

NEOCONSTITUCIONALISMO E A (RE)SIGNIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

NEOCONSTITUTIONALITY AND THE (RE)MEANING OF THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS

Amélia Sampaio Rossi¹

Professora de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Eduardo Biacchi Gomes²

Professor do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil

RESUMO: Inegável é a importância dos direitos humanos fundamentais na modernidade e que deve ser entendido a partir do papel transformador que exerce. Partindo-se da referida análise, o direito constitucional contemporâneo não deve ser entendido ou interpretado mediante a existência de normas que, pura e simplesmente, devem ser interpretadas e aplicadas pelo juiz ou pelo jurista, pelo contrário: o direito constitucional da modernidade deve ser entendido como um direito em constante transformação, em que as suas normas e princípios – progressivamente – são interpretados e reinterpretados de forma a se garantir a máxima

efetividade na proteção da pessoa humana. Concretamente tem-se aqui o conceito de neoconstitucionalismo como elemento de ressignificação dos direitos humanos fundamentais. Também inegável reconhecer-se a importância do direito internacional dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial, para a construção dos direitos humanos e a inserção nos ordenamentos constitucionais dos Estados contemporâneos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; neoconstitucionalismo; democracia; direitos humanos; tratados de direitos humanos.

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

² Pós-Doutor pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Professor Titular de Direito Internacional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Professor de Direito Internacional do Centro Universitário Uninter.

ABSTRACT: *Undeniable is the importance of fundamental human rights in the modernity. The human rights must be understood from its transformative role it plays. Starting from these analysis, the contemporary constitutional law should not be understood or interpreted by the existence of standards that simply must be interpreted and applied by the judge or jurist, but the modern constitutional law must be understood as a right in constant transformation, where its rules and principles – progressively – are interpreted and reinterpreted in order to ensure maximum effectiveness in the protection of the human person . Specifically it has been here the concept of reframing neoconstitutionalism as part of fundamental human rights. Undeniable also recognize the importance of international human rights law after the Second World War, for the construction of human rights and inclusion in the constitutional frameworks of contemporary states.*

KEYWORDS: *Fundamental rights; neoconstitutionalism; democracy; human rights; human rights treaties.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Trajetória dos direitos humanos fundamentais em uma perspectiva política, social e jurídica a partir da modernidade; 2 Constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitutionalismo e a resignificação dos direitos humanos fundamentais; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Trajectory of fundamental human rights in a political, social and a legal perspective in the Modernity; 2 Neoconstitutionality or a contemporary constitutionalism and the reframing of the fundamental human rights; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos fundamentais nascem, de forma mais singular, com o despertar da modernidade, à medida que as fundamentações teocráticas e teocêntricas perdem o sentido na construção mais sólida das noções de poder e suas respectivas justificativas e também na compreensão do papel do indivíduo na sociedade. É por meio do desenvolvimento da instituição política e jurídica do Estado, em seus vários modelos, que o reconhecimento do homem como sujeito de direitos vai se estabelecer e se aperfeiçoar.

Atualmente não resta dúvida acerca da centralidade e importância conquistada pelo reconhecimento do homem (em uma perspectiva individual, coletiva e difusa) como sujeito de direitos e prerrogativas assentadas nas

dimensões da liberdade, igualdade e dignidade humanas. No entanto, esta trajetória, longa e trabalhosa, ainda encontra caminhos a serem trilhados.

Como se sabe, os direitos humanos fundamentais, contemporaneamente, devem ser examinados de acordo com os valores de nossa sociedade ocidental, pois é a partir do final da II Guerra Mundial que é possível se falar na dimensão internacional dos direitos humanos fundamentais.

Historicamente, a própria construção dos direitos humanos fundamentais ocorreu na Europa, como a Carta de João Sem Terra, Revoluções Francesa e dos Estados Unidos, além das próprias Constituições sociais, como a mexicana e a de Weimar, na Alemanha.

Longe de se debater aqui a questão do relativismo e do universalismo cultural, ao abordar-se a temática dos direitos humanos fundamentais a sociedade deve partir da existência de um *núcleo duro* de direitos, de forma a assegurar a proteção da pessoa humana, que é a principal destinatária da aplicação e da observância das referidas normas. Assim, clara e notória é a influência do direito internacional, vez que, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no ano de 1948, os Estados passaram a ter uma consciência maior em relação ao tema e da necessidade em se buscar a proteção da pessoa humana.

Longe de se abordar aqui questões voltadas às origens dos direitos humanos fundamentais, como a corrente jusnaturalista, há que se reconhecer e ressaltar – expressamente – a importância histórica da construção dos direitos humanos na sociedade contemporânea e o avanço do direito constitucional neste sentido, tendo em vista a consciência, por parte dos Estados, no sentido de garantir a efetividade da proteção dos direitos humanos fundamentais em seus ordenamentos jurídicos internos.

