

Introdução

A evolução do Direito acompanha – com razoável atraso – a evolução da complexidade das relações sociais, em sua tentativa de atuar ativamente como mecanismo de controle social. Diante disso, observa-se a superação do direito natural, ‘substituído’ pelo direito positivo, e posteriormente a virada linguística que levou à superação da teoria positivista pela do direito neoconstitucional.

Conquanto as teorias em torno da melhor interpretação/aplicação do Direito continuem se desenvolvendo, o problema da tutela jurídica da irradiação dos direitos fundamentais, ainda subsiste, o que exige, de certa forma, uma quebra com sistemas clássicos no sentido de impor à ciência jurídica um novo paradigma.

É nesse sentido que dialogam os defensores do novo constitucionalismo latino-americano, desdobramento do neoconstitucionalismo que implica na superação do conceito europeu de Estado único (em valores culturais), e impõe uma nova arquitetura dos Estados ditos pluriculturais, justamente no sentido de assegurar, em seus aspectos eficacionais, o axioma dos direitos e garantias fundamentais de diversos grupos culturais.

Com uma série de reformas constitucionais recentes impulsionando o movimento do novo constitucionalismo latino-americano, indaga-se: qual o tratamento regalado, sob o prisma do novo constitucionalismo latino-americano, à questão dos direitos fundamentais?

O presente trabalho se justifica pela relevância do tema a ser estudando, nas esferas da ciência do Direito, na sociedade e, também, como material de referência à comunidade acadêmica.

Nesses termos, tem-se que já há algum tempo, a pesquisa científica na área do Direito vem se voltando a questões do chamado novo paradigma constitucional do Direito;

Com efeito, o que se pretende é levar a pesquisa um passo a frente, traçando dois paralelos históricos: destarte se buscará esmiuçar os aspectos de evolução das teorias constitucionais, remontando o período histórico no qual o Direito era visto como comando divino, mais adiante o período de aplicação estritamente positiva do direito, até o período de advento dos Estados constitucionais, perfazendo os momentos do constitucionalismo clássico, neoconstitucionalismo e adiante, o novo constitucionalismo latino-americano e, por conseguinte, atrelar esses conceitos apreendidos, com a evolução histórica e eficazional

percorrida pelos direitos fundamentais, que hoje já são concebidos como conquista das gerações.

Para tanto, far-se-á uso do método dialético, tendo a dialética fornecido as bases para uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade.

1 O novo constitucionalismo latino-americano como forma de superação do neoconstitucionalismo

O positivismo jurídico é tido como uma ruptura epistemológica ao direito natural e consequência natural do germinar do Direito na condição de ciência¹. Com efeito, com a vinda à tona do método jurídico positivo, o direito natural deixou de ser considerado inerente à condição de pessoa humana, e necessitou ser transcrito em Lei para que não tivesse esvaída sua normatividade.

A respeito desse aspecto de transição do jusnaturalismo para o positivismo, aduz Bobbio (1995, p. 146):

O estado civil nasce não para anular o direito natural, mas para possibilitar seu exercício através da coação. O direito estatal e o direito natural não estão numa relação de antítese, mas de integração. O que muda na passagem não é a substância, mas a forma; não é, portanto, o conteúdo da regra, mas o modo de fazê-la valer.

O Direito se organizou no século XIX no anseio de se estruturar como uma fonte de conhecimento exato. A ciência jurídica foi sistematizada por um método,² centralizando-se como reflexo do que era estabelecido pela Lei, tendo a doutrina e a jurisprudência papel secundário. Nesse sentido, o positivismo pode ser compreendido como “a pretensão de reduzir o Direito a um conjunto sistemático e cerrado de normas positivistas” (GARCIA DE ENTERRA, 1984, p. 17)

¹ Segundo entende Reale (2008, p. 63) a origem do Direito, como experiência humana, remonta à Grécia, todavia apenas em Roma que adquiriu forma autônoma e rigorosa, quando se passou a construir uma unidade sistemática. Aduz o autor que foram os povos do Lácio que primeiro tiveram a compreensão do que era preciso discriminar e definir os fatos jurídicos – tipos -, determinando as relações constantes entre eles – leis – com o fim de que se alcançasse determinadas premissas – princípios. Foi dessa organização de estruturas lógicas que surgiu a Ciência do Direito.

² Lênio Streck (2007, p. 166) afirma que o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer.

