

ANÁLISE DOS PARADIGMAS DOUTRINÁRIOS NAZI-FASCISTAS SOB UMA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA NEOCONSTITUCIONAL

Ítalo Costa Nunes¹

RESUMO

O tema base “Dignidade da pessoa Humana, hermenêutica filosófica e Direitos Fundamentais”, proposto para a elaboração dos artigos, abrange diversas possibilidades e variados pontos de vista. O presente trabalho visa analisar de forma clara e objetiva os elementos paradigmáticos constitutivos da doutrina nazi-fascista sob uma hermenêutica constitucionalista. Através de uma exposição comparativa entre correntes jusfilosóficas clássicas e modernas, foi feito um paralelo entre diversas posições existentes, aliado a um método histórico-filosófico, pautado em uma perspectiva constitucional, objetivando identificar os elementos que conduziram a atuação da doutrina nazi-fascista, seus reflexos, repercussões e conseqüências sócio-jurídicas, especialmente no pós segunda guerra mundial.

Palavras-chave: Direitos humanos, hermenêutica, direito constitucional, nazi-fascismo.

ABSTRACT

The base theme “Human dignity, Rights and Fundamental philosophical hermeneutics” proposed for the preparation of articles, covering various options and varied points of view. This paper aims to analyze clearly and objectively paradigmatic elements of incorporation under a Nazi-fascist constitutional hermeneutics. Through a comparison between current exposure law-philosophical classical and modern, was made a parallel between several existing positions, combined with a historical-philosophical, ruled by a constitutional, seeking to identify the elements that led to the actions of Nazi-Fascist doctrine, their reflexes, effects and sociologic consequences, especially after the Second World War.

Keywords: Human rights, hermeneutic, constitutional law, nazi-fascism.

Jusnaturalismo e positivismo

1- Bacharelado do curso de Direito da Faculdade de Direito de Valença.
Saber Digital, v. 3, n. 1, p. 70-84, 2010

Direito natural e Direito positivo constituem uma dicotomia que há muito tempo é discutida. De acordo com suas linhas ideológicas o *jusnaturalismo* não necessitaria de uma exteriorização codificada e textualizada visto a sua transcendência e caráter *meta-humano*, ao contrário do positivismo. O clássico da literatura “ANTIGONA” de Sófocles traduz muito bem este sentimento *jusnaturalista* em que direitos inatos ao indivíduo são invocados:

“Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! e ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decretos como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecem a punição dos Deuses! Que vou morrer bem o sei; inegável; e morreria mesmo sem o teu decreto. E para dizer a verdade, se morrer antes do meu tempo, será para mim uma vantagem! Quem vive como eu, envolta em tanto luto e desgraça, que perde com a morte? Por isso a sorte que me reservas é um mal de bem pouca monta; muito mais seria aceitar que o filho de minha mãe jazesse insepulto; tudo o mais me é indiferente! Se julgas que cometi um ato de demência, talvez mais louco seja quem me acusa de um ato de loucura!”²

Fazendo menção à filosofia *jusnaturalista*, José Carlos Vieira de Andrade assevera que:

*“Foi numa perspectiva filosófica que começaram por existir os direitos fundamentais. Antes de ser um instituto do ordenamento positivo ou na prática jurídica das sociedades políticas, foram uma idéia no pensamento dos homens. Se quisermos salientar o seu aspecto jurídico, teremos que dizer que os direitos fundamentais relevam em primeira instância do chamando direito natural, a cuja evolução se liga, por sua proto-história”*³

Aspectos Gerais

Uma série de acontecimentos ocorridos no período compreendido entre os séculos XVII e XVIII tais como as revoluções burguesas (Revolução Gloriosa, em 1688), Revolução Francesa (1789), e a Revolução americana (1776), dentre outros fatos marcantes, influenciaram a formação do pensamento iluminista, o que resultou no fim do poder despótico do rei absolutista pautado em arbitrariedades,

2- SÓFOCLES, A. São Paulo: Claret, M. 2007. p.96.

