

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA PÓS-MODERNA E NEOCONSTITUCIONALISTA: UMA ABORDAGEN FEITA NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO DO BRASIL CONTEMPORÂNEO

FUNDAMENTAL RIGHTS FROM A POST-MODERN AND NEO-CONSTITUTIONALIST PERSPECTIVE: AN APPROACH MADE IN THE PARADIGM OF CONTEMPORANEOUS BRAZIL DEMOCRATIC STATE OF RIGHT

Edson Vieira da Silva Filho

Resumo: Os direitos fundamentais são objetos de conquistas obtidas por meio de lutas **1**.

Considerações preliminares

Escapa ao objetivo do presente estudo a discussão a respeito das diferenças entre direitos humanos, previstos e aceitos em âmbito internacional, e direitos fundamentais, positivados apenas na ordem constitucional, de acordo com valores que fundam a Constituição.

O trabalho divide-se em quatro partes, sendo a primeira parte composta de algumas remissões históricas a respeito do desenvolvimento dos direitos fundamentais até sua consolidação nas constituições contemporâneas.

A partir daí, as proposições feitas serão defendidas em três momentos básicos, estando o primeiro deles ligado à origem dos direitos fundamentais e ao mito jusnaturalista, aceito de forma inadequada como a matriz dos direitos fundamentais.

A evolução do conceito de jusnaturalismo no correr dos tempos e a quebra desse mito nos

Partindo de um ponto aleatório, uma vez que sempre existe algo antes do início, na Antiguidade clássica, pode-se afirmar que na Grécia antiga formou-se uma sociedade em que havia uma clara preocupação em garantir liberdades políticas e elaborar uma discussão racional em torno do homem e seus direitos. É importante, entretanto, ressaltar as contradições daquele tipo societário, marcadas por diversas formas de preconceito e abusos.

Segue-se o Império Romano, onde “os contornos do direito natural e da vontade do imperador com sua cultura militarista e pragmática servirão aos direitos humanos como forma de exemplo (negativo) do seu desrespeito institucionalizado”.⁶

A Idade Média tem relevância diferenciada, estando nela o berço das três grandes religiões monoteístas, das cruzadas e do capitalismo (em estágio embrionário), resultante do enfraquecimento dos feudos e da vida em cidades, com o enfraquecimento crescente e contínuo dos feudos e das relações de domínio estabelecidas até então.

A migração dos feudos para os burgos, onde o desenvolvimento é experimentado gerando novas perspectivas e projeto, cria um novo tipo de relação social e de sujeição em franco desenvolvimento, resultando, ainda, na delimitação do espaço público e privado.⁷

O desenvolvimento industrial agrega muitos trabalhadores vindos do campo nos centros urbanos, onde a convivência dos indivíduos com eles próprios e com o Estado evolui de forma acelerada. O fenômeno “cidade” faz sentir seus reflexos em uma nova categoria de homem: o cidadão.

Ainda na progressão de fenômenos históricos que afetam a nova sociedade, em fase de consolidação a partir do século XVIII, as positavações pontuais de direitos fundamentais começam a surgir nos Estados Unidos e Europa.

É bom destacar que, apesar da forma de nascimento dos direitos humanos à época, sua essência tinha como matriz teórica uma origem jusnatural.⁸

O clima então conspirava para que os direitos humanos prosperassem. Os conflitos e aspirações, envoltas em um clima de intranquilidade, são a fórmula para que os direitos fundamentais assumissem papel de destaque nas constituições dos séculos XIX e XX.⁹

A crescente opressão sofrida pelo proletariado, resultante do efetivo acúmulo de riquezas, gerando, em contrapartida, um crescente aumento de desigualdades, repete a di-

6 LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*, p. 34.

7 LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*, p. 34.

8 LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*, p. 37.

9 LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*, p. 38.

nâmica de empobrecimento do campesinato, agora nos centros urbanos, marcados pela industrialização crescente e aumento de tensão entre as classes, agora bem divididas em poucos detentores de grandes parcelas de capital, e muitos dividindo a pobreza.