O positivismo jurídico é a aplicação da doutrina positivista de Comte³, que, afastando a metafísica de seu domínio, tornou-se “a manifestação intelectual do absolutismo estatal. Nesse sentido, tem razão Bobbio quando diz ser o positivismo jurídico a corrente do pensamento jurídico para qual não existe outro direito senão o positivo”. (GUSMÃO, 2010, p. 390)

O positivismo, sob um ponto de vista de manifestação dos tribunais, organizou-se na forma de uma jurisprudência de conceitos, tendo esta sido superada, com a superveniência do fenômeno de neoconstitucionalismo, pela chamada jurisprudência de valores.⁴

A teoria positivista impunha uma visão legalista do direito que, consoante os ditames preconizados por Kelsen e Hart, deveria se manifestar pela discricionariedade do julgador e pela neutralidade da ciência jurídica, sem, contudo, que houvesse subordinação entre a aplicação do Direito aos ditames de uma moral subjetiva. Para os positivistas, “se digo, ‘o todo é maior que a parte’, estou predicando do ‘todo’ o que evidentemente está implícito em seu conceito, sem necessidade de recorrer, para tanto, a qualquer dado da experiência”. (REALE, 2008, p. 18)

Nesse escopo:

Quando uma teoria do Direito positivo se propõe distinguir Direito e Moral em geral e Direito e Justiça em particular, para não os confundir entre si, ela volta-se contra a concepção tradicional, tida como indiscutível pela maioria dos juristas, que presuppõe que apenas existe uma única Moral válida – que é, portanto, absoluta – da qual resulta uma Justiça absoluta. A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral” (KELSEN, 2006, p. 75).

³ Comte sustentava que, cientificamente, não cabe falar em conhecimento absoluto. Desenvolveu, assim, uma teoria de investigação fenomenológica dos fatos, que serviam de base para sistematizar as informações em forma de ciência.

⁴ Nesse aspecto, merece comentário o conceito de Weber, citado por Canaris (2002, p. 29), para quem, a Jurisprudência dos Conceitos pode ser entendida como “a concatenação de todas as proposições jurídicas, obtidas por análise, formando entre si um sistema de regras logicamente claro, livre de contradições e sem lacunas, de modo que os fatos possam subsumir-se numa das suas normas, sem o que a ordem perde sua garantia essencial. Desta feita, observa-se que a jurisprudência propõe um método lógico-dedutivo, sistema fechado, autossuficiente e formal. Já a teoria da jurisprudência de valores, construída no cerne do sistema neoconstitucional, pondera a existência de uma ordem concreta de valores. Alexy (2008, p. 3) sustenta que a Jurisprudência de Valores se reveste por um quadro de regras e princípios nos quais se constituiriam os direitos fundamentais como valores, colocando sob perspectiva sua natureza deontológica

O problema do determinismo legal aplicado ao caso concreto fez com que surgisse um movimento cuja pretensão se resumia em passar a compreender o direito sob o prisma de uma teoria pós-positivista. Essa corrente destacou-se por reintroduzir alguns aspectos, tais como o valor moral, na teoria da interpretação do Direito. Com efeito, “a superação do positivismo implica abandono do modelo em que as regras ocupam o centro do ordenamento jurídico” (SILVA, 2011, p. 282). Reconhece Silva (2011, p. 283) o pós-positivismo como o início da busca por uma função antropológica do Direito, que só se tornaria plena com o advento do neoconstitucionalismo.

Pós-positivismo e neoconstitucionalismo são formas de superação à teoria do direito positivo, todavia, a doutrina mais avançada, aponta distinções que impedem que estas se confundam, visto que, segundo Streck,(2007) “é incompatível o pós-positivismo com o neoconstitucionalismo.”

Nessa esteira, faz-se necessário analisar ambas as correntes de pensamento jurídico com o fim de bem compreender suas peculiaridades. Quanto ao pós-positivismo, vale dizer, tem-se que este tratou de resolver o problema da subsunção do direito positivo, promovendo uma reconstrução ética do Direito, afastando-se da Escola da Exegese do século XIX⁵.

O pós-positivismo, consentânea lição de Reale, (2008, p. 319) esgueira-se numa posição eminentemente empírica, de natureza deontológica⁶ – por que daí se falar em ontognoseologia jurídica - valendo-se de processos indutivos construtores de arcabouços teóricos que dão base à uma teoria tridimensional de aplicação do direito. O autor fornece pontos teóricos para a teoria do pós-positivismo quando dispõe que a hermenêutica pós-positivista se configuraria em interpretar as leis, coordená-las em institutos, sistematizá-las em unidades maiores e cuidar dos processos de sua aplicação concreta.