Assim, o presente artigo tem por objeto realizar uma análise, sob a perspectiva do direito constitucional, sobre a trajetória e a construção dos direitos humanos fundamentais na modernidade, levando-se em consideração a sua perspectiva de construção histórica, de forma a demonstrar a importância do constitucionalismo contemporâneo na afirmação dos respectivos direitos. Igualmente o artigo examina e questiona as transformações do constitucionalismo que ocorreram após a Segunda Guerra Mundial, de forma a demonstrar que os Textos Constitucionais, a partir de então, passaram a abarcar outros valores e conceitos – todos eles voltados para a proteção da pessoa humana.

1 TRAJETÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS EM UMA PERSPECTIVA POLÍTICA, SOCIAL E JURÍDICA A PARTIR DA MODERNIDADE

Na perspectiva de um olhar eurocêntrico, o declínio da idade média (localizado em um longo período entre os séculos XV e XVIII) e a concomitante ascensão de um novo modo de organização social, baseado na ideia de centralidade de mando e territorialidade, ou seja, o chamado Estado Moderno Absolutista, só foi possível, entre os mais variados fatores, por um apoio contínuo de uma burguesia incipiente e insatisfeita com a ausência de regras adequadas ao desenvolvimento de seu comércio, com a ausência de padrão de troca de suas mercadorias, não possibilitado pelas estruturas autonômicas dos feudos, que, em geral, produziam para o próprio consumo e, principalmente, com a hegemonia espiritual e temporal da instituição da Igreja, sempre pronta a condenar o lucro e exaltar as virtudes da vida humilde que seus próprios chefes não praticavam. O Estado Moderno Absolutista atendeu a uma intensa necessidade por centralização, causada pela imensa dispersão e conflito de poderes e de ordens jurídicas, próprios do medievo. Esta mesma burguesia incipiente que troca riqueza por segurança jurídica dos seus negócios, e que vai, na dimensão econômica, entre outros fatores complexos, propiciar o desenvolvimento do mercantilismo, se encontrará, em algum tempo, no entanto, refém das estruturas autoritárias de poder que ajudou a construir. O arbítrio do monarca, nas estruturas do Absolutismo Político, não reconhecerá nenhuma esfera de direitos aos súditos, apenas privilégios desigualmente estabelecidos a uma minoria de apaniguados de seu regime. O poder centralizado e absoluto exercido pelo monarca (em uma mistura e confusão entre a figura pessoal do rei e a instituição do Estado) é constante invasor da esfera privada dos indivíduos.

Nos fins do século XVIII, já estão estabelecidos os ingredientes que darão identidade ao caldo político e ideológico da modernidade. A afirmação de um direito natural de cunho racionalista propõe a ideia da existência de determinados princípios universais e imutáveis de justiça, dados a conhecer ao homem por meio da razão e do instintivo e natural reconhecimento do justo e do injusto, do bem e do mal. O direito natural pregará uma vinculação entre norma e valor, entre direito e moral, embora ainda com uma fundamentação metafísica. Paradoxalmente, porém, o Estado moderno foi fruto de um intenso processo de secularização, sistematização e positivação do direito que

privilegiou o positivismo em detrimento do jusnaturalismo³. Os contratualistas, desde Hobbes, em 1651, fazem adesão à perspectiva jusnaturalista, ao definirem o estado universal de natureza. Locke, por exemplo, ao caracterizar o hipotético estado de natureza que abrigaria os indivíduos ainda em sua condição primitiva de existência, afirmava que o indivíduo nele já é dotado de razão e possui a consciência de ser portador de direitos naturais como a vida, a liberdade e, especialmente, a propriedade. Os contratualistas, ao lançarem o relato político moderno por meio de suas hipóteses justificativas da origem artificial da sociedade/Estado, fazem o poder derivar das vontades individuais dos homens e não mais intransponivelmente de Deus.

Direitos inatos, estado de natureza e contrato social foram os conceitos que, embora utilizados com acepções variadas, permitiram a elaboração de uma doutrina do Direito e do Estado a partir da concepção individualista de sociedade e da história, que marca o aparecimento do mundo moderno. São estes conceitos os que caracterizam o jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, que encontrou o seu apogeu na Ilustração.

A afirmação, pelo jusnaturalismo moderno, de um Direito racional, universalmente válido, teve efeitos práticos importantíssimos, seja na teoria constitucional, seja na obra de codificação que vieram a caracterizar a experiência jurídica do século XIX. Estes efeitos, no entanto, contribuíram para corroer o paradigma que os inspirou.⁴

A visão jusnaturalista de um direito racional e sistêmico será transposta e positivada para os códigos e Constituições escritas de tal modo que o fundamento do direito logo deixará de ser buscado na razão e passará a encontrar-se na vontade do legislador. As sementes de um legalismo exacerbado começam a ser plantadas a partir deste desenvolvimento.

No século XVIII, século das luzes, será marcada, finalmente, a hegemonia da classe burguesa. Nele, a razão (calculista e abstrata) substituirá a fé do medievo e o poder ganhará uma legitimação laica, secularizada. A razão se

³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Harendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 16.

