

---

DIREITOS FUNDAMENTAIS. UM  
PARALELO ENTRE A CRÍTICA DE  
FRIEDRICH MULLER À CORTE  
CONSTITUCIONAL DE KARLSRUHE E A  
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

---

*FUNDAMENTAL RIGHTS. A PARALLEL BETWEEN THE  
CRITICISM OF FRIEDRICH MULLER TO CONSTITUTIONAL  
COURT OF KARLSRUHE AND THE BRAZILIAN  
CONSTITUTION OF 1988*

*Bernardo Glinóer Katz*

*Mestre em Direito Trabalha em ações judiciais na defesa da União lotado na*

*Procuradoria da União do Paraná*

*Bacharel em Direito e Economia*

*Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Teoria e Interpretação dos Direitos Fundamentais na Visão de Friedrich Muller; 2 A Crítica de Muller à Corte Constitucional de Karlsruhe ; 3 A Constituição Brasileira de 1988; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objeto estudar um paralelo entre a crítica de Friedrich Muller à Corte Constitucional de Karlsruhe e a Constituição Brasileira de 1988. O método de Muller é concretista. Todas as diligências se concentram em estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma. O erro da jurisprudência, de Karlsruhe segundo se deduz da crítica de Muller, é intentar a concretização da norma constitucional por via dos métodos voluntaristas, prendendo-se aos juristas da interpretação clássica. A investigação do tema justifica-se no Estado brasileiro pela situação que persiste de exclusão social de uma grande parcela da população, inviabilizando a concretização dos direitos fundamentais determinados pela Carta Magna.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Fundamentais. Friedrich Muller. Karlsruhe. Constitucionalização. Interpretação.

**ABSTRACT:** The purpose of this study is to examine the parallel between the criticism of Friedrich Muller to Constitutional Court of Karlsruhe and the Brazilian Constitution of 1988. Muller method is concretist. All efforts are focused on structure and streamline the process of implementing the standard. The error of law, Karlsruhe as appears from Muller's criticism, is to bring the implementation of constitutional rule through the proactive methods, holding up the jurists of the classical interpretation. The investigation of the theme by the Brazilian state is justified by a trend of persistent social exclusion of a large portion of the population, preventing the achievement of certain fundamental rights by the Constitution.

**KEYWORDS:** Fundamental Rights. Friedrich Muller. Karlsruhe. Constitutionalization. Interpretation

## INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar um paralelo entre a crítica de Friedrich Muller à Corte Constitucional de Karlsruhe e a Constituição Brasileira de 1988, sob uma perspectiva dos direitos fundamentais, atento às principais questões que envolvem a formação e consolidação do Estado brasileiro e a ruptura em relação à ordem jurídica então vigente que significou a Constituição Federal de 1988.

A Constituição exerceu papel fundamental na previsão de alguns institutos que proporcionaram a solução para questões relevantes de efetivação dos direitos fundamentais. Porém, tais conquistas ainda são insuficientes para que o Estado cumpra sua função transformadora da sociedade e a missão que a Carta Magna lhe conferiu.

No contexto da realidade constitucional, o quadro de pobreza, exclusão social, concentração de renda, desequilíbrios regionais e perpetuação de privilégios que ainda assolam o Estado brasileiro, inobstante os avanços sociais recentes, são motivos suficientes para justificar tal estudo.

O direito à saúde, educação, moradia, emprego, segurança, dentre outros que possibilitam a realização das promessas constitucionais são elementos necessários para a concretização de um país mais justo e equânime.

Hoje, o reconhecimento constitucional da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais e da correspondente vinculação do legislador ordinário aos seus preceitos marca uma clara inversão da visão tradicional da relação entre direitos fundamentais e lei, considerada outrora mera norma programática.

O trabalho encontra-se dividido em três partes fundamentais: a primeira procura retratar a Teoria e Interpretação dos Direitos Fundamentais na Visão de Friedrich Muller. A segunda procura discutir a crítica de Muller à Corte Constitucional de Karlsruhe. E a terceira explana sobre os direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna de 1988 e o déficit da sua realização, mencionando as principais promessas inseridas no texto constitucional a se concretizarem.