No que tange à virada linguística corresponsável pelo advento do neoconstitucionalismo, e com isso a superação de vez, do modelo positivo, tem-se que este se

⁵ A Escola da Exegese teve como um de seus mais autorizados estudiosos, Julien Bonnecase, a qual atravessou três fases: a de formação (1804-1830), a do apogeu (1830-1880) e a de declínio (de 1880 em diante). Considerado um movimento tipicamente francês, não somente por sua origem vinculada ao advento do Código Civil Francês (*Code Napoléon*), mas também pelo clima de ideias, de alguma sorte cartesianas, em que se formaram seus conceitos e tendência.

⁶ [...] os modelos de comportamento, isto é, os “institutos jurídicos” concebidos como estruturas normativas de uma classe de ações, não constituem meras previsões de fatos futuros possíveis no âmbito e em função de dados pressupostos, mas traduzem antes o reconhecimento de que certos fins são social e eticamente necessários: os “modelos” jurídicos não são, pois, esquemas ou sínteses de ordem lógico-operacional ou técnica, mas sim ordenações deontológicas de caráter ético, muito embora fundadas na análise objetiva de dadas situações sociais e históricas. (REALE, 2008, p. 325)

caracteriza pela percepção de Constituição como ferramenta, que deverá ter seu conteúdo confirmado ou não pela hermenêutica constitucional.

Nesse diapasão, cumpre destacar que a Constituição é elevada à condição de *Grundmethode*, ou, como aduz Streck(2007, p. 313) “uma regra que estabeleça a aplicação dos métodos insere-se no esquema subsuntivo-dedutivo, com clara inserção no paradigma metafísico-objetificante.”

Assim, segundo leciona Cambi (2007, p. 6-7) a ideia do neoconstitucionalismo significa dizer que as normas constitucionais tem forma normativa, devendo ser reconhecido o caráter jurídico imperativo de suas regras e princípios.

Observa-se, assim, o neoconstitucionalismo, como modelo jurídico que tem como fim a busca pela função antropológica do Direito em sua plenitude e a consecução do Estado Ideal⁷, perquirido por Dworkin. Nesse jaez, Supiot (2007, p. 46):

Uma ordem jurídica só cumpre sua função antropológica se garante a todo recém-chegado à Terra, de um lado, a preexistência de um mundo já presente, que o assegure no longo termo de sua identidade, e, do outro, a possibilidade de transformar esse mundo e de lhe imprimir sua marca própria. Não há sujeito livre senão submetido a uma lei que o fundamente.

Ora, o neoconstitucionalismo inaugura o Estado Constitucional Moderno, ou dito de outra forma, a modernidade político-jurídica, que se consubstancia na vedação à negação constitucional da proteção jurídica e dos direitos humanos. Para Cruz (2006, p. 9) o Estado Constitucional, funcionando como mecanismo garantidor do princípio democrático, está constituído “por princípios, regras e instituições”.

O neoconstitucionalismo se destaca por levar a Constituição ao centro do ordenamento jurídico, fator que pode ser comprovado pelo fenômeno crescente de constitucionalização do direito ordinário.

⁷ A concepção centrada no texto jurídico é, ao meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que tem essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de Tribunais e outras instituições jurídicas do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. (2005, p. 7)

A constitucionalização é consequência direta do advento do Estado Social, ou *Welfare State* que subjogou a supremacia da propriedade, primado do Estado Liberal ao interesse da coletividade. Oliveira, (2010, p. 113) afirma que, ao passo que, sob o modelo Liberal, o Estado de Direito se submetia ao princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito, além da conformidade à Constituição Federal e à lei, a atividade administrativa deve estar pautada no respeito à legitimidade, proporcionando, assim, um viés principiológico que aproxima o Estado para com o cidadão.

Barroso (2006, p. 20) preleciona que, em decorrência do fenômeno de constitucionalização do direito, todos os principais ramos de direito infraconstitucional tiveram, em maior ou menor quantidade, previsão constitucional. Dispõe que “a catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário...” e mais além.

Vem a lume, no neoconstitucionalismo, o fenômeno de positivação dos princípios que, antes consubstanciados na forma de princípios gerais do Direito, agora possuem força normativa, visto terem sido contemplados nas Cartas constitucionais modernas. É certo que “os princípios constitucionais, que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceituações rígidas, que acabaram por transformá-los em regras”. (SILVA, 2011)

Por fim, compreende-se, como o faz Silva (2011, p. 293) que o neoconstitucionalismo tratou de introduzir no ordenamento jurídico elementos de natureza moral e axiológica. Por conseguinte, a proteção trazida pela Constituição Federal aos indivíduos, na virada do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo ultrapassa os fundamentos puramente principiológicos e transforma a ideia de justiça substantiva em dogma.