3- ANDRADE, J.C.V. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 2009. p.17.

concentração de poderes na figura de um indivíduo, e na falta de parâmetros em suas decisões. Tal substituição consubstanciou a consagração do **positivismo jurídico**, como forma de evitar intervenções estatais na esfera das liberdades negativas do cidadão, caracterizando o Estado de Direito Liberal. Significa que, seguindo a linha esquemática da época, formulou-se uma metodologia cartesiana, matematizante de aplicação da legislação (“Dura Lex sede Lex”). Ressalta-se que para o período vivenciado, com inúmeras inseguranças e necessidade de afirmação jurídica, tal prerrogativa era vista como a mais adequada.

O *jusnaturalismo* foi uma corrente jurídica que defendia, sobretudo a prevalência de direitos do homem, onde desde a *escola histórica foi considerado findo*. O positivismo constitui uma corrente surgida no século XVIII quando houve a necessidade de segurança jurídica como modo de resguardar o indivíduo e limitar a atuação do Estado. Neste momento surgia chamado estado de Direito, onde este se limitaria a respeitar os direitos individuais e políticos do cidadão. Observem que trata-se do primeiro ideal iluminista, a liberdade. Tais direitos foram denominados direitos de primeira geração.

A igualdade, o segundo ideal iluminista, foi implementado quando se viu que o Estado não deveria somente limitar-se a respeitar os direitos individuais e políticos do indivíduo (liberdades negativas), mas também atuar, como forma de proporcionar à população melhores condições de vida, de forma a promover a igualdade (liberdade positiva). Trata-se de direitos atinentes ao trabalho, educação, saúde, previdência, dentre outros inseridos no contexto dos direitos sociais. Convencionou-se chamar tais direitos de segunda geração dos direitos fundamentais. Destacam-se como Constituições pioneiras neste seguimento a constituição mexicana de 1917 e a constituição de Weimar em 1919.

Posteriormente em meados do século XX e início do século XXI sobrevém a aquisição dos direitos de fraternidade, chamados direitos de terceira geração.

Alguns autores classificam a existência de direitos de quarta e quinta gerações, que em síntese, diriam respeito aos direitos à informatização e genética.

Entendo, no entanto, que tais direitos não foram de fato implementados, visto que sua acessibilidade no âmbito global é adstrita a pequenos grupos, razão pela qual parece existir uma caminhada aparentemente longa a fim de se afirmar com exatidão a conquista desses direitos.

Com o fim da primeira guerra mundial, instaurou-se na Alemanha a República de Weimar baseada na constituição que possuía o mesmo nome. Seus ideais eram de um Estado social de Direito, sendo para muitos um norte de atuação dos demais Estados modernos. Tais ideais, porém restaram abalados durante sua vigência devido ao período conturbado vivido pelo país, na prática não sendo implementados efetivamente. Entende-se o fim da constituição de Weimar em 1933, quando Hitler ascende ao cargo de primeiro ministro, onde uma série de emendas promovidas pelos nazistas modificou a estrutura desta carta fundamental.

O Nazismo e seu ordenamento

O historiador britânico *Eric Hobsbawm*, denominou “curto século XX”, o lapso temporal compreendido entre a **Primeira Guerra Mundial** (1914) e a crise do socialismo no leste europeu, que se deu ao final da década de 1980 com o declínio da URSS. Definiu que se tratava de uma “Era dos Extremos”, devido aos marcantes e profundos antagonismos político-ideológicos e significativos contrastes socioeconômicos. Ao início da guerra de 1914, a Europa capitalista encontrava-se no auge do seu poder imperialista, porém o conflito e as feridas econômicas decorrentes da primeira guerra mundial, o estabelecimento do primeiro Estado socialista do mundo, a **Rússia soviética**, e a **Grande Crise de 1929**, com suas conseqüências em âmbito global, determinaram **o recuo do liberalismo** e a adoção de práticas de **intervencionismo econômico**. As feridas da guerra, sobretudo aos perdedores, que tiveram sobre si recaídas inúmeras e pesadas penalidades, os efeitos da crise econômica, que devassaram a economia mundial e o medo do socialismo soviético empurraram algumas nações para o seguimento do nacionalismo de extrema direita, cujas versões mais violentas, o **fascismo italiano** e o **nazismo**, culminaram na **Segunda Guerra Mundial**.

