



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS - GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO

MICHELLE AMORIM SANCHO SOUZA

CONCEITO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE COLETIVA E EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS SOCIAIS

FORTALEZA

2012

MICHELE AMORIM SANCHO SOUZA

**CONCEITO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE COLETIVA E EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS SOCIAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor DR. Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz

FORTALEZA

2012

MICHELE AMORIM SANCHO SOUZA

**CONCEITO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE COLETIVA E EFETIVAÇÃO
DOS DIREITOS SOCIAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. DR. Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. DR. Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. DR. Hugo de Brito Machado Segundo (Examinador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. DR. Samuel Miranda Arruda (Examinador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

DEDICATÓRIA

Ao Matheus, meu irmão caçula, em virtude do amor fraternal dispensado na realização dessa dissertação.

Ao Marcello Raul, meu priminho, na certeza de que viverá e contribuirá para uma verdadeira sociedade livre, justa e solidária.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, porque está escrito, em Apocalipse. 5, 13, que pertence a Ele “todo o louvor, a glória e o domínio pelos séculos dos séculos”.

Aos meus pais, Marcos Antonio Sancho de Souza e Elyane Amorim Sancho de Souza, os quais, nos momentos de dificuldade na elaboração desse trabalho, sempre permaneceram ao meu lado e apoiaram todas as escolhas feitas.

Ao Professor Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz, meu orientador, pelas incansáveis lições acadêmicas, chegadas diariamente ao meu correio eletrônico e também pelo comprometimento com a realização desse trabalho acadêmico, sempre me concedendo palavras de incentivo e alertando para a concretização da justiça no universo jurídico brasileiro.

Ao Professor Hugo de Brito Machado Segundo, pelo compromisso com o desenvolvimento do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Ao Professor Samuel Miranda Arruda, de quem aprendi o gosto pela Disciplina de Direito Penal e aceitou, prontamente, o meu convite para participar da minha banca.

Ao Desembargador Paulo Francisco Banhos Ponte, que, nesse último ano, tive o privilégio de conviver e estar presente na formação de seu Gabinete. Apelidou-me carinhosamente de “professora”, com o intuito de me ensinar, diuturnamente, as experiências do magistério e do julgamento das demandas judiciais.

Ao Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, por ter contribuído com a elaboração do meu primeiro artigo científico.

Às minhas amigas do Mestrado, Christianne, Danielle, Denise, Elizabeth, Eulália, Laís e Érika, as “panelas”, como bem denominou Paulo Bonavides, a fim de demonstrar a nossa união e companheirismo que se projetarão, certamente, para o Doutorado.

Às minhas eternas amigas da Faculdade de Direito, Nara, Rebeca e Sara, que, de fato, desde os bancos de Faculdade, sempre me apoiaram na escolha pela Academia.

Às minhas amigas no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Iara, Luciana, Romana e Valdiane, que, constantemente, brindavam as manhãs com palavras de apoio e carinho nessa jornada de elaboração de textos e sedimentação de opiniões.

À minha tia, Érica Pereira Amorim, exemplo de mãe e competência no desenvolvimento das pesquisas acadêmicas.

RESUMO

O presente trabalho tenciona demonstrar o conceito constitucional da dignidade coletiva e a relação com a efetivação dos direitos sociais. Dessa forma, a definição de consciência jurídica e identidade constitucional permitem que a sociedade se identifique com o sistema jurídico vigente. Assim, aquela, por ser a superação da consciência moral e ter como característica fundamental a universalidade, capta no seio da sociedade os anseios primordiais de determinado corpo social e reflete nesta, o que torna possível esse reconhecimento entre sociedade e principalmente o texto constitucional. Portanto, o povo, uma grandeza pluralística, é o titular da construção/reconstrução de um dado Estado e do próprio discurso constitucional. No Brasil, a gestação da etnia brasileira se deu pela junção de três povos: índio, africano e europeu, os quais foram os responsáveis por congregar, em um só ordenamento jurídico, a pluralidade étnica, cultural e sociológica, atrelada à preocupação constante com a intolerância ao preconceito sobretudo racial, percebido desde o preâmbulo da Constituição de 1988 (CF). Nessa ótica, por meio dos processos de negação, metáfora e metonímia, a identidade constitucional brasileira é fundada na instituição de um Estado Democrático de Direito e construção de uma sociedade, livre, justa e solidária (art. 1º, *caput* c/c art. 3º, I, CF). Além disso, a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República (art. 1º, III, CF), é considerada como o valor informador do ordenamento e fonte de onde brotam todos os direitos e deveres fundamentais. Então, no contexto constitucional brasileiro, essas três definições formam o arcabouço teórico para a construção do conceito constitucional da dignidade coletiva, diante da necessidade precípua de encarar o ser humano não mais como um ser individualizado, mas carecedor ontologicamente da vida em sociedade. A partir dessa construção dogmático-jurídico, a efetivação dos direitos sociais perpassará pela análise da inconstitucionalidade por omissão, vício que compromete a força normativa da Constituição. O reconhecimento, portanto, da dignidade coletiva permitirá que tal inconstitucionalidade não afete somente o sujeito que se encontra prejudicado com a ausência de concretização do direito social, porém todo o corpo social.

Palavras-chave: Identidade constitucional. Consciência Jurídica. Dignidade humana. Dignidade coletiva. Direitos sociais.

ABSTRACT

This paper intends to demonstrate the constitutional concept of the dignity and collective relationship with the fulfillment of social rights. Thus, the definition of legal awareness and constitutional identity allows society to identify itself with the legal system. So that, this could be the overcoming of moral conscience and have universality as a fundamental characteristic, in the core society it captures the aspirations of certain primordial social body and reflects it, making it possible this recognition between society and especially the constitutional text. Therefore, the people, in its pluralistic greatness, is the holder of the construction/reconstruction of a given State's own constitutional discourse. In Brazil, the Brazilian ethnic generation was due to the junction of three people: Native American, African and European, who were responsible for bringing together in one legal system the ethnic, cultural and sociological pluralism, linked to the constant concern with intolerance to particular racial bias, realized from the preamble to the Constitution of 1988 (CF). From this perspective, through the processes of denial, metaphor and metonymy, the Brazilian constitutional identity is founded on the establishment of a democratic State of law and a building a society, free and fair (art. 1, *caput* c/c art. 3, I, CF). In addition, human dignity, one of the foundations of the Republic (art. 1, III, CF), is considered as the core value and most important source from which spring all the fundamental rights and duties. So in the constitutional context of Brazil, these three definitions form the theoretical framework for the construction of the constitutional concept of collective dignity, the need to face the gigantic duty of seeing the human being not as an individualized being, but as an ontologically in need of life in society. From this construction-dogmatic law, the fulfillment of social rights will go on by an analysis of unconstitutionality by omission, a defect that compromises the normative force of the Constitution. The recognition, of collective dignity therefore, will not allow this unconstitutionality to affect only the individual who is harmed by the lack of realization of social rights, but the whole social body.

Keywords: Constitutional identity. Legal Consciousness. Human dignity. Collective dignity. Social rights.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC	Ação declaratória de constitucionalidade
ADCT	Ato das disposições constitucionais transitórias
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
ADO	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão
AL	Alagoas
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CNCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CRP	Constituição da República Portuguesa de 1976
DF	Distrito Federal
ECA	Estatuto da criança e do adolescente
EXT	Extradição
MI	Mandado de injunção
MG	Minas Gerais
PE	Pernambuco
PEC	Proposta de emenda à Constituição
RFB	República Federativa do Brasil
RJ	Rio de Janeiro
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	11
2.1 Poder estatal e identidade constitucional	11
2.2 Aspectos étnicos, culturais, sociológicos e jurídicos da formação do povo brasileiro.....	19
2.3 Relação entre identidade constitucional e a consciência jurídica.....	22
2.4 Evolução histórico-constitucional brasileira para a compreensão da atual identidade constitucional	24
2.5 Identidade constitucional brasileira a partir de 1988: necessidade de construção efetiva de uma sociedade democrática, baseada na liberdade, justiça e solidariedade	28
3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	32
3.1 Bases históricas e filosóficas para a formação do conceito de dignidade da pessoa humana no atual Estado Constitucional Brasileiro.....	32
3.2 Dimensões da dignidade da pessoa humana.....	42
4 CONCEITO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE COLETIVA.....	49
4.1 Fundamentação para o desenvolvimento do conceito constitucional da dignidade coletiva.....	49
4.2 Dignidade coletiva e patriotismo constitucional.....	54
4.3 Dignidade coletiva e a relação com o princípio constitucional da solidariedade	58
4.4 Diferenças entre dignidade coletiva e dignidade da pessoa humana.....	65
4.5 Construção dogmático-jurídica do conceito, titularidade e âmbito de proteção da dignidade coletiva	66
5 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	70
5.1 Conceito e titularidade.....	70
5.2 Compreensão das teorias relacionadas ao mínimo existencial e à reserva do possível e a justiciabilidade dos direitos sociais	77
5.3 Inconstitucionalidade por omissão	79
6 CONCLUSÃO: INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E O CONCEITO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE COLETIVA	98
REFERÊNCIAS.....	100

