

A Evolução Histórica do Direito rumo à Constitucionalização e a Normativização dos Princípios

Rebecca Mazzuchelli dos Santos

Aluna do 3º ano da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.
Monitora da disciplina Introdução ao Estudo do Direito, sob a orientação da professora Márcia
Arnaud Antunes.

Resumo: Chegamos a uma nova fase com relação à força normativa dos princípios garantidores de direitos fundamentais. Os princípios receberam tratamento jurídico diferenciado de acordo com o contexto histórico. Por isso, apresentaremos a evolução que culminou em um processo de constitucionalização, dando caráter vinculante aos princípios. Porém, um novo cenário exige uma nova base teórica para se consolidar e se pautar.

A partir dessa perspectiva, apontaremos uma das possíveis novas posturas a serem adotadas e suas principais características.

Palavras-chave: constitucionalização, princípios constitucionais, neoconstitucionalismo, direitos fundamentais.

Introdução

O direito brasileiro foi edificado sob uma base de princípios garantidores de direitos fundamentais. Para que estes princípios sejam eficazes, exigem força normativa, ou seja, que suas determinações tenham caráter vinculante.

Traçaremos uma linha histórica, expondo os principais acontecimentos que envolveram a evolução dos direitos rumo à normatização, desde a Idade Média até a atualidade.

Faremos referência aos modelos de direito das épocas abordadas, apontando os acontecimentos pertinentes ao tema durante o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo, fase que consideraremos uma síntese dos momentos anteriores.

Por fim, apresentaremos as conseqüências dessa atribuição de força normativa aos princípios que garantem direitos fundamentais. Apontaremos os postulados de uma nova fase do direito a serem observados no momento de sua interpretação, não mais a simples subsunção de regras, mas um verdadeiro processo de criação do direito.

1. Evolução da normatização dos princípios garantidores de direitos fundamentais

1.1 Idade Média

Os séculos 10 e 11 foram marcados pela opressão do sistema feudal, uma forma de organização política, econômica e social. Esse sistema se consolidou por volta de 850 d.C., período marcado pela descentralização do poder soberano concentrado no Reino Franco que passou a ser dividido para cada nobre presenteado com uma porção de terra, segundo os estudos de Giovanni; Junqueira; Tuono (1998, p.23).

Esses nobres passaram a ter como obrigação a proteção de seu território, que passou a se denominar feudo. Em decorrência disto, as atividades legislativa, administrativa e judiciária estavam concentradas no

poder dos senhores feudais, que as exerciam nos limites do território de seu feudo. Os senhores feudais igualmente detinham o poder econômico de propriedade das terras; o poder militar de defesa do feudo; o poder tributário, ou seja, o direito de cobrar imposto e pedágio pela passagem de viajantes; e o poder monetário, traduzido na faculdade de cunhar a própria moeda.

As características desse sistema geram total sujeição dos servos em relação aos senhores feudais, os nobres. Essa sujeição se estende aos comerciantes, novos personagens que surgem lentamente com o processo de renascimento comercial e urbano, que se iniciou no século 12, segundo os autores citados.

Os comerciantes deram origem às cidades, por sua necessidade de criar estalagens seguras onde pudessem se abrigar durante as suas longas viagens, para o exercício da sua atividade comercial. A preferência para estabelecimento dessas estalagens eram as regiões próximas ou mesmo internas do feudo, para segurança contra os freqüentes assaltos. Em troca da segurança, os senhores feudais cobravam impostos desses moradores e tinham autoridade sobre as cidades.

1.2 Formação do Estado nacional moderno

Com o desenvolvimento de suas atividades, os comerciantes ficaram cada vez mais ricos. Como conseqüência, passaram a celebrar mais contratos e emprestar dinheiro aos nobres e ao rei, passando a exercer cumulativamente a atividade bancária. Porém, seus contratos não tinham garantia e as dívidas dos nobres não podiam ser executadas, visto que, quando isso acontecia, os banqueiros eram condenados à morte, o que era possível devido ao poder de julgar dos senhores feudais.

