

**A PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONALISTA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Carla Piffer

Mestre em Direito. Doutoranda em Direito - Linha de Pesquisa de Estado e Transnacionalidade - pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI com Dupla Titulação com a Università di Perugia – Itália. Professora no Curso de Direito do Instituto Blumenauense de Ensino

Superior – IBES.

cpiffer79@hotmail.com

RESUMO

O presente estudo possui como objeto central analisar o neconstitucionalismo e sua perspectiva sobre os direitos fundamentais. Para tanto, apresenta-se inicialmente algumas considerações acerca do constitucionalismo, surgido como indicação de ruptura com os antigos regimes e modelos autocráticos impostos à época. Em seguida, verifica-se o neoconstitucionalismo, sob a ótica de rompimento com o positivismo jurídico, por almejar o estabelecimento de um modelo eficaz de normas que satisfaçam o bem-estar social, notadamente quanto à efetivação de princípios e, no caso do presente estudo, que conceda eficácia e aplicação aos direitos fundamentais consagrados universalmente.

Palavras-chave: Constituição; Constitucionalismo; Neoconstitucionalismo; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The present study has as its central object the neoconstitutionalism and analyze their perspective about the fundamental rights. It presents initially some considerations about constitutionalism, emerged as an indication of a break with the old models autocratic regimes imposed at that time. Then there is the neoconstitutionalism, from the perspective of breaking with legal positivism, aim for the establishment of an effective model of standards that meet the social welfare, particularly regarding the effectiveness of principles and, in the present study, to provide efficacy and application of fundamental rights recognized universally.

Keywords: Constitution, Constitutionalism; neoconstitutionalism; Fundamental Rights.

1. INTRODUÇÃO

A mundialização da economia e da política traz à tona um enorme desafio para as sociedades atuais. Deste modo, a complexidade da sociedade contemporânea e a demonstrada insuficiência do Estado para atender às demandas sociais atuais demonstra a necessidade de reformulação da atuação estatal para se fazer presente e controlar, fiscalizar e conferir legalidade às relações sociais.

No entanto, neste Estado “insuficiente” verifica-se a presença de normas – constitucionais - afastadas da realidade. Por detrás destes fatos, busca a sociedade que referidas normas fundamentais possam consagrar todos os seus anseios e expectativas, todas as suas formações e vontades lícitas, mas que estas normas não sejam somente um texto sem efeito, e sim com total eficácia, para refletir suas vontades, tornando-as reais e consolidadas em determinado período histórico.

E é neste contexto que se apresenta o neoconstitucionalismo como alternativa concreta de um ideal de Constituição. Ideal este que se faria concretizar através da aplicação e efetivação dos princípios constitucionais, notadamente aqueles que dizem respeito à dignidade da pessoa humana, que contemple a eficácia dos direitos fundamentais conquistados universalmente.

2 ASPECTOS DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Ao analisar a Constituição como documento político-jurídico, não há como esquivar-se da afirmação de que o texto constitucional traz em si um conteúdo ideológico, pois transporta, em si, um claro juízo de valor.

O constitucionalismo sempre foi impulsionado por uma ideia constitucional, ideia esta que se concretiza no momento em que se torna realidade, no momento em que reveste a forma de Constituição.

Deste modo, acerca do constitucionalismo, há que se fazer algumas considerações, a saber:

Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é

reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado. (TAVARES, 2002, p. 22)

Por sua vez, Barberis (2005, p. 259-260) entende que o termo constitucionalismo pode referir-se a três fatos distintos, embora conectados entre si:

Em um primeiro sentido, muito abrangente, constitucionalismo reenvia ao antigo ideal de governo das leis, ou melhor, de Direito; em um segundo sentido, mais estrito, designa a tradução própria dos séculos XVIII e XIX deste modelo na idéia de Constituição como instrumento para limitar o poder político; em um terceiro sentido – muito estrito e, não totalmente adequado - indica (a doutrina de) o Direito constitucional. Posto que a posição filosófica-jurídica denominada neoconstitucionalismo [...] retoma as ideias do constitucionalismo, e, ao menos nos dois primeiros sentidos do termo, parecem existir razões suficientes para admitir este estudo, embora não consolidado [...].

Por sua vez, Canotilho (2000, p. 45) conceitua o constitucionalismo como “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.