## 1 TEORIA E INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NACIONAIS E INTERNACIONAIS NA VISÃO DE FRIEDRICH MULLER

Friedrich Muller é um jurista alemão, decano da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, que desenvolve um método racionalista de interpretação constitucional, em que procura deixar estruturada uma hermenêutica que permita explicar a Constituição, sem perda de sua eficácia, e como ela realmente se apresenta, rejeitando a interpretação tradicional por onde se operava a separação irremediável entre a Constituição formal e a Constituição material.

O método de Muller é concretista. Todas as diligências se concentram em estruturar e racionalizar o processo de concretização da norma. A interpretação em Muller, tanto quanto nos demais concretistas se qualifica como concretização da norma. Compreende ele a norma jurídica como algo mais que o texto de uma regra normativa. De sorte que a interpretação ou concretização de uma norma transcende a interpretação do texto, contrariando as interpretações tradicionais no campo jurídico.

A posição autoritária própria do Estado baseada na força vê os direitos fundamentais como concessões às quais foi obrigado o poder estatal, de maneira que contraria as regras do sistema. Esse princípio de intervenção a partir do âmbito normativo dos direitos fundamentais foi desenvolvido pela teoria estruturante do direito a partir da metade dos anos 1960; o Tribunal Constitucional Federal alemão aceitou-o, em 1971, em sua famosa decisão “Mephisto”, e desde então aplica em jurisprudência constante.

Aqui se mostra exemplarmente a transição de uma concepção autoritária do passado para uma concepção moderna: os direitos fundamentais não são um “resíduo”. Constituem a base normativa do desenvolvimento social e político de cidadãos e homens livres em uma democracia. Os direitos fundamentais são garantias materiais, determinadas de maneira positiva mediante seu conteúdo e sua eficácia.

Também por isso os direitos fundamentais e os humanos não são meros “valores”, mas normas. Por trás deles encontram-se representações de dignidade, liberdade e igualdade de todos os homens. Mas a partir do momento em que a Constituição os tenha positivado em seu texto, tornam-se direito vigente.<sup>1</sup>

Para Muller os direitos adquirem caráter estatal-normativo. Levá-los a sério significa respeitá-los e cumpri-los como direito positivo. Outras concepções analisam especialmente os efeitos supra individuais das garantias, os denominados efeitos de direito objetivo. O Tribunal Constitucional Federal alemão ocupa-se, há muito tempo, com esses efeitos. As duas principais linhas são a doutrina do Estado social e a doutrina democrático-funcional. A última mencionada é, porém, incompatível com a democracia pluralista. A liberdade não é apenas liberdade “para”, mas também liberdade “contra”, especialmente contra determinação alheia. Segundo concepção do Estado social, os direitos fundamentais oferecem sempre e principalmente direitos a prestações estatais. Isto, no entanto, desnatura as garantias de maneira inaceitável do ponto de vista da

---

1 MULLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos. In: CLEVE, Clemerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 45-46.

metodologia própria ao Estado de Direito. Há direito a prestação apenas quando este resulta claramente da Constituição.<sup>2</sup>

Segundo Muller a concretização é, realisticamente considerada, a construção da norma jurídica no caso concreto. A norma jurídica é a formulação geral da decisão jurídica; a formulação individual (isto é, o teor da decisão) chama-se norma de decisão.

Essa concepção leva a sério o trabalho jurídico como ação concreta de seres humanos. É fundamentada no âmbito da teoria da ação e adota uma abordagem pragmática da linguagem: todo trabalho jurídico ocorre dentro da linguagem: é uma forma especial de linguagem, um conjunto específico de jogos de linguagem.

Para a elaboração da norma jurídica, para sua construção com base no caso jurídico e nos textos normativos, o jurista necessita tanto de dados linguísticos como também de dados reais; essa é a realidade da atividade cotidiana de tomada de decisões jurídicas. Os operadores do direito que devem decidir casos complexos já trabalham dessa maneira prática, mas isso não foi dito pelas teorias tradicionais. A teoria estruturante do direito tem como tarefa elaborar essa reflexão. Ela é uma teoria da prática.<sup>3</sup>

O Direito, então, seja ele de que ramo for, dividindo-o didaticamente, em privado e público, está circunscrito e intrinsecamente permeado pelo texto constitucional.