Além deste, havia outros entraves ao desenvolvimento comercial e urbano gerados pela estrutura do sistema feudal, como a cobrança de impostos abusivos dos mercadores, inexistência de unidade monetária,

e a submissão às leis e à justiça feudal que eram inadequadas à realidade do crescimento urbano.

A partir do século 12 inicia-se na França um processo de centralização de poder que germinou da comunhão entre rei e burguesia, e culminou na formação de uma monarquia descentralizada.

Esse é o processo de formação das monarquias nacionais, e se estende pela Europa, alcançando a Inglaterra, o Sacro Império Romano-Germânico, que forma atualmente a região da Itália e da Alemanha, e finalmente Portugal e Espanha. As características dos Estados nacionais se delinearam firmemente na Idade Moderna, sendo que a principal era o monopólio do poder concentrado na figura do monarca.

Na Inglaterra, durante a dinastia angévina, que teve início em 1154, a busca pelo fortalecimento do poder do rei se deu pelo estabelecimento da justiça real e da *common law*, que passaram a abranger todo o território inglês.

Entretanto, a monarquia inglesa teve seu curso alterado durante o período de reinado de João Sem Terra (1199-1216, quando foi elaborada a Magna Carta¹, em 15 de junho de 1215, documento imposto pelos nobres, que limitava os poderes do monarca em diversos momentos, expressamente na cláusula 61^a, conhecida como “cláusula de segurança”, bem como na instituição da primeira referência ao devido processo legal e a inafastabilidade do controle jurisdicional, nas cláusulas 39^a e 40^a.

Esse freio ao poder do rei desencadeou um processo de monarquia constitucional, em que normas costumeiras de espécie constitucional passaram a se sobrepor ao próprio soberano. O monarca permanece no poder, mas este é limitado pelo disposto na

Constituição, o que se distancia das características das monarquias nacionais.

1.3 O substrato intelectual para uma transição ao constitucionalismo

A mentalidade burguesa trouxe à tona uma nova realidade, que se traduziu no movimento renascentista, caracterizado pelo Humanismo. Embora os humanistas se opusessem às idéias medievais de teocentrismo e de submissão total do ser humano a Deus, continuavam se orientando pelos valores divinos da Igreja Católica.

Contudo, passaram a questionar a vontade Deus como explicação absoluta a todos os questionamentos, desenvolvendo o racionalismo em busca da verdadeira razão. Essas idéias, retomadas mais tarde pelo Iluminismo, entraram em choque com os valores católicos e acabaram por se perder, dando fim ao Renascimento cultural.

Impulsionaram a Reforma Protestante a nova mentalidade burguesa, o interesse dos monarcas absolutistas em reduzir o poder da Igreja Católica e a crise que dela tomou conta. O rei Henrique VIII da Inglaterra, por exemplo, aderiu ao movimento e criou a Igreja Anglicana, passando a perseguir os católicos.

Entretanto, a doutrina católica ainda detinha importante parcela de poder na fundamentação das leis. Os tribunais inquisitoriais condenavam protestantes aos crimes de ofensa à fé católica, e podiam prender e até condenar à morte os réus considerados culpados por esta espécie de crime. Mesmo assim, os reis absolutistas contribuíram para o enfraquecimento do catolicismo e consolidação das Igrejas reformadas, passando a obter mais poder na medida em que as apoiavam ou até mesmo as criavam ou subvencionavam, tal qual ocorre no exemplo inglês.

¹ Redigida em latim bárbaro, significa Grande Carta. Seu nome completo é: *Magna Carta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni Angliae* (Carta Magna das liberdades ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da igreja e do rei inglês) (COMPARATO, 2005, p.69).

1.4 Do Absolutismo à Independência: um estímulo à constitucionalização

Durante o período das monarquias nacionais, os direitos e deveres dos membros da sociedade continuavam sendo determinados pelo critério do nascimento em família nobre ou não nobre. Os privilégios eram, portanto, transmitidos hereditariamente.

A burguesia, que foi ponto de apoio do processo de centralização de poder nas mãos dos reis absolutistas, não gozava de praticamente nenhum privilégio, salvo raras exceções premiadas com vantagens econômicas. A política mercantilista criada pelos reis para favorecer a burguesia começou a gerar, a partir do século 17, entraves para a sua própria atividade econômica. A burguesia clamava por poderes políticos, para que o governo se adequasse aos seus interesses econômicos.

