

# A tutela dos direitos fundamentais na pós-modernidade e os fenômenos *neoconstitucionalismo* e *pós-positivismo*

Mariana Carraca Pinto da Costa<sup>1</sup>

## Resumo

As grandes transformações observadas na sociedade atual, principalmente no que se refere à defesa dos direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional do Estado Democrático de Direito, exigem que o fenômeno jurídico seja encarado sob uma nova visão. Em atenção a essa exigência, surgem teorias que visam a estabelecer este novo olhar e que, para atingirem tal fim, preocupam-se com os problemas da indeterminação do Direito e com as relações havidas entre o Direito, a moral e a política. Essas teorias, chamadas de *pós-positivistas*, criam um cenário de busca pela reconstrução dos direitos fundamentais e por sua efetiva positivação, utilizando-se de fundamentos dos princípios constitucionais, parâmetros deste novo momento constitucional, que ficou conhecido como *neoconstitucionalismo*. Para melhor acompanhamento destas mudanças na ordem jurídica, é imprescindível que se tenha conhecimento sobre a tutela dos direitos fundamentais no mundo pós-moderno e os fenômenos que surgiram neste contexto.

155

**Palavras-chave:** Tutela dos Direitos Fundamentais. Estado Democrático de Direito. *Pós-positivismo*. *Neoconstitucionalismo*.

## Abstract

Major changes observed in the present society, particularly as regards the protection of fundamental rights and guarantees provided for in Brazilian constitutional text and its vision of a democratic state of law, require that the legal phenomenon is viewed from a new perspective. In response to this demand, there are theories that seek to establish this new look and that to achieve this end, concerned with the problems of indeterminacy of law and the relations held between the law, morality and politics. These theories, called post-positivist, create a scenario quest for reconstruction of the fundamental rights and their effective assertiveness, using the fundamentals of the constitutional principles and parameters of this new constitutional moment, known as neoconstitutionalism. For a better understanding of these changes in law, it is essential that you have knowledge about the protection of fundamental rights in the postmodern world and the phenomena that emerged in this context.

**Keywords:** Enforcement of Fundamental Rights. Democratic State of Law. Post-positivism. Neoconstitutionalism.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Valença – FDV.

## Introdução

Escrever sobre direitos fundamentais no atual estágio de desenvolvimento intelectual da área jurídica brasileira é muito satisfatório. Tal sentimento deve-se à observação de um seleto grupo de pesquisadores e estudiosos que têm abordado validamente este tema e que iniciaram um admirável movimento de defesa e difusão deste ideal de fazer com que prevaleçam, efetiva e concretamente, os direitos que são inerentes à própria essência do ser humano, direitos estes que, mesmo garantidos constitucionalmente, muitas vezes não conseguem ser alcançados por seus titulares.

Embora na prática ainda vejamos violações que atinjam de forma cruel a dignidade do ser humano, um pouco nos tranquiliza o fato de o mundo acadêmico oferecer sua contribuição, fazendo com que, através de sua produção literária, cada vez mais as pessoas se convençam, se convertam e se motivem a difundir essa revolução que busca enlaçar o Direito à ética e à moral e garantir, de fato, o que nos é assegurado.

No Brasil, a Constituição de 1988, que erigiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa, apresenta-se como o marco histórico e fundamental deste processo que possibilita discutir em solo brasileiro, de forma concreta e efetiva, todo um conjunto de questões que, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, consta da pauta de discussão dos principais centros acadêmicos do mundo ocidental.

156

A partir da crise da modernidade e do estabelecimento de uma ordem constitucional positivadora dos diversos núcleos de direitos fundamentais, inspirados pela reflexão funcional do Direito enquanto instrumento garantidor da dignidade da pessoa humana e promotor de direitos sociais, econômicos e culturais, inclusive abrangendo os interesses coletivos e difusos, é que se possibilitou o surgimento deste contexto.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, desperta a crise, que se torna ainda mais intensa com a queda da economia mundial, a falência da racionalidade tecnocrata e dos planejamentos econômicos.

A falência do modelo de racionalidade do Estado-interventor enseja o surgimento de um novo paradigma constitucional que pretende solucionar os problemas que surgem no seio das sociedades modernas.