Para que tais princípios possam cumprir sua preciosa função dentro do ordenamento estatal, mister se faz interpretá-los para melhor aplicá-los resgatando de suas entranhas sua exata significação. Tais princípios ganhariam concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico.

A Constituição é a “lei suprema do país; contra sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer atos diplomáticos”.<sup>4</sup>

Com o enorme alargamento dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos em relação aos iniciais direitos de liberdade individual, pode-se dizer que, em certo sentido, a história do constitucionalismo é a história dos direitos fundamentais. O Estado

---

2 MULLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos. In: CLEVE, Clemerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 46.

3 MULLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos. In: CLEVE, Clemerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.47

4 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 314.

constitucional moderno é cada vez mais um “Estado de direitos fundamentais”.<sup>5</sup>

José Adércio Leite Sampaio explicita que os direitos fundamentais envolvem um conceito e muitas concepções, divididas entre as materiais e formais. As concepções materiais procuram formular um sentido para a expressão direitos humanos que se vincule ao conteúdo desses direitos. Pode-se distinguir perspectiva positivista, perspectiva não positivista e perspectiva eclética.<sup>6</sup>

Uma concepção formal, no âmbito da teoria dos direitos humanos, procura definir a forma ou a estrutura lógica dos direitos, sem a preocupação em identificar quais seriam o conteúdo desses direitos em um ordenamento concreto ou quais deveriam ser, em qualquer ordenamento, suas dimensões, renunciando à formulação de uma teoria dogmática e filosófica dos direitos humanos respectivamente.<sup>7</sup>

Antonio Manuel Peña Freire faz uma análise dos direitos fundamentais, sob uma perspectiva de função de garantia. “Os direitos fundamentais são a expressão jurídica dos valores e posições centrais do pacto social, agindo como correias de transmissão dos valores dominantes da centralidade da pessoa ao resto da ordem jurídico-política.”<sup>8</sup> Esclarece ainda o autor que a generalidade e imprecisão dos enunciados normativos da Constituição e sua relação com referenciais externos plurais são as razões para que suas necessidades e possibilidades interpretativas sejam muito maiores, o que acontece num processo de concretização em que valores e interesses sociais e econômicos e posicionamentos éticos que informam o sistema participam em tensão, resultando numa expressão dos valores da dignidade, liberdade e igualdade que variam de acordo com o grau de garantia oferecido.<sup>9</sup>

Para Ingo Sarlet, os direitos fundamentais (e os sociais não fogem à regra) expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição. Os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos). A partir de um certo texto há como extrair uma norma (ou normas) que pode (ou não) reconhecer um direito como fundamental e atribuir uma determinada posição jurídico-subjetiva à pessoa, posição que poderá

---

5 MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.) *Direito Constitucional: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p.322.

6 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.23.

7 *Ibidem*, p. 27.

8 PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en El Estado Constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 107.

9 *Ibidem*, p. 107-115.

ter como objeto uma determinada prestação jurídica ou fática; ou uma proibição de intervenção.<sup>10</sup>

Os direitos humanos não são compatíveis com sistemas políticos não democráticos. Por outro lado, os direitos fundamentais, nos países onde podem ser legalmente exercidos, favorecem necessariamente a democracia, como âmbito institucional e procedimental. A possibilidade de exercício e o efetivo exercício dos direitos fundamentais é uma condição necessária da democracia: isto não significa que os direitos não substituam a democracia; mas uma democracia digna desse nome se baseia nos direitos humanos.<sup>11</sup>

## 2 A CRÍTICA DE MULLER À CORTE CONSTITUCIONAL DE KARLSRUHE

O erro maior da jurisprudência de Karlsruhe, segundo se deduz da crítica de Muller foi intentar a concretização da norma constitucional por via dos métodos voluntaristas, prendendo-se aos fundamentos da interpretação clássica. O erro se agrava na medida em que o Tribunal contraditoriamente se arredava dos esquemas tradicionais e introduz, nos arestos de seus juízes, componentes extraídos da teoria material da Constituição e das vias concretistas, quais por exemplo alguns pontos de vista, como o princípio das unidades da Constituição e a chamada “natureza das coisas”, estes ainda compatíveis com as regras interpretativas formuladas por Savigny.<sup>12</sup>