Existiam instituições representativas, mas para que estas exercessem sua função com efetividade, seria necessário que o poder dominante estivesse subordinado a estas instituições e que estas exprimissem a vontade popular. A mais relevante dessas instituições foram os Estados-Gerais, instituição francesa que era composta pelas três ordens da sociedade: a nobreza, o clero e o terceiro-estado.

As Assembléias realizadas pelos Estados-Gerais resultavam na redação de "Cadernos de Queixas"², no exercício da função consultiva e até mesmo em decisões quanto a determinadas matérias (CARRION, 1997, p.11). Sua relevância se tornou visível no processo de revolução, em que a sua força se sobrepôs a do monarca Luiz XVI, na Revolução Francesa.

Hugo Grócio publicou em 1625 a obra *De iure belli ac pacis*³ que afirmou a independência da lei natural em relação a Deus, pois o direito natural seria válido para

todos os povos e ditado pela razão. Esta seria independente da vontade e da própria existência de Deus e, dessa forma, a fonte exclusiva de validade do direito natural seria sua conformidade com a razão humana.

É também no século 17 que ocorre a Revolução Gloriosa (1688-1689), sob os ideais de liberdade e igualdade assumidos como direito natural, sofrendo influências do pensamento de São Tomás de Aquino. Ressalve-se que os revoltosos reassumiram esta tese e a desenvolveram, pois a rebelião da burguesia também era uma tentativa de desligamento da Igreja Católica, tradicional aliada dos nobres.

O resultado dessa revolução foi favorável aos burgueses, e a Inglaterra finalmente passou a ser uma monarquia constitucional parlamentarista. Assim, o rei ainda era chefe do Estado; contudo, a Constituição limitava seus poderes, demonstrando sua submissão à lei. Além disso, o primeiro-ministro passou a ser escolhido pelos deputados do Parlamento para exercer a função de chefe de governo.

Foi dessa forma que os burgueses conquistaram o poder político na Inglaterra, podendo intervir no Parlamento, e desfiguraram as características do absolutismo inglês. Esse período foi marcado pelo estabelecimento do livre comércio, da liberdade de publicação de obras que não refletiam as idéias defendidas pela monarquia nacional do Estado, e principalmente pela divisão dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, antes concentrados na figura do rei.

Em virtude da conquista dessa liberdade, surgiram as teorias de Montesquieu, Voltaire e Rousseau que fundamentaram a Revolução Francesa sob a égide destes ideais, sobretudo de liberdade. Essa tendência influenciou o Iluminismo francês, sendo conseqüentemente retomada na Revolução

² *Cahiers de Doléances*

³ Das leis de guerra e paz

Francesa e no processo de independência dos Estados Unidos da América.

Montesquieu afirmava que o país não deveria ser governado pela vontade do rei absolutista, mas sim por leis. Teorizou sobre a tripartição dos poderes do Estado em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, para a garantia das liberdades individuais.

Voltaire, por sua vez, é lembrado quanto à luta pela liberdade de pensamento, idéia defendida em oposição à Igreja Católica. Contudo, para ele o governo do país deveria ser destinado a um monarca esclarecido, um rei absolutista compromissado com a tarefa de reformar o país de acordo com as idéias iluministas, e que garantisse as liberdades individuais.

Rousseau, expoente de uma das teorias sobre o contrato social, defendia que o governo deveria respeitar a vontade geral e, por isso, associava-se à idéia de igualdade de todos perante a lei.

Na Europa, sob a influência do Iluminismo, alguns monarcas aplicaram as idéias Iluministas no seu governo, embora com o escopo de impedir a busca por transformações mais profundas. Assim, a burguesia e o povo foram excluídos da participação política nas reformas, e o poder absoluto permaneceu concentrado nesses déspotas esclarecidos.

O Iluminismo foi inteiramente fundamentado em torno da liberdade, tanto que o conjunto de suas idéias ficou conhecido pela denominação de Liberalismo, seja ele político ou econômico. Influenciou a independência das Treze Colônias que estavam sob domínio inglês, com os ideais de direitos naturais e supremacia da lei, além de igualdade entre todas as pessoas. Novamente verificamos a presença da liberdade como direito natural e da igualdade em um movimento revoltoso.