Em ordem histórica, o constitucionalismo moderno se afirmou com as revoluções burguesas na Inglaterra em 1688, nos Estados Unidos em 1776, e na França em 1789. Entretanto, é possível encontrar o embrião desse constitucionalismo já na Magna Carta de 1215. Neste referido documento, encontram-se presentes os elementos essenciais deste moderno constitucionalismo como limitação do poder do Estado e a declaração dos Direitos fundamentais da pessoa humana, o que a tornou uma referência histórica para alguns pesquisadores.

O constitucionalismo moderno surgiu como uma ruptura com o Antigo Regime, quando o homem encontrava-se preso e determinado pelas explicações de caráter teológico. A modernidade transferiu a centralidade do cotidiano, ao estabelecer o homem como centro e explicação de si e do mundo, a partir de si mesmo.

No plano histórico, os acontecimentos que concorreram para a eclosão do princípio da subjetividade foram a Reforma Protestante e a Revolução Francesa, onde pela Reforma Protestante, temos o declínio da mediação institucionalizada da Igreja Católica entre o sujeito e a verdade e, com isso, o início de novas condições, e a Revolução Francesa significou a necessidade de afirmação do indivíduo livre por meio da universalização da razão. E o sistema do constitucionalismo antigo era, pois integrado numa política dominada por características que somente viriam ser desconstituídas no século XVIII. (LOPES, 2002, p. 102)

A Constituição política, tal como a é verificada hoje, resulta de um movimento ocorrido na transição da monarquia absoluta para o Estado Liberal de Direito, do final do século XVIII,

conhecido por constitucionalismo, pelo qual os Estados passaram a adotar leis fundamentais ou cartas constitucionais, reunindo, num documento escrito, sua organização política, bem como a declaração dos direitos dos indivíduos (MORAES, 2006, p. 02).

Deste modo, a respeito do moderno de constitucionalismo, pode-se afirmar que este designa as instituições e os princípios que são adotados pela maioria dos Estados que, a partir dos fins do século XVIII, têm um governo que, em contraposição àquele absoluto, se diz constitucional. Nestes termos, constitucionalismo indica uma ideologia institucionalizada consistente em romper com o antigo regime, com o intuito de transformar o Estado Absoluto em Estado Constitucional.

Assim, o constitucionalismo passa a ser visto como uma técnica da liberdade contra qualquer poder arbitrário. “É a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar” (BOBBIO et al., 1999, p. 247-248).

[...] fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII. (CANOTILHO, 2000, p. 46)

Esta modernidade atribuída ao constitucionalismo pode ser evidenciada, de acordo com Ferrajoli (2007, p. 71), por um constitucionalismo composto por um sistema de vínculos substanciais, de proibições e obrigações impostas pelas cartas constitucionais e precisamente pelos princípios e direitos fundamentais nelas estabelecidos.

A garantia jurídica de efetividade desse sistema de vínculos reside na rigidez das constituições, assegurados nas cartas constitucionais do período pós-segunda Guerra, por um lado pela previsão dos procedimentos especiais para sua reforma, e por outro pela criação de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. O resultado é um novo modelo de direito e democracia, *O Estado Constitucional de Direito*, que é fruto de uma verdadeira mudança de paradigmas referidas ao modelo legislativo de direito: uma mudança, creio, de que a cultura jurídica e política não tomou ainda consciência suficiente e de que, sobretudo, estamos bem longe de assegurar e elaborar suas técnicas de garantia.

Conforme ressalta Ferrajoli (2007), graças à rigidez das constituições, a legalidade modificou sua natureza. Para o autor, estas não são somente condicionantes e reguladoras, pois

estão elas mesmas condicionadas e reguladas por vínculos jurídicos formais como também substanciais; não são mais simplesmente um produto do legislador, mas sim uma projeção jurídica da própria legislação e, portanto, um limite e um vínculo direto com o legislador.

Ante o exposto, é possível afirmar que o constitucionalismo moderno caracteriza-se pela existência de uma constituição jurídica, pela universalização dos direitos e liberdades, com suas respectivas garantias, e pelo aperfeiçoamento de técnicas que limitam o poder político.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO

As expressões neoconstitucionalismo, constitucionalismo moderno ou constitucionalismo avançado, aqui tratados como sinônimos, se referem a um novo modelo jurídico formulado inicialmente na Itália e Espanha. Referida expressão pode ser utilizada para fazer referência a uma teoria, a uma ideologia ou a um método de análise do direito, ou também como parte de alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político (COMANDUCCI, 2005, p. 75).