Mas há outros inteiramente afastados dessa hermenêutica, conforme os que Muller a seguir declina: a necessidade de um resultado conforme a coisa, a possibilidade da mudança de importância de uma norma constitucional com base em alterações fáticas do mundo social, a importância constitutiva com base na matéria a ser regulada pela norma e pela decisão, a consideração de concatenações históricas, políticas e científico-sociais reputadas as mais importantes para alcançar afinal a decisão.<sup>13</sup>

Procura Muller demonstrar que a jurisprudência da Corte de Karlsruhe já não pode encobrir mediante artifícios verbais a ruptura com os métodos costumeiros de interpretação constitucional. De modo que se torna possível a esta altura questionar a concepção clássica da norma jurídica e sua aplicação, valendo-se para tanto da análise aos processos atuais empregados inclusive por aquele Tribunal na sua tarefa de concretizar a

10 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 554-556.

11 MULLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos. In: CLEVE, Clemerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.50.

12 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 25. ed. 2010, p. 498.

13 Ibidem.

Constituição e que devem logicamente conduzir ao abandono das velhas e tradicionais concepções dos intérpretes formalistas.

Em verdade, a exaustiva perquirição de Muller busca evitar o hiato, a separação, a antinomia das duas Constituições - a forma e a material - bem como aquele conhecido confronto da realidade com a norma jurídica. É esse dualismo que a metodologia concretista, ao tornar fática a norma, se empenha com mais afinco por evitar.

A falta de congruência metodológica fez a Corte de Karlsruhe, segundo Muller, de uma parte confessar-se adepta da metodologia interpretativa tradicional, doutra, sempre que os antigos métodos malogravam, empregar, sem fundamentação, subsídios materiais de interpretação constitucional, num pragmatismo caótico, à minguia evidentemente de elementos racionais extraídos da realidade mesma que interpreta.<sup>14</sup>

Apesar disso, o método da Constituição representa uma contribuição fecunda dos juristas ao Direito Constitucional, que reaproximou, com base em profunda reflexão, a Constituição e a realidade. Fez possível dentro da sociedade móvel e dinâmica de nosso tempo um Estado de Direito com fundamento de legitimidade nos direitos sociais e nas garantias concretas de liberdade humana.

Os constitucionalistas do Estado social valeram-se da metodologia tópica para restaurar o prestígio da hermenêutica jurídica no Direito Constitucional. Emanciparam-na da servidão à metodologia clássica de Savigny, nascida de inspirações positivistas. com a Sociedade, a Constituição com a realidade, a norma com o fato. O método concretista da Constituição aberta é fruto, portanto, da revolução metodológica que desde a tópica se observa no campo do Direito Constitucional. Com ela a teoria material da constituição se converteu definitivamente na hermenêutica do Estado Social.<sup>15</sup>

Foi a partir deste contexto que o Tribunal Constitucional de Karlsruhe tomou perfeita consciência desse grave risco. Verifica-se, pelo exame de alguns de seus extratos jurisprudenciais, que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco, não deve nunca lhe dar sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição.<sup>16</sup>

As delimitações que a Corte Constitucional de Karlsruhe esboçou com referência ao método de interpretação conforme Constituição estão contidas numa decisão proferida a 11 de junho de 1958, a mais importante sobre a matéria, da qual decorrem dois limites evidentes: o sentido claro do texto e o fim contemplado pelo legislador. Ambos se apoiam no item 3º do art. 20

14 BONAVIDES, op. cit., p. 499.

15 Ibidem, p. 517.

16 Ibidem, p. 520.



da Lei Fundamental de Bonn, que diz que o legislativo se acha vinculado à ordem constitucional e o executivo e o judiciário à lei e ao direito.<sup>17</sup>

Toda essa mudança ocorreu visto que após a Segunda Grande Guerra Mundial, houve uma enorme preocupação mundial em se garantir mediante convenções, pactos e declarações universais a dignidade do ser humano e promover a reconstrução de um mundo ideológica e materialmente novo.