Neste sentido, esclarece Cristiano Paixão Araújo Pinto:<sup>2</sup>

*“É com a crise do Estado Social que se viabiliza a construção – ainda em pleno andamento – de um novo paradigma: o Estado Democrático de Direito. Ele decorre da constatação da crise do Estado Social e da emergência – a partir da complexidade das relações sociais – de novas manifestações de direitos. Desde manifestações ligadas à tutela do meio ambiente, até reivindicações de setores antes ausentes do processo de debate interno (minorias raciais, grupos ligados por vínculos de gênero ou de orientação sexual), passando ainda pela crescente preocupação com lesões a direitos cuja titularidade é de difícil determinação (os*

<sup>2</sup> PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

*chamados interesses difusos), setores das sociedades ocidentais, a partir do pós-guerra e especialmente da década de 1960, passam a questionar o papel e a racionalidade do Estado-interventor.”*

Com a criação desta nova realidade histórica, abriu-se espaço para uma série de importantíssimas discussões, reflexos de um fenômeno denominado *neoconstitucionalismo*, que filosoficamente se apoia no *pós-positivismo* e, historicamente, na formação do Estado Democrático de Direito.

## **A tutela dos direitos fundamentais**

A afirmação histórica dos direitos fundamentais, enquanto o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico de um Estado em um determinado tempo, remonta uma longa história com origem no Direito Natural.

Há de se ressaltar a existência de entendimentos no sentido de que somente seria possível falar em direitos fundamentais a partir de sua positivação nas primeiras Constituições<sup>3</sup>.

Nas palavras de Perez Luño: <sup>4</sup>

*“A positivação dos direitos fundamentais é o produto de uma dialética constante entre o progressivo desenvolvimento das técnicas de seu reconhecimento na esfera do direito positivo e a paulatina afirmação, no terreno ideológico, das ideias da liberdade e da dignidade humana.”*

157

Todavia, é inegável a contribuição do jusnaturalismo clássico, tendo em vista que grande parte dos direitos fundamentais atualmente reconhecidos pela ordem positiva são direitos há muito considerados pelos jusfilósofos. O direito natural pode ser então encarado como uma espécie de pré-história dos direitos fundamentais.

Gustav Radbruch<sup>5</sup> descreve com clareza essa trajetória no texto intitulado “Cinco minutos de filosofia do direito”, de merecida transcrição:

*“Primeiro minuto.*

*Ordens são ordens, é a lei do soldado. A lei é a lei, diz o jurista. No entanto, ao passo que para o soldado a obrigação e o dever de obediência cessam quando ele souber que a ordem recebida visa à prática dum crime, o jurista, desde que há cerca de cem anos desapareceram os últimos jusnaturalistas, não conhece exceções deste gênero à validade das leis nem ao preceito de obediência que os cidadãos*

<sup>3</sup> Para os seguidores dessa orientação, o marco inicial do estudo dos direitos fundamentais se dá com o advento da *Magna Charta Libertatum*, em 1215, na Inglaterra, na qual foram reconhecidos direitos como o *habeas corpus*, devido processo legal e o direito de propriedade.

<sup>4</sup> *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 40.

<sup>5</sup> Professor de Direito na Universidade de Heidelberg, que, em 1945, publicou o texto “Cinco minutos de filosofia do direito” em forma de circular dirigida aos estudantes daquela Universidade.

*lhes devem. A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Tornam equivalentes, em última análise, o Direito e a força, levando a crer que só onde estiver a segunda estará também o primeiro.*

*Segundo minuto.*

*Pretendeu-se completar, ou antes, substituir este princípio por este outro: Direito é tudo aquilo que for útil ao povo. Isto quer dizer: arbítrio, violação de tratados, ilegalidade serão Direito desde que sejam vantajosos para o povo. Ou melhor, praticamente: aquilo que os detentores do poder do Estado julgarem conveniente para o bem comum, o capricho do déspota, a pena decretada sem lei ou sentença anterior, o assassinio ilegal de doentes, serão Direito. E pode até significar ainda: o bem particular dos governantes passará por bem comum de todos. Desta maneira, a identificação do Direito com um suposto ou invocado bem da comunidade, transforma um «Estado de Direito» num «Estado contra o Direito». Não, não deve dizer-se: tudo o que for útil ao povo é direito; mas, ao invés: só o que for direito será útil e proveitoso para o povo.*