1 INTRODUÇÃO

A pluralidade étnica e cultural sempre foi uma característica inerente à comunidade política brasileira. É reconhecida tanto no cenário internacional quanto pelo próprio discurso constitucional quando afirma em seu preâmbulo que os valores supremos ali consagrados são pertencentes a uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Essa comunidade, diferentemente do que se imaginaria acerca do reconhecimento de uma identidade de propósitos em uma realidade excessivamente pluralística, aponta, contudo, para a existência de uma identidade constitucional, circunscrita no âmbito do discurso de 1988, pautada na realização de valores opostos aos da Ditadura Militar e comprometidos com a realização de um Estado Democrático de Direito e a construção efetiva de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 1º, *caput* c/c art. 3º, I, CF). Essa constatação será realizada com base nos processos de negação, metáfora e metonímia.

Dessa forma, em momento anterior, a consciência jurídica dessa sociedade capta, por meio de uma “tribuição”, para posteriormente transportar para o fenômeno jurídico, os valores que servem de interesse ao Constitucionalismo brasileiro, no intuito de elevá-los à condição de universais e formarem a identidade constitucional brasileira. Por ser a consciência jurídica universal, ela representa toda a comunidade política e não poderá ser confundida com a consciência moral, apesar de não estar completamente desatrelada desta, já que tem o seu momento inicial na moral.

A partir disso, a dignidade da pessoa humana encerra o arcabouço teórico de sustentação da proposta de construção do conceito constitucional da dignidade coletiva, pois é o valor informador de toda a ordem jurídica brasileira (art. 1º, III, CF), bem como a fonte ética de onde brotam todos os direitos e deveres fundamentais.

Então, a dignidade social emerge do próprio discurso constitucional brasileiro, diante de sua abertura e incompletude, que permite reconhecer que o corpo social, por possuir uma identidade de anseios positivados na Constituição, necessita que todos esses anseios sejam respeitados e obedecidos pela comunidade política, justamente, pelo fato de serem oriundos da consciência de todos *nós*.

A dignidade coletiva, portanto, como valor essencial, tem como titular a própria sociedade brasileira. Reforça-se que o ser humano, embora considerado nos períodos anteriores como um ser excessivamente isolado, seja compreendido, hodiernamente, como parte indissociável de uma coletividade, que, ao ser detentora do poder e possuidora de uma identidade constitucional, quando não respeitados ou obedecidos pela comunidade política,

ferirão esta como um todo, e não somente, o direito do indivíduo violado. A idéia de solidariedade está fortemente relacionada com essa nova definição, mas não se confunde com esta.

Nessa linhagem de raciocínio, todos os atores sociais passarão a possuir um interesse legítimo na concretização dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, de cada membro que compõe o corpo social e um dever recíproco de buscar a realização desses direitos, por meio do Poder Judiciário.

Em contrapartida, o Poder Público, em suas três esferas, igualmente, se encontra obrigado a respeitar esse valor essencial, porque, exemplificativamente, na hipótese das omissões inconstitucionais, a não elaboração da legislação específica para regular determinado direito social acaba por afetar toda a sociedade.

Finalmente, a presente dissertação tenciona oferecer, com base nas definições de consciência jurídica, identidade constitucional e dignidade humana, a sustentação teórica para uma proposta de construção dogmático-jurídica do conceito constitucional da dignidade coletiva, indicando a sua titularidade e o seu campo de atuação, na procura incessante de garantir a todos, independentemente de diferenças sociais, culturais ou econômicas, uma existência digna, refletida no fato de o ser humano ser ontologicamente digno e carecedor de uma convivência em sociedade.

2 CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DA IDENTIDADE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1 Poder estatal e identidade constitucional

Hodiernamente, é inegável que o texto constitucional brasileiro, a partir de 1988¹, congrega os valores fundamentais, o cerne da organização estatal, os direitos, as garantias e deveres fundamentais, os quais representam, em suma, as características primordiais do povo brasileiro, distinguindo-o de outras comunidades. Forma-se, então, nesse contexto antropológico, a definição de identidade constitucional brasileira, a qual será o primeiro pressuposto para o entendimento do conceito constitucional da dignidade coletiva.

No entanto, para a compreensão dessa identidade, além da necessidade de uma análise pormenorizada da evolução histórico-constitucional pátria, a distinção entre poder estatal, segundo Pontes de Miranda, e poder constituinte, conforme bases racionais concebidas por Sieyès, representará o início deste estudo sobre a construção da identidade constitucional brasileira.

Assim, “constituir-se é um processo natural, aqui reelaborado e orientado racionalmente por meio do Direito²”, por isso Lassale³ afirma que todos os países sempre detiveram uma constituição real e efetiva. Logo, “é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos”.

A partir do século XVII, surgiram os movimentos constitucionais – inglês, francês e estadunidense – que deram as feições do constitucionalismo moderno⁴, apreçoado como uma técnica de limitação do poder, no qual existe a preocupação com os direitos

¹ Para reforçar, Luís Roberto Barroso, em artigo intitulado **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), esclarece que a Constituição de 1988, atrelada ao processo de redemocratização vivenciado pelo Brasil durante o fim da Ditadura Militar, representa o marco histórico para o reconhecimento do discurso constitucional como ordem suprema do ordenamento jurídico pátrio.

² VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 72.

³ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** São Paulo: Campinas, 2010, p. 29. Lembra-se que ao autor é atribuído o conceito sociológico para o vocábulo constituição, uma vez que esta seria a soma dos fatores reais de poder. O texto constitucional jurídico, portanto, seria apenas uma “folha de papel”, caso não observasse as relações reais e efetivas – fatores reais de poder – que regem determinada sociedade, por isso “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores reais de poder que imperam na realidade social” (*Id.*, p. 45).

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Portugal: Almedina, 2003, p. 51.

fundamentais, sobretudo em sua fase inicial, com a positivação da tradicional tutela das liberdades burguesas, as quais “constituem um dique contra a intervenção estatal⁵”.

No território nacional, é relevante destacar que, apesar do cenário político-jurídico da Europa Ocidental apontar para a necessidade de limitação do poder monárquico por meio, principalmente, da consagração dos direitos fundamentais, culminando em alguns movimentos políticos, como a Revolução Francesa⁶ em 1789, somente em 1822 deixou o Brasil de ser considerado uma colônia, devido à chegada da família real portuguesa no país, para, posteriormente, em 1824, D. Pedro I outorgar o primeiro texto constitucional, cujo cerne da organização política do Império era o poder moderador⁷.

Havia, então, em pleno século XIX, nas terras brasileiras, um forte resquício dos privilégios do absolutismo, já que, exemplificativamente, o imperador estava isento de qualquer responsabilidade civil, administrativa ou penal (art. 99, CF/1824⁸), atrelado à modernidade, por meio da instituição, embora de modo arbitrário, de um texto constitucional escrito.

Nesse sentido, por uma questão de ordem lógica, a construção de um Estado é anterior, inegavelmente, à instituição de um dado discurso constitucional. É necessário, pois, que se criem primeiramente as condições propícias para a construção estatal, quais sejam, soberania, povo, território e finalidade⁹, para, posteriormente, haver uma exteriorização da estruturação básica estatal, por meio das normas constitucionais¹⁰.

A partir dessa linha de raciocínio adotada por Pontes de Miranda, o qual será seguido no presente estudo para uma melhor compreensão da teoria poder constituinte na atualidade, o poder estatal é aquele relacionado ao ato de “construir e de reconstruir o

⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varrialle e outros. 5. ed. São Paulo: Editora UNB, 2004, p. 401.