O neoconstitucionalismo não se refere, simplesmente, a um movimento, mas a um conjunto de posturas teóricas que adquiriram sentidos comuns ao tentar explicar o direito dos Estados Constitucionais, especificamente àqueles que, a partir da Segunda-Guerra, em momento de repúdio aos regimes autoritários da época, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade - manejados por um órgão jurisdicional especializado, normalmente um Tribunal Constitucional - como pode ser verificado nas Constituições da Itália de 1948, da Alemanha de 1949 e da Espanha de 1978.

“A peculiaridade deste modelo vem representada pelas características ou funções de algumas Constituições que aparecem após a segunda guerra mundial e que, certamente, se contrapõem ao papel que desempenhavam as Constituições no que se pode denominar constitucionalismo antigo [...]”. (ARIZA, 2005, p. 239)

No entanto, não pairam dúvidas a respeito da difusão de ideias e preceitos relativos ao neoconstitucionalismo no Estado contemporâneo, razão pela qual se faz necessário delimitar seu conceito:

Em primeiro lugar, o constitucionalismo pode encarnar um certo tipo de Estado de Direito, designando portanto o modelo institucional de uma determinada forma de organização política. Em segundo lugar, o constitucionalismo é também uma teoria

de Direito, mais concretamente aquela teoria apta para explicar as características de um dito modelo. Finalmente, por constitucionalismo se entende também a ideologia que justifica ou defende a fórmula política assim designada (SANCHÍS, 2005, p. 122).

Sanchís (2005, p. 123) ressalta que o neoconstitucionalismo como ideologia apresenta diferentes níveis ou projeções:

O primeiro e menos problemático é o que pode se identificar com aquela filosofia política que considera que o Estado constitucional de Direito representa a melhor ou mais justa forma de organização política. [...] Uma segunda dimensão do constitucionalismo como ideologia é aquela que pretende oferecer consequências metodológicas ou conceituais e que pode se resumir assim: visto que o constitucionalismo é o modelo ideal de Estado de Direito, ao menos onde existe cabe conter uma vinculação necessária entre o Direito e a moral e postular portanto alguma forma de obrigação de obediência ao direito. Por último, a terceira versão do constitucionalismo ideológico, que costuma estar junto com a anterior e que talvez poderia denominar-se constitucionalismo dogmático, representa uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas da ciência e da teoria do Direito [...].

Deste modo, o neoconstitucionalismo surge para como resposta à urgência de uma nova teoria do direito evidenciada no Estado constitucional de Direito que estaria evidenciada na crise do direito ou crise da lei, conforme enuncia Zagrebelsky (2005, p. 15-16): “Estamos assistindo, inclusive nos países de democracia mais avançada, a uma profunda e crescente crise do direito, que se manifesta em diversas formas e inúmeros planos”.

Segundo Peña Freire (2003, p. 33), o neoconstitucionalismo possui quatro formas de manifestação distintas. A primeira apresenta-se como uma forma de organização de comunidades políticas, ou seja, como um modelo constitucional, dotado de mecanismos normativos e institucionais inerentes a qualquer sistema jurídico-político, que limitam os poderes do Estado e protegem os direitos fundamentais. A segunda forma de manifestação do neoconstitucionalismo diz respeito à ideologia que inspira e promove este modelo de organização. A terceira, abarca o neoconstitucionalismo teórico – ou teoria do direito – e pretende descrever as mudanças que a constitucionalização propôs para os conceitos básicos da teoria do direito, quer dizer, as mudanças do conceito de direito, da norma, da hierarquia normativa e na interpretação. A quarta manifestação do neoconstitucionalismo como método se opõe à tese da separação do positivismo metodológico, vez que sustenta a necessidade de conexão entre direito e moral.

Dentre as formas de manifestação do neoconstitucionalismo supra-apresentadas, baseando em Peña Freire (2003, p. 33), a que mais interessa ao presente estudo refere-se à primeira, pois trata

de um modelo jurídico-político e institucional, denominado pelo autor como Estado Constitucional de Direito.