*Terceiro minuto.*

*Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. Justiça, porém, significa: julgar sem consideração de pessoas; medir a todos pelo mesmo padrão. Quando se aprova o assassinio de adversários políticos e se ordena o de pessoas de outra raça, ao mesmo tempo que ato idêntico é punido com as penas mais cruéis e afrontosas se praticado contra correligionários, isso é a negação do Direito e da Justiça. Quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas.*

*Quarto minuto.*

*Certamente, ao lado da Justiça, o bem comum é também um dos fins do Direito. Certamente, a lei, mesmo quando má, conserva ainda um valor: o valor de garantir a segurança do Direito perante situações duvidosas. Certamente, a imperfeição humana não consente que sempre e em todos os casos se combinem harmoniosamente nas leis os três valores que todo o Direito deve servir: o bem comum, a segurança jurídica e a justiça. Será, muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade por amor da segurança do Direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada. Mas uma coisa há que deve estar profundamente gravada na consciência do povo e de todos os juristas: pode haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade, que toda a validade e até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados.*

*Quinto minuto.*

*Há também princípios fundamentais de Direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que os contrarie*

*não poderá deixar de ser privada de validade. Há quem lhes chame Direito Natural e quem lhes chame Direito Racional. Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas. Contudo o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações dos direitos do homem e do cidadão, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá ainda levantar quaisquer dúvidas.”*

A Doutrina Jusnaturalista, influenciada por preceitos morais e religiosos, com traços do Direito Canônico, concebia que o ser humano, pelo simples fato de sua existência, era titular de direitos incondicionáveis, imutáveis e inalienáveis, constituindo uma ordem jurídica pré-estatal ou mesmo supraestatal. Tais direitos possuíam o condão de limitar o poder estatal, além de legitimarem seu exercício.

A partir do século XVII, as ideias contratualistas, associadas ao racionalismo, promoveram o processo de laicização<sup>6</sup> do Direito Natural, inspirando o movimento Iluminista do Estado Liberal, que preconizava o apelo à razão como fundamento do Direito.

É nesse período que começa a ser cogitada a noção de universalidade dos Direitos Naturais, que culminou na Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, na França.

Esse processo de codificação, mais especificamente de constitucionalização dos direitos ditos naturais, desponta como uma nova fase na caracterização dos direitos fundamentais.

Com o advento da Revolução Francesa e a posterior criação do Estado Liberal, foi deflagrado um movimento de progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados como precursores dos direitos fundamentais.<sup>7</sup>

Com efeito, o constitucionalismo do século XVIII tem como característica o reconhecimento estatal dos direitos estabelecidos nas primeiras declarações. O conceito de Constituição é então indissociável do conceito de Estado Liberal, com sua postura individualista abstrata e primando pela liberdade, segurança e propriedade na luta contra o abuso de poder.

É, porém, no Estado Democrático de Direito que o processo de democratização política se destaca, influenciando de sobremaneira a matéria dos direitos fundamentais na medida em que exalta as garantias de igualdade nas relações dos indivíduos entre si e entre o Estado soberano.<sup>8</sup>

Em outro passo, o modelo garantista imposto pelo Estado constitucional traduz uma dupla sujeição do Direito ao Direito, que afeta a legitimação formal e substancial

<sup>6</sup> A laicização do Direito Natural foi operada pelo racionalismo setecentista e oitocentista, que lhe atribuiu existência própria para além dos planos divinos. Grócio, Pufendorf e Tomásio apesar de serem cristãos protestantes, não vêem necessidade de recorrer a Deus para fundarem a existência da “lei natural”. É célebre a afirmação do último desses três filósofos e juristas, segundo a qual a razão será suficiente para descobrir os preceitos do Direito Natural, para o que “*não contradirei os textos sagrados, apenas prescindirei deles*”.

Ver conceito em DE PLÁCIDO e Silva. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

<sup>7</sup> PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 33.