No seio do neoconstitucionalismo, observa-se que os princípios constitucionais são tidos como aspectos fundamentais na aplicação do direito ao caso concreto. Desta feita, ocorre uma verdadeira celeuma doutrinária e jurisprudencial quando tais princípios, considerados norte, não tem seu conceito bem definido, tal qual ocorre com o princípio da dignidade da pessoa humana.

De forma mais recente que o movimento de neoconstitucionalismo, datado do segundo pós guerra, desenvolveu-se uma teoria que aponta similaridades entre modificações a nível de

constituição em alguns países da América Latina: fala-se do novo constitucionalismo latino-americano.

O novo constitucionalismo latino-americano pode ser compreendido como movimento de descolonização do Direito, propondo um redirecionamento jurídico em favor das populações desconsideradas em suas necessidades fundamentais (MARTÍNEZ DALMAU; VICIANO PASTOR, 2010, p. 18-19).

De forma similar ao neoconstitucionalismo, o novo constitucionalismo latino-americano encontra seu centro normativo das Constituições dos Estados soberanos. Além disso, outro aspecto em comum diz respeito à posição dos princípios em uma interpretação do direito segundo a linha do novo constitucionalismo latino-americano.

A distinção entre os dois movimentos de releitura do direito positivo encontra-se no fato do constitucionalismo latino-americano encontrar “fundamento não em correntes jusfilosóficas, mas na sociologia e na antropologia, apontando, assim, para as condições sociais e históricas concretas.” (NÓBREGA, 2014, p. 522) Afora o fato de se ter como objetivo a fundação de “Estados pluriétnicos e democráticos, voltados à descolonização” (NÓBREGA, 2014, p. 522)

A releitura do direito constitucional na América Latina se destacou tendo em vista uma constância: a característica do pluralismo cultural de seus povos. Com a necessidade de redesenhar o modo como o direito constitucional projeta a irradiação de tutela sobre povos multiculturais, os princípios, como visto ocuparam espaço de destaque.

2 Direitos fundamentais: conceituação necessária

Os direitos fundamentais se configuram como o mínimo necessário à existência digna das pessoas. Representam a evolução do Estado de Direito e refletem uma conquista de gerações. Limitam a atuação estatal, ao mesmo tempo que obrigam o Poder Público a agir positivamente, no sentido de garantir situações existentes no plano jurídico.

Sobre os direitos fundamentais, dispõem Pieroth e Schlink (2011, p. 46) que é possível reconhecer duas linhas: por um lado, direitos fundamentais entendidos como direitos humanos do indivíduo e, portanto, anteriores ao Estado; e o rol de direitos que cabe ao

indivíduo uma vez que este é visto como membro do Estado. Nessa hipótese, é o Estado que outorga os direitos fundamentais.⁸

Direitos fundamentais são elementos essenciais da ordem jurídica nacional, e nesse tempo, se distanciam dos direitos humanos, uma vez que, conquanto aqueles se limitam sistemicamente ao estabelecido em determinada ordem constitucional, os direitos humanos possuem caráter universal.⁹

A respeito do conceito de direitos fundamentais, faz-se alusão à lição de Brega Filho (2002, p.1), para quem:

[...] os direitos fundamentais seriam os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas. É o mínimo necessário para a existência da vida humana. [...] Dessa forma, dentro do conteúdo dos direitos fundamentais devemos incluir todos os direitos necessários para a garantia de uma vida digna, sejam eles individuais, políticos, sociais e de solidariedade.

As normas jusfundamentais são caracterizadas por possuírem fundamentalidade formal e material. A fundamentalidade formal “*resulta en suposición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico en tanto derecho diretamente vinculante para la legislación, el poder ejecutivo y el poder judicial.*” (ALEXY, 2002, p. 503). Fundamentalidade material, como se vê, se consubstancia na forma de uma

⁸ O que é comum, assim como o que distingue as duas linhas, pode-se definir ainda com mais precisão: dado também a ideia jurídico-natural de uma liberdade e igualdade anteriores à sociedade e ao Estado não ignora que o ser humano não pode viver sem sociedade e sem Estado, também ela, com a “anterioridade” dos direitos fundamentais, se refere à necessidade de fundamentação jurídica da sua limitação. Anterior ao Estado é, nos direitos fundamentais (“direito natural positivado”), o fato de o seu exercício não necessitar de justificação em face do Estado e de, pelo contrário, ser o Estado a ter de justificar a sua limitação dos direitos fundamentais. A evolução alemã reconheceu inteiramente este princípio; só de maneira hesitante alargou unicamente o âmbito em que o poder do Estado estava sujeito ao requisito de justificação. Enquanto a América do Norte e a França aferiam já a origem do Estado (soberania do povo) e a América do Norte e a França aferiam já a legislação (primado da Constituição) pelos direitos fundamentais, a Alemanha submeteu-lhes, durante muito tempo, unicamente a Administração (reserva de lei; cf. n.m 334). Só o art. 1º, n. 2 e 3, faz dos direitos fundamentais a base e o critério do exercício de todo o poder do Estado. (PIEROTH, SCHLINK, 2011, p.46-47)