Nesse momento há uma questão a ser pensada: como unir os miseráveis iguais materialmente? Todos servos do mesmo senhor ou de senhores que em essência são os mesmos frente a um novo Estado, conquistado por uma nova classe social ascendente, que propugnava pela queda da monarquia, pela ascensão do livre trabalho e da igualdade.¹⁰

Está instalado o dilema de como conjugar mercado e cidadania.¹¹

“O surgimento da máquina a vapor e o concomitante aumento das indústrias junto às cidades traz uma realidade agressiva violadora dos direitos humanos e fundamentais, obrigando os trabalhadores a viver em situação de ultrajante miséria”,¹² elemento que, como já visto, é fundamental para fomentar os avanços relativos aos direitos humanos.

Os ideais da modernidade já não eram sustentáveis, e a igualdade formal fazia com que um mínimo de efetividade progressiva fosse exigido pela sociedade civil em elevado grau de tensão.

*(...) as crenças, valores e estilos foram “privatizados” – descontextualizados ou “desacomodados” –, como lugares de reacomodação que mais lembram quartos de motel que um laser próprio permanente – as identidades não podem deixar de parecer frágeis e temporárias, e despidas de todas as defesas exceto a habilidade e determinação dos agentes que se afermam a elas e as protegem da erosão.*¹³

As violações de direitos humanos, constantes e crescentes, culminam nas guerras resultantes da instalação e proliferação de regimes fascistas, fazendo necessário que se incremente um velho princípio, sempre relegado a terceiro plano. A fraternidade, da Revolução Francesa, que pode ser entendida no mesmo sentido de tolerância, é o fundamento de um Estado plural que se propõe hoje.

Vale uma pausa para mencionar a liberdade, igualdade, fraternidade e o sentido complementar e conexo dos três princípios que norteiam o projeto civilizatório contemporâneo.

Para Bobbio¹⁴, igualdade e liberdade são dois momentos do mesmo fenômeno. So-

10 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10.ed. (Trad. de Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 88-113.

11 DEMO, Pedro. *Charne da exclusão social*, 2. ed. rev. Campinas: Editora Autores Associados, 2002. p. 13.

12 LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*, p. 40.

13 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. (Trad. de Plínio Dentzien). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 204.

14 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3.ed. (Trad. de Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

mente iguais podem ser livres. Ausente a igualdade, não se pode falar em liberdade, e sem fraternidade, que é lida no texto no sentido de tolerância, não se pode falar em igualdade.

Ampliando a perspectiva de Bobbio, somente uma sociedade fraterna é composta por iguais. Iguais em suas diferenças. Diferenças de um projeto antropocêntrico em que o homem não é mais aquele ser visto como gênero, mas, sim, como indivíduo, sem as formulações de um homem social abstrato, concretizado na idealização de um homem médio.

Também se pode afirmar que só há liberdade a partir de uma igualdade material, difícil de se alcançar e delimitada por um tipo diferente de direito, o de solidariedade, tendo como primeiro destinatário o gênero humano frente a sua existência concreta.¹⁵

Assim, os direitos humanos, longe das concepções jusnaturalistas, são frutos dos avanços e retrocessos contínuos até a consolidação de projetos, resultantes de lutas travadas em um contexto histórico complexo.

No Brasil, a Constituição de 1988 inaugura um novo período em que, pela primeira vez, os direitos fundamentais são alocados em um título próprio, deixando clara a intenção de elevá-los a normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional, formando, assim, um núcleo essencial de valores.¹⁶

O sistema capitalista de produção cria o *homo faber*,¹⁷ que tem em seu trabalho o valor maior superior ao dos bens de consumo e, conseqüentemente, mercadoria principal, da qual ele é simples meio de obtenção.

O mesmo sistema ganha, então, uma nova perspectiva frente ao fenômeno da globalização, em que suas características mais perversas afloram e o paradigma sujeito-objeto reafirma-se, dificultando as manifestações de um sujeito plural. Afirma Bauman que a reificação das coisas colabora com a insegurança, pois em uma sociedade onde “o desejo se torna o próprio propósito”¹⁸ e, “na corrida dos consumidores, a linha de chegada sempre se move mais veloz que o mais veloz dos corredores”¹⁹, ficando claro que “permanecer na corrida, que se torna o verdadeiro vício”.²⁰

15 LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*, p. 34.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 61.