⁴ Idem, p. 38.

transforma em instrumento para a busca da verdade e fundamento da liberdade de escolha do indivíduo⁵. A racionalização é conexas à secularização intensa, como desencanto do mundo. Surgirão as concepções democráticas da soberania. O relato político moderno, conforme se estabelece nas perspectivas contratualistas, encontrará no indivíduo o ponto de partida das suas construções.

É preciso observar que, a partir das revoluções políticas burguesas, a ideia de soberania passará a afirmar-se no povo. Na esfera privada, os indivíduos serão simplesmente homens livres, mas, na pública, começarão a ser vistos como cidadãos (no entanto, a aquisição da cidadania será ainda uma construção de algumas dezenas de anos, visto que o sufrágio universal será uma conquista apenas no modelo social de Estado – as mulheres só conquistarão o direito ao voto no século XX –, por enquanto, após as revoluções que estigmatizaram o fim do século XVIII, teremos inicialmente a soberania exercida por meio do sufrágio restrito ou censitário, isto é, votarão os proprietários). A Revolução Francesa representará o marco histórico da mudança do modelo de Estado que deixará de ser Absolutista, com a derrocada do antigo regime, e se reorganizará sob novo signo, o signo do Estado Liberal de Direito, que se desenvolverá no século XIX e XX⁶.

É justamente nesta segunda faceta do Estado moderno (o Estado Liberal de direito) que nascem, de maneira mais fortemente marcada, os direitos fundamentais do homem, com atributos de universalidade e inalienabilidade por se tratarem de reconhecimento, agora positivado, de prerrogativas dirigidas ao homem, partícipe do gênero humano. No entanto, frise-se, é o homem individual e abstrato o destinatário destes novos direitos. Os chamados direitos de primeira geração ou dimensão são consignados pelo prisma da autonomia individual. O poder político, sob a Ilustração, é visto como o grande algoz da liberdade e a preocupação à época é traçar limites ao exercício do poder do Estado. O constitucionalismo, em sua vertente liberal, aí se desenvolve na perspectiva da técnica do governo limitado e nas primeiras garantias das prerrogativas de vida, liberdade e propriedade. As primeiras Constituições escritas da época (v.g. a Constituição americana de 1787) são vistas como instrumentos de controle e equilíbrio entre poder e liberdade. Assim se apresentam como documentos preocupados em estabelecer mecanismos de contenção ao exercício do poder como a adoção do princípio da separação de poderes e de reconhecer algumas

⁵ BARCELLONA, Pietro. *Diritto senza società: dal disincanto all'indifferenza*. Bari: Dédalo, 2003. p. 56.

⁶ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?* Curitiba: Juruá, 2011. p. 48.

esferas de autonomia privada nas quais o poder do Estado encontra limites de interferência pela afirmação das liberdades individuais.

O caráter personalista destas prerrogativas levará, no entanto, a certo equívoco histórico de compreendê-las antes como direitos individuais, pertencentes e fruídos por uma determinada classe, a burguesia, do que por todos, na perspectiva de que são dirigidos à pessoa, gênero humano.

Neste sentido, melhor esclarece o Professor Jesus de la Torre Rangel:

Desde el personalismo existe una crítica fuerte a la concepción de los derechos humanos que parte de la Ilustración, por su carácter individualista y racionalista, y cuyos textos jurídicos de derecho objetivo paradigmáticos son la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Constitución de los Estados Unidos de América.⁷

Os direitos fundamentais de então, conforme já afirmado, resguardavam uma esfera de livre-autonomia, de livre decisão, que demarcavam limites para a interferência do poder do Estado. A liberdade religiosa, a liberdade de locomoção e associação, a liberdade de pensamento são exemplos desta esfera de reconhecimento jurídico de livre autonomia. A compreensão genérica é de que o Estado, perante estes novos direitos, possuirá uma obrigação de não fazer, de não atuar. Quanto menos Estado, maior o âmbito de livre determinação do indivíduo, ou, em outras palavras, quanto mais limites ao poder político do Estado, maior a esfera de liberdade do indivíduo. É preciso, no entanto, contextualizar também a dimensão econômica que forma o cenário no qual se desenvolvem estas alterações políticas e jurídicas. O pano de fundo das transformações econômicas da época atua como uma *éminence grise*, a dirigir, sem aparecer ou se institucionalizar, estas alterações.

Assim, a primeira grande revolução industrial ocorrida sob as luzes da Ilustração vai promover profundas mudanças nos meios de trabalho e produção, caracterizados até então pelo trabalho e produção artesanal. A invenção do motor a vapor, o uso da energia do carvão, a locomotiva, entre outras criações, vão estabelecer possibilidades para uma mudança radical que impulsionará o capitalismo concorrencial, já em gestação desde o mercantilismo. A produção artesanal será substituída pela produção industrial, em série. O trabalhador artesão, antes conhecedor de seu trabalho, proprietário dos meios de produção

⁷ DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. *Derechos humanos desde el jusnaturalismo histórico analógico*. México: Editorial Porrúa, 2001. p. 34.

e noplenu domínio de seu próprio tempo, se torna ultrapassado e cede lugar ao trabalhador que só possui a sua força de trabalho para trocar por sua sobrevivência, transação esta operada para com um novo personagem desta complexa trama econômica, o dono do capital (o burguês, comerciante enriquecido que adquire as máquinas, compra os bens imóveis, monta as fábricas). O dono do capital, a partir daquele momento, se tornará também o proprietário dos meios de produção, do tempo e do conhecimento sobre o trabalho.