⁹ Os direitos humanos são, de um lado, elementos essenciais de cada ordem jurídica nacional. De outro, eles ultrapassam o sistema nacional. Essa superação do sistema nacional diferencia-se em dois aspectos: um substancial e outro sistemático. Os direitos fundamentais ultrapassam o sistema nacional de forma substancial porque, se eles devem fazer jus às exigências que lhe são estabelecidas, hão de contemplar os direitos humanos. Os direitos humanos, porém, tem uma validade universal, independentemente de qualquer positivação. (ALEXY, 2008, p. 1)

contraposição dos modelos constitucionais extremos, seja puramente procedimental, ou puramente material.

A fundamentalidade material está relacionada ao caráter principiológico dos direitos fundamentais, visto que “*los derechos fundamentales y las normas iusfundamentale son materialmente fundamentales porque con ellas se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad.*” (ALEXY, 2002, p. 505)

Sobre os direitos fundamentais, insta consignar que se tratam de direitos judiciáveis, ou seja, a limitação de sua eficácia em razão da inércia do Poder Público possibilita ao particular tirar o Judiciário de sua condição estanque, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição, estabelecido constitucionalmente no art. 5º, XXXV da Carta Política.

O caráter ‘judiciável’ dos direitos fundamentais, para Bøeckenföorde vem como decorrência da conexão entre o conteúdo jurídico-objetivo e o conteúdo jurídico-subjetivo. Nessa esteira, preleciona que “*los derechos fundamentales como derechos de libertad tienen caracter de pretensión frente al poder público [...] Su violación puede ser atacada a mei procedimiento judicial ordinario.*” (BÖECKENFÖRDE , 1993, p. 117)

Canotilho (2003, p. 1176) afirma que a Constituição estabelece “em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas.”

Nesse sentido, e também com base em Habermas, (2002) os direitos fundamentais são possuidores uma natureza deontológica, uma vez que fazem surgir para o Estado o mister de agir. O movimento neoconstitucional trouxe o entendimento de que os direitos fundamentais não contem apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), mas expressam postulados de proteção. (*Schutzgebote*) Sob o prisma do Estado, os direitos fundamentais se revestem tanto de uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), como proibição de omissão (*Untermassverbot*)¹⁰.

¹⁰ É nesse sentido que – como contraponto da assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente promoção dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão. (*Untermassverbot*). Nesse sentido, o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção. (SARLET, 2012, p. 210)

Nesse diapasão, o que se quer dizer é: em razão dos direitos fundamentais se configurarem como baluartes do Estado de Direito e, por conseguinte, implicarem na existência de direitos positivos vinculados, estes, ao passo que limitam a obrigação do Estado – gerando um dever de não-fazer – coagem o mesmo Estado a tomar providências positivas – o que, no plano das políticas públicas acaba por gerar o debate em torno do ativismo judicial.

Não se pode deixar de comentar que toda a teoria acerca dos direitos fundamentais deve ser analisada consoante o entendimento de uma evolução histórico-jurídica. É, com efeito, essa evolução que permite falar em dimensões dos direitos fundamentais.

A despeito das dimensões dos direitos fundamentais, Sarlet (2001, p. 49-50) afirma que a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, apenas, “para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno.”

A origem da luta por direitos que assegurassem juridicamente condições mínimas de existência digna a todos remete-se à Revolução Francesa. É certo que a Revolução Francesa teve como pilar os primados da liberdade, igualdade e fraternidade e foi, nestes termos que o constitucionalismo clássico estruturou a teoria das dimensões dos direitos fundamentais.

A primeira dimensão corresponde ao anseio por liberdade e vem no sentido de delimitar a atuação do Estado. Segundo Bonavides (2006, p. 563-564): “os direitos de primeira geração ou os direitos de liberdade tem por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa que ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico.” São, portanto, direitos de resistência ao Estado; com os direitos de primeira dimensão está o indivíduo dizendo até onde pode o Estado agir.

Já no tocante aos direitos fundamentais de segunda dimensão, Marmelstein (2008, p.50), defende que, de maneira diversa ao que ocorre na primeira dimensão, de caráter da não intervenção, a segunda dimensão de direitos, prima pela anecessidade de interferência do Estado nos aparelhos sociais de forma a consolidar uma sociedade igualitária.