⁶ Para François Furet, em uma interpretação reducionista, a Revolução Francesa de 1789 não passou de um fenômeno político, no qual existiram três revoluções autônomas e simultâneas, a saber, conflito entre sociedade civil e Estado, a revolução política perpetrada pela elite, mas, posteriormente, com a entrada das massas, passa a sofrer uma derrapagem e, finalmente, as classes dos sans-culottes trazem comportamentos arcaicos ao movimento, que não encontraram qualquer unidade no processo revolucionário (téléscopage). Somente, pois, a primeira era dotada de consciência política e, portanto, transformadora da realidade. (FLORENZANO, Modesto. François Furet: historiador da revolução francesa. **Revista de História**, São Paulo, n. 132, p. 1-15, 1995).

⁷ No termos do art. 98, CF/1824: O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegada privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos poderes políticos.

⁸ O art. 99, CF/1824. A Pessoa do Imperador é inviolável e sagrada: ele não está sujeito à responsabilidade alguma.

⁹ Acerca dos elementos constitutivos do Estado, vide DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 51-93. No mesmo sentido, BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 66.

¹⁰ É relevante frisar a lição de Jorge Reis Novais, em **Contributo para uma teoria do estado de direito**, (2006, p. 179-218), o qual afirma que elementos da socialidade, isto é, a preocupação constante com a justiça social, e democracia tornaram-se inseparáveis do atual conceito de Estado Constitucional.

Estado¹¹”. Esse poder encontra-se no âmbito do ser ao passo que o poder constituinte, como mais alta espécie do poder de legislar, no mundo do dever ser¹².

Dessa forma, nas democracias, por exemplo a do Brasil de 1988, segundo o art. 1º, parágrafo único, CF, ao afirmar, categoricamente, que todo o poder emana do povo, o poder estatal tem por fonte o povo, grandeza pluralística¹³, o qual dever ser compreendido, segundo a lição de Canotilho¹⁴, como:

uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas, tais como partidos, grupos, igrejas, associações, personalidades, decisivamente influenciadoras da formação de ‘opiniões’, ‘vontades’, ‘correntes’ ou ‘sensibilidades’ políticas nos momentos preconstituíntes e nos procedimentos constituíntes.

Para Friedrich Müller¹⁵, o vocábulo “povo” deve ser entendido em quatro acepções distintas: povo ativo, instância global de atribuição de legitimidade, ícone e destinatário de prestações civilizatórias do Estado e do povo participante.

Em breves palavras, a primeira compreensão está atrelada ao fato dessa grandeza atuar como sujeito de dominação¹⁶, responsável por instituir direta ou indiretamente a formação estatal¹⁷. Além disso, constitui o conjunto de eleitores responsável pela escolha, exemplificativamente, de seus representantes junto ao Poder Legislativo, os quais, posteriormente, serão os responsáveis pela feitura da legislação infraconstitucional que guiará determinada comunidade política.

Em seguida, por não ser possível ao povo atuar diretamente em toda a manifestação dos poderes constituídos, é concebido um ciclo de legitimação, no qual o papel do povo é servir de instância global de atribuição de legitimidade do poder, já que obedece às

¹¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967**. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 175.

¹² Conforme as palavras de Pontes de Miranda (1987, p. 187), “o conteúdo do poder estatal é a formação do *ser*; o conteúdo do poder constituinte é norma, *dever ser*, discriminação. O ser do poder constituinte provém do poder estatal. Esse o determina, o delinea, o delimita” (*grifos no original*). Na mesma linha de pensamento, SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>>. Acesso em: 21 jul.2011.

¹³ HÄBERLE, Peter *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Portugal: Almedina, 2003, p. 75.

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Portugal: Almedina, 2003, p. 75

¹⁵ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁶ *Id. Ibid.*, p. 45.

¹⁷ SARMENTO, *op. cit.*

decisões judiciais proferidas em consonância com a legislação promulgada e não se revolta contra o ordenamento jurídico vigente¹⁸.

Posteriormente, a noção de povo como ícone centra-se na necessidade deste, como sujeito de dominação, consoante já explicitado, deva participar da elaboração das prescrições civilizatórias do Estado, a fim de ocorrer o ciclo de legitimação, pois não adiantaria, tal qual ocorre nos regimes autoritários, essa grandeza pluralística ser considerada mero atribuidor de legitimação, sem ter participação alguma na escolha dos representantes.

Finalmente, quanto ao povo ser o destinatário das prescrições estatais, leciona, mais uma vez, George Sarmento¹⁹, que esse aspecto se relaciona à “população real de um país, titular de direitos fundamentais que devem ser assegurados na Constituição e concretizados pelo Estado”, pois, sendo aquele o titular do poder estatal, essa formação deverá ser dirigida para a concretização da dignidade humana, a qual se expressará nos direitos e deveres fundamentais.

Feitas essas considerações, o poder constituinte, segundo Paulo Bonavides²⁰, “é basicamente uma teoria da legitimidade do poder”, porque o poder estatal, que é anterior, necessita, conseqüentemente, de uma normatização constitucional, democraticamente instituída, para transparecer o que foi decidido pelo povo no mundo do ser²¹. Assim, a noção de poder constituinte surge para reforçar no discurso constitucional – mundo do dever ser – a legitimação dada ao povo no momento da construção/reconstrução estatal, por isso Gilberto Bercovici²² explicita que “o princípio da soberania popular significa que a constituição é fruto da soberania popular, e não o contrário”.

Tal teorização, fundamentada na razão humana, foi proposta por Sieyès, durante o século XVIII, em que era necessária a substituição do poder divino dado aos monarcas, baseada, portanto, a legitimação em uma argumentação sobrenatural²³, para conferir ao

¹⁸ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 49.

¹⁹ SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>. Acesso em: 27 jul.2011.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141. Cristina Queiroz, (2009, p. 140), esclarece, igualmente que “o poder constituinte coloca a questão da ‘legitimidade’ do poder, de este se ‘dar’ a si próprio uma constituição”.

²¹ É, ainda, segundo Müller, em **Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo**, (2004, p. 19), o poder constituinte “uma expressão de linguagem e, como expressão nos diplomas constitucionais, um texto escrito”.

²² BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 20.

²³ Mais uma vez, Friedrich Müller, (2004, p. 22-23) esclarece que “o sistema feudal invocou fontes de legitimação supramundanas. Ante Deus, as contradições reais diariamente experimentadas (mesmo a entre ricos e pobres, poderosos e impotentes) podiam afigurar-se fundamentalmente nulas; e nulas elas foram também declaradas expressamente pela doutrina cristã. Nas suas origens, o Estado constitucional burguês da

Direito e ao próprio poder constituinte um pretenso processo de racionalização²⁴, no qual a nação, inicialmente, era a responsável por atribuir ao texto constitucional a sua conformidade com os anseios populares.

Nesse sentido, o primeiro indício do movimento constitucionalista se deu com a Revolução Inglesa de 1688²⁵, a qual culminou com o *Bill of Rights* de 1689 e esboçou os primeiros contornos para uma concretização do significado jurídico do termo constituição, pois transformou, por meio do reconhecimento da supremacia do Parlamento, o Estado Absolutista²⁶ em Estado de Direito. É vislumbrado, então, o governo das leis, sedimentado na liberdade e propriedade, em que se estabelece uma constituição mista, na qual o poder não está concentrado nas mãos do monarca, antes é partilhado por ele e por outros órgãos, como o Parlamento²⁷.

O conceito dual da democracia e o federalismo estadunidense, que foi inaugurada com a primeira constituição escrita em 1787, incute a noção de supremacia constitucional – *paramount law* –, em que o povo decide as questões governamentais mais relevantes e as demais, de maneira mais freqüente, o governo²⁸. A *higher law* permitiu, diversamente dos franceses, que eram atormentados por um possível retorno do Antigo Regime, a sedimentação do princípio democrático e a existência das funções estatais, atribuídos a órgãos diferentes, o que gerou, inevitavelmente, controle jurisdicional de constitucionalidade como uma construção histórica²⁹. Reforça-se ainda que, com a declaração de independência dos Estados Unidos da América, ocorreu o início da deslocação do poder estatal de Deus para o povo³⁰.

modernidade pós-feudal constituiu-se por legitimação intramundana; embora os padrões feudais de justificação ainda interferissem durante muito tempo (monarquia, direito natural idealista) – à medida que esse Estado Constitucional ainda estava subdesenvolvido”.