<sup>8</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 52.

das normas jurídicas. A democracia torna-se, ao mesmo tempo, condição e garantia dos direitos fundamentais que constituem a base moderna do princípio da igualdade.

Nos dias de hoje, são considerados direitos fundamentais os direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos, entendendo por direito subjetivo qualquer expectativa positiva ou negativa adstrita a um sujeito por uma norma jurídica, inseridos no ordenamento positivo constitucional.

Nesse sentido, Robert Alexy<sup>9</sup> ensina que:

*“Há a posição de uma liberdade jurídica para realizar determinadas ações, a de um direito frente ao Estado para que este não obstaculize certas ações, isto é, a de um direito a ações negativas e a de um direito de ações positivas do Poder Público.”*

A previsão no âmbito constitucional é pressuposto de existência dos direitos fundamentais. Quando inseridos na ordem internacional, sem qualquer previsibilidade em nível nacional, está-se diante dos Direitos Humanos, que, muito embora guardem íntima proximidade com os direitos fundamentais, configuram realidades distintas.

Assim é que os Direitos Humanos relacionam-se com os documentos de Direito Internacional, independente do vínculo do indivíduo com qualquer ordem jurídico-positiva, e que, portanto, aspiram à validade universal, de caráter supranacional, ao passo que os direitos fundamentais são os direitos do ser humano reconhecidos pelo Estado, que os insere na Constituição, se manifestando como “direitos positivos de matriz constitucional”.<sup>10</sup>

## **O marco da Segunda Guerra Mundial, a criação da ONU e a Declaração Universal dos Direitos do Homem**

A Segunda Guerra Mundial<sup>11</sup>, ocorrida entre 1939 e 1945, foi um conflito que deixou um triste e vergonhoso legado à humanidade.

Ao seu fim, cerca de 55 milhões de pessoas morreram, dentre as quais seis milhões de judeus assassinados pelo regime nazista; 35 milhões de pessoas foram feridas; 20 milhões de crianças e adolescentes ficaram órfãos, e 190 milhões de pessoas saíram em busca de refúgio.

As imagens dos campos de concentração nazistas - que, além dos judeus, também mantinham em condições subumanas outras minorias, como ciganos, homossexuais, Testemunhas de Jeová -, reveladas após as tropas aliadas conquistarem os territórios até então dominados pelas forças militares alemãs, mostraram ao mundo a face mais terrível das atrocidades que o homem é capaz de cometer.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 45.

<sup>10</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 34.

<sup>11</sup> O marco inicial do conflito ocorreu no ano de 1939, quando o exército alemão invadiu a Polônia. De imediato, a França e a Inglaterra declararam guerra à Alemanha. De acordo com a política de alianças militares existente na época, formaram-se dois grupos: Aliados (liderados por Inglaterra, URSS, França e Estados Unidos) e Eixo (Alemanha, Itália e Japão).

Por conta desse lamentável episódio da história mundial, houve uma enorme necessidade de se rediscutir a questão dos direitos e garantias fundamentais do homem. E foi nesse contexto que, em 24 de outubro de 1945, fundou-se oficialmente a Organização das Nações Unidas para que fosse promovida uma ação conjunta e permanente dos Estados em defesa da paz.

A ONU é um organismo internacional instituído com o propósito de manter a paz e a cooperação entre as nações. A sua eficácia não depende dos seus próprios recursos, mas sim da cooperação permanente de todos os seus membros.

Reconhecem as Nações Unidas que a eliminação da guerra implica na criação da paz através da melhoria das condições sociais e econômicas, e a conservação dessa mesma paz, por meio da colaboração entre os Estados.

Guiadas por este princípio dual, as Nações Unidas estabeleceram a chamada “Carta das Nações Unidas”, que tem como objetivo o fomento da colaboração internacional para a solução de problemas econômicos, sociais, educativos, sanitários e a manutenção da paz e segurança mundial, sancionando os agressores e solucionando os conflitos por meios pacíficos.

Porém, para haver paz é necessário que haja justiça social. Sendo assim, surgiu uma grande preocupação no sentido de elaboração de uma Declaração de Direitos que fixasse as diretrizes para reorganização dos Estados.