Nos anos 30 alguns países adotaram sistemáticas semelhantes, embora não possam precisamente ser classificados como fascistas, como na Espanha com o chamado **Franquismo**, de Francisco Franco, instaurado após a sangrenta **Guerra Civil Espanhola** (1936-1939), e Portugal com o **Salazarismo** de Antônio de Oliveira Salazar.

No Brasil, muito embora os partidos de extrema direita não tenham assumido diretamente as esferas do poder, houve uma aproximação tímida durante o governo Vargas, desvencilhando-se no momento em que se posicionou ao lado dos aliados no conflito mundial. Em contrapartida aos aliancistas (esquerda) se formou a **Ação Integralista Brasileira** (AIB), criada em 1932 e liderada por Plínio Salgado, marcada pela defesa do totalitarismo. Unido a um nacionalismo xenófobo, realizaram um série de adaptações dos princípios, uniformes, símbolos e saudações (ANAUÊ), espelhados nas doutrinas do nazi-fascismo.

Após a primeira guerra mundial houve uma visível decadência política, econômica, social-liberal das potências do velho continente. Observa-se que **os valores liberais** dos quais a civilização européia se orgulhara desde a "**Era das Revoluções**" passaram a ser veementemente contestados naquele momento. Os países europeus deixaram de ocupar a posição destaque de líderes mundiais, o que alguns autores denominaram o fim da "**Época européia da história**". Somente, os EUA, apresentavam-se como grandes herdeiros da **tradição iluminista européia**, mas a **crise econômica de 1929** viria pô-la definitivamente em xeque, visto que aglutinado aos insucessos daquele momento, em que foram demonstradas as fragilidades capitalistas, sobretudo pelos reflexos negativos decorrentes da interligação econômica e da aproximação cambial, surgiam novos ideais emergentes, que buscavam adeptos, e detinham apoio da burguesia, amedrontada pela ameaça que o comunismo representava.

qA depressão econômica, as dificuldades das democracias liberais em resolvê-la e os conflitos sociais dela oriundos propiciaram o fortalecimento do movimento sindical e das correntes políticas de esquerda (social-democratas socialistas e comunistas). Apavoradas, a burguesia e a classe média conservadoras agarraram-se aos nascentes movimentos de extrema direita - fascistas - que criticavam não só as debilidades dos governos democráticos como também combatiam a "anarquia socialista", prometendo garantia da propriedade privada, manutenção da ordem capitalista segurança, progresso, ainda que desprovida do seu caráter plenamente liberal. Neste sentido se verifica que:

*“As grandes empresas como a **Fiat e as Usinas Ansaldo**, exigiam do governo cada vez mais que se colocassem à situação, coisa que não estava ocorrendo. A plataforma política de Benito Mussolini e de seu partido fascista atendia aos anseios dessa grande burguesia industrial, que passou a apoiar e financiar as suas atividades”⁴ (grifos nossos)*

Complementam que:

*“Aos poucos, grandes nomes de indústrias alemãs, como a **Siemens e Krupp**, vão se ligando ao nazismo através de financiamentos de atividades terroristas”⁵ (grifos nossos)*

Interessante destacar que a mesma classe burguesa que encabeçou grande parte das revoluções liberais em face dos abusos absolutistas, em sua maioria adotou um regime de extrema direita, seguimento entendido naquele momento como uma maneira de frear os avanços comunistas.

Os países que não dispunham de uma tradição liberal mais forte tornaram-se mais sensíveis à propaganda direitista, onde aliado aos efeitos da crise econômica, se somava a insatisfação remanescente dos resultados da Primeira Guerra. Tais foram os casos da Itália, terra natal do fascismo clássico - e da Alemanha - onde surgiu a mais violenta das versões **fascistas**, o **nazismo**.