17 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 25.

18 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*, p. 86.

19 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. (Trad. Plínio Dentzien). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

20 *Ibidem*,

A partir da perspectiva histórica da construção dos direitos humanos na ordem jurídica, o texto passa a abordar as dificuldades de efetivação dos direitos humanos reconhecidos, mas não concretizados.

3. Jusnaturalismo e direitos fundamentais

A partir de uma perspectiva histórica, pode-se passar à compreensão da natureza dos direitos fundamentais e seus elementos de justificação em um Estado contemporâneo, com os pés fortemente cravados em concepções jusnaturalistas, suficientes para explicar a universalidade de um tipo diferenciado de direito elementar ao ser humano pelo simples fato de ser humano.

Das considerações históricas feitas, fica claro que os direitos fundamentais são construções resultantes de lutas contínuas, consolidadas no direito positivo através dos tempos. De qualquer forma, a tentativa da justificação com apoio na crença de fundamentos jusnaturais é um fenômeno recorrente e que deve ser trabalhado.

Com o afastamento da premissa de que o direito tem ordem supranatural, fundada na vontade de Deus(es), restam dois caminhos distintos a serem trilhados. O de uma origem natural dos direitos, próprio do ser humano enquanto ser humano, e o de origem artificial, resultado da razão humana e do estágio de desenvolvimento das sociedades.

No curso da história do Estado moderno, o Direito sempre buscou apoio em uma ou em outra justificativa de constituição, sendo o direito natural uma categoria preexistente ao direito positivado, de origem metafísica e apenas reconhecido como norma a ser aplicável por sua validade (verdade) inquestionável.

O homem o possui independentemente de qualquer tipo social, é inato a ele e naturalmente inalienável, devendo simplesmente ser reconhecido como direito pelos diplomas positivados.

Aqui, a discussão entre o caráter material e a forma do direito ganha fôlego, uma vez que existem categorias materialmente jusfundamentais, independentemente de serem reconhecidas pelo direito formal, tendo validade absoluta e universal, visto que são ditados pela racionalidade.²¹

Assim, a partir da concepção da existência de categorias autônomas, inquestionáveis e universais, as declarações de direitos proliferam nos séculos XVIII e XIX, trazendo em seu bojo uma armadilha: os valores naturais acabavam por ser o espelho dos valores de uma

21 LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 41.

sociedade burguesa em ascensão, baseados em um sistema de produção de matiz liberal e projetada para manter um Estado destinado ao acúmulo de capitais e sujeição de classes proletárias.

Partindo dessa perspectiva, a positivação não cria o direito fundamental, uma vez que ele preexiste à sua formalização, que simplesmente lhe outorga vigência.²²

Para que se discuta sobre o tema, é necessário que um determinado bem seja eleito como meta do Estado, que deve alcançá-la por meio do direito, entre várias outras formas.

Tratando do homem como ser dotado de razão e sendo fim em si próprio, pode-se afirmar que a função da sociedade organizada é produzir, reproduzir e aperfeiçoar a vida humana, com qualidade e dignidade. O homem é, assim, fim em si mesmo, e sua dignidade é um valor absoluto que deve ser a meta de um projeto civilizatório racional. Isso fica claro quando o legislador optou por não inserir tal princípio no art. 5º da CF, elegendo-o princípio e valor fundamental, definido como tal no art 1º, inciso III.²³

Meio de produção, projetos de desenvolvimento, diplomas reguladores e normas programáticas só fazem sentido quando destinadas aos homens, como fim legítimo único.

É claro que não se fala de propostas egoísticas, mas, sim, de um projeto que considere o homem como gênero, mesmo reconhecendo sua individualidade e natureza plural.

Diante de tal perspectiva, o respeito às diferenças (fraternidade ou tolerância) e à igualdade e liberdade fundamentam um projeto de Estado, meio destinado a um fim comum: o bem-estar do ser humano.

Isso, com base na afirmativa de que os seres racionais têm em sua natureza a definição de que são fins em si mesmos, não podendo ser empregados como meio, e tendo a limitação do arbitrio humano por serem um objeto de respeito.²⁴

De fato, a partir dessa ideia, os direitos fundamentais nascem de construções, de ordem concreta, para que, depois de consolidados e reconhecidos pela dinâmica histórica de uma sociedade em um dado momento, venham a ocupar seu lugar na ordem positiva que lhes reconhecem como normas e lhes atribui validade posterior à sua existência.