Então, no dia 10 de dezembro de 1948, a Declaração foi aprovada, recebendo o nome de Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Declaração contém 30 artigos e é precedida de um preâmbulo que diz serem proclamados pela Assembleia Geral das Nações Unidas os direitos fundamentais. Ressalta-se que o termo “proclamar” é bastante expressivo, pois torna claro que esses direitos não são concedidos ou reconhecidos, mas proclamados, uma vez que existem independentemente de qualquer vontade ou formalidade. Logo, nenhum indivíduo ou entidade, nem os governos, os Estados ou a própria Organização das Nações Unidas, são legitimados a retirá-los dos indivíduos.

O exame dos seus artigos revela que a Declaração se preocupa não só com a conservação, como também, com a enumeração dos direitos fundamentais, e que consagra três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos, devendo haver, nesse sentido, a fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que se possa gozar dos direitos ou sofrer imposições por seu desrespeito; a segurança dos direitos, através da imposição de uma série de normas que visem a garantir que em qualquer circunstância os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, ou seja, meios para que os direitos saiam do papel e sejam efetivados na prática.

Assim, como forma de dar plena eficácia a essas normas adotou-se a incorporação no Direito Positivo dos Estados, mais precisamente no texto constitucional, de um capítulo referente aos direitos e garantias individuais.

## ***Os fenômenos neoconstitucionalismo e pós-positivismo***

O contexto histórico posterior à Segunda Guerra Mundial serviu para inspirar um novo movimento voltado para a reflexão do direito e da sua função social, sua interpretação com a definição de valores e, principalmente, a discussão de princípios e de regras precursores de uma teoria dos direitos fundamentais.

Surge, assim, o que se pode denominar de *pós-positivismo* jurídico, que se fundamenta, de maneira mais evidente, na normatividade dos princípios e no retorno da discussão dos valores, promovendo o enlace do Direito à ética e à moral.

Trata-se do constitucionalismo moderno, conhecido por *neoconstitucionalismo*, um momento em que a Constituição é encarada como um sistema aberto de princípios e regras, com permeabilidade de valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central.<sup>12</sup>

O *neoconstitucionalismo* abrange um conjunto de fenômenos jurídicos associados à consolidação do modelo de Estado Democrático de Direito contemporâneo.

É comum que a abordagem do conceito apresente-se como um relato histórico dos passos que culminaram no atual modelo, sendo enunciados nessa perspectiva fatos como a promulgação de algumas constituições<sup>13</sup>, primeiro na Europa Pós-guerra e depois nas demais democracias ocidentais nascentes no séc. XX, que, ao contrário das clássicas constituições garantistas do século XVIII, incorporam conteúdos materiais através de princípios jurídicos.

Não há um conceito único e preciso que defina tal fenômeno, e por isso, não raro vemos teorias de matizes variadas a respeito do Processo de Constitucionalização do Direito - que permite um leque de entendimentos - serem agrupadas sob o rótulo de *neoconstitucionalistas*.

Neste sentido, adverte Aldo Schiavello<sup>14</sup>:

“O termo ‘neoconstitucionalismo’ denota mais uma atmosfera que uma concepção de Direito unitária, coerente e bem estruturada. De fato, teorias de Direito muito diversas entre si, pertencentes a tradições de investigação até pouco consideradas antitéticas, são rotuladas como ‘neoconstitucionalistas’.”

Diante das imprecisões conceituais do termo *neoconstitucionalismo*, podemos vê-lo sendo utilizado em referência a uma teoria, uma ideologia, um método de análise do Direito ou mesmo designando elementos estruturais de um sistema jurídico e político, fixando um modelo.<sup>15</sup>

Porém, independente da aceção adotada, há de ser reconhecido que, neste processo de transformação dos paradigmas jurídicos e consequente revisão da teoria do Direito, é o positivismo jurídico – o qual tradicionalmente postula um conceito de Direito formal e axiologicamente neutro - que sofre mais abalos.

A prática do método positivista de aplicação da norma torna-se cada vez mais insuficiente para a resolução dos anseios da sociedade, até mesmo porque causa entraves

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: RDA, 2001.