Hitler foi preso em 1923, quando o golpe chamado “**Putsh da cervejaria**” não logrou êxito. Durante o período em que permaneceu preso escreveu o livro **Mein Kampf** (minha Luta), o que por muitos é considerado o manual das ações nazistas, com todas as suas ideologias e ensinamentos. Basicamente a doutrina nazista consistia no anticomunismo, totalitarismo, estratégia de grande propaganda, consequente mobilização nacional e no **racismo**, conforme demonstra o trecho traduzido de Mein Kampf:

*“O papel do mais forte é dominar. Não se deve misturar com o mais fraco, sacrificando assim a grandeza própria. Somente um débil de nascença poderá ver nisso uma crueldade, o que se explica pela sua compleição fraca e limitada. Certo é que, se tal lei não prevalecesse, seria escusado cogitar de todo e qualquer aperfeiçoamento no desenvolvimento dos seres vivos em geral”.*⁶

4- PEDRO, A; CACERES, F. História Geral. 2 ed. São Paulo: Moderna, 1982. p.311.

5- PEDRO; CACERES, Op.Cit., p.313.

6- Mein Kampf p.155 capítulo X

A legislação penal alemã da época nazista possuía um tipo indeterminado, como por exemplo, “*atentar contra a sanidade do povo alemão*” dissonante do princípio da legalidade penal, pilar das nações democráticas. Esta espécie de dispositivo possibilita diversas interpretações, deduzidas conforme os interesses de seu governante, como feito pelo governo nazista em desfavor dos judeus e de outras etnias. **É justamente esta discussão que toma contornos maiores após o fim da segunda guerra mundial, ou seja, a contraposição entre o permissivo legal e fatos éticos e morais.** Inúmeras arbitrariedades ocorreram no período de guerra, sobretudo pelos nazistas baseado na sua doutrina racista.

Notadamente após a guerra, ao serem julgados pelos crimes cometidos perante o tribunal “*ad hoc*” de Nuremberg alegaram os criminosos em suas defesas o respaldo em sua legislação interna para os atos praticados, onde teoricamente não haviam cometido crimes, tendo em vista a suposta defesa do permissivo legal.

Neste momento observou-se a necessidade de uma releitura do Direito, **tendo em vista o consenso de que parâmetros éticos**, muitas vezes não codificados, que são a base dos direitos fundamentais, inatos à pessoa humana, não deveriam afastar-se da hermenêutica legal, sob pena da abertura a arbitrariedades por parte dos governantes.

Tudo o que o Estado alemão realizou estava amparado na previsão legal de seu regulamento interno. A restrição aos judeus se deu de forma progressiva, proibindo-lhes de exercer determinados cargos da administração pública, imposição de lugares específicos de circulação (“*guetos*”), por fim chegando ao ponto da criação de campos de reeducação para o trabalho (“*campos de concentração*”), inicialmente justificado pela defesa do povo alemão, e por fim tornando-se um dos mais desastrosos episódios da história da humanidade.

A observância da estrita do dispositivo, vista no período iluminista como a solução para evitar abusos pelo Estado, foi utilizada arbitrariamente com pensamento distante do que se idealizava nos primórdios das revoluções liberais. Os nazistas fundamentavam suas decisões em conceitos vagos para justificar o que faziam, como por exemplo, a utilização de termos indeterminados como “*comunidade popular*”, “*interesse e bem estar nacional*”.

Com o fim da segunda guerra, foi constituído o chamado *Tribunal de Nuremberg* onde ao serem acusados pelos crimes de guerra, alegavam estarem

respaldados pela legislação e constituição internas. Neste momento voltou-se à antiga discussão quanto à aplicabilidade do Direito positivo, que no período de transição do absolutismo foi um importante passo para a democratização, visto a defesa das liberdades negativas, mas naquele momento, o que deveria ser utilizado como fundamento de segurança jurídica, tomava contornos de **arbitrariedade, porém na lei**. O período nazista foi marcado por inúmeras atrocidades, respaldadas em sua legislação interna.

Estes acontecimentos fizeram com que os estudiosos retornassem a discutir a dicotomia **direito natural** e **direito positivo**, questionando o âmbito de aplicabilidade deste, e qual modelo deveria ser seguido, o que levou à formulação das primeiras linhas da teoria do **pós-positivismo** e a aplicação **da lei fundamental** no Direito alemão (lei que dá respaldo ao ordenamento jurídico e à constituição, mesmo não estando codificada, pois é constituída de preceitos inatos ao indivíduo).