Vários direitos fundamentais (o que é de sua natureza) estão ainda em fase de constru-

22 LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*, p. 55.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 67.

24 LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*, p. 45.

ção e consolidação, o que é resultado de sua natureza cinética e de sua tendência à expansão de seus horizontes, momento que necessariamente antecede à sua positivação.

Assim, a razão humana cria expectativas de crescimento da pessoa humana, construindo projetos de aprimoramento de uma existência digna pautada em preservação e promoção da dignidade da pessoa humana.

É bom lembrar que se trata de um projeto em constante desenvolvimento, com valores alterados progressivamente em virtude da dinâmica evolutiva da sociedade como um todo, com tendências a uma dinâmica progressiva e ampliadora contínua, uma vez que novas perspectivas de evolução da pessoa humana racional surgem dia a dia.

A ruptura com a estrutura positivista é clara devido à mutabilidade dos direitos fundamentais e à expectativa de seu crescimento progressivo, o que nos leva a uma interpretação sempre ampliadora e a uma positivação cada vez mais aberta, fundada em valores e princípios.

É de se esperar que a pureza kelsiana seja inadequada para a leitura de direitos fundamentais, cada vez mais distantes da categoria norma e da natureza subjetiva dos direitos. Busca-se, então, sua justificativa de que um mínimo básico (mínimo existencial) deva ser compartilhado por seres dotados de racionalidade de uma forma global (enquanto gênero humano).

É bom lembrar a menção de Gesta Leal de que os direitos fundamentais não são (nem podem ser) vistos como fruto de um pacto social. Se assim fossem vistos, haveria a possibilidade de que fossem alterados restritivamente pelo mesmo responsável pela geração do pacto.²⁵

Das propostas elaboradas vem a afirmação de que os direitos fundamentais, resultantes do fato de o homem (ser racional) ser fim em si mesmo, e que alguns direitos ligados à dignidade da pessoa humana são reconhecidos e consolidados no correr dos tempos, como resultantes de fatores políticos e históricos, frutos de movimentos sociais em contínua evolução, são reconhecidos pelas constituições, sendo eles direitos que existem mesmo antes de sua positivação, por terem seu fundamento “fora da positividade e do próprio Estado”.²⁶

Para Ingo Wolfgang, a dignidade é caráter intrínseco à pessoa humana, não sendo concedida pelo ordenamento jurídico nem podendo ser retirada da pessoa.²⁷

Vale uma pequena divagação que permite a afirmação de que os momentos de crise

25 LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*, p. 53.

26 LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*, p. 54

27 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 69.

permanente, de opressão e de sujeição em graus elevados são aqueles que melhor propiciam o reconhecimento de tais direitos, mais bem forjados em situações de extrema pressão e de desrespeito contínuo dos direitos e garantias individuais.

Concluindo, os direitos fundamentais passam por um momento dramático. No apogeu da modernidade, o bem-estar social, as conquistas tecnológicas e o capitalismo ainda em ascensão e com diferenças menos gritantes nos deram um Estado promissor e uma esperança de um futuro grandioso.

A Guerra Fria, a proliferação da miséria, a degradação ambiental e o crescimento descontrolado da população mostraram uma face do crescimento tecnológico e da grandiosidade humana bem diferente das promessas modernas. O grau de frustração com o fracasso de um projeto civilizatório ocidental gerou uma crise de proporções adequadas (como dito anteriormente) ao crescimento dos direitos fundamentais (como teoria filosófica e jurídica).

Restou um problema: no “charme da exclusão social”, Pedro Demo²⁸ fala que “nunca se estudou tanto a pobreza, mas o pobre continua na mesma situação”. É importante traçar um pequeno paralelo no que diz respeito aos direitos fundamentais: os estudos a respeito dos direitos fundamentais avançam mais e mais a cada dia, mas o problema de sua concretização tende a piorar.