A Treze Colônias eram autônomas entre si, governadas por um governador próprio e por uma assembléia de representantes.

Esta podia editar leis com validade somente no território da colônia. A fiscalização por parte da Inglaterra não era rigorosa.

Devido à má situação financeira da Inglaterra, motivada pela Guerra dos Sete Anos contra a França, o governo inglês passou a cobrar novos impostos e majorar os já existentes, mudando sua postura para uma fiscalização intensa. Isso gerou uma revolta, principalmente por parte dos colonos que comercializavam chá, pois além da questão fiscal, este produto passou a ser monopólio de comercialização da Companhia das Índias Orientais, sob determinação inglesa. Passaram, então, a reivindicar o direito de participação na elaboração de leis, inclusive naquelas que instituíam impostos.

Os massacres de soldados ingleses contra os colonos continuaram e, em 1775, foi decidido no 2º Congresso Continental da Filadélfia que Thomas Jefferson redigiria a Declaração de Independência que seria defendida por um exército a ser organizado por George Washington. Iniciou-se a guerra de independência.

Em 4 de julho de 1776 foi lida a declaração de independência das Treze Colônias, que passaram a ser os Estados Unidos da América. Porém, esse tratado entre colônias não era suficientemente sólido para assegurar algumas garantias, posto que alguns Estados não o obedeciam completamente, e alguns continuavam correndo riscos como se não estivessem aliados aos outros. Esse tratado precisaria ser ajustado.

Em 1781, o exército inglês rendeu-se em Yorktown e finalmente a Inglaterra reconheceu a independência das Treze Colônias por meio do Tratado de Paris, em 1783.

Assim, em 1787, para ajustar o tratado firmado entre as Treze Colônias, a convenção constitucional reuniu-se na Filadélfia para redigir a Constituição Norte-Americana de um Estado independente, uma república federativa nascida da comunhão das idéias de republicanos e federalistas. Nesta Cons-

tuição, os direitos naturais deveriam ser protegidos pelo Estado, e sob esse manto ideológico foi mantida a escravidão e a exclusão de mulheres da política.

Pouco tempo depois, em 1789, os burgueses venceram a Revolução Francesa, também inspirada nos direitos naturais de liberdade e igualdade, trazendo, ainda, a fraternidade como *exigência de uma organização solidária da vida em comum*⁴.

Em decorrência, no dia 9 de julho de 1789 foi proclamada a Assembléia Nacional Constituinte, que elaborou a Constituição da França, uma Constituição escrita, baseada também nos direitos naturais, sobretudo na liberdade e igualdade, também influenciada pelo Iluminismo. Mas a Constituição se torna principalmente um documento que estabelece a organização política do Estado, para romper de uma vez por todas a concepção do poder absoluto do monarca, e fixar e renovar a noção de soberania popular trazida pela teoria democrática clássica.

Nesse sentido, citamos o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, **nem a separação dos poderes determinada**, não tem constituição”⁵ (grifamos). O dispositivo confirma que a função da Constituição era ainda mais política que jurídica, tinha uma função de regular o poder político do soberano. Conforme nos descreve Carrion (1997, p.16):

A Constituição surge, portanto, como um estatuto da liberdade, de **defesa do cidadão e da sociedade em relação às investidas do poder**. Este, o seu profundo significado histórico (grifamos).

A Constituição traz em si um novo significado, que está adequado à nova organização do poder do Estado em relação ao cidadão.

1.5 As Constituições e o caráter individualista: surge a exigência da luta pelos direitos econômicos e sociais

As Constituições anteriores à Primeira Guerra Mundial traziam os direitos individuais e políticos incorporados no seu preâmbulo. No corpo, traziam o estatuto do poder, ou seja, a separação dos poderes.

O Estado legítimo passa a ser aquele politicamente organizado e dotado de autoridade, para que os direitos naturais sejam garantidos da melhor forma.