Assim como na sociedade moderna o homem persegue a satisfação de seus próprios fins, a esfera privada acaba se confundindo com a esfera econômica e a razão humana assume uma lógica instrumental e calculista. A esfera pública cuida da ordem e segurança na garantia dos contratos, da propriedade e das fronteiras físicas do Estado, o próprio Direito passará a perseguir, como único valor, a segurança jurídica, que, neste contexto, se espelha na segurança dos atos de troca, da circulação dos bens, do atendimento a uma necessidade de previsibilidade e de calculabilidade do investimento do capital. Neste sentido:

A vida econômica ficará entregue a uma dinâmica de autorregulação pelo mercado. A economia se autonomiza da política porque funciona segundo a lógica abstrata de produção dos excedentes. A política se transforma na administração dos interesses do mercado. A separação Estado-economia foi obra da escola clássica inglesa na construção de um modelo adequado ao desenvolvimento do capitalismo concorrencial. Adam Smith, com o seu naturalismo otimista, entenderá que a livre iniciativa de cada membro da sociedade e o funcionamento espontâneo do mercado acabarão resultando, automaticamente, na máxima vantagem para todos (pela abstenção do Estado se garante um progresso nascido do livre encontro de interesses individuais). O bem-estar coletivo será resultado do livre encontro das vontades individuais, da livre concorrência, tudo dirigido por uma “mão invisível” e pela lei natural da oferta e procura de mercadorias.⁸

⁸ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Op. cit., p. 50.

Assim, é possível afirmar que, na trajetória do Estado Liberal de Direito, desenvolvida nos fins do século XVIII e início do século XIX, o fio condutor do raciocínio de transformação das instituições políticas e jurídicas é a ideia de neutralidade. O Estado neutro e não interventor, em qualquer esfera da vida privada, se estabelece por meio das três grandes separações que caracterizam este modelo, conforme precisamente observado por Jorge Reis Novais⁹. A separação entre Estado e economia, entre Estado e moral e entre Estado e sociedade civil. A lógica do Estado mínimo ultrapassa o limite do mercado e alcança outras esferas da vida coletiva. A separação entre Estado e moral se dá no sentido de que não se pode admitir a ingerência do ente estatal na esfera própria e exclusiva das consciências individuais. Neste sentido, se percebe uma autonomia da moral em relação à própria legalidade. A separação entre Estado e sociedade civil implica a ideia de que o Estado não deve interferir na sociedade no sentido de atuar em busca de uma maior igualdade concreta entre as pessoas. Qualquer atividade positiva do Estado em relação à sociedade civil se opõe à ideia de livre desenvolvimento das individualidades e da personalidade humana, produzindo malefícios e não exatamente benefícios, já que implicaria em um esmorecimento da iniciativa individual e um estímulo à preguiça e indolência. A tarefa do Direito nesta perspectiva é apenas a de propiciar segurança jurídica, protegendo então as regras do jogo político e econômico na garantia da liberdade individual e do livre mercado.

Esta perspectiva de primeiro reconhecimento de direitos se enquadra na classificação, bastante difundida, de Ernest Böckenförde sobre a existência de uma teoria liberal dos direitos fundamentais¹⁰. Nesta dimensão, os direitos fundamentais reconhecidos gravitam em torno ao indivíduo abstrato e se estabelecem como direitos de defesa frente ao Poder Político do Estado. Assim, esta concepção prima por proteger a liberdade em sentido negativo, deixando aos seus titulares a competência para exercê-la ou não. Neste sentido, cumpre aos próprios titulares desta liberdade abstrata torná-la real e factível e não necessariamente ao Estado, que se minimiza nas mais variadas perspectivas. Hoje, no entanto, sabe-se que a liberdade reconhecida e garantida pelas ordens jurídicas e políticas dos Estados Contemporâneos deve ser promovida e realizada concretamente não apenas pelo indivíduo, mas também pelos Poderes

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado e do direito*. Coimbra: Coimbra, 1987. p. 53.

¹⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 48.

Públicos na compreensão de que não é possível a sua realização sem condições materiais concretas de vida digna, exigindo, então, pressupostos econômicos e sociais para a sua concreção.