Alguns de institutos adotados no direito brasileiro tiveram sua origem no Direito nacional socialista alemão, como por exemplo, o chamado *duplo binário* na aplicação de penas privativas de liberdade e medidas de segurança. Outro exemplo bastante coerente, que teve reflexos muito maiores no ordenamento jurídico pátrio, foi o código de processo penal brasileiro cuja elaboração se deu em 1941. Foi claramente inspirado no código de processo penal italiano daquela época, que possuía como maiores características o fascismo, totalitarismo, a alta carga repressiva e seu caráter restritivo. Outras legislações importantes em nosso país também tiveram sua origem neste período, como é o caso da CLT, fortemente influenciada pela “*carta de laboro italiana*” fascista.

Desta forma, após a vigência da CRFB/88 seus dispositivos passaram pelo fenômeno da recepção, muitos dos quais não foram recepcionados pela nova ordem constitucional.

Discussão doutrinária

A doutrina se posicionou de forma divergente, repercutindo seus efeitos no mundo jurídico sob várias perspectivas. Destacam-se entre os defensores do positivismo, o criador da teoria pura do direito Hans Kelsen, e o defensor da

completude do ordenamento Norberto Bobbio, e seguindo uma sistemática garantista de interpretação aliado ao caso concreto, Luigi Ferrajoli.

Kelsen desenvolveu uma teoria denominada pura, fato que segundo ele, demonstra a ciência do Direito “auto-suficiente”. Esta deve ser afastada de qualquer ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, de forma a trazer uma objetividade e exatidão ao Direito, **como forma de evitar a elevação da jurisprudência à formação do Direito com tendências de política jurídica**, aproximando o resultado ao ideal no momento em que se houver um conhecimento pleno do Direito, como se observa em a teoria pura do Direito:

“Quando a si própria designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental”⁷

A partir da década de 1950 Norberto Bobbio elaborou uma corrente *jusfilosófica* que de certa forma se desvinculava das discussões existentes até o momento, sendo por muitos incluído na escola do *positivismo analítico*.

Os estudos de Norberto Bobbio marcaram uma nova vertente dos estudos do Direito, visto que para muitos diversificou uma polêmica tornada tediosa e pouco produtiva entre positivismo puro e o *jusnaturalismo*. Suas idéias voltaram-se a uma *linguagem de rigor*, ou seja, a uma metodologia da ciência do Direito como termos de uma análise linguística. A completude e a unidade do ordenamento jurídico demonstram uma aproximação do pensamento *Kelseniano*, centrando suas prerrogativas na análise textual codificada dentro do ordenamento jurídico, como demonstra em sua obra:

“A corrente do Livre Direito e da livre pesquisa do Direito, teve entre os juristas muitos adversários: Mais adversários do que amigos. O positivismo jurídico de estrita observância, ligado à concepção estatal de Direito, não se deixou derrotar. O Direito livre representava aos olhos dos juristas tradicionalistas uma nova encarnação do Direito Natural, que da escola histórica em diante se considerava aniquilado e portanto sepultado para sempre. Admitir a livre pesquisa do Direito (livre no sentido de não ligada ao Direito Estatal), conceder cidadania ao Direito Livre (isto é a um direito criado de vez e quando pelo juiz) significa quebrar a barreira do princípio da legalidade, que havia sido colocado em defesa do

7- KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 7 edição. São Paulo: Fontes, M. 2006.p.1.

indivíduo, abrir as portas ao arbítrio, ao caos e a anarquia. A completude não era um mito, mas um exigência de justiça; não era uma função inútil, mas a defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a certeza...”⁸ (grifos nossos)

Observem que há uma nítida convergência entre Kelsen e Bobbio, defensores de um positivismo, como forma de respaldar o ordenamento jurídico.