²⁴ Diz-se pretenso, porque, ao longo do presente estudo, realizar-se o uso, sobretudo, de conceitos como o de sentimento constitucional e consciência jurídica, que não descartam a natureza emocional do ser humano, compreendido como um ser bifurcado, conforme Kant (SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 203).

²⁵ Em uma síntese histórica, o Estado Feudal, baseado nos estamentos, encontrou no Estado Absoluto o seu substituto, uma vez que as instâncias difusas foram substituídas, paulatinamente, pela concentração e unificação do poder, por meio do reconhecimento da soberania estatal (DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **O princípio da legitimidade do poder no direito público romano e sua efetivação no direito público moderno**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 270). Já, o Estado de Direito, cujas bases foram postas pelo liberalismo, indica, conforme Nelson Saldanha, (2010, p. 88), uma formação estatal que tem no Direito, em especial na Constituição, seu fundamento e ao mesmo tempo sua limitação.

²⁶ Segundo Jorge Reis Novais, **Contributo para uma teoria do estado de direito**, (2006, p. 36), “o Estado absoluto é considerado pela generalidade da doutrina como o anti-modelo contra o qual se erguem a teoria e a construção prática do Estado de Direito”.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Portugal: Almedina, 2003, p. 56.

²⁸ *Id. Ibid.*, 58.

²⁹ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, 107-109. Apenas a título de ilustração, o controle desenvolvido nos Estados Unidos é eminentemente difuso e tem por origem o caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, no qual se atestou a

Como existe uma maior influência do movimento constitucionalista francês, antes de adentrar ao tema relativo à identidade constitucional, destaca-se que o poder constituinte, como pensado por Sieyès, foi elaborado com tendências a características divinas³¹, as quais devem se compatibilizar, hodiernamente, com a adoção da teoria do poder estatal. O entendimento de Sieyès, portanto, parte da distinção entre poder constituinte originário e derivado, ligando-se à idéia de formação do texto constitucional e não do Estado.

O Poder Constituinte Originário, de fato, é inicial, já que inaugura uma nova ordem constitucional, em momentos, como lembra Jorge Miranda³², de viragem histórica, de ruptura com os valores passados na exteriorização normativa do Estado que se constrói/reconstrói.

É ainda, diversamente do que pensado, limitado e condicionado, sobretudo, à ordem internacional, pois o poder constituinte está atrelado ao poder estatal, ou seja, aos valores populares, bem como à concretização dos direitos e deveres fundamentais que se traduzem, em suma, na dignidade da pessoa humana. Acerca do fenômeno da vinculação jurídica do poder constituinte originário³³, este, igualmente, está condicionado aos princípios de justiça. Esses limites, para Jorge Miranda³⁴, são classificados em transcendentais, quando se ligam à noção de Direito Natural, valores éticos superiores presentes em uma consciência jurídica coletiva, em imanentes, já que decorrem da configuração dada ao modelo estatal preconizado, como a instituição do federalismo como forma de estado, o princípio democrático e a tripartição harmônica das funções estatais (art. 60, § 4º, I a III, CF), e, finalmente, em heterônomos, ao se relacionarem principalmente aos postulados de Direito Internacional.

Em relação ao poder constituinte derivado, como o texto constitucional é aberto e constantemente vivenciado por seus criadores, ainda que indiretos,³⁵ – *living constitution* – são previstos mecanismos tanto formais quanto informais de reforma. Logicamente, tal debate

possibilidade de o Poder Judiciário verificar a dissonância de uma legislação infraconstitucional com a Constituição.

³⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967**. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 177.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Portugal: Almedina, 2003, p. 71.

³² MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II. 6. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 100.

³³ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 81.

³⁴ MIRANDA, *op. cit.*, p. 134-138.

³⁵ A ideia de que a Constituição é *law in action* reforça que esse texto, consoante a lição de Walber de Moura Agra, “constitui-se no mínimo denominador comum da sociedade, no núcleo normativo em que cada cidadã se reconhece como membro da coletividade”, por isso a necessidade constante de acompanhamento da contingência do ser.

entre “mudança *versus* estabilidade não é recente³⁶”, porque a pretensão de imortalidade dos discursos constitucionais não se coaduna com a evolução social, a qual perpassa, no exemplo brasileiro, desde a possibilidade de reeleição dos chefes do Poder Executivo (art. 14, § 5º, CF), em 1997, a inclusão da celeridade processual como direito fundamental expresso (art. 5º, LXXVIII, CF), em 2004, e a dissolução direta do casamento pelo divórcio (art. 226, § 6º, CF), em 2010.

Ainda, a respeito dos processos de reforma constitucional, leciona José Afonso da Silva³⁷ que as emendas são o sistema de mudança formal adotado pelo constituinte brasileiro, porque a revisão ocorreu uma única vez, em sessão unicameral e por maioria absoluta de votos dos membros do Congresso Nacional, consoante o art. 3º, ADCT³⁸.

As emendas, por conseguinte, representam uma técnica de guarda do texto constitucional, a qual se compatibiliza com a sua rigidez, uma vez que, de acordo com o art. 60, CF³⁹, há a imposição de limitações circunstanciais, contidos no art. 60, § 1º, e materiais, denominadas cláusulas pétreas, sejam explícitas, presentes no art. 60, § 4º, CF, sejam implícitas, como os princípios constitucionais sensíveis descritos no art. 34, VII, CF, e os direitos fundamentais sociais. Explica Canotilho⁴⁰ que

a constituição garante a sua estabilidade e conservação contra alterações aniquiladoras do seu núcleo essencial através de cláusulas de irreversibilidade e de um processo <agravado> das leis de revisão. Não se trata de defender, através destes mecanismos, o sentido e características fundamentais da constituição contra adaptações e mudanças necessárias, mas contra a aniquilação, ruptura e eliminação do próprio ordenamento constitucional, substancialmente caracterizado.

Com essas considerações sobre o poder constituinte, observa-se que a identidade constitucional, a qual deverá ser apreendida no “domínio intersubjetivo circunscrito pelo

³⁶ MORAES, Filomeno. A constituição do Brasil de 1988 e a reforma política. **Pensar**, Fortaleza, p. 48, abr. 2007. O referido autor, com base em Olavo Brasil de Lima Júnior, defende que, “se a mudança, considerada a partir de uma teoria democrática externa à constituição, for democratizante, a instabilidade é menos relevante; se a mudança, no entanto, sob a mesma ótica, não for, é preferível manter a estabilidade”.

³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 62-68.

³⁸ A revisão constitucional brasileira foi responsável pela feitura de seis emendas de revisão. Quanto ao processo informal de modificação do texto, há o fenômeno da mutação constitucional.

³⁹ No Brasil, não é adotada a teoria da dupla revisão, a qual permitiria que uma emenda modificasse o art. 60, CF, pois, conforme a lição de Ingo Wolfgang Sarlet, (2003, p. 657), “também não poderíamos deixar de nos filiar à concepção que entende ser inviável a dupla revisão, em face do grave risco de uma destruição da identidade constitucional pelo legislador, sobrepondo-se à vontade expressa do Constituinte”.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Portugal: Almedina, 2003, p. 889-890.

discurso constitucional⁴¹”, guarda uma importante relação em se traçar o que é normatizado pelo poder constituinte, fruto da manifestação do poder estatal, e que distingue determinada sociedade de outra.

Assim, quais os valores vislumbrados inicialmente pelo povo e inseridos nesse discurso? Há alguma distância entre os elaboradores, de fato, do texto constitucional e essa grandeza pluralística? Como é formada essa identidade capaz de demonstrar o marco distintivo de certa coletividade para a ordem internacional? É possível haver uma fraca adesão a esses preceitos, os quais deveriam refletir as características de certa sociedade? Esses questionamentos servirão de base para o desenvolvimento do conceito de identidade constitucional.

É inegável a existência de um hiato entre os elaboradores do texto constitucional, representantes indiretos da comunidade, e esta, uma vez que, embora a identidade constitucional somente seja predicável com o reconhecimento das demais existentes na sociedade pluralista, não é possível, por razões práticas, que o referido discurso, em constante construção, agregue todas as identidades existentes, como as culturais, étnicas, religiosas⁴².

Torna-se necessário, em um primeiro momento, que a identidade constitucional negue, rejeite *a priori* todas essas identidades em busca de sua autodeterminação. Após esse processo, começará uma incorporação gradual das identidades anteriormente descartadas em busca somente daquelas que servem para os propósitos do constitucionalismo adotado.