Estas transformações ocorridas nas dimensões sociais, políticas e econômicas da modernidade, e, em especial, o reconhecimento da esfera de proteção individual, encontrarão campo fértil, na perspectiva jurídica, para o desenvolvimento da teoria jurídico-positivista. É possível perceber-se a ligação estreita entre a subjetividade abstrata da modernidade, ou seja, a irrelevância das relações pessoais, das diferenças, a abstração das condições particulares de cada um, e o fenômeno das codificações oitocentistas que, por sua vez, se derivaram das primeiras declarações de direito. A construção da subjetividade jurídica abstrata é condição para a aquisição e circulação de direitos e também para a aquisição e circulação de mercadorias.

A subjetividade jurídica e abstrata, a liberdade individual e econômica, a formalidade do direito e a pressuposição da igualdade formal, a interdição do indivíduo de se imiscuir em esfera alheia e a possibilidade de se vincular (em especial, economicamente) na dependência única de sua vontade, desempenham um papel crucial na sociedade moderna tomada pela racionalidade instrumental e econômica. O direito serve, nesse sentido, para realizar uma igualdade meramente formal, porque abstrai as características concretas dos indivíduos para que as diferenças materiais nas quais vive o sujeito, agora abstrato, pareçam irrelevantes e, assim, se desenvolva a possibilidade de cada um perseguir “livremente” os seus próprios interesses. É o direito instrumentando uma legalidade abstrata para servir como ferramenta de controle social e de definição das regras do jogo de mercado.

É oportuno sublinhar-se, mais uma vez, que deste triunfo do império da lei, da centralidade jurídica do direito privado e do reconhecimento e ascensão dos direitos de liberdade individual e da liberdade de participação política, se encontram, naquele momento, excluídos os interesses das classes trabalhadoras e das mulheres no sentido de obtenção de tratamento igualitário nas mais variadas esferas, mas, especialmente, na esfera política, em que ambos são vistos como portadores de uma capacidade diminuída, ou melhor, inexistente, de participação política, visto que são dependentes dentro do sistema que se desenvolve.

Conforme já repetidamente afirmado pela doutrina, é com o surgimento da chamada “questão social” que se desperta para a consciência da realidade da

exploração humana reproduzida socialmente e construtora de níveis alarmantes de miséria, exclusão e desigualdades, em função do completo descaso para com a esfera coletiva. O fim da Primeira Grande Guerra encerra o ciclo do capitalismo concorrencial e expõe por completo as mazelas geradas por um mercado supostamente autorregulado. O constitucionalismo busca então novos rumos que implicam, especialmente no período de entre guerras, a reformulação do princípio representativo para acabar com o voto censitário e alçar, finalmente, à esfera política, no circuito da representação, uma classe (os proletários) e o sexo feminino, alargando o consenso constitucional para além da burguesia¹¹. A transformação do modelo liberal de Estado para um modelo social (embora tenham existido vários modelos de Estado Social de Direito) implicará também na readaptação de toda a sua ordem jurídica. As estruturas jurídicas se ampliam para tutelar jurisdicionalmente as partes consideradas mais frágeis em uma relação jurídica. O direito tende a não desconhecer as diferenças entre os indivíduos procurando trabalhar com elas a fim de que possam, na dimensão social e econômica, ser diminuídas. Na fase intervencionista do Estado, a aparência de neutralidade do direito e a crença-mito na justiça do caráter geral e abstrato da lei, muito próprias do modelo liberal-burguês, desaparecem, fazendo com que possa emergir mais nitidamente o caráter político e a função redistributiva do direito¹².

O constitucionalismo social, se é possível atribuir-lhe essa denominação, acolherá, como se sabe, os direitos humanos fundamentais de segunda geração ou dimensão, nas perspectivas sociais, econômicas e culturais que só se implementam mediante a intermediação do Estado e jamais mediante a sua abstenção, como era próprio em relação aos direitos mais familiarizados ao modelo liberal. O direito de propriedade passa a ter seu uso e destino regrado pelas normas constitucionais, a liberdade de contratar dá espaço ao dirigismo contratual. As novas prerrogativas acolhidas pelas Constituições do primeiro pós-guerra (das quais se tornaram exemplos clássicos a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919) se preocupam com a possibilidade da realização da igualdade material e da justiça social. Começa, assim, a ser erigido o segundo pilar básico de construção dos direitos fundamentais rumo à realização do valor dignidade humana. Estas novas Constituições se transformam em

¹¹ SANTIAGO, Carlos Ortega. El derecho constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo. *Teoría y realidad constitucional*, n. 21, p. 331-353, 2008.

¹² CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p.198.

documentos mais prospectivos do que propriamente descritivos, estabelecendo programas de ação e tarefas a serem realizadas não apenas pela justeza dos interesses que tutelam, mas antes porque paulatinamente passam a ser vistas como documentos que abrigam comandos normativo constitucionais cogentes.