Nesse espeque, fala-se nos direitos fundamentais sociais, remetendo-se, para tanto, aos gritos por igualdade da Revolução Francesa. Consentânea lição de Barros, (2010, p. 102) a categoria dos direitos sociais emergiu, entre os séculos XVIII e XIX, em razão da necessidade de se atender às reivindicações da classe trabalhadora. Outra possível explicação, de

natureza marxista, atrela o surgimento dos direitos sociais ao modelo capitalista de Estado, que necessitou conceder certos direitos aos trabalhadores, para que, além de trabalhadores se tornassem também consumidores.

A terceira dimensão de direitos fundamentais ou humanos traz a lume a discussão do jus fraterno. Isso posto, as discrepâncias da sociedade de massa deram ensejo a uma discussão do Direito como forma de, além de legitimar a justiça distributiva e comutativa, também garantir a justiça social.

Fala-se, por conseguinte, em uma proteção estatal que ultrapasse a esfera do indivíduo, perfazendo uma proteção coletiva. Os direitos de terceira dimensão são, assim, os classificados na doutrina como direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos e têm como objeto, entre outras matérias, a proteção ao meio ambiente, a autodeterminação dos povos, o patrimônio comum, a defesa do consumidor, etc.

O constitucionalismo clássico classificou as dimensões – ou gerações – de direitos fundamentais até a terceira dimensão. A doutrina constitucionalista moderna, todavia, aponta o surgimento de uma quarta e também quinta dimensões. Consigna-se que, embora grande parte dos estudiosos a tenha acolhido a teoria da quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais, ainda não existe corrente pacificada quanto ao que, de fato, venha a compor esse rol de direitos.

Nesse jaez, Bobbio (2004) considera que os direitos fundamentais de quarta dimensão “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética,” entendimento apoiado por Wolkmer¹¹. Noutro giro, para Bonavides, a quarta dimensão implica em direitos surgidos do desenvolvimento político das nações.

Sobre a quinta dimensão de direitos fundamentais, Bonavides (2006, p. 85) explana que se trata do direito à paz. Afirma que:

Tão característico e idôneo quanto à liberdade o fora em relação aos direitos da primeira geração, a igualdade aos da segunda, a democracia aos da quarta e doravante a paz há de ser com respeito aos da quinta. De último, a fim de acabar com a obscuridade a que ficara regalado, o direito à paz está subindo a um patamar superior, onde, cabeça de uma geração de direitos humanos fundamentais, sua visibilidade fica incomparavelmente maior.

¹¹Segundo Wolkmer, direitos de quarta geração são aqueles “como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intrauterinas, transplantes de órgão, engenharia genética (clonagem).” (2002, p. 19)

Conquanto ainda haja divergências acerca da existência da quarta e quinta dimensões de direitos fundamentais, é certo que os direitos se apresentam como garantia jurídica de respeito ao mínimo existencial, sofrendo mutações ao passar do tempo com o intuito de se adequar à evolução da sociedade.

3 A tutela jurídica dos direitos fundamentais na constância do novo constitucionalismo latino-americano

Conforme visto, os arcabouços teóricos que fundamentam o novo constitucionalismo latino-americano convergem no sentido da construção de um novo paradigma na tutela dos direitos fundamentais. Cumpre agora, analisar aspectos concretos desse movimento, com o fim de confirmar/desmistificar essa tese.

Com efeito, o novo constitucionalismo latino-americano surgiu como resposta à três grandes revoltas populares: a revolução do Caracaço, na Venezuela, no final da década de 80, a Guerra do Gás, de 2003, na Bolívia e os protestos no Equador, em 2005.

O que se seguiu foi a reconstrução da geografia política desses três países, com a promulgação de novas constituições que levantavam a bandeira de “*un constitucionalismo sin Padres.*” (FAGUNDES; WOLKMER; 2011, p. 384)

Nesse diapasão, resgatou-se a ideia de Estado como meio, e não mais como fim em si mesmo; como instrumento que se legitimará apenas quando garantir os aspectos eficacionais dos direitos assegurados juridicamente a seus habitantes.

A releitura do direito constitucional na América Latina se destacou tendo em vista uma constância: a característica do pluralismo cultural de seus povos. Com a necessidade de redesenhar o modo como o direito constitucional projeta a irradiação de tutela sobre povos multiculturais, os princípios, como visto ocuparam espaço de destaque.