Por meio, conseqüentemente, da metáfora, serão buscadas similaridades e equivalências, a fim de que sejam forjados vínculos de identidades⁴³. Como, então, no primeiro estágio há um esforço para a formação da autoidentidade, agora, a preocupação será direcionada para a substituição de identidades incompatíveis.

Finalmente, a metonímia se relaciona ao contexto em que foi formada a identidade constitucional, que, no presente estudo, estará centrado para o período de elaboração do texto constitucional de 1988.

Com essas delimitações, as quais servirão de base para a compreensão futura da atual identidade constitucional pátria, será realizada uma análise, no próximo tópico, dos aspectos étnicos, culturais, sociológicos e, posteriormente, jurídicos do povo brasileiro, titular do poder estatal.

⁴¹ ROSENFELD, Michael. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 40.

⁴² *Id. Ibid.*, p. 36.

⁴³ *Id. Ibid.*, p. 61.

2.2 Aspectos étnicos, culturais, sociológicos e jurídicos da formação do povo brasileiro

O povo congrega os indivíduos, não em suas posições particularmente consideradas, mas reforça o caráter social do ser humano, pois a solidariedade, tal qual a dignidade humana, são características intrínsecas⁴⁴.

Nessa ótica, para a formação de determinado Estado, o povo, igualmente, é um dos elementos de sua composição, o qual apresenta aspectos étnicos, culturais e sociológicos fundamentais para o entendimento da identidade constitucional, já que, além de aquele daquele ser a fonte do poder estatal, é por meio, primeiramente, da negação dessas várias identidades que se iniciará o processo de busca da autoidentidade constitucional.

Assim, no tocante à composição da comunidade brasileira, sua matriz étnica, como bem ressalta Darcy Ribeiro⁴⁵, é constituída por índios, notadamente das tribos dos tupis, negros trazidos da África e europeus da península Ibérica, acarretando, portanto, a gestação de uma etnia nova, a brasileira.

Então, a partir da descoberta/achamento⁴⁶ pelos lusitanos do Brasil, ocorreu o processo civilizatório, de acordo, logicamente, com o modelo do velho mundo, baseado em uma ética do aventureiro⁴⁷, das tribos indígenas, as quais ainda davam os primeiros passos na revolução agrícola, já que eram essencialmente nômades, apresentavam uma estrutura social igualitária e praticavam a antropofagia.

A lusitanidade, que apresentou um precoce processo de unificação e consequente centralização do poder, ao expulsar os mouros de suas terras durante o século XI, juntamente com a necessidade de expansão comercial e difusão do catolicismo, conseguiu desenvolver um ambiente propício às grandes navegações e chegada ao continente americano.

⁴⁴ Acerca dessa compreensão, vide, respectivamente, MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2011 e SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 37.

⁴⁵ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 27. Segundo as palavras do referido autor, tem-se que “no plano étnico-cultural, essa transfiguração se dá pela gestação de uma etnia nova, que foi unificando, na língua e nos costumes, os índios desengajados de seu viver gentílico, os negros trazidos da África, e os europeus aqui querenciados. Era o brasileiro que surgia, construído com os tijolos dessas matrizes à medida que elas iam sendo desfeitas”.

⁴⁶ *Id. Ibid.*, p. 52.

⁴⁷ *Id. Ibid.*, p. 63. Nesse sentido, Sérgio Buarque de Holanda, (1995, p. 44), explica que existem dois princípios reguladores das atividades do homem, quais sejam, os tipos aventureiro e trabalhador. Quanto ao primeiro, este se fundamenta, em suma, na busca pelas riquezas da terra, sem se preocupar, como faz o segundo, o qual “enxerga primeiro a dificuldade a vencer, não o triunfo a alcançar”. A colonização portuguesa, portanto, baseou-se em uma ética de aventureiro, em que apenas havia uma ânsia de prosperidade sem custo; não havia sequer produção.

Por fim, os negros, advindos principalmente da costa ocidental da África, aportaram em terras brasileiras, por volta do século XVII, para o trabalho escravo nas lavouras de cana-de-açúcar e, posteriormente, na mineração. Apresentou-se o negro africano como agente cultural mais passivo do que ativo, porque teve que se incorporar à sociedade já formada pelos tupis e lusitanos⁴⁸.

Com essas constatações étnicas a respeito do povo brasileiro, é possível perceber que cada uma desses povos, *a priori*, completamente diferentes entre si, mas que se mesclaram para a formação do brasileiro⁴⁹, apresentavam também aspectos culturais distintos, os quais, ao mesmo tempo, foram incorporados pela brasilidade.

Assim, a título meramente exemplificativo, a língua portuguesa⁵⁰, o sincretismo religioso, o hábito de banhar-se, de utilizar redes, de comer feijoada, são algumas das inúmeras incorporações culturais que se arraigaram na população pátria e permanecem, hodiernamente, como traços da comunidade política, por isso a necessidade de preservação, pela lei, das datas comemorativas de alta significação dos diferentes segmentos étnicos nacionais (art. 215, § 2º, CF).

Dessa forma, o texto constitucional esboçou, desde o preâmbulo, que o brasileiro pertence a uma sociedade pluralista⁵¹, detentora do poder, no qual não deveria haver tolerância de qualquer tipo de preconceito, já que, como já dito, todas essas identidades culturais são relevantes para a delimitação daquela relacionada ao sujeito constitucional. Por isso, exemplificativamente, o crime de racismo⁵², por força do art. 5º, XLII, é imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão.

Aliado a isso, ao longo do discurso, o qual é negavelmente extenso, pode-se perceber ainda a preocupação do Constituinte Originário com a promoção dos direitos

⁴⁸ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das letras, 2006, p. 102.

⁴⁹ Sérgio Buarque de Holanda, logo no início de sua obra **Raízes do Brasil**, (1995, p. 31), afirma que “o certo é que todo o fruto do nosso trabalho ou de nossa preguiça parece participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem”.

⁵⁰ Segundo o art. 13, CF, a língua portuguesa é o idioma oficial da RFB. Além disso, são considerados de nossa República, a bandeira, o hino, as armas e o selo nacional, sendo, pois, facultado aos demais entes da federação a possibilidade de adotarem símbolos próprios (art. 13, §§ 1º e 2º, CF).

⁵¹ É nato ao constitucionalismo a ideia de pluralidade, diversidade, por isso quando o discurso de 1988 traz, em seu art. 1º, V, o pluralismo político como fundamento da RFB, deve-se compreendê-lo, segundo a lição de Inocêncio Mártires Coelho, (2009, p. 178), não como um princípio que “se refere apenas a preferências políticas/ideológicas, em verdade a sua abrangência é muito maior, significando pluralismo na *polis*, ou seja, um direito fundamental à *diferença* em todos os âmbitos e expressões da convivência humana” (*grifos no original*).

⁵² A título de esclarecimento, a Lei n. 7.716, de 05 de setembro de 1989, define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Ainda, em reportagem da revista Época, veiculada em 09 de janeiro de 2012, a despeito de o Brasil punir gravemente tal delito e se reconhecer como uma sociedade pluralista, um menino etíope fora alvo de preconceito em um restaurante de São Paulo, pois teria sido confundido com um menor infrator e fora encontrado do lado de fora do mencionado estabelecimento.

fundamentais culturais, como já antecipado e tal qual disposto no art. 215, CF, e com a valorização da diversidade étnica e regional. Ressalta, nesse contexto, Hugo de Brito Machado Segundo⁵³ que:

no âmbito de um Estado Nacional, em cuja Constituição direitos fundamentais são consagrados, pode-se dizer que o direito à própria cultura existe, mas deve ser conciliado proporcionalmente com os direitos dos demais membros da sociedade, inclusive dos integrantes do grupo de cuja peculiaridade cultural se cogita.

Finalmente, aos índios é reconhecido um capítulo específico, em que se reforça, inclusive na Lei n. 6.001/1973, conhecida como o Estatuto do Índio, a necessidade de preservação de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (art. 231, CF)⁵⁴.

Ademais, aos negros, igualmente, merece destaque a preservação das áreas dos quilombolas, ao garantir o direito de propriedade aos remanescentes das comunidades dos quilombos, consoante a prescrição contida no art. 68, ADCT, a qual tem gerado grande repercussão no âmbito do STF⁵⁵. No mesmo sentido, as cotas raciais, compreendidas como ações afirmativas, também se mostram uma decorrência lógica da concretização da igualdade material, por isso terem sido declaradas constitucionais, em consagração à justiça distributiva⁵⁶.