O período de entreguerras, além de estabelecer uma mudança do constitucionalismo no sentido da democracia, foi fértil para o resgate e ampliação, especialmente na Europa Ocidental, de uma concepção normativa de Constituição, da ideia de rigidez constitucional e, conseqüentemente, do desenvolvimento dos sistemas de controle de constitucionalidade das leis, o que leva alguns autores a perceber um movimento de aproximação entre o constitucionalismo americano e o constitucionalismo europeu. Neste sentido, Carlos Ortega Santiago esclarece:

En este período se incorporan a las constituciones europeas sistemas de jurisdicción constitucional concentrada, como la gran aportación del constitucionalismo continental al sistema de las garantías constitucionales (la Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana), basada en la creación de un órgano jurisdiccional especializado que ostenta el monopolio del control de constitucionalidad de las leyes, a requerimiento de una serie restringida de sujetos legitimados, y que actúa como legislador negativo con la facultad de invalidar las leyes inconstitucionales. Otra característica fundamental del constitucionalismo democrático de entreguerras que afecta, también, a la posición y a las funciones de la jurisdicción, es la reformulación de la organización territorial del poder a través de un modelo europeo específico que, aunque se llame federal, difiere de la solución americana. La necesidad de preservar este diseño lógico del reparto territorial del poder dotado, desde un punto de vista constitucional, de protección jurídica, explica la competencia propia de los tribunales constitucionales como tribunales de conflictos (lo que se pone de manifiesto en la staatsgerichtsbarkeit weimariana). Por lo demás, ES evidente la trascendencia que esta configuración de

*la jurisdicción constitucional tuvo y sigue teniendo en el constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial.*¹³

No entanto, apesar dos avanços, o constitucionalismo do período de entreguerras sofre com Constituições ainda positivistas o suficiente para impedir que as mesmas se constituíssem em freios para a instalação de regimes autoritários.

O constitucionalismo social se desenvolverá mais singularmente no segundo pós-Guerra e estará marcado, conforme já se assinalou, pelo reconhecimento dos direitos de segunda geração ou dimensão (especialmente no constitucionalismo europeu e latino-americano¹⁴), princípios de justiça social e de democracia.

A singular e desastrosa ocorrência da Segunda Guerra Mundial e as consequentes atrocidades estabelecidas naquele período marcam profundamente as transformações de um constitucionalismo que evolui para alocar a Constituição em uma posição de centralidade na ordem jurídica, em função de múltiplos e complexos fatores de transformação política, ideológica e econômica. Já é consenso afirmar que, desde o fim da Segunda Grande Guerra Mundial, o Direito Constitucional já havia iniciado uma redefinição de seus traços característicos com vistas a se identificar com uma constelação de valores considerados fundamentais, entre eles, o respeito e a realização da pessoa humana na sua especial dignidade de ser e amar. Assim, o chamado neoconstitucionalismo pretende se caracterizar, entre outros pontos, essencialmente por incorporar valores e orientações políticas, especialmente no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais. As Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978) e Brasil (1988) são exemplos dessa mudança que tem demarcado o espaço do constitucionalismo contemporâneo, com a abertura das Constituições aos valores, por meio dos princípios constitucionais, e, por conseguinte, a necessária abertura de todo o sistema jurídico. A introdução desses elementos ocorre, como se sabe, em um contexto de reação aos regimes políticos marcados pela opressão, pelo autoritarismo e pela barbárie e marcados, singularmente, pelo não reconhecimento do outro, da alteridade, a ausência da solidariedade.

¹³ SANTIAGO, Carlos Ortega. *El derecho constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo*. Op. cit., p. 345.

¹⁴ Ressalte-se que, no constitucionalismo americano, apesar das políticas sociais do New Deal, a atuação da Suprema Corte, ao revés, se fazia no sentido de limitar a instrumentalização de tais políticas.

2 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO OU NEOCONSTITUCIONALISMO E A RESSIGNIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A trajetória de centralidade das constituições no sentido de ocuparem o *locus* mais importante da ordem jurídica se inicia ao fim da Segunda Grande Guerra, especialmente em função da perplexidade diante da subalternização da noção de dignidade da pessoa humana em função das atrocidades perpetradas naquele contexto. As constituições começam a abrigar os valores e opções políticas da comunidade por meio dos princípios que paulatinamente ganharão o reconhecimento de seu caráter normativo. A função do Direito, principalmente, a função das constituições, deixará de ser apenas a de estabelecer as regras do jogo político. O Direito aparecerá comprometido com o único fim que lhe justifica a existência. Para além da segurança jurídica, o direito estará comprometido com a pretensão de realização de justiça ou de correção material. A dignidade da pessoa humana passa a ser o norte que conduz a criação e instrumentalização das constituições. As fronteiras entre a moral e o Direito se tornam mais imprecisas em função da abertura do sistema introduzida por meio dos princípios constitucionais, a ponto de se perceber, não apenas uma relação contingencial, mas uma conexão necessária entre a moral e o direito. Assim, o neoconstitucionalismo não se explica mais por meio de uma leitura positivista do direito. As Constituições contemporâneas, para poderem ser melhor compreendidas e aplicadas, exigirão que se lance mão de raciocínios mais complexos e sofisticados que tomam em consideração esta relação necessária entre a moral e o direito. A Constituição constitui a própria comunidade de princípios e o fundamento do direito que a regula.