Este pode ser posto em relação com o Estado de direito, embora o Estado constitucional acrescenta aos diversos mecanismos que asseguram a submissão do poder ao direito – governo *sub lege* – uma finalidade: garantir a preservação dos direitos que comumente se atribuem aos cidadãos seja frente a, ou através dos poderes públicos, incluindo entre estes também o legislador democrático. Talvez por este motivo, a expressão “constitucionalismo garantista” seja uma boa forma de referir-se não somente ao modelo que aqui denominaremos “Estado Constitucional de Direito” [...].

Conforme menciona Carbonell (2009, p. 198), existem três níveis que devem ser considerados quando da análise do neoconstitucionalismo. O primeiro diz respeito aos textos constitucionais:

O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que começam a surgir depois da Segunda Guerra Mundial e, sobretudo a partir dos anos 70 do século XX. Se trata de Constituições que não se limitam a estabelecer competências ou separar os poderes públicos, mas que contém altos níveis de normas “materiais” ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos. Ademais, estas Constituições contém catálogos amplos de direitos fundamentais, o que supõe um marco renovado de relações entre o Estado e os cidadãos, principalmente quanto a profundidade de graus de detalhes dos postulados constitucionais que estes direitos recorrem. Exemplos representativos destes tipos de Constituições são a Espanhola de 1978, a Brasileira de 1988 e a Colombiana de 1991.

O segundo nível apresentado por Carbonell (2009, p. 198-199) refere-se às práticas jurisprudenciais, as quais, diante deste novo modelo substantivo de textos constitucionais, sofreram consideráveis mudanças:

Os juízes constitucionais tiveram que aprender a realizar suas funções sob novos parâmetros interpretativos, a partir do qual o fundamento legal se torna mais complexo. Entram em cena as técnicas interpretativas próprias dos princípios constitucionais, a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, a projeção horizontal dos direitos, o princípio *pro persona* etc. Além disso, os juízes passam a ter que trabalhar com a dificuldade dos valores constitucionalizados e que requerem uma tarefa hermenêutica que seja capaz de aplicá-los aos casos concretos de forma justificada e razoável. [...] No paradigma neoconstitucional, os juízes possuem grande relevância, pois o ordenamento jurídico deve estar garantido em todas as suas esferas através de mecanismos jurisdicionais.

O terceiro nível de fenômenos que fazem parte do neoconstitucionalismo são os desenvolvimentos teóricos, considerados por Carbonell como inovadores, os quais partem dos textos constitucionais fortemente substantivos e da prática jurisprudencial recém enunciada, mas

também supõem contribuições em ocasiões não somente de explicar um fenômeno jurídico, mas também de criá-lo.

No entanto, na visão de Carbonell (2009), estes três elementos podem não ser considerados como inovadores, pois, para muitos, já estariam analisados sob as condições teóricas tradicionais do positivismo da metade do século XX. Sobre esta afirmação, enfatiza que: “Talvez tenham razão quem assim opina, mas sigo crendo que a novidade está no conjunto: talvez não tanto em um dos três elementos se os analisamos em separado, mas sim quando os colocamos em comum, em coordenadas de tempo e espaço muito parecidas” (CARBONELL, 2009, p. 202).

Ocorre que uma das características principais do neoconstitucionalismo é a adoção de um “modelo de organização político-jurídica que representa um aperfeiçoamento do Estado de direito” em que “[...] os princípios predominam sobre as regras” (SANCHÍS, 2005, p. 134), ou seja, caracteriza-se o neoconstitucionalismo por incorporar valores e orientações políticas, especialmente, no que toca à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, conforme será apresentado a seguir.

4. BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Analisando-se o surgimento dos direitos fundamentais a partir da Alta Idade Média, em que se registra o esfacelamento do poder político e econômico devido à instauração do feudalismo, verifica-se que, neste momento, as ofensas à dignidade humana eram gritantes. Referido período foi marcado também pelas constantes lutas dos camponeses contra a exploração dos senhores feudais, colaborando para o efetivo rompimento do sistema.