Então, o próximo passo dessa busca se direcionará para a compreensão da consciência jurídica, forma de captar os anseios populares e demonstrá-los na identidade constitucional.

⁵³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 80.

⁵⁴ Esclarece-se que, no caso “raposa serra do sol”, o STF demonstrou que, para preservação das terras indígenas, era necessária a demarcação da reserva de forma contínua, mas permitiu o monitoramento pela União, a fim de que não fosse criada uma “nação indígena” perante a comunidade internacional (*Id. Ibid.*, p. 80).

⁵⁵ Nesse sentido, vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em mandado de segurança n. 30.318 – DF. Impetrante: Hélio Sérgio de Miranda. Advogado: Evânio Antunes e outros. Impetrado: Presidente da República. Advogado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 25 de fevereiro de 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 28.675 – DF. Impetrante: Pedro Antônio de Paiva Latorre e outros. Advogado: Carolina Cardoso Guimarães Lisboa e outros. Impetrado: Presidente da República. Advogado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 19 de abril de 2010 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 630 – DF. Impetrante: Associação rural de moradores do quilombo Jamary dos Pretos e outros. Advogado: Hélio Silva Júnior e outros. Impetrado: Presidente da República. Advogado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 05 de dezembro de 2005.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 186 – DF. Requerente: Democratas (DEM). Advogada: Roberta Fragozo Menezes Kaufmann. Intimados: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e outros. Advogado: João Manuel de Lima e Júnior e outros. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012.

2.3 Relação entre identidade constitucional e a consciência jurídica

Juntamente com a identidade constitucional, a consciência jurídica forma o segundo pressuposto de sustentação teórica para o conceito constitucional da dignidade coletiva.

Ao ser lembrada a noção trazida por Kant de que o ser humano é bifurcado, porque pertence tanto ao mundo racional quanto sensível⁵⁷, a lei moral, como expressão do dever ser, fundamenta-se na razão.

A moral, portanto, não condiz com a coação, diferentemente do direito⁵⁸, por isso “a relação entre indivíduo e instituições sociais se apresentar, a princípio, como uma constante tensão entre a consciência moral individual e a sua submissão a uma instância superior⁵⁹”. É intersubjetiva, já que impõe a motivação do agir ético entre todos os membros de uma dada coletividade, devido ao reconhecimento, que só existe entre os seres humanos e é necessariamente ético⁶⁰.

Como a moral está restrita ao âmbito da individualidade, o direito, dotado de heteronomia, necessita, para ser legitimamente aceito e obedecido, captar determinados valores morais que são comuns aos membros de certa coletividade e trazê-los para o âmbito jurídico, pela tributividade, ao formar a noção de consciência jurídica como superação da consciência moral e pertencente à comunidade. Assim, “somente a consciência jurídica capta o universal imanente, porque consciência de um nós (que é um eu), cuja objetividade é o seu *ethos*⁶¹”.

Essa tributividade, que perpassa pela escolha realizada primeiramente pela moral para, posteriormente, ser dotada de universalidade, seja material, seja formal, permite que esses valores sejam demonstrados e delimitados na identidade constitucional.

⁵⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 203.

⁵⁸ No Direito Penal, por exemplo, a coação é vista como pertencente ao tipo penal incriminador, por isso o acusado, desde logo, deverá estar ciente do fato típico que praticara, bem como da penalidade correspondente, a ser individualizada, posteriormente, na sentença. Ademais, o art. 5º, XXXIX, CF, demonstra que o princípio da legalidade tanto se refere às condutas criminosas quanto à pena fixada.

⁵⁹ FERREIRA, Mariá A. Brochura. **Consciência moral e consciência jurídica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 149.

⁶⁰ *Id. Ibid.*, p. 151. Além disso, segundo explica Marcio Diniz, a solidariedade está intimamente relacionada ao reconhecimento ético, pois aquela “exorta atitudes de apoio e cuidado de uns com os outros” (DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. O estado social e o princípio da solidariedade. **Revista dos estudantes da faculdade de direito da UFC**. Fortaleza, ano 1, n. 1, jan-jul., 2007, p. 17).

⁶¹ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 35.

Logicamente, direito e moral não estão completamente dissociados um do outro, porquanto a consciência jurídica, embora universal, encontra na moral o seu momento inicial. É, pois, a partir da eleição pelo *nós* de determinados valores, condutas primordiais, as quais caracterizam determinada coletividade, que essa experiência, inicialmente, individual passa a ter contornos universais e passível de ser cobrada perante a função jurisdicional.

Apenas a título ilustrativo, como já ressaltado, há uma repugnância pela comunidade brasileira de qualquer forma de discriminação, por isso a penalidade para o crime de racismo ser bem rigorosa, como o delito de injúria preconceituosa, constante no art. 140, § 3º, CP⁶², o qual não é considerado de menor potencial ofensivo, como os demais crimes contra a honra, a fim de reforçar o respeito à pluralidade.

Aliado a isso, em uma situação oposta ao que foi apregoado pelo texto constitucional, no qual é dada uma prevalência à liberdade, como traço distintivo dos seres humanos, sendo corroborado pelo art. 5º, *caput*, CF, há uma média nacional lastimável de presos cautelares que alcança o inaceitável patamar de 44% (quarenta e quatro por cento)⁶³.

No Estado do Ceará, por exemplo, de acordo com dados de dezembro de 2011 fornecidos pelo CNPCP⁶⁴, existem 16.953 (dezesesseis mil novecentos e cinquenta e três) presos, dos quais 7.018 (sete mil e dezoito) são provisórios, correspondendo a aproximadamente 42% (quarenta e dois por cento) da população carcerária.

Destarte, embora o discurso seja claro em somente admitir hipóteses excepcionais para a decretação das prisões cautelares, a qual por força do art. 5º, LXV e LXVI, CF, deverá ser relaxada, quando ilegal, ou ser concedida a liberdade provisória, ao ser o encarceramento legal, mas desnecessário, as estatísticas apontadas refletem que a adesão às normas constitucionais pelo povo brasileiro, pelo menos às relativas à liberdade de acusados, se mostra completamente dissonante do ideal trazido no texto. Esses dados refletem, infelizmente, o sentimento constitucional brasileiro direcionado no sentido de querer coibir o crime, por meio de antecipações da pena, sem a formação definitiva do trânsito em julgado⁶⁵.

⁶² Ao comentar esse dispositivo, Cezar Roberto Bittencourt, (2011, p. 361), afirma que, apesar do intento do legislador infraconstitucional ter demonstrado a reprovação a esse tipo de conduta preconceituosa, “há uma grande desproporção na proteção do bem jurídico honra nessa modalidade e na proteção de outros bens jurídicos, dentre os quais o bem jurídico *vida*, que, no *homicídio culposo*, recebe menor punição (...) Na verdade, a própria proteção jurídica é preconceituosa” (*grifos no original*).

⁶³ Dados retirados de: MARCÃO, Renato. **Revista Prática Jurídica**, São Paulo, 28 de fevereiro de 2011, Questões de Direito, p. 9.

⁶⁴ Dados retirado do sítio: <http://portal.mj.gov.br/cnpcp/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>. Acesso em: 28.jul.2012.

⁶⁵ A Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011, que alterou recentemente o CPP, procura, sobretudo, ao acabar com a autonomia da prisão em flagrante (art. 310, CPP) e estipulação de um vasto rol de medidas cautelares, diversas

Desse modo, olvida-se, conseqüentemente, do direito à não consideração prévia de culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, CF, o qual, segundo Rogério Tucci⁶⁶, apresenta-se como quicá o mais importante corolário do devido processo legal, porque permite destacar que o ser humano, mesmo que esteja a sofrer um processo penal para perquirição de sua culpa, somente perderá o estado inicial de inocência com o título judicial condenatório.

A partir, então, do exame das constituições brasileiras, por meio de uma perspectiva histórica a ser feito abaixo, será possível demonstrar a atual identidade constitucional pátria.

2.4 Evolução histórico-constitucional brasileira para a compreensão da atual identidade constitucional⁶⁷

Para uma melhor compreensão das atuais normas positivadas na CF, torna-se relevante fazer uma abordagem histórico-evolutiva dos vários textos constitucionais brasileiros, a fim de traçar a evolução da identidade constitucional. Salienta-se que essa evolução será abordada de forma sucinta, apresentando apenas os pontos mais relevantes para o desenvolvimento deste trabalho.