Segundo Baldi (2011, p. 10) o novo constitucionalismo latino-americano se caracteriza, dentre outros, pela capacidade inovadora dos textos, buscando a integralidade e

uma nova institucionalidade. Tal é claramente perceptível na leitura do art. 8º da Constituição boliviana de 2009, que estabelece :

El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), tekokavi (vida buena), ivimaraei (tierras malas) y qhapajñan (camino o vida noble).

Ademais, o art. 1º da aludida Carta Política explica tratar-se a Bolívia de um Estado Unitário Social de Direito Pluricultural Comunitário, o que indica, por si só, que o constituinte boliviano comunga dos ideais do novo constitucionalismo proposto.

A menção ao caráter plurinacional representa a ideia de construção de uma nação identificada com os interesses dos diversos grupos historicamente suprimido, no sentido de que “*la plurinacionalidad es una demanda por el reconocimiento de otro concepto de nación, la nación concebida como pertinência común a una etnia, cultura o religión*” (SANTOS, 2010)

Essa busca por se firmar como sociedades não mais homogêneas também se vê latente nas Constituições da Venezuela – “*el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado*” (preâmbulo da Constituição Bolivariana da Venezuela) - e do Equador - *El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.* (Art. 1º da Constituição do Equador)

Com efeito, a reconstrução constitucional proposta nesses países é balizada especialmente na certeza de se consubstanciarem como países multiculturais e, justamente multiculturalismo, na lição de Touraine (2006, p. 169) representa a novidade de grupos definidos em termos de nação, etnia ou religião e que, até certo tempo, só tinham existência na esfera privada e que adquirem agora existência pública, às vezes forte o suficiente para que se passe a questionar o seu enquadramento em determinada sociedade nacional.

Essa definição de multiculturalismo ou nação multicultural proposta por Touraine deve ser interpretada conjuntamente com a teoria discursiva de Alexy (2006) acerca dos direitos fundamentais, para quem a existência dos direitos fundamentais se justifica em sua necessidade, e em nada mais.

Resta claro, por conseguinte, que o ideal defendido pelo movimento do novo constitucionalismo latino-americano é justamente propor mudanças na geometria política dos Estados, de forma a propiciar que os axiomas contidos nos direitos fundamentais alcancem a todos os grupos. Está-se frente ao produto de uma antítese, possível apenas quando se aceita a tese de superação de Estado uno, tal qual idealizado por Schmitt¹².

Nesse jaez, tem-se que o novo paradigma constitucional ora em apressado, vem como uma resposta tardia para uma política de colonização e desconstrução de identidade, praticada desenfreadamente pelo ‘colonizador’ europeu. Nas palavras de Magalhães (2010, p. 16):

De forma diferente da Europa, onde foram construídos Estados nacionais para todos que se enquadrassem ao comportamento religioso imposto pelos Estados, na América não se esperava que os indígenas e negros se comportassem como iguais, era melhor que permanecessem à margem, ou mesmo, no caso dos povos originários (chamados indígenas pelo invasor europeu), que não existissem: milhões foram mortos. (MAGALHÃES, 2010, p. 16)

Essa tentativa de hegemonizar ou universalizar as diversas culturas existentes era, na verdade, parte de um plano maior de construir um modelo de Estado nos moldes do Estado europeu uno.

Com efeito, o Estado Constitucional Moderno de Schmitt, fundamentado no constitucionalismo eurocêntrico se institucionaliza quando cria barreiras, fecha suas fronteiras e separa, de modo analítico, amigos de inimigos. Nesse cenário, “inimigos” são todos aqueles que são diferentes. Ora, tal teoria nunca poderia prosperar em se tratando dos Estados componentes da América Latina, visto que a diferença – de etnia, cultura, etc. – é característica marcante desse povos.

E por isso mesmo é que se diz que no novo paradigma posto pelo novo constitucionalismo latino-americano busca-se instrumentos que recomponham a relação entre soberania e governo, como o princípio da democracia participativa, ao passo em que toda a arquitetura estatal – fundamentada em princípios, em detrimento de regras – se configure no

¹² O princípio da identidade parte do pressuposto de que não existe nenhum Estado sem povo. Esse princípio é tanto mais presente em uma forma política quanto mais o povo, entendido como “sujeito de toda determinação conceitual do Estado” seja capaz de atuação política em virtude de uma homogeneidade forte e consciente. (...). A identidade, contudo, requer diferença. Por um lado, uma democracia tem que conceber todos os homens como sendo iguais, a partir de um determinado núcleo de identificação, como ideias de raça e de fé comuns, de destino e tradições comuns. Mas por outro lado, a igualdade interna tem como contraposição uma desigualdade que no mais das vezes lhe é externa. (...). Para Schmitt, um povo somente existe quando ele pode determinar autonomamente, existencialmente, quem é amigo e quem é inimigo. (MAIA, 2007, p. 211)

mister de superar o antigo sistema colonial e, com isso, trazer à tona setores há séculos marginalizados.