[...] a aparição do Estado como poder soberano, que não reconhece superior e que pretende o monopólio no uso da força legítima, gerará um dissenso fundamentado na mentalidade, impulsionado pela nova classe social em ascensão, a burguesia, sobre as condições do exercício absoluto desse poder, sua justificação, seu exercício e seus fins, com o contratualismo, com a ideia de Constituição e de direitos humanos como objeto do contrato e como limites do poder. (PECES-BARBA, 1995, p. 114-115)

Diante da mudança da organização social existente, verifica-se o surgimento do capitalismo que, diante de uma revolução política, facilitou o caminho para a posterior revolução industrial. Posteriormente, outros movimentos de ideias tomaram força, surgindo os primeiros textos positivados e relacionados aos direitos fundamentais. “[...] tanto os fatores sociais em que aparecem pela primeira vez os direitos, com a reflexão teórica e as causas que explicam o consenso

de sua inicial moralidade, resultaram nos primeiros textos positivados situados entre os séculos XVI e XVII na Europa primeiramente e mais tarde nas colônias inglesas norte-americanas” (PECES-BARBA, 1995, p. 114-115).

A evidente necessidade da afirmação dos direitos fundamentais deu origem também a algumas Revoluções, resultando em importantíssimos textos constitucionais. Peces-Barba (1995, p. 146) apresenta as formulações iniciais dos modelos de direitos fundamentais:

Quando a mentalidade do mundo moderno e a reflexão sobre a organização do poder, frente ao Estado absoluto – que produzirá o primeiro constitucionalismo – alcançar o êxito social, estaremos no auge do Estado liberal e nos primeiros modelos cristalizados na história dos direitos fundamentais, quer dizer, de uma moralidade recebida pelo Direito positivo. Desde o século XVII se poderá falar do modelo inglês e desde o século XVIII dos modelos americano e francês.

As primeiras formulações positivadas dos direitos fundamentais ocorrem na declaração de direitos de 1689 – Declaração da Inglaterra –, de 1776 – Declaração da Virgínia – e de 1789 – Declaração da França –, as quais são os grandes marcos da efetivação dos direitos fundamentais. A Declaração de Direitos da Inglaterra, conhecida como *Bill of Rights*, foi promulgada um século antes da Revolução Francesa e pôs fim ao regime de monarquia absoluta existente, trazendo algumas inovações:

Criada com a divisão de poderes, uma garantia institucional, como denominada pela doutrina alemã do século XX, cuja função é proteger os direitos fundamentais da pessoa humana, em última análise. Apesar da inicial contradição com relação a tentativa de imposição a todos os súditos de uma religião oficial que culminou em manifestações de intolerância e violenta reação dos anglicanos, no que tange a prevenção institucional de poderes, foi extremamente relevante dentro do contexto histórico e político. (COMPARATO, 2005, p. 91)

A Revolução Americana foi a responsável pela independência das antigas treze colônias britânicas da América do Norte em 1776. Apesar dos avanços conquistados, a forma democrática adotada pela sociedade norte-americana demonstrou ser relativa e limitada, deixando lacunas no cumprimento de algumas de suas premissas, como a liberdade e igualdade. Limites e contradições à parte, os avanços conquistados pela Revolução Americana e sua declaração de direitos são evidentes, configurando significativos passos em direção a uma transformação nas relações políticas, servindo, inclusive, de modelo para todo o Ocidente.

Posteriormente, cita-se a Declaração de Direitos da Revolução Francesa de 1789, conhecida como Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, e é considerado um momento

ímpar na conquista dos direitos fundamentais baseados nos ideais de liberdade e igualdade entre os indivíduos. Peces-Barba traça as características do modelo francês de direitos em comparação às declarações inglesa e norte-americana (1995, p. 150-151):

Na sua origem se diferencia do inglês pois é produto de uma ruptura, de uma situação revolucionária e não de uma reforma, e do americano porque este se verifica com o nascimento de um novo Estado independente, enquanto que a França possui uma velha tradição política unitária que a arranca do trânsito à modernidade. No modelo americano, o racionalismo abstrato é utilizado na independência para se separar da tradição pragmática do Direito dos ingleses, enquanto que no modelo francês o racionalismo abstrato se afirma frente às próprias leis fundamentais da monarquia francesa.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão representou nas palavras de Comparato (2005, p. 146)

[...] o atestado de óbito do *Ancien Regime*, constituído pela monarquia absoluta e pelos privilégios feudais [...]. Mas o caráter abstrato e geral das fórmulas empregadas, algumas delas lapidares, tornou a Declaração de 1789, daí em diante, uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política nos mares do futuro, uma referência indispensável a todo o projeto de constitucionalização dos povos.