4. A fundamentalidade em seus aspectos formal e material

Bem definidos os princípios norteadores, a natureza e as bases hermenêuticas dos direitos fundamentais no Estado contemporâneo e diante da premissa que os direitos fundamentais partem de momentos históricos consolidados no tempo, pode-se dizer que são qualidades de expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidas pela comunidade histórica²⁹ e positivadas no texto da Carta Magna.

Sua reconhecida prevalência sobre outros direitos lhes dá, na Constituição Federal brasileira de 1988, um *status* privilegiado, estando eles inseridos em *locus* determinado, ganhando a condição de cláusulas pétreas por serem a base da base do projeto civilizatório contido na pauta de valores que institui o Estado.

Fica claro que a constituição brasileira não trabalha com um sistema fechado e terminado, permitindo a abertura para direitos de conteúdo homogêneo³⁰, com uma uniformidade de conteúdo.

28 DEMO, Pedro. *Charme da exclusão social*

29 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 71.

30 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 86.

A CF de 1988 optou pelo critério formal de agregação dos direitos fundamentais, sem que isso viesse a prejudicar a classificação de direitos fundamentais na esfera material, ou seja, por meio da análise de sua essência.

Nessa linha de raciocínio, deve-se ressaltar que a Constituição brasileira de 1988 passou por um processo histórico e político que lhe deu características peculiares, tendo um caráter compromissário e uma natureza plural, não se restringindo a apenas uma teoria a respeito dos direitos fundamentais.

Hesse afirma a existência de uma necessidade em tais momentos da presença de uma “vontade de constituição” ou uma “vontade de direitos fundamentais”, para que os direitos dessa natureza sejam fortalecidos em uma carta magna forte e perene, sem que haja o risco de que direitos não efetivados caiam no esquecimento.³¹

A discussão tem início quando se fala em fundamentalidade formal de um direito, referindo-se à sua inserção no corpo da constituição no rol de direitos fundamentais, e em fundamentalidade material, quando se leva a discussão para o conteúdo do direito protegido e sua essência fundamental, mesmo que posto fora do local adequado.

Parte-se, então, do princípio de que a previsão em que haja a possibilidade de inclusão de normas não localizadas privilegiadamente na constituição vem do próprio texto constitucional.

O caráter formal não se confunde com o material, inclusive por que algumas normas sem fundamentalidade material podem ocupar lugar no catálogo por opção política do legislador constitucional, adquirindo o *status* de fundamental, em seu aspecto formal, sem sê-lo, na perspectiva material.

Aliás, nesse sentido, Ingo defende a ideia de tratar-se de opção política do legislador constituinte de elevar uma categoria ao *status* de cláusula pétrea explica a situação de formalmente (e não materialmente) fundamental de alguns direitos.

A materialidade que dá a um direito o caráter de fundamental é extraída do constitucionalista português, professor Vieira de Andrade, que centra seu conteúdo na dignidade da pessoa humana,³² conceito relativamente recente e ainda pouco claro em sua extensão, devendo, por consequência, ser analisado de forma mais flexível e elástica, não admitindo interpretações rígidas e fechadas, sob pena de fissura.³³

31 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 82-83.

32 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 111.

33 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 121.

Diante disso, pode-se afirmar que tanto o caráter formal como o material identifica a norma fundamental. Uma vez aceita a ideia de que a matéria também pode definir o caráter da norma, decorre o conceito de que a Carta Magna possui um caráter “aberto”, ou seja, a enumeração formal dos direitos fundamentais não exclui outros que possuam o conteúdo direcionado à proteção de um plano de princípio objetivos e finalidade sociais e de um projeto civilizatório.

O catálogo de direitos fundamentais foi elaborado de forma ampla e ainda possibilitando mais a sua extensão quando fala da inclusão de outros direitos de natureza assemelhada, contendo normas de aplicação imediata, contida e limitada em seu corpo.

Como exemplo, pode-se mencionar o princípio da dignidade humana que, com certeza, não é passível de delimitação expressa em virtude de sua amplitude, constituindo, assim, uma categoria aberta e em construção contínua, de caráter irrenunciável e inalienável,³⁴ conseqüentemente não podendo ser objeto de restrição ou supressão,³⁵ dando à categoria um caráter quase metafísico.³⁶ Haveria ofensa à dignidade da pessoa humana sempre que houvesse uma reificação dela, priorizando o aspecto material ao pessoal.