<sup>13</sup> Alemanha (1949), Itália (1947), Espanha (1978), Portugal (1976), Brasil (1988), Colômbia (1991), África do Sul (1996), *v.g.*

<sup>14</sup> SCHIAVELLO, Aldo. *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi? Diritto e questione pubbliche* n° 3. Palermo, p. 37/49, 2003. Disponível em: <<http://www.dirittoequestionipubbliche.org>> Acesso em 10 de maio de 2009.

<sup>15</sup> Sobre as diversas aceções do termo neoconstitucionalismo, vide: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 75.



para a aplicação dos princípios, que frequentemente entrecrocavam-se, considerando o pluralismo valorativo das modernas constituições.

A consequência é o surgimento de várias teorias críticas que têm em comum a tese de que o Direito não está reduzido à lei. Tem-se início, então, este novo momento - denominado *pós-positivista* - marcado pela superação da legalidade estrita.

Esta superação não significa um resgate do Direito Natural, mas sim uma abertura do Direito aos novos valores presentes na sociedade. O reconhecimento da normatividade dos princípios, especialmente os que tutelam a dignidade da pessoa humana, assim como a crescente importância das normas descritivas de valores, indicam a libertação do Direito do legalismo e do legado positivista que privilegiava uma concepção jurídica neutra.<sup>16</sup>

Como assevera Gustavo Tepedino:<sup>17</sup>

*“O legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas. Tal é a tendência das leis especiais promulgadas a partir dos anos 90, assim como dos Códigos Civis mais recentes e dos projetos de codificação supranacional.”*

Nesta nova ordem é fundamental a verdadeira compreensão da aplicação dos princípios constitucionais, tradutores dos valores principais de um ordenamento jurídico.

As coordenadas constitucionais só têm limite nos próprios princípios, não podendo, assim, a solução concreta da legislação infraconstitucional, especial ou ordinária, contrastar essa diretiva máxima do Estado Democrático de Direito.<sup>18</sup>

## Conclusão

Conforme exposto em linhas gerais, em razão das grandes mudanças observadas no mundo pós-moderno, houve necessidade de reconsideração dos instrumentos da teoria jurídica, dando início a um Processo de Constitucionalização do Direito.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 281: “A ideia de neutralidade do Estado, das leis e de seus intérpretes, divulgada pela Doutrina Liberal - normativista, toma por base o *status quo*. Neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades, etc. Ora bem: tais distribuições – isto é, o *status quo* – não são fruto do acaso ou de uma ordem natural. Elas são produto do Direito posto. E, frequentemente, nada têm de justas. A ordem social vigente é fruto de fatalidades, disfunções e mesmo perversidades históricas. Usá-la como referência do que seja neutro é evidentemente indesejável, porque instrumento de perenização da injustiça.”

<sup>17</sup> TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo [Coord.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82.

<sup>18</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 34.

A análise aqui empreendida propiciou apenas pequena introdução sobre a realidade apresentada pelo novo Direito Constitucional, conhecido por *neoconstitucionalismo*, um fenômeno iniciado na Europa pós Segunda Guerra Mundial, inspirado pela filosofia do pós-positivismo jurídico, e presente no Brasil desde a promulgação da Constituição de 1988.

Analisar os inúmeros aspectos deste novo momento demandaria um esforço muito maior do que aquele ao qual se propõe nestes breves comentários, que visaram, precipuamente, apresentar a origem e a contextualização dos fenômenos que marcam esta busca pela efetividade da tutela dos direitos fundamentais no mundo pós-moderno e pela real experiência de um Estado Democrático de Direito.

O objetivo era dar notícia, de forma sucinta, do movimento que repercute amplamente na atualidade e que, não raras vezes, é negligenciado nos foros acadêmicos brasileiros, esperando introduzir o leitor num debate complexo e instigante, muito longe de ser concluído.

## Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

164 BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: RDA, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

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

SCHIAVELLO, Aldo. *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi? Diritto e Questione Pubblica* n° 3. Palermo. 2003. Disponível em: <http://www.dirittoequestionipubbliche.org>> Acesso em 10 de maio de 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo [Coord.]. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.