Em razão do seu espírito universal, a Revolução Francesa foi considerada mais próxima dos grandes movimentos religiosos do que das revoluções políticas. Suas características primordiais foram difundidas em pouco tempo, não só na Europa, mas também em outras regiões como a Índia, Ásia Menor e América Latina. “Nenhuma declaração anterior a esta realizou uma formulação tão geral e tão compreensiva dos direitos individuais. Nenhuma declaração destacou, de igual maneira, os direitos de liberdade e seguridade pessoal e, como complemento indispensável destes, o direito de propriedade [...]”. (TOBENÑAS, 1992, p. 125).

Portanto, a Revolução Francesa aboliu com as instituições políticas que possuíam vigência indiscutível para a maior parte do povo europeu - as instituições feudais -, visando substituí-las por uma ordem social e política apoiada sobre a base da igualdade de condições. Neste sentido, Norberto Bobbio (2004, p. 138) enfatiza a importância das citadas declarações de direitos, conferindo a estas a posição de “[...] fonte ininterrupta de inspiração ideal para os povos que lutaram por sua liberdade”.

Além disso, as declarações ampliaram o campo de validade dos Estados, ao passo que a incorporação dos direitos fundamentais no texto constitucional de alguns países passou a se evidenciar nos anos seguintes. A propósito, citam-se os abalos sísmicos ocorridos na Rússia

(revolução democrático-burguesa e a revolução socialista). Menos de três meses depois, em janeiro de 1918, restou proclamada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, inaugurando uma ótica completamente nova da abordagem tradicional dos direitos fundamentais, ao tratar especificamente dos direitos dos trabalhadores. No ano seguinte, restou promulgada a Constituição Alemã em 1919, conhecida como Constituição de Weimar.

Promulgada imediatamente após o colapso de uma civilização, ela ressentiu-se desde o início, em sua aplicação, dos tumultos e incertezas inerentes ao momento histórico em que foi concebida. [...] A Constituição de Weimar foi votada ainda no rescaldo da derrota, apenas sete meses após o armistício, e sem que se divisassem com clareza os novos valores sociais. Ela não podia deixar, assim, de apresentar ambigüidades e imprecisões, a começar pela própria designação do novo Estado, que se quis reconstruir sobre as ruínas do antigo. A Carta política abre-se com a surpreendente declaração de que “o império alemão (das *Deutsche Reich*) é uma República”. (COMPARATO, 2005, p. 185)

Estas Revoluções, surgidas após a Primeira Guerra Mundial, e os acontecimentos ocorridos durante os conflitos, se constituíram nos grandes marcos do reconhecimento e da positivação dos direitos fundamentais. O passo seguinte para ampliar o rol de implementação destes direitos no plano internacional ocorreu em janeiro de 1942, através da criação da Organização das Nações Unidas – ONU em 1945. Desta forma, foi possível atribuir a qualidade de marco maior da internacionalização dos direitos humanos à Declaração Universal de 1948.

Diante de uma gama variada de atribuições, a concepção dos direitos fundamentais permaneceu edificada sob a égide de uma unidade independente e indivisível (PIOVESAN, 2002, p. 149). Segundo este entendimento, a impossibilidade de classificação ou divisão dos direitos do homem em gerações refere-se, principalmente, à não aceitação de utilizá-los de maneira isolada, afastando de todo modo a ideia de qualquer forma de divisibilidade dos mesmos.

No entanto, Wolfgang Sarlet (2003, p. 50) defende o posicionamento de que esta divisão se dá única e exclusivamente para um melhor entendimento e análise terminológica, sem, no entanto, pretender atribuir aos mesmos qualquer característica de substituição, enfraquecimento ou não comutatividade:

“Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos” (SARLET, 2003, p. 50). Embora atualmente não exista um consenso acerca do número de gerações dos direitos do homem, Bobbio (2004, p. 06) sustenta que:

Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.

Há que se destacar que a luta pela internacionalização dos direitos fundamentais representa o clamor de um povo sofrido na busca pela afirmação da sua dignidade e efetivação dos seus direitos, razão pela qual “A primeira das grandes tarefas das constituições contemporâneas consiste em distinguir claramente entre a lei, como regra estabelecida pelo legislador, e os direitos fundamentais, como pretensões subjetivas absolutas, válidas por si mesmas, independentemente da lei” (FERRAJOLI, 1999, p. 47).

5. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONALISTA

Perfilhado o percurso histórico traçado pelos direitos fundamentais, bem como os principais acontecimentos que contribuíram para o seu reconhecimento inclusive no plano internacional, pretende-se demonstrar agora a perspectiva neoconstitucionalista acerca destes direitos.

Ferrajoli (1999, p. 73), a partir do questionamento acerca de quais são os direitos fundamentais, afirma que é apresentar três respostas distintas:

A primeira resposta é a que oferece a teoria do direito no plano teórico jurídico a definição mais fecunda dos direitos fundamentais é desde meu ponto de vista a que os identifica com os direitos que estão adstritos universalmente a todos os seres humanos enquanto pessoas, ou enquanto cidadãos ou pessoas com capacidade de requerê-los; e que são, portanto, indisponíveis e inalienáveis. Esta resposta não nos diz quais são, mas somente quem são os direitos fundamentais. [...] A segunda resposta é a que oferece o direito positivo, quer dizer, a dogmática constitucional ou internacional. São direitos fundamentais, no ordenamento italiano ou alemão, os direitos universais e indisponíveis estabelecidos pelo direito positivo ou alemão. São direitos fundamentais, no ordenamento internacional os direitos universais ou indisponíveis estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, nos pactos internacionais de 1966 e nas demais convenções internacionais sobre os direitos humanos. A terceira resposta [...] é a que oferece a filosofia política, e se refere à pergunta de quais direitos devem ser garantidos como fundamentais. Se trata de uma resposta do tipo não assertiva, senão normativa.

No entanto, Bovero (2001, p. 223-224) ressalta que a primeira resposta atribuída por Ferrajoli é somente teórica, mesmo enquanto estipulada com referência aos direitos fundamentais positivamente sancionados por leis e constituições nas atuais democracias, prescindindo da

circunstância de fato de que tais direitos encontram-se formulados nas cartas constitucionais ou leis fundamentais. Em outras palavras, não se trata de uma definição dogmática, ou seja, formulada com referência às normas de um ordenamento concreto. “A existência de tais direitos por parte do direito positivo de um determinado ordenamento é, em suma, condição de sua existência ou vigência naquele ordenamento, mas não incide no significado do conceito de direitos fundamentais” (FERRAJOLI, 1999, p. 38).

Para Bobbio (2004, p. 41) “Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência”. No entanto, agora positivados, encontramos diante de outra questão:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. É inegável que existe uma crise dos fundamentos. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. [...] Não se trata de encontrar o fundamento absoluto [...], mas de buscar, em cada caso concreto, *os vários fundamentos possíveis* (BOBBIO, 2004, p. 53).

Ferrajoli (1999, p. 75), ao analisar o tema de direitos fundamentais, propõe-se a identificar no plano axiológico quais devem ser os direitos fundamentais merecedores de tutela, e estipula três critérios: paz, igualdade, tutela do mais fraco:

A paz não somente se funda, como diz o Preâmbulo da Declaração Universal de 1948, no grau máximo de efetividade da igualdade dos direitos fundamentais, se não está também ameaçada pelo crescimento das assimetrias que correspondem a outras tantas desigualdades, entre sujeitos fortes e sujeitos fracos. Por outro lado, os três critérios axiológicos expostos servem para demonstrar como o fundamento dos direitos humanos residem não em uma certa ontologia ou em uma abstrata racionalidade, se não principalmente, por uma convergência no plano lógico e teórico mas não certamente sobre o político, nos processos históricos, marcados por lutas e revoluções, no curso das quais foram afirmados como outras tantas conquistas.

Neste contexto, diante da globalização da economia gerida com a total ausência de regras, tem-se a produção das desigualdades sociais. Verifica-se que o desafio do futuro é o gerado “por um lado, pelo velho absolutismo da soberania externa dos Estados, e por outro pelo novo absolutismo dos grandes poderes econômicos e financeiros transnacionais” (FERRAJOLI, 1999, p. 88). Esta desigualdade exacerbada nas assimetrias sociais atuais é legitimada pelas ideologias neoliberais que se encontram diametralmente opostas à lógica do Estado de direito e do constitucionalismo.

Porém, o dever do Estado de instituir garantias para os direitos fundamentais deriva da sua própria Constituição, mas não unicamente, vez que, conforme demonstrado, não se pode olvidar de que tais direitos foram instituídos de maneira universal, através da sua internacionalização. “[...] os direitos fundamentais hoje em dia se encontram estabelecidos não somente nas constituições dos Estados em particular, senão nesse “embrião constitucional mundial” como chama Ferrajoli, que está contido na Carta da ONU, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e nos sucessivos pactos e tratados internacionais sobre os direitos humanos” (BOVERO, 2001, p. 230-231).