O conceito formal e material de constituição e de direitos fundamentais é frisado,³⁷ uma vez que eu eles não podem estar elencados na legislação ordinária e trasmutarem-se para o *status* de direitos constitucionais. É função da norma ordinária tornar aplicáveis os direitos de ordem programática e não criar direitos fundamentais.

Além da interpretação voltada ao conteúdo material da norma que lhe dá a fundamentalidade, deve-se atentar para o rol constitucional que enumera dos direitos fundamentais.

Sua natureza implica uma leitura que leve à sua maior abrangência, visto que é impossível positivizar-se toda a amplitude que lhe é inerente. Assim, a interpretação do catálogo de direitos fundamentais deve se dar de forma extensiva e nunca restritiva, pois só assim há Estado democrático de direito; na forma proposta por nossa constituição, se realiza com plenitude.

Direitos fundamentais estão diretamente ligados à ideia de uma democracia legítima, sendo essenciais para que o exercício de liberdades e garantia da igualdade de chances, o que nos leva de volta ao primado dos fundamentos da legitimidade de nosso Estado: liber-

34 Em SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 41. Ingo afirma que a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não se pode destacar.

35 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 118.

36 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 119.

37 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 93.

dade, igualdade e fraternidade (lida aqui como tolerância).

5. A hermenêutica constitucional

Um novo Estado é constituído com base em uma estrutura totalmente nova. O poder do príncipe já não se justificava por meio de fundamentos metafísicos. Ao mesmo tempo, afasta-se a ideia de um direito fundamental baseado em qualquer princípio metafísico firmado em um regime democrático de direitos, que é a razão dirigente das propostas civilizatórias.

A justificativa de um poder central passa a ser proposta por meio de uma teoria política que antecede ao Estado e que serve como limitadora do exercício de poder do príncipe.³⁸

A intervenção estatal vem a ser objeto de questionamento, a lei constitui o melhor mecanismo de contenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantia de prestações positivas inerentes a um Estado meio destinado a um determinado fim, o bem-estar social.

Pondera Gesta Leal que, para a proteção de direitos fundamentais, a lei deve possuir um elevado grau de blindagem contra alterações ou mesmo elevá-la a um nível superior à legislação ordinária. A fórmula para isso é o *status* constitucional que lhe confere hierarquia superior e proteção contra ataques aos direitos fundamentais já elencados no catálogo.

As regras do jogo, que devem permanecer inalteradas como forma e limitação da estrutura e ação do Estado, formam um conjunto normativo diferenciado e estruturado sob a perspectiva do Estado burguês surgido na Revolução Francesa, em franco processo de desenvolvimento e aperfeiçoamento de estruturas de domínio e sujeição.

Aliás, é importante ressaltar que a estrutura proposta em qualquer carta magna tem como finalidade reproduzir e aperfeiçoar o sistema que a criou. No nosso caso, a estrutura de domínio moldada no sistema de produção capitalista acaba protegendo, mesmo que de forma sutil, o seu sistema matriz, reproduzindo e aprimorando as possibilidades de acúmulos de riquezas e distanciando-se do fim social, único legítimo em um Estado democrático.

O projeto da modernidade pede certezas e seguranças, trazidas aparentemente pelo positivismo kelsiano que, propondo o afastamento do Direito das Ciências Sociais sob o pretexto de lhe dar a neutralidade pretendida naquela perspectiva (a da modernidade), acabou por afastar o Direito do processo histórico, inerente à norma constitucional que possui um caráter dual, jurídico e histórico ao mesmo tempo.³⁹

38 LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*, p. 123.

39 LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*, p. 126.

Ainda nessa perspectiva, Gesta Leal ressalta que o afastamento da política, da sociologia e da filosofia da ciência jurídica culminou em um grande retrocesso, que deve ser revisto, trabalhando a constituição como um diploma que contém princípios e normas, e que sem dúvidas constitui-se em um elemento de dominação e sujeição.

Afastando a perspectiva positivista ortodoxa, partindo da lei como elemento que define os direitos fundamentais, e da exigência de que se trate de uma lei hierarquicamente superior, resta concluir que a natureza das disposições constitucionais é híbrida, ou seja, normativa e principiológica.