O termo “neoconstitucionalismo” foi empregado pela primeira vez por Susanna Pozzolo, em 1997, no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Social e Jurídica, ocorrido em Buenos Aires, na apresentação de trabalho intitulado *A especificidade da interpretação constitucional*. Neste, a autora afirma que denomina neoconstitucionalismo a corrente de pensamento atuada por juristas e filósofos que compartilham de uma especial maneira de se aproximar do direito, como Dworkin, Zagrebelsky e Alexy. Isso não significa, obviamente, que haja total coesão e harmonia no pensamento de ditos autores e nem mesmo que todos se sintam abrigados sob o neoconstitucionalismo. Mas é certo que compartilham de algumas noções peculiares que pode uni-los em uma única corrente

jusfilosófica. Pozzolo¹⁵ elenca as características peculiares que os abrigariam em uma perspectiva comum. A primeira seria a prevalência dos princípios sobre as regras e a sua peculiar abertura e recorrência a valores, o que levaria os juízes a tomá-los a sério na interpretação, argumentação e justificação das decisões judiciais, podendo, inclusive, extrair diretamente deles a solução para determinadas controvérsias. Consequentemente, a segunda característica seria a prevalência de raciocínios de ponderação sobre a subsunção. Os princípios requerem uma interpretação diferente das regras, que, pela técnica da argumentação, só se revela sob as contingências do caso concreto. A prevalência da Constituição frente à independência do legislador também é uma característica que implica à substancialização dos documentos constitucionais. A função das Constituições não é apenas estabelecer os limites e a organização dos poderes, mas determinar conteúdos materiais que se estabelecem como limite, inclusive, à ação do legislador. Neste sentido, a presença dos princípios e a consequente constitucionalização de toda a ordem jurídica faz com que o juiz possua a tarefa de adequar continuamente a legislação às prescrições constitucionais. O juiz deixa de ser visto apenas na função de legislador negativo e assume a tarefa de racionalizar o sistema jurídico, mas, principalmente, de concretizar os direitos fundamentais por meio da aplicação da constituição.

Perceba-se que perspectiva em que a autora italiana trata a questão é em relação a um peculiar modelo constitucional, o modelo axiológico ou prescritivo de constituição em que esta não se constitui apenas em uma norma de autorização e limite do direito infraconstitucional, mas especialmente em programa de ação e razão para atuar. O documento constitucional substancializado se constitui em uma ponte que permite a passagem ao discurso moral como o único que pode prover uma justificação à observância ou aplicação do direito¹⁶. O direito oferece razões para agir e para ser digno de respeito não basta que essas razões se apoiem apenas no comando da autoridade; tais razões exigem respeito porque apoiam o direito em uma pretensão de realização de justiça (podemos lembrar aqui o pensamento de Alexy quando entende da conexão necessária entre a moral e o direito em função da ideia de correção material), de realização da dignidade da pessoa humana.

Nesta perspectiva, se alude a uma Constituição que invade os mais variados espaços de regulação; espaços estes que se tornam cada vez mais refinados

¹⁵ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 21, n. 2, p. 340-341, 1998.

¹⁶ POZZOLO, Suzanna. *Neocostitucionalismo e positivismo giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 2001. p. 36-39.

diante de uma sociedade que evolui em complexidade e multiplica exponencialmente os problemas por ela gerados. Espaços que passam a ser ocupados por uma Constituição intensamente invasora, que impregna e condiciona a legislação, a jurisprudência, os operadores do direito em geral e também os mais diversos atores políticos. O Constitucionalismo contemporâneo passa a transformar os valores e as opções políticas fundamentais em normas jurídicas, em um grau de hierarquia ou centralidade diferenciado em relação às demais normas do sistema e que, portanto, as condiciona.

Assim, é possível afirmar que as Constituições do constitucionalismo liberal, que desempenhavam um papel de garantia da liberdade, estabelecendo, principalmente, mecanismos de contenção de poder e organização do Estado, foram paulatinamente substituídas por constituições que, para além da função de equilibrar poder e liberdade, assumem também a possibilidade de funcionar de maneira não apenas a descrever, mas essencialmente a prescrever determinadas condutas, valores e políticas que necessariamente deverão ser realizadas e implementadas porque estatuídas por meio de princípios como normas jurídicas. A abertura das constituições contemporâneas, por meio do abrigo de princípios normativos, coincide com um movimento de centralidade operado pelos ordenamentos constitucionais atuais em relação ao sistema jurídico. Não é incorreto afirmar que as Constituições atuais operaram uma migração de *locus* de significado e de importância que as conduziu para o centro de toda a ordem jurídica, lugar anteriormente ocupado pelas codificações de direito privado, voltadas essencialmente para a proteção patrimonial. O papel de primazia ocupado pelas constituições hoje, reserva, dentro do próprio Texto Constitucional, um papel de centralidade em relação aos direitos fundamentais.

