima dos níveis permitidos. Recurso conhecido e provido.”

³¹ Ementa: Processual Civil. Ação coletiva. Cumulação de demandas. Nulidade de cláusula de instrumento de compra-e-venda de imóveis. Juros. Indenização dos consumidores que já aderiram aos referidos contratos. Obrigação de não-fazer da construtora. Proibição de fazer constar nos contratos futuros. Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos. Ministério Público. Legitimidade. Doutrina. Jurisprudência. Recurso Provido. I – O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual inquinada de nula (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula. II – Como já assinado anteriormente, (Resp 34.155 – MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estritamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania. III – Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas, que se encontram ligadas por circunstância de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por meio de uma única relação jurídica. IV – Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.”

³² Ementa: Ampliado o âmbito de atividade do Ministério Público para agir na defesa de direitos, sob a iluminação de relevante interesse público e social, alicerçada fica a sua legitimação para promover a ação civil pública na esteira da proteção invocada, espécie de direito difuso. A sua legitimidade é ponto luminoso no cenáculo constitucional das suas atividades (C.F. arts. 127 e 129, III – arts. 1., IV e 5., Lei n. 7.347/85).”

²⁸ BOBBIO, Norberto. *Contribucion a la teoria del Derecho*, p. 276.

²⁹ MORAIS. op. cit., p. 191.

³⁰ Ementa: “Ação Civil Pública. Meio Ambiente. Interesse difuso. Ministério Público. Legitimidade *ad*

uma investigação questionadora dos paradigmas dogmáticos, sem apresentar soluções definitivas, mas, ao contrário, estabelecer dúvidas e incertezas, esperando-se que a dialética acadêmica possa fazer a leitura adequada da teoria estudada, para, então sim, criar novos pressupostos teóricos.

A teoria dos direitos e garantias individuais, estudada a partir da doutrina clássica, valoriza de forma excessiva a titularidade individual das posições jurídicas constitucionais, ou seja, as garantias constitucionais têm por destinatário um indivíduo concretamente considerado, cuja utilização independe do meio social em que se encontra inserido, por ser conceituado enquanto garantia individual do cidadão contra o Estado.

Procurou-se demonstrar, no decorrer do estudo, a absoluta insuficiência da teoria tradicional na interpretação dos novos direitos: estamos vivendo hoje uma realidade sócio-econômica que está a exigir uma *ética coletiva*, no sentido de que não se pode conceber a existência de direitos do cidadão que não relacionados com toda a coletividade.

A complexidade de uma sociedade pós-moderna, com todas as suas contradições, exige que nos sintamos responsáveis por toda a humanidade, pois estamos de braços dados com problemas que são indivisíveis, sendo a função do direito a harmonização definitiva da convivência dos homens.

As críticas elencadas no presente trabalho objetivam, tão-somente, colaborar com o debate, para que o direito, e, particularmente, o direito constitucional, possa interpretar de forma satisfatória e eficaz a questão dos novos direitos, uma realidade que não pode mais passar despercebida pelo jurista.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília : Brasília Jurídica, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro : Câmpus, 1992.

———. *Contribucion a la teoria del Derecho*. Valencia : Fernando Torres, 1980.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra : Almedina, 1993.

———. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra : Almedina, 1998.

CHOMSKI, Noam, DIETERICH, Heinz. *La sociedad global*. México : J. Mortiz, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *O estado constitucional de direito hoje : o modelo e sua discrepância com a realidade*. Texto extraído da Internet em 12 de julho de 1997, comunicação apresentada pelo autor no verão de 1994 num seminário organizado por Jueces para la Democracia sobre “A crise do poder judicial na crise do estado de direito: Itália-Espanha, uma reflexão comparada”, publicado pela Editorial Trotta, Madrid, 1996, sob a direção de Perfecto Andrés Ibáñez. A presente tradução foi feita do original italiano por Eduardo Maia Costa, publicado na Revista do Ministério Público, n. 61, p. 29.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *La Constitución como norma jurídica : la Constitución española del 1978*. Milano, 1982.

GÉLARD, Patrice. *As transformações do Direito Constitucional na sociedade contemporânea*. Texto extraído da Internet em 12 de julho de 1997.

IANNI, Octávio. *A sociedade global*. 4. ed. Rio de Janeiro : Civilização brasileira, 1996.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. *Derechos y derechos fundamentales*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra : Coimbra Ed., 1993. v.4.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. (Org.). *Cidadania coletiva*. Florianópolis : Paralelo 27, 1996.

———. *O novo em direito e política*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo : Martins Fontes, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice : o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo : Cortéz, 1995.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid : Editorial Revista de Derecho Privado.

SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1985.