A lei passou a ser a expressão do Direito como um todo, pois era mais justa que os homens, e só poderia ser produzida pelo cidadão ativo, ou seja, pessoa do sexo masculino, proprietário e que pudesse contribuir com alta quantia de dinheiro.

O sujeito que elaborava as leis, ou seja, a classe burguesa, delimitou a escolha dos direitos naturais a serem protegidos pelo Estado, a saber, baseados na concepção do individualismo e do patrimonialismo. Todo direito natural passou a estar na lei, e tão-somente o que estava previsto em lei passou a ser considerado direito. Foi assim que a Constituição passou a ser um manifesto político de boas intenções sem efetividade na sociedade, pois privilegiava os direitos individuais e a propriedade, interesses de seus elaboradores.

O liberalismo, contribuição do pensamento iluminista, ofereceu a garantia de igualdade de direitos das pessoas perante a lei, o que veio a resultar em um crescente empobrecimento da classe proletária, fenômeno que se verifica desde o início do século 19. Em virtude dessa opressão burguesa, que fazia uso de meios legalizados para provocar injustiças sociais, cresceram as reivindicações de direitos relacionados ao trabalho.

Como proteção a essa nova ameaça, foi implantado o modelo de Estado-vigilante

⁴ Comparato, 2005, p.49.

⁵ Comparato, 2005, p.155.

da vida social, que buscava a garantia da obediência aos preceitos legais. O chamado Estado Polícia era um mero garantidor da lei, sem atenção aos problemas sociais.

Alguns direitos econômicos e sociais foram inseridos na Constituição da França, de 1848, mas só foram plenamente reconhecidos em 1917 e em 1919, na Constituição Mexicana e na Constituição de Weimar.

1.6 A aplicação da lei no positivismo

Na mesma linha de fundamentação, trazendo o direito individual como objeto, foi criado o Código Civil da França (1804) por Napoleão Bonaparte, maior expoente do movimento de codificação do início do século 19.

Para a defesa do código, Napoleão cria o juiz funcionário público. Destina aos juízes o Palácio da Justiça, para demonstrar a sua importância, mas exige a contrapartida de dedicarem fidelidade ao governo. E isso se dá por meio da característica aplicação da lei praticada nessa época.

A Constituição passou para o plano secundário, assim como as normas nela dispostas, que revelaram conteúdo meramente programático. Nesse momento, não há que se falar em interpretações de princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto submetido à análise do julgador. Vale dizer que em nome da objetividade científica, o direito como um todo foi equiparado à lei.

O direito passa a ser dividido tematicamente, não há conexão entre as áreas do direito no momento da sua aplicação. O resultado disso é a perda da unidade do direito. A doutrina passou a se empenhar na separação e delimitação dos ramos do direito.

A atividade jurisdicional é de guarda da lei, o juiz deve aplicá-la sem vínculo com a justiça, não deve fazer interpretações,

sua aplicação é literal. A aplicação do direito se dava por meio do silogismo, no ensinamento de Carrion (1997, p.94) uma operação:

(...) em que a norma geral atuaria como premissa maior, o caso concreto funcionaria como premissa menor e a decisão ou a sentença valeria como conclusão do silogismo (...) Não só refletia uma desconfiança com relação aos magistrados, recrutados, durante o Antigo Regime, no seio da aristocracia, como também correspondia às necessidades de segurança e de certeza jurídicas do sistema social em implantação. Nesta perspectiva, a função judicial reduz-se a uma atividade quase mecânica de aplicação-repetição da norma através de um procedimento lógico-formal de simples dedução.

Como conseqüência, a atividade jurisdicional ficou conhecida por resultar em um acúmulo de injustiças legalizadas.

1.7 A necessidade de uma nova eficácia dos princípios: o fenômeno da normatização

Ainda assim, a busca pela efetividade da liberdade e da igualdade⁶ continuou. No final do século 19, em 15 de maio de 1891, foi escrita a encíclica *Rerum Novarum* (do latim, "das coisas novas"), pelo Papa Leão XIII, que denuncia a questão social. Foi uma carta aberta a todos os bispos, debatendo sobre as condições das classes trabalhadoras. Registra, com base no que foi observado durante a Revolução Industrial, a injustiça e os direitos sociais, e também o respeito aos corpos intermediários, como verificamos:

Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristo. O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e

⁶ Neste momento, nos referimos à igualdade material, e não à igualdade de direitos e obrigações perante a lei, que promoveu o aumento da desigualdade social, conforme apontado supra.

da filosofia cristã, longe de ser um objecto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. O que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços⁷.