O princípio, visto como projeto de valor ligado a um momento histórico, é mutável e passível de diversas interpretações, tendo alcance relativo frente ao caso concreto e suas circunstâncias. Nesse sentido, argumenta Bauman ao dizer que, “como explicou Martin Heidegger muito tempo atrás, somente quando algo ‘dá errado’ é que colocamos a questão do certo e adequado e lhe damos um olhar mais atento; somente quando o martelo quebra e buscamos febrilmente um substituto é que passamos a questionar a ‘essência’ do martelo. Buscamos a teoria quando as coisas que temos preciosamente à mão nos escapam”.⁴⁰

Uma constituição, antes de mais nada, para ser tida como legítima, deve basear-se em uma série de argumentos de ordem jusfilosófica, justificativos do domínio do Estado frente a uma vontade consentida por meio de um regime democrático. Assim, com os valores postos como paradigmas fundamentais da sociedade são frutos do desenvolvimento histórico concreto da sociedade em questão, principalmente porque, como já se afirmou, os valores fundamentais são ilimitados e propensos a movimentos que ampliam sua esfera de proteção no correr do tempo, de acordo com as contingências históricas.

Ainda nesse sentido é interessante a alegoria de Tércio Sampaio⁴¹ quando fala do “jogo sem fim”, dizendo da necessidade de um elemento externo (histórico/político) para que se dê sentido ao direito (ou ao jogo). A questão torna-se ainda mais delicada quando entra em jogo uma mudança de racionalidade de sustentação de um modelo de Estado, posto fora das discussões democráticas durante 24 anos, sendo reinserido nelas após uma curta transição, a partir de 1988, com a adoção da opção de um Estado democrático de direito, destinado à promoção do bem-estar social, sob o primado da liberdade, da igualdade e com a expressa adoção de um modelo de sociedade plural.

Assim, da racionalidade moderna, dualista por excelência, reforçada por um regime de

40 BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. (Trad. Marcus Penchel). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p. 145.

41 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação, p. 351.

exceção que reforça a perspectiva dual dos problemas e na qual impera a figura do inimigo do Estado, o Brasil é quase tomado de surpresa pelo modelo plural, no qual o conceito de verdade se altera liberado do discurso que promovia o ideário maniqueísta.

O novo modelo constitucional, com cores mais fortes do que as que marcam os modelos europeus pós-guerra, choca com suas propostas até então desconhecidas. O inimigo do Estado some. O paternalismo censor e o direcionismo governamental perdem sustentação legal, mas ainda existem e procuram sustentáculo em uma busca do resgate do positivismo que o criou, dando ao Estado moderno seu perfil, a ser superado.

A repressão à qual estávamos acostumados desde a descoberta busca um discurso legitimador, discurso dispensável da descoberta até a República, quando a massa deixou de se curvar frente ao imperador e passou a curvar-se frente a uma nova elite dominante, com um novo rosto, um novo corpo, mas com a mesma fome de mando.

Gesta Leal eleva o fator externo “política” a um grau de fundamentalidade para a correta leitura do proposto na constituição, em decorrência de sua natureza.⁴²

Assim, os critérios tradicionalmente elencados nos manuais de Direito como métodos interpretativos são inúteis dadas a mobilidade (mutabilidade) e presença marcante de fatores externos que influencia a criação e evolução dos direitos fundamentais.

Quando Gesta Leal fala em interpretação sob a perspectiva histórica, cremos que não faz referência ao método histórico, tradicionalmente elencado nos manuais de Direito, dando ao conceito uma amplitude bem maior do que as propostas simplistas.

Pode-se inferir isso devido sua afirmação de que o intérprete é um ser histórico e racional, e diante de uma perspectiva própria (talvez kantiana) percebe o Direito em movimento contínuo, traduzindo-o para o seu momento como em uma foto.

Para um direito com natureza, fundamento e dinâmica próprios há que se estruturar uma hermenêutica própria, centrada na linguagem, e não em estruturas ideais divorciadas de um processo em contínua construção.