Seguindo-se as palavras de Ferrajoli (1999, p. 72), graças a este embrião constitucional do mundo evidenciado na internacionalização dos direitos fundamentais, a soberania estatal também restou modificada, no sentido de ter sofrido certa limitação, pela sujeição dos Estados aos imperativos da paz e da garantia dos direitos humanos estabelecidos nas cartas internacionais já mencionadas.

O constitucionalismo não é, portanto, somente uma conquista e um legado do passado, mas sim o mais importante legado do século XX. É também, e diria que sobretudo, um programa normativo para o futuro. Em um duplo sentido. No sentido de que os direitos fundamentais estabelecidos pelas constituições estatais e pelas cartas internacionais devem ser garantidos e concretamente satisfeitos: o garantismo, neste aspecto, é a outra cara do constitucionalismo, vez que lhe corresponde a elaboração e a implementação das técnicas de garantias idôneas para assegurar o grau máximo de efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos.

Deste modo, conforme menciona o autor, sabe-se que a história do (neo) constitucionalismo é uma história de progressiva expansão no que diz respeito à esfera dos direitos. Frente aos desafios encontrados pela globalização, cada vez mais se torna imperioso pensar na garantia dos direitos de liberdade juntamente com os direitos sociais. Quanto aos poderes envolvidos, não se pode analisar somente os poderes públicos, mas inclusive os fatores que envolvem os poderes privados hoje evidenciados. E por fim, ao se analisar a garantia dos direitos fundamentais e os poderes envolvidos, não há como analisar o direito estatal sem a participação do direito internacional. O futuro do (neo) constitucionalismo “será o da futura da democracia” e seguirá a seguinte tríplice direção: “até o constitucionalismo social, juntamente com o liberal; até o constitucionalismo de direito privado, junto ao direito público; até o constitucionalismo internacional, junto ao estatal” (FERRAJOLI, 1999, p. 72).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo central analisar a perspectiva neoconstitucionalista a partir dos direitos fundamentais. Como se deixou registrado, a expressão neoconstitucionalismo tem sido utilizada para designar o estado do constitucionalista contemporâneo, em contraposição ao antigo constitucionalismo inapto a dar respostas às infinitas e complexas questões da realidade contemporânea. Deste modo, através do neoconstitucionalismo é possível visualizar particularidades que justificam um novo período constitucional, baseado nos fundamentos principiológicos contidos nas Cartas Constitucionais.

As alterações introduzidas pelo neoconstitucionalismo têm evidenciado, principalmente, a importância e a centralidade que os direitos fundamentais assumem no bojo dos Textos Constitucionais. Referidos direitos, dotados de valores, são trazidos aos textos constitucionais como princípios, que necessitam e devem ser aplicados com vistas a confirmar a efetivação dos seus conteúdos.

Deste modo, cabe ao neoconstitucionalismo primar pela aplicação dos direitos fundamentais, revestindo-os de efetividade, visando cumprir com a tarefa de manutenção e concretização dos valores conquistados universalmente e consignados na Carta Magna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al 12.ed. Brasília: UnB, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- _____. **A era dos direitos**. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOVERO, Michelangelo. **Derechos fundamentales y democracia em Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2.ed. Madrid: Trotta, 2005.
- _____. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley Del más débil. Madrid: Trotta, 1999.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2006.

PIFFER, Carla. Estudo de Caso: A perspectiva neoconstitucionalista dos direitos fundamentais. **Revista Interdisciplinar Científica Aplicada**, Blumenau, v.6, n.2, p.29-44, Tri II. 2012. ISSN 1980-7031 1

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. *In Crítica Jurídica*: Revista Latinoamericana de política, Filosofía y Derecho. Buenos Aires, 2003. n. 22.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Saraiva, 2002.

TOBEÑAS, Jose Castan. **Los derechos del hombre**. 4.ed. Madrid: Réus S.A., 1992.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O Antigo regime e a revolução**. Tradução de F. Weffort. São Paulo: Abril S.A Cultural, 1985.

ZAGREBELSKI, Gustavo, **El derecho dúctil**. Trad. Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2005.