Em 1919, foi criada a Organização Internacional do Trabalho, que elaborou 64 convenções ratificadas até 1945, ano em que se iniciou a Segunda Guerra Mundial.

Porém, com o fim da guerra, crescem os desníveis sociais e as injustiças. O fim do conflito fez com que a humanidade, temerosa por uma terceira destruição, clamasse por paz, que deveria ser buscada para corrigir as injustiças, valorizando a dignidade da pessoa humana, em sentido contrário aos regimes totalitários. Nos ensinamentos de Comparato (2005, p.211):

As conseqüências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana.

Por essa razão, surge a idéia de uma nova declaração de direitos, que dessa vez não privilegiasse a burguesia. É criada a Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de organizar uma sociedade mundial na defesa da dignidade humana. A resposta que a ONU apresenta é a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

A Declaração de 1948 enuncia três princípios fundamentais de direitos humanos que nos remetem à Revolução Francesa, quais sejam: a liberdade, a igualdade e a fraternidade, e estabelece a proibição absoluta da escravidão e do tráfico de escravos.

Diversas outras convenções foram elaboradas após a Segunda Grande Guerra.

Além dos direitos individuais, civis e políticos, foram elaboradas convenções de direitos econômicos, sociais e culturais, e também de direitos dos povos e da humanidade. Os Pactos de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são aprovados em 1966.

Esses Pactos, entretanto, reafirmam uma falsa liberdade e igualdade. Não há que se falar em igualdade em países de flagrante desigualdade social. Os direitos políticos são inúteis na medida em que as condições sociais motivam a venda de votos.

Reclamava-se nesse sentido a força vinculante das declarações de direitos. Para garantir sua força jurídica perante os tribunais erige a necessidade de que os tratados sejam assinados pelos chefes de Estado.

2. A eficácia jurídica dos princípios garantidores de direitos fundamentais: uma nova postura possível a ser adotada

Ressurge a idéia de constitucionalização na Europa após a Segunda Guerra Mundial. No Brasil, esse processo é mais tardio, sendo identificado na promulgação da Constituição Federal de 1988. A Constituição deve apresentar eficácia jurídica, assim como devem ser os direitos fundamentais, conseqüentemente garantidos pelo Estado.

Cumprir esclarecer a diferença entre os direitos elencados nas declarações internacionais com relação aos direitos constitucionalizados, conforme elucida Comparato (2005, p.57), os direitos fundamentais são “direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, (...) são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais.”

Para a garantia da efetividade dos princípios garantidores de direitos funda-

⁷ Fonte: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-no_varum_po.html.

mentais nesse novo contexto, alguns postulados devem ser afirmados na construção de um novo modelo. O primeiro deles é o reconhecimento do caráter jurídico dos princípios que, conforme já salientamos, foi decisivo no processo de reconstitucionalização e normativização dos direitos humanos.

O neoconstitucionalismo postula que para a garantia da aplicação das normas constitucionais, deve-se ter em mente a afirmação da Constituição como lei de cumprimento obrigatório, e também considerar a sua supremacia perante as outras normas que integram o ordenamento jurídico. As normas constitucionais são imediatamente aplicáveis, mesmo que dependam de regulamentação de lei que não tenha sido elaborada.

Afirma-se ainda que as normas da Constituição devem abranger quase toda a vida social. A aplicação dos princípios constitucionais garantidores de direitos fundamentais só será eficaz se refletir no mundo externo ao aspecto meramente formal. E isso dependerá da ampliação da chamada jurisdição constitucional.⁸

O papel do Estado deve ser em sentido positivo, de garantia do cumprimento das normas, inclusive dos princípios. No seu descumprimento, fica ao encargo do Poder Judiciário, quando provocado, garantir a integridade do sistema, pois passou a caber-lhe a proteção dos direitos fundamentais.