Considerações finais

O presente trabalho se desenvolveu sob a óptica da dialética. Significa dizer, o estudo concentrou-se na análise do fenômeno do novo constitucionalismo latino-americano, partindo da construção lógico-argumentativa entre tese, antítese e síntese. Como tese, partiu-se do conceito de neoconstitucionalismo como *standard* para o constitucionalismo ocidental; a antítese: o novo constitucionalismo latino-americano como novo paradigma de aplicação/interpretação do Direito e tentativa de sua descolonização e, por fim, a síntese que é o surgimento de novas arquiteturas constitucionais, no sentido de resgatar os direitos fundamentais dos Estados multiculturais.

Diante do exposto, como é próprio da dialética, a síntese se configura em nova tese, diante da qual novas construções epistemológicas serão inseridas. Não se fala, portanto, em conceitos fechados, mas em uma análise precisa, integrante de um processo de construção do conhecimento.

Com efeito, pode-se perceber que a partir de três revoluções populares, Venezuela, Bolívia e Equador passaram por modificações na geografia política de seus Estados, promulgando Constituições com nítido caráter popular, social e multicultural.

Essas modificações correspondem ao movimento do novo constitucionalismo latino-americano: uma superação da teoria neoconstitucional que, malgrado tenha como fim a consagração dos direitos fundamentais, se limita a estruturar o Estado uno, sem preocupação com as diferenças existentes em estados pluriculturais.

Nesse diapasão, o novo constitucionalismo latino-americano, tal qual observado no Equador, Bolívia e Venezuela, propõe uma proteção jurídica ampla e social; um Estado que se estruture por meio da legitimidade popular, e por isso mesmo, é visto como meio de consecução e tutela de direitos, e não um fim em si mesmo. Daí por que se aceita a hipótese de que o novo constitucionalismo latino-americano acaba por representar a consagração dos direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. A existência dos direitos humanos. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg et al. (org.) *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 67-76.

_____. *Colisão e ponderação* como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais, mimeo. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 11.12.98.

_____. Discourse Theory and Fundamental Rights. In: MENÉNDEZ, Agustín; ARGUING, José; ERIKSEN, Erik Oddvar. *Fundamental Rights*. Dordrecht: Springer, 2006.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros 2008.

_____. *The ArgumentformInjustice*. A reply to Legal Positivism. Tradução BonnieLitschewskiPaulsone Stanley L. Paulson. Oxford: Claredonpress, 2002.

BARROS, Carlos Alberto Galvão. *A eficácia dos direitos sociais e a nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: Biblioteca24horas, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4 , n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre DerechosFundamentales*. Novos Verlagsgesellschaft Baden-Baden: Novos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juazes de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6º ed., rev. Coimbra: Almedina, 1993.

DWORKING, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
GARCÍA DE ENTERRA. *Reflexiones sobre La Ley y los Principios Generales Del Derecho*. Madrid: Editora Civitas, 1984.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 43 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Plurinacionalidade e cosmopolitismo: A diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 53, p. 201-216, jul./dez. 2008.

MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. *O Guardião da Constituição na Polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília sob a orientação do professor doutor PAIXÃO, Cristiano. Brasília, aprovada em outubro de 2007.

MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: *EL NUEVO constitucionalismo en América Latina: memorias del encuentro internacional el nuevo constitucionalismo: desafíos y retos para el siglo XXI*. Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. Os ventos sopram do “sul”: considerações sobre o novo constitucionalismo latino americano In: *Teoria do estado e da constituição*. Organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, José Filomeno de Moraes Filho, Janaína Rigo Santin. – Florianópolis : CONPEDI, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Souza, São Paulo: Saraiva, 2011.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª Ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado em Latino America: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2001.

_____. *Criminologia e sistemas penais contemporâneos*. Ruth Maria ChittóGauer (org.). 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 197-224.

STRECK, LenioLuis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *O que é isso – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lúmem Juris, 2007.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2007.

SILVA, João Carlos Carvalho da. Neoconstitucionalidade e discricionariedade judicial. In: *Tutela dos Direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber Jurídico e Função Política do Direito*. Boreal Editora, 2011.

TOURAINÉ, Alain. *Um novo paradigma: para compreender o mundo de hoje*. Trad. Gentil Avelino Tilton. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações. *Direito em Debate*, Ijuí, n. 16/17, p. 9-32, jan-jun 2002, p. 19.

_____.; FAGUNDES, Lucas Machado. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.