Dentre as mais famosas manifestações de direitos do ser humano pós-guerra está a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela ONU em 10 de dezembro de 1948, que contém 30 artigos, precedidos de um Preâmbulo, em que reconhecem solenemente: a dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz; o ideal democrático com fulcro no progresso econômico e social; o direito de resistência à opressão; e finalmente a concepção comum destes direitos.<sup>18</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim reza em seu Preâmbulo:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum, considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão, considerando essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações, considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla, considerando que os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades, considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso, A Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos

17 BONAVIDES, op. cit., p. 522.

18 SILVA, op.cit. p. 162.

como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.<sup>19</sup>

Os trinta artigos reconhecem direitos fundamentais do homem, tais como os exemplificados a seguir e que influenciaram pelo mundo afora: que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, dotados como estão de razão e consciência, devem comportar-se fraternalmente uns com os outros; que ninguém será submetido à tortura e nem a pena ou tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; que todo ser humano tem direito de, em qualquer lugar, ter reconhecida a sua personalidade jurídica; que ninguém será objeto de arbitrariedades em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência; que toda pessoa como membro da sociedade tem direito à seguridade social e a obter a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis a sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade; e que toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência digna.<sup>20</sup>

### 3 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Como bem observou Friedrich Muller os direitos fundamentais não são compatíveis com sistemas políticos não democráticos. Por outro lado, os direitos fundamentais, nos países onde podem ser legalmente exercidos, favorecem necessariamente a democracia. Como já explicitado pelo jurista alemão o efetivo exercício dos direitos fundamentais é uma condição necessária da democracia: uma democracia digna desse nome se baseia nos direitos humanos.

Além de representar a redemocratização do país, fazendo a travessia de um regime autoritário para um Estado democrático de direito, sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. “O Estado brasileiro

19 *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2011.

20 SILVA, op.cit. p. 163.

da época do regime militar é um típico exemplo de violência e de negação da racionalidade normativa”.<sup>21</sup>

O Estado democrático de direito tem como fundamento a democracia e os direitos fundamentais, sendo, portanto, irrefutável o conteúdo político constante na Carta Magna de 1988, haja vista os compromissos com a melhoria do nível de vida da sociedade brasileira, com a realização da justiça social, com a diminuição das desigualdades existentes e erradicação da pobreza.<sup>22</sup>

A Constituição de 1988 é considerada como um corte em relação à ordem jurídica posta. Houve a criação e o aperfeiçoamento de várias instituições democráticas e o surgimento de uma Carta Magna de veras análises é verdade, mas que instituiu diversos princípios constitucionais, que, como salienta Marcos Antônio B. Pacheco, são “princípios que destacam muito mais que as possibilidades do Estado, as necessidades e demandas sociais de seus cidadãos”.<sup>23 24</sup>

A construção do projeto democrático brasileiro plasmado na Constituição de 1988 traz consigo um elevado grau de legitimidade. O debate público efetivamente instaurado no momento constituinte não pode ser desprezado, sob pena de desconsiderar-se um dos postulados básicos da democracia: a soberania popular.<sup>25</sup>

Segundo Luís Roberto Barroso a legitimidade democrática do poder constituinte e de sua obra, que é a Carta Constitucional, recai, assim, no caráter especial da vontade cívica exteriorizada em momento de grande articulação popular, devendo, por isso, preponderar sobre a política ordinária.<sup>26</sup>

21 MALISKA, Marcos Augusto. Pluralismo...p. 133.

22 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.148.

23 PACHECO, Marcos Antônio B. *Estado Multicultural e Direitos Humanos: Tópica Constitucional dos Direitos Étnicos*. São Luiz: UFMA/CNPQ, 2005. p. 95.