A história constitucional escrita no Brasil é inaugurada com a outorga da Constituição Imperial de 1824⁶⁸, que teve vigência por sessenta e cinco anos. No momento de sua revogação, no período republicano, era a segunda Constituição escrita mais antiga do mundo, superada apenas pela dos Estados Unidos⁶⁹. De pouquíssima influência social, ela assegurou os clássicos direitos de defesa e instituiu o Poder Moderador, chave de toda a organização política (art. 98, CF/1824), por conceder poderes ao governante de efetivamente atuar no cenário político e não permitir a possibilidade de instauração de um parlamentarismo no país.

da prisão (art. 319, CPP), diminuir essa quantidade excessiva de presos provisórios e demonstrar a preocupação com a promoção da liberdade na sociedade brasileira.

⁶⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 312.

⁶⁷ Esse tópico foi fruto de uma análise histórico-constitucional desenvolvida na monografia da autora deste trabalho, consoante SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva**. 45f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2009.

⁶⁸ Disciplina o art. 3º, CF/1824 que o Governo do Brasil é monárquico, hereditário, constitucional e representativo. Além disso, a fim de reforçar a noção da instituição de um Estado Constitucional, o monarca era considerado o Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil (art. 100, CF/1824).

⁶⁹ NOGUEIRA, Otaciano. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 14.

Com a proclamação da República, foi necessária a elaboração de um novo discurso constitucional, fortemente influenciado pela doutrina norte-americana. Assim mais uma vez, as camadas sociais pouco opinaram na mudança sofrida no país, que estava impregnado do coronelismo⁷⁰. Nesse aspecto encontra-se o hiato mencionado por Rosenfeld⁷¹, que será constante em toda a história constitucional brasileira, com exceção apenas da feitura do discurso de 1988, o qual esboça alguns contornos de participação popular. Em completa rejeição ao Período Imperial, o Brasil de 1891 assentava-se sob as bases republicanas, por meio da periodicidade dos mandatos e de uma incipiente democracia no sentido de permitir eleições diretas para Presidente e Vice-Presidente (art. 47, CF/1891), Deputados federais e Senadores (art. 28 e 30, CF/1891). Quanto aos direitos fundamentais individuais, destaca-se o fim do catolicismo como religião oficial do Estado Brasileiro, sendo consagrada a liberdade de culto⁷².

Em seguida, o texto de 1934, instituído no primeiro governo de Getúlio Vargas, trouxe uma reviravolta para ordem pátria, pois, diante da crise do liberalismo, notadamente devido à eclosão da 1ª Grande Guerra Mundial e à quebra da Bolsa de Nova York, em 1929, o Estado Intervencionista ou do Bem Estar Social demonstrou a possibilidade de conciliação da liberdade individual com a necessidade de promoção de políticas públicas pela máquina estatal, por meio de uma intervenção na economia, a fim de garantir, nos termos do art. 115, CF/1934⁷³, uma ordem econômica organizada conforme os princípios da justiça, de modo a possibilitar a existência digna de todos.

Para José Afonso da Silva⁷⁴, essa “Constituição fora, enfim, um documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo”. Ademais, a preocupação com a dignidade da pessoa humana, embora não esteja explicitamente mencionado esse princípio, começa a ser evidenciada, pela verificação periódica, que seria feita por parte dos poderes públicos, do padrão de vida dos brasileiros nas várias regiões do país (art. 115, par. único,

⁷⁰ Conforme José Afonso da Silva, (2011, p. 59), o coronelismo “formava uma pirâmide oligárquica, cujo sistema de dominação se apoiava em mecanismos eleitorais que deformava a vontade popular. O coronel, como liderança local, arrematava os eleitores e os fazia concentrar perto dos postos de votação, vigiados por sentinelas”.

⁷¹ ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 36.

⁷² Consoante o art. 72, § 3º, CF/1891, que assim dispõe: “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum”.

⁷³ Art. 115, CF/1934. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desse limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único. Os poderes públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do país.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 82.

CF/1934). A propriedade, igualmente, deveria atender ao interesse social ou coletivo (art. 113, 17, CF/1934), bem como o Estado promoveria a assistência dos indigentes (art. 113, 34, CF/1934). A liberdade sindical foi albergada pela proteção estatal e alguns direitos dos trabalhadores foram contemplados⁷⁵. A educação e a cultura foram objeto de maior detalhamento por parte do constituinte de 1934. O sistema eleitoral passou a contemplar as mulheres (art. 108 e segs, CF/1934).

A implantação do Estado Novo trouxe, contudo, uma séria restrição aos tradicionais direitos de resistência, como a liberdade de imprensa. Além disso, embora o cenário mundial combatesse a instituição de qualquer forma de governo ditatorial, o Brasil rumava na direção contrária dos anseios universais, posto que todos clamavam, na verdade, por um Estado Democrático e compromissado com a realização do bem comum.

Com o final da 2ª Guerra Mundial, foi inevitavelmente imposto um processo de redemocratização no país. Não era mais tolerável que a Ditadura de Vargas se perpetuasse em tempos de democracia. Nessa ótica, os direitos fundamentais foram ampliados, segundo a lição de Aliomar Baleeiro e Barbosa Lima Sobrinho⁷⁶:

os constituintes de 1946 partiam do princípio do filósofo kantiano de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas meio para o fim. Este fim seria o homem. O Estado deveria fazer convergir seus esforços precipuamente para elevar material, moral e intelectualmente o homem.

Dessa forma, a terceira Constituição de maior vigência do país tentou englobar os valores fundamentais de sua época, a fim de garantir ao ser humano, em suma, uma existência digna. Preocupou-se verdadeiramente com a instituição de uma democracia, ainda que esse período tenha sido permeado por crises políticas e conflitos constitucionais do poder⁷⁷.

Sob os alardes de uma possível ameaça comunista ao Brasil, visto que João Goulart, em março de 1964, procurou aprovar inúmeras reformas de base, as quais representavam sérias modificações ao capitalismo desenvolvido no país entre outras questões de cunho político-ideológico⁷⁸, a população descontente com o regime “populista” do presidente foi às ruas clamar, no episódio denominado de Marcha da Família com Deus, o

⁷⁵ Para maiores esclarecimentos sobre o tema, vide os arts. 120 a 122, CF/1934.

⁷⁶ BALEEIRO, Aliomar e SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras**: 1946. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 18 e 19.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 75.

⁷⁸ Para maiores informações sobre as questões que levaram à queda de João Goulart, vide BALEEIRO, Aliomar e SOBRINHO, Barbosa Lima. *op. cit.*, 2001, p. 28 a 31.

auxílio dos militares para banir essa ameaça. Assim, em 31 de março de 1964, o governo dos militares é instalado, sob a condição de ser provisório, em terras brasileiras.

A Constituição de 1967, a de menor vigência no ordenamento constitucional brasileiro, começou a consolidar, gradativamente, a centralização política no Poder Executivo federal, através, por exemplo, da escolha do Presidente por eleições indiretas, o que demonstra a característica fundamental das ditaduras. No tocante aos direitos fundamentais, ela mostra pouca preocupação com os direitos sociais, bem como o primeiro núcleo de proteção desses direitos é limitado, a fim de evitar contrariedades à ordem pública e aos bons costumes. A segurança nacional passou a ter como responsáveis toda pessoa natural ou jurídica (art. 86, CF/1967).

No processo de consolidação do regime ditatorial⁷⁹, é feita uma emenda ao texto de 1967, que, segundo alguns doutrinadores, se tratava materialmente de um novo discurso constitucional⁸⁰. As liberdades públicas foram tolhidas, ocorreu um aumento exacerbado das funções do Poder Executivo; o povo, portanto, estava condicionado a se movimentar de acordo com os ditames ditatoriais. Diante das arbitrariedades cometidas durante esse período, Mendes, Coelho e Branco⁸¹ afirmam que:

a Emenda n. 1 à Constituição de 1967 há de ser apagada de nossa experiência constitucional. Recolhida aos museus das antiguidades, servirá como testemunho de uma época que, apesar de obscura, todos devem conhecer, quando mais não seja, para evitar que a história se repita...

Com essas breves identificações das marcas características de cada um dos períodos constitucionais brasileiros, apresentar-se-á a delimitação da atual identidade constitucional pátria.