Outro postulado é a formação de uma nova hermenêutica constitucional. Essa é a afirmação da Constituição como *locus* hermenêutico, pois ela irá resgatar a unicidade do Direito que estava dividido tematicamente sob influência do movimento analítico do século 19. Sobre esse aspecto, esclarece Pereira que a Constituição (2001, p.120):

passa a representar, portanto, o que aqui tem-se denominado *locus* hermenêutico:

o “lugar” a partir do qual há uma conformação das possibilidades de sentido de todas as normas inferiores, não tendo como, pois, compreender, interpretar e aplicar o Direito independentemente do padrão constitucional.

Há que se ressaltar o papel da argumentação jurídica e da razão prática no processo de interpretação. O novo processo de aplicação do direito exige uma postura diferenciada por parte do intérprete. Não há mais espaço para o método de subsunção. Barroso (2005, p.12) ilustra a nova forma de interpretação e postura do juiz a serem adotadas:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (I) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (II) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Por último, devemos afirmar a dignidade da pessoa humana como fundamento do ordenamento jurídico. Utilizamo-nos de decisão do Supremo Tribunal Federal para esclarecer o alcance do princípio:

o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa — considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) — significativo vetor in-

⁸ Aplicação da lei em compatibilidade com a Constituição, dando eficácia a todos os seus preceitos por meio de mecanismos de controle de constitucionalidade. No campo da hermenêutica, traduz-se pela afirmação da hermenêutica constitucional como única hermenêutica, passando a absorver a hermenêutica jurídica clássica.

terpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.⁹

Assim, a aplicação do direito em qualquer ramo deverá ser orientada pelo princípio que edifica o conjunto de direitos fundamentais, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

3. Conclusão

No *Jusnaturalismo*, os direitos naturais apresentavam valor ético. A história nos mostra conflitos referentes à fundamentação dada a esses direitos, com uma crescente tentativa de afastá-los da vinculação à vontade divina. Depois de um processo de revoluções e novas afirmações teóricas, o fundamento do direito passa a ser a razão humana, enfraquecendo a Igreja Católica.

O Positivismo, momento em que o direito natural alcança seu apogeu e passa a ganhar *status* de direito imposto pelo Estado, identifica o direito como a lei, e desconsidera totalmente os valores, reduzindo o direito à mera legalidade formal.

Agora, dentre as diversas fundamentações surgidas no século 20 no universo jurídico, fala-se em direitos humanos, e o processo de constitucionalização encontra justificativa na necessidade de atribuição de imperatividade a esses direitos. Dessa forma, muito além de regras de aplicação silogística, o ordenamento passa a ser composto por normas que exprimem valores. Uma vez constitucionalizados, os direitos humanos passam a ser identificados como direitos fundamentais. Para que sejam assegurados, é necessária uma nova postura com relação ao direito, seja quanto ao reconhecimento da normatividade dos princípios, seja no método de aplicação.

Aplica-se uma nova hermenêutica, a hermenêutica constitucional. O juiz passa a fazer parte do processo de criação do direito, que deixa de ser um simples processo de dedução, e procede à observância de circunstâncias particulares ao caso, o que apresenta o novo papel do julgador.

Por fim, é o princípio da dignidade da pessoa humana que irá orientar o intérprete na aplicação do direito. É, sobretudo, o valor fundamental do sistema e, ressalte-se, só ganhará importância se efetivamente aplicado pelo julgador e garantido pelo Estado. Sua eficácia só será comprovada se observarmos a vida humana inserida no contexto social.

⁹ HC nº 85.237. Fonte: <http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/constituicao.asp>.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5.^a ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v.58: RT, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-3-2005, DJ de 29-4-05. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/constituicao/constituicao.asp>. Acesso em: 26 de março de 2008.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Apontamentos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 4.^a ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIOVANNI, Cristina Visconti; JUNQUEIRA, Zilda Almeida; TUONO, Sílvia Guena. *História: compreender para aprender*. 6.^a. São Paulo: FTD, 1998.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VATICANO. Arquivo dos Papas. Leão XIII. Encíclicas. Rerum Novarum (15 de maio de 1891). Disponível em http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-no_varum_po.html. Acesso em: 26 de março de 2008.