24 Como relata ironicamente, Carlos Ari Sundfeld, quando começou a lecionar Direito Constitucional em 1969, em plena ditadura militar, época da Junta Militar de 1969. “Como assim professor de direito constitucional? Onde já se viu direito constitucional em ditadura? Vá procurar trabalho de verdade! Mas, contornava-se o problema com bastante engenho: ensinando direito constitucional como se fosse literatura. Partindo da explicação de que o direito não era o mundo real, mas do dever ser, discutia-se apenas a melhor leitura para as normas da Constituição. Assim, minha iniciação como constitucionalista foi testar os possíveis jogos de sentido de um texto maldito”. In: SUNFIELD, Carlos. O Fenômeno Constitucional e suas Três Forças. In: BINEMBOJM, Gustavo; SARMENTO, Daniel; e SOUZA NETO, Cláudio. (Orgs) *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 11.

25 SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico; vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 10.

26 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.121.

Nas palavras de Eneida Desiree Salgado: “A Constituição de 1988 traz um texto construído pelas demandas sociais, pela colaboração dos intelectuais, pela participação popular e pelas discussões na Assembléia Nacional Constituinte. O seu projeto democrático, fruto das distintas ideologias e diferentes interesses da sociedade brasileira, é positivado timidamente, mas com toda a força normativa necessária para se fazer realizar.”<sup>27</sup>

Essa interrupção da ordem jurídica então vigente e as aspirações que daí decorreram, no sentido do aperfeiçoamento das instituições e da democracia no Brasil, levaram o então presidente da Assembléia Nacional Constituinte, deputado federal Ulysses Guimarães a qualificá-la de “Constituição Cidadã”, termo que ficou impregnado no vocabulário constitucional.<sup>28</sup>

Em discurso histórico na comemoração da promulgação da Lei Maior, em 05/10/1988, Ulysses sintetiza toda a simbologia do evento que representava um fim ao arcabouço jurídico do regime autoritário: “Quando após, tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina.”<sup>29</sup>

E, prossegue, quanto ao cumprimento e efetividade do citado estatuto legal, advertindo que podemos discordar, divergir, mas jamais descumpri-lo ou afrontá-lo: “Traidor da Constituição é traidor da Pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. A persistência da Constituição é a sobrevivência da democracia.”<sup>30</sup>

Roberto Campos, que por sua vez também foi constituinte, classifica o diploma legal promulgado em 1988 como o “avanço do retrocesso.” Define-o como um instrumento demagógico e que deixou o país praticamente ingovernável, ao elencar inúmeros direitos, sem a correspondente receita.<sup>31</sup>

Se é verdade que cometeu alguns excessos demagógicos, e eventualmente as cometeu, com viés populista ou corporativista, por exemplo, e não foi a Constituição perfeita, o que aliás dificilmente alguma será em qualquer país, ela representou a afirmação de um amplo leque de direitos do constitucionalismo mundial, superando um modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade. O saldo é predominantemente positivo.

27 SALGADO, op.cit., 2007, p. 223.

28 PACHECO, Op.cit., p. 92.

29 GUIMARÃES, Ulysses. *Discurso do Deputado Ulysses Guimarães*: presidente da Assembléia Nacional Constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a12v4n2.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2010.

30 Idem.

31 CAMPOS, Roberto. *A Lanterna na Popa*: Memórias 2. 4. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994, p. 1183-1208.

Há uma mudança de paradigmas, quando, entre outras questões, a Constituição consagra a cidadania e a dignidade da pessoa humana como princípios constitucionais. Isso deve ser entendido a partir dos movimentos sociais que para aí concorreram na Constituinte, assim como a partir das políticas que aí se evidenciaram, como a organização de grupos de pressão em todas as direções.<sup>32</sup>

A fundamentalidade formal foi considerada, num primeiro momento, como resultado da decisão expressa (art. 5º, §1º, da CF) em ter assegurado às normas de direitos e garantias fundamentais uma aplicabilidade direta, que desde logo vai compreendida no sentido de que as normas de eficácia plena que impõe ao conjunto dos órgãos estatais o dever de otimização da sua efetividade. Sarlet aduz que todos os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do acima mencionado artigo, no sentido de que se deve outorgar a máxima eficácia e efetividade possível a todas as normas de direitos fundamentais.<sup>33</sup>

Entre os denominados direitos fundamentais, o da dignidade da pessoa humana é o grande norteador da República Federativa do Brasil, Estado de direito democrático fundado em 5 de outubro de 1988.