Através de seu modelo garantista da constituição, Luigi Ferrajoli defende o **magistrado como um pensador do Direito e não mero aplicador executor**, tendo em mente os direitos fundamentais e a constituição como escopo de um ordenamento jurídico:

“a sujeição do juiz à lei já não é, como o velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, qualquer que fosse o seu significado, senão sujeição à lei enquanto válida, quer dizer, coerente com a constituição. E no modelo constitucional garantista a validade já não é um dogma associado à mera existência formal da lei, senão uma qualidade contingente da mesma ligada à coerência de seus significados com a constituição, coerência mais ou menos opinável e sempre remetida à valoração do juiz. Disso se segue que a interpretação judicial da lei é também sempre um juízo sobre a lei mesma, que corresponde ao juiz junto com a responsabilidade de eleger os únicos significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais estabelecidos pelas mesmas”⁹(grifos nossos)

Ferrajoli posiciona-se no sentido de interpretar o direito à luz do caso concreto, entendendo a constituição como normativa, garantia, e eficaz, logo, não possui caráter meramente retórico, afirmando assim, a existência de prerrogativas constitucionais práticas e aplicáveis. Justamente sob esta perspectiva que se concebeu **o pós positivismo**.

Buscou-se a partir de então uma releitura do Direito embasado em uma concepção não somente positivista, mas também *jusnaturalista*, a fim de evitar possíveis arbitrariedades constantes na letra da Lei, o chamado pós positivismo.

Frente aos novos paradigmas, percebe-se que os países que adotam o Civil Law vêm se aproximado progressivamente do sistema anglo-saxão do Comon Law, e o mesmo pode se dizer deste em relação àquele, conforme explana *Silvio de Salvo Venosa*:

8- BOBBIO, N. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Universidade de Brasília 10 edição 1999, p.128.

9- FERRAJOLI, L. Derechos e garantias- La ley Del más débil. Madri: Trotta, 2001.p.26.

“o sistema do Comon Law” conserva sua sistemática bastante diversa de nosso sistema, mas há a tendência para avicinar os métodos de conceber cada vez mais a norma como fonte de Direito nos países de sistema inglês com conteúdo do sistema romano, oferecendo soluções muito semelhantes.¹⁰ (grifos nossos)

O ilustre professor complementa que:

“Essa tendência fica cada vez mais clara quando falamos dos direitos chamados mistos, isto é, aqueles que usam elementos de um e de outro sistema, como Israel, Escócia, e a província de Quebec, no Canadá.”¹¹

Nota-se que o Brasil, devido aos frequentes posicionamentos de nossa corte constitucional, timidamente se aproxima de um sistema intermediário entre o Comon Law e o Civil Law, constatado na liberalidade de o judiciário emitir súmulas vinculantes (a partir da EC45/04), de poder decidir em situações que envolvam cláusulas abertas, conceitos jurídicos indeterminados, além da abertura à possibilitada de buscar a efetividade dos valores constitucionais e dos direitos fundamentais presentes em nossa legislação.

Neoconstitucionalismo

A doutrina desenvolve em meados do século XX e início do século XXI, o que se convencionou chamar pós positivismo, ou neoconstitucionalismo. A partir dessa nova visão, a constituição deixa de possuir caráter meramente limitativo do poder político, e tarefa de organizar o Estado, passando sobretudo a garantir sua eficácia, afastando o caráter retórico de seu texto, com efetividade em suas intervenções, principalmente no que tange aos elementos constitutivos dos direitos fundamentais, deixando clara a existência de uma hierarquia, que não se exprime somente sob uma perspectiva formal mas especialmente do ponto de vista axiológico e valorativo, ou seja, seu conteúdo, independentemente de requisitos formais de elaboração, por si só já transparece seu caráter pragmático, observado e identificado facilmente no ordenamento jurídico como elemento constitucional.

10- VENOSA, S.S. Direito Civil: Parte Geral. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.76.

11- VENOSA, Op.Cit., p.76.

O Estado Democrático de Direito traz a constituição como seu pilar fundamental, marcada por uma intensa carga valorativa. A constituição não somente dirige os rumos que o país deve tomar, assim como traz normas princípio, as quais se destaca a dignidade da pessoa humana, centro irradiante para os demais princípios, e sustentáculo da concepção de direitos fundamentais trazida aos dias atuais.

O neoconstitucionalismo identifica um conjunto amplo de modificações ocorridas no Estado e no Direito constitucional, em meio às quais podem se destacar como marco histórico a formação do Estado Democrático de Direito, cuja consolidação se deu nas décadas finais do século XX. O pós- positivismo permitiu uma abertura da ciência a diversos seguimentos que permaneceram distantes do Direito durante longo período, sobretudo durante a segunda guerra mundial.