Como se sabe, todo e qualquer direito fundamental estabelece sempre uma posição jurídica fundamental, se constituindo ao mesmo tempo de dimensões positivas (direitos fundamentais prestacionais que se realizam por meio da intervenção estatal) e de defesa (dimensão negativa, exigência de abstenção da atuação estatal). A perspectiva neoconstitucionalista leva à compreensão de que a centralidade assumida pelos direitos fundamentais na Constituição exige uma interpretação diferenciada dos mesmos. Assim, noções como a de eficácia privada ou horizontal destes direitos (no sentido que vinculam também as relações entre particulares diminuindo o espaço de autonomia de vontades), a proibição do retrocesso social (na garantia das conquistas já efetivadas e que não podem mais ser passíveis de retrogradação), a maximização ou efetividade da sua interpretação, a restringibilidade excepcional, e a projeção positiva, são

características que devem ser tomadas em conta na compreensão interpretação e aplicação daqueles direitos. A perspectiva neoconstitucionalista exige então, no mínimo, uma releitura das balizas desde sempre confirmadas pelo positivismo jurídico. O positivismo jurídico, durante um longo tempo, foi (mal) utilizado para guarida aos interesses dominantes em uma sociedade, que nem sempre estavam voltados para encontrar respostas mais direcionadas ao alcance maior dos valores de igualdade e justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constitucionalismo atual tem como elemento essencial a promoção da reinterpretção das suas normas, de forma a inserir a pessoa humana como elemento central dentro do ordenamento jurídico. Inegável reconhecer, neste sentido, a importância do direito internacional público, no sentido de elaborar tratados voltados para a proteção da pessoa humana. Vale a pena destacar que, atualmente, verifica-se o constante diálogo entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional.

Aliás, ao se comentar sobre a eficácia dos tratados de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos dos Estados, inegável é a importância das constituições contemporâneas e a necessidade de seus princípios e normas se transformarem, com o intuito de buscar uma nova interpretação constitucional voltada para a observância dos direitos humanos fundamentais. Portanto, o neoconstitucionalismo decorre da necessidade de se buscar uma reinterpretção das normas constitucionais, assim como aquelas voltadas para a proteção dos direitos humanos, tendo em vista a aplicação do princípio da máxima efetividade da norma de direitos humanos.

Trata-se, ademais, da função dialética do direito constitucional, cujas normas devem ser interpretadas de acordo com determinado momento histórico e, assim, o constitucionalismo contemporâneo, como mencionado no artigo, passa por inúmeras transformações, entre elas procura inserir a pessoa humana como o principal sujeito de direitos e, a partir daí, torna-se necessário a existência de normas e princípios, com o objetivo de garantir a devida tutela.

Ao se comentar sobre a abertura das constituições contemporâneas, com o intuito de acolher princípios voltados para a proteção dos direitos humanos, de forma a salientar o seu papel importante no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais, vale a pena destacar que referida característica é comum dentro do Direito Constitucional contemporâneo, pois existe, como menciona Peter Heberle, um novo modelo de direito constitucional, que é o direito

constitucional cooperativo, em que em determinados temas, como os direitos humanos, os Estados procuram adotar normas constitucionais comuns, de forma a garantir a proteção da pessoa humana.

Portanto, o nosso constitucionalismo moderno e contemporâneo, que passo pelas visões liberais, sociais, neoliberais, atualmente enfrenta novos desafios e mudanças, tendo em vista a existência de um direito constitucional inovador e transformador, voltado para a proteção dos direitos fundamentais. Finalmente, importante reconhecer a grande importância do Direito Internacional dos Direitos Humanos e que, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, houve uma maior preocupação no que diz respeito à proteção dos direitos humanos, tendo em vista os horrores praticados pelos nazistas contra os judeus. Com o intuito de evitar novos e tristes acontecimentos surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948 e demais tratados sobre o tema.

Com a nova consciência internacional, a pessoa humana passou a ser considerada como sujeito de direito internacional (especificamente nas questões sobre os direitos humanos) e, assim, os Estados, de forma a garantir a efetividade das referidas normas internacionais em seus ordenamentos jurídicos internos, passaram a incorporar a matéria em seus ordenamentos constitucionais, de forma a garantir e assegurar o papel transformador do constitucionalismo contemporâneo o moderno.

REFERÊNCIAS

BARCELLONA, Pietro. *Diritto senza società: dal disincanto all'indifferenza*. Bari: Dédalo, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. *Derechos humanos desde el jusnaturalismo histórico analógico*. México: Editorial Porrúa, 2001.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Harendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado e do direito*. Coimbra: Coimbra, 1987.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 21, n. 2, p. 340-341, 1998.

_____. *Neocostitucionalismo e positivismo giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 2001.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?* Curitiba: Juruá, 2011.

SANTIAGO, Carlos Ortega. El derecho constitucional en su contexto: el ámbito cultural del constitucionalismo. *Teoría y realidad constitucional*, n. 21, p. 331-353, 2008.