É o que José Joaquim Gomes Canotilho chama de “princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional”.<sup>34</sup> Tal princípio afasta de pronto a ideia de predomínio de uma ideologia essencialmente individualista ou atomista do Direito, aplicando-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional, compondo-lhe o espírito e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar.

Canotilho, sobre idêntica disposição da Constituição portuguesa aponta uma das faces deste fenômeno. Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendência metafísica, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve aos aparelhos político-organizatórios.<sup>35</sup>

O direito à dignidade, que se estende aos grupos comunitários e profissionais, é inerente à própria condição humana, cujo fundamento lastreia-se na necessidade de uma ética coletiva e tem respaldo tanto na Constituição Federal quanto em tratados internacionais a que aderiu o Estado brasileiro.

32 PACHECO, op.cit.,p. 95.

33 SARLET, op. cit., p. 559-562.

34 CANOTILHO, op.cit., p. 1047.

35 CANOTILHO, op.cit., p. 219.

Sob a inspiração de que a condição de pessoa humana é o bastante para que se tenham respeitados direitos fundamentais, há muito a humanidade, talvez assombrada com a sua capacidade de destruição, esforça-se para ver preservado o reconhecimento dos direitos a que faz jus a pessoa humana.

O ser humano, assim, deverá ser sempre considerado o sujeito de direito, livre e transformador, nunca objeto. Os direitos fundamentais, que o art. 5º da CF/88 considera invioláveis, são inerentes à dignidade humana, neles se traduzem e concretizam as faculdades que são exigidas pela dignidade, assim como circunscrevem o âmbito que se deve garantir à pessoa para que aquela dignidade se torne possível.

O Estado deve promover os direitos fundamentais normatizados e as novas demandas sociais impostas pela Constituição Federal, o que ainda não ocorreu na plenitude. Há um enorme hiato entre norma e fato social, prejudicando a sua efetivação, conforme afirmação de Daniel Sarmiento: “A Constituição fala em justiça social, mas o Brasil continua sendo um dos países mais desiguais do mundo. O constituinte exige a moralidade administrativa, mas a corrupção viceja em todos os níveis da Administração Pública nacional.”<sup>36</sup>

#### 4 CONCLUSÃO

No que se refere à constitucionalização, a observação mais importante a ser feita é que a Constituição de 1988 representou uma verdadeira ruptura em relação à ordem jurídica anterior que sustentava o regime ditatorial, passando a ter papel fundamental para a consolidação democrática do país e suas instituições.

Mais do que um símbolo da redemocratização brasileira, a Lei Maior promulgada no ano de 1988 representa um marco histórico do novo direito constitucional brasileiro, tal qual foi na Europa continental o constitucionalismo do pós-guerra, representada pelo pensamento de Friedrich Muller e por uma mudança de paradigma da jurisprudência da Corte Constitucional de Karlsruhe.

Os direitos fundamentais estão atrelados à centralidade do ser humano, pela afirmação de sua dignidade. Mas, na prática, não é isso que ocorre com frequência. O princípio da dignidade da pessoa humana embute a promessa de liberdade, igualdade e solidariedade que por enquanto apresenta falhas na sua concretização, razão pela qual a denominação déficit de realização.

---

36 SARMIENTO, *op.cit.*, p. 114.

**REFERÊNCIAS**

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BERLIN, Isahia. *Idéias Políticas na era romântica: Ascensão e influência no pensamento moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BITTENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CAMPOS, Roberto. *A Lanterna na Popa: Memórias 2*. 4. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

*Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI: A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo Jurídico e Direito Moderno*. Curitiba: Juruá, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.14, n. 57/58, p. 236-237, jan./jun.1981.

MULLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos. In: CLEVE, Clemerson Merlin; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Orgs.). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

PACHECO, Marcos Antônio B. *Estado Multicultural e Direitos Humanos: Tópica Constitucional dos Direitos Étnicos*. São Luiz: UFMA/CNPQ, 2005.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en El Estado Constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico; vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANCHIS, Luís Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.



---

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: Os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Orgs.). *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2006.