Com a centralidade dos Direitos fundamentais, e a reaproximação entre Direito e ética, como marco central, o conjunto de mudanças sociológicas e ideológicas dos novos tempos permitiram a expansão da jurisdição constitucional, e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de mudanças resultou um processo profundo de constitucionalização do Direito.

CONCLUSÕES

Hoje com a consolidação democrática na grande maioria dos países, o seguimento puro e simples da lei, pode vir a causar distorções e injustiças junto ao caso concreto.

A maioria das legislações possui uma metodologia *de norma regra e norma princípio*. Daí hoje falar-se em *Hermenêutica filosófica* (aquela em que se utiliza conhecimentos de diversas áreas do conhecimento), ao invés da hermenêutica jurídica convencional. O professor *Cleyson* de Moraes Mello embasado na ideologia de *Martin Heidegger*¹², na perspectiva do *dasein*, e do por vir defende a necessidade de uma nova orientação interpretativa, visto que:

“mudanças significativas que ocorreram no plano social, econômico, político e cultural sejam internamente, seja em interação, em particular no Brasil das últimas décadas, verifica-se a necessidade de transformações paralelas e correspondentes na hermenêutica jurídica”¹³

Seguindo essa sistemática, novas legislações, como ocorrido na construção do novo código civil brasileiro, partem do pressuposto da utilização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Houve no Direito brasileiro a **constitucionalização do Direito Civil**, onde muitos entendem ser objeto de enfraquecimento da normatização, pois seu uso indiscriminado pode ser fator de insegurança jurídica, por outro lado, **sua utilização possibilita uma adequação maior ao caso concreto**.

O NCC foi estruturado sob três princípios basilares, são eles a sociabilidade, eticidade e operabilidade, conforme preceituam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

“Embora talvez não seja o colosso legislativo, com primor redacional da codificação de 1916, o vigente diploma está fundado em três princípios norteadores que lhe permitam sonhar com uma vida ainda mais longa do que a do código revogado. São eles o princípio eticidade, socialidade e operabilidade...”¹⁴

12- HEIDEGGER, M. Ser e Tempo: Parte I. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12. ed. Petrópolis:Vozes,2002.p.68.

13- MELLO, C.M. Hermenêutica e Direito. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.p.1.

14- GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA FILHO, R. Novo curso de Direito Civil: Parte Geral, São Paulo: Saraiva, 2009, p.51.

Observa-se que esta nova técnica transfere parte do poder de construção do Direito ao judiciário.

No Brasil, durante o período ditatorial não houve abertura suficiente para a implementação dos novos ideais, que começaram a ganhar força no momento em que a ditadura militar caminhava para seu fim em meados da década de 1980. Foi realmente consagrada com a constituição de 1988, sendo certo que inaugurou um novo período em nosso país, sobretudo trazendo em seu bojo uma série de princípios com vasto campo de aplicabilidade, cláusulas pétreas, que incluem limites à atuação do legislador, assim como o sistema de controle de constitucionalidade, no Brasil o mais complexo do mundo englobando o método difuso, concentrado, por omissão, a ADPF, além de possuir mecanismos de participação direta como a iniciativa popular o plebiscito e o referendo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, J.C.V. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2009.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Universidade de Brasília 10 edição 1999.

FERRAJOLI, L. **Derechos y garantías- La ley Del más débil**. Madri: Trotta, 2001.p.26.

HEIDEGGER, M. **Ser e Tempo: Parte I**. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12ª. ed. Petrópolis: Vozes,2002.

GAGLIANO, P.S; FILHO, R.P. **Novo curso de Direito Civil: Parte Geral**, São Paulo: Saraiva 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ª edição. São Paulo: Fontes, M., 2006.

MELLO, C.M. **Hermenêutica e Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

PEDRO, A; CACERES, F. **História Geral**. 2 ed. São Paulo: Moderna, 1982.

SÓFOCLES. **Antígona**, São Paulo: Claret, M., 2007.

VENOSA, S.S. **Direito Civil: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.