6. Considerações finais

Procuramos fazer uma breve abordagem sobre alguns aspectos dos direitos fundamentais e seu trato pelo sistema constitucional contemporâneo brasileiro, sem que houvesse maiores pretensões de uma visão mais profunda de um determinado aspecto do assunto.

42

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*, p. 131

O momento histórico do surgimento da nova constituição é de importância essencial para que se entenda o baixo grau de efetividade de nosso sistema constitucional. Recém-saídos de um regime de exceção, apegados a valores individuais burgueses e com uma ciência jurídica montada com base em um positivismo ortodoxo e pouco pragmático, perdemos muito dos vínculos a valores e princípios.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 faz com que direitos passem a fazer parte da vida dos brasileiros, acostumados ao monitoramento de um Estado dominante paternalista, mais preocupado em impor deveres e regras morais do que em proteger os indivíduos do arbítrio estatal.

O novo paradigma surge como fruto de um momento histórico marcado pelo paradoxo que surge com o Estado social proposto pela Constituição Federal de 1988, com bases plurais e de índole liberal, confrontando-se com a antiga ordem, de matiz liberal individual burguesa.

A transição entre modernidade e pós-modernidade clara no texto constitucional não se operou no mundo concreto brasileiro, e a realização das propostas do novo encontra-se distante do conservadorismo que impera na sociedade, ainda acostumada com os padrões positivistas (no sentido comteano), em que a previsibilidade e a segurança são mitos que imperam no imaginário geral, mas que não se concretizam pelos mais diversos motivos.

O art. 5º surge, então, com um rol de garantias extenso, o que era de se esperar de uma constituição que surge em um clima político de reação à ausência de liberdades e garantias durante as décadas de repressão militar. A expressão “direitos fundamentais” aparece no novo texto, e o conceito de fundamentalidade e algumas de suas características são importantes para que se possa entender as dificuldades em sua concretização.

O desafio está centrado em como interpretá-los e aplicá-los em um sistema jurídico que sequer passou por uma releitura (quando deveria ter sido efetivamente reconstruído).

Nessa perspectiva, o novo, fruto da proposta de Estado plural, aparenta uma natureza diversa da real. A armadilha jusnaturalista foi trabalhada e, uma vez superada, nos deu espaço para uma abordagem direta do sistema constitucional brasileiro no tocante aos privilégios constitucionais dos direitos fundamentais e suas perspectivas formais e materiais.

Um pequeno giro nos levou finalmente para uma análise da inadequação de uma lógica interpretativa (formal), adequada ao positivismo kelsiano como forma de se perceber a natureza e promover os direitos fundamentais.

Não há espaço para o imperativo positivista (jurídico) em que “a regra é tudo” em um universo no qual a proposta da existência de uma norma dotada de pureza seja afastada de princípios ponderáveis.

É importante ressaltar que os princípios fogem à discricionariedade desmedida proposta por Kelsen e Hart, deixando uma abertura para que se faça uma correta leitura do caso concreto por meio da adoção de regras híbridas, criadas por uma nova hermenêutica, aberta à ponderação e discussão de valores com bases menos positivistas, marcada por um forte vínculo com a política e momento histórico (tanto de sua construção como de sua interpretação).

O novo modelo constitucional, baseado em mandados de otimização e com conteúdo programático, de natureza dirigente, não admite a leitura do Direito feita por meio de uma percepção dogmática ortodoxa e faz com que a crise (distanciamento entre discurso e realidade) se instale de forma a levar a nova proposta ao descrédito pela sua inoperância plena.

Assim, a nova hermenêutica busca a integração entre os princípios fundamentais constitucionais e a leitura do novo Direito oriundo deles. Somente a compreensão de uma nova sistemática jurídica, em que os princípios são elementares tanto na construção como na aplicação do direito, permitem uma dinâmica aberta e de caráter ampliativo (como deve ser a leitura dos direitos fundamentais).

Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. (Tradução de Marcus Penchel). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. *Modernidade líquida*. (Tradução de Plínio Dentzien). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BOB

BIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3.ed. (Tradução de Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *A era dos direitos*. 10.ed. (Tradução de Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DEMO, Pedro. *Charme da exclusão social*. 2.ed. rev. Campinas: Editora Autores Associados, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. v.1.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.