⁷⁹ Ensina, Adriano Nervo Codato, em Uma história política de transição brasileira: da ditadura à democracia. **Revista Política**, Curitiba, 25, p. 83, nov. 2005, que o regime ditatorial-militar brasileiro poderá ser dividido em cinco fases, a saber: constituição (março de 1964 a dezembro de 1968), consolidação (coincide com o governo de Médici: 1969-1974), transformação (governo Geisel: 1974-1979), desagregação (governo Figueiredo: 1979-1985) e transição (governo Sarney: 1985-1989). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-44782005000200008&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 02 abr. 2012.

⁸⁰ Segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva, (2009, p. 87), “teórica e tecnicamente, a EC n. 1 à Constituição de 1969 não se tratou de uma emenda, mas de uma nova constituição”. Em sentido contrário, vide BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito constitucional**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 123.

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 179.

2.5 Identidade constitucional brasileira a partir de 1988: necessidade de construção efetiva de uma sociedade democrática, baseada na liberdade, justiça e solidariedade

O discurso constitucional de 1988 representou, inegavelmente, um compromisso com a efetivação dos direitos fundamentais e repúdio aos anseios ditatoriais. Deixou-se de lado, portanto, a ideia de que o texto representava exclusivamente a organização estatal, para reforçar que o direito constitucional está atrelado aos direitos fundamentais⁸².

Nessa ótica, com base nos ensinamentos acima trazidos, o povo brasileiro, uma etnia completamente mestiça, que necessita, em um primeiro momento, negar as identidades existentes, se dirige, inegavelmente, para:

um processo de rejeição, renúncia, do conteúdo axiológico do regime ditatorial, a República Federativa do Brasil, como bem enuncia o preâmbulo, será instituída por meio de um Estado Democrático de Direito e assegurará o exercício dos direitos sociais e individuais⁸³.

Dessa forma, a etnia brasileira não tolera, de forma autoritária, a restrição de sua liberdade, porque a entende como traço distintivo do ser humano. Para reforçar tal intento, o discurso constitucional pátrio é amplo no sentido de garantir, por exemplo, a liberdade para a manifestação do pensamento (art. 5º, IV, CF)⁸⁴, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI, CF), ao permitir o exercício livre de cultos religiosos. Nesse contexto, a Lei n. 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, denominada comumente de Lei de Imprensa, não foi recepcionada pelo STF, por meio da procedência da ADPF n. 130⁸⁵, pois se considerou que o Estado não poderia intervir nessa matéria, quando o discurso constitucional não autorizou expressamente.

Não deve haver, então, sombras de escravidão, seja pelo trabalho, suportado, sobretudo, pelos negros, por isso a disposição contida no art. 149, CP, trata do delito de redução à condição análoga a de escravo, e não admite conseqüentemente a existência efetiva

⁸² SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 66.

⁸³ SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva**. 45f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2009, p. 10.

⁸⁴ Em recente julgamento, o STF, por meio da ADPF n. 187, permitiu que as manifestações populares, ocorridas nos mais variados locais do Brasil para demonstrar apoio à legalização da maconha e outras substâncias ilícitas, não fossem consideradas afronta à legislação penal vigente, já que, em tese, esses manifestantes incorreriam no crime capitulado no art. 287, CP (apologia de crime ou criminoso), a fim de privilegiar o direito fundamental à liberdade de pensamento.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130 – DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Advogado: Miro Teixeira. Requerido: Presidente da República e outros. Advogado: Advogado-Geral da União e outros. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 30 de abril de 2009.

de trabalho escravo em terras brasileiras; seja pelos governos ditatoriais que subjagam a população a uma ausência de democracia e encarceramento intelectual principalmente.

À medida em que há essa negação, paulatinamente são incorporados os anseios que servem à pluralidade do constitucionalismo, os quais serão direcionados para construção efetiva de uma sociedade livre, justa e solidária, consoante o art. 3º, I, CF. A liberdade, como já falado acima, é o que nos distingue o ser humano dos demais seres, a justiça perpassa, conforme Joaquim Salgado⁸⁶, por uma teoria dos direitos fundamentais, dirigida para a concretização de um real Estado Democrático e a solidariedade, em que há, eminentemente, o reconhecimento do outro como sujeito de direito.

No próximo momento, em que a formação da identidade já está realizada, as identidades em dissonância com esse ideal devem ser descartadas, como os valores atinentes, mais uma vez, à desigualdade social, uma vez que, embora haja diversidade inequívoca dentro do seio da própria comunidade brasileira, “a igualdade passa a ser uma característica inevitável de uma sociedade democrática, na incessante busca de tornar a obrigação de não-discriminação como (sua) parte indissociável⁸⁷”.

Aliado a isso, em que se verifica essa identidade constitucional será, justamente, o período no qual se iniciou o processo de redemocratização no Brasil, denominado de transição pela transação⁸⁸. Embora não sendo fruto direto da manifestação popular o discurso de 1988, já que a Emenda Constitucional n. 26 à Constituição de 1969⁸⁹ autorizou a feitura do texto, a participação de grande parte das camadas sociais foi vista, posteriormente, na construção do discurso.

⁸⁶ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 01.

⁸⁷ SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva**. 45f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2009, p. 12.

⁸⁸ SANTOS, Fabiano. **Escolhas institucionais e transição por transação**: sistemas políticos de Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-5258200000400002>. Acesso em: 02 jul. 2011. Acerca do fenômeno da transição constitucional, Jorge Miranda, (2007, p. 113), leciona que “na transição ocorre sempre um dualismo. Pelo menos, enquanto se prepara a nova Constituição formal, subsiste a anterior, a termo resolutivo; e nada impede que o mesmo órgão funcione simultaneamente (como foi o caso do Brasil) como órgão de poder constituído à sombra da Constituição prestes a desaparecer e como órgão do poder constituinte com vista à Constituição que vai substituir”.

⁸⁹ A Emenda n. 26/1985 também concedeu a anistia aos autores de crimes políticos e conexos, bem como possibilitou, em suma, o retorno daqueles que estavam fora do país por motivos exclusivamente políticos. Em positivação desse conteúdo axiológico, a CF é regida nas relações internacionais pela concessão de asilo político (art. 4º, X, CF) e não permite, conseqüentemente, a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião (art. 5º, LII, CF). O STF, na EXT n. 524, firmou o posicionamento de que a inextraditabilidade constitui um *favor constitutionis*, do qual emerge, em favor dos súditos estrangeiros, um direito público subjetivo, oponível ao próprio Estado e de cogência inoponível.

Finalmente, é preciso relembrar que a pluralidade existente no Brasil não constitui óbice ao reconhecimento da consciência jurídica, pois:

os brasileiros desejam, de um modo unânime, a concretização de um real Estado Democrático Social, que vise à realização da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), como valor informador de toda a ordem jurídica. Assim, ainda nessa esteira de pensamento, podemos vislumbrar que os fundamentos de nossa República (art. 1º, CF), os seus objetivos (art. 3º, CF) e os princípios norteadores das relações internacionais (art. 4º, CF) convergem para a construção dessa forma de sociedade insculpida no art. 3º, I, CF. Além disso, todo o texto constitucional aponta, em suma, para a busca pela efetivação da liberdade, justiça e solidariedade na sociedade brasileira, consoante depreendemos, exemplificativamente, da dicção do art. 170, CF, o qual visa à realização da justiça social, a fim de assegurar uma existência digna a todos, através da valorização do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), o que denota a tentativa de concretização do art. 3º, I, CF⁹⁰.

Tais delimitações a respeito da identidade constitucional pátria reforçam que, com o atual discurso, o STF, por força do art. 102, *caput*, é o guarda precípua do texto constitucional, por isso é atribuído a ele, exemplificativamente, o exercício do controle de constitucionalidade abstrato. Para Canotilho⁹¹, esse órgão supremo da estrutura jurisdicional, no caso da “raposa serra do sol”, em que atuou como instância mediatrix – mediadora – “autolegitimou-se como garante da identidade constitucional que, no Brasil, recebe as raízes das minorias étnicas e dos direitos colectivos destas como dimensão estruturante do Estado do direito constitucional democrático”. Dessa forma, a imprescindibilidade de uma análise sociológica crítica das situações postas perante o Poder Judiciário demandam que haja um compromisso do STF, sobretudo, com os valores presentes na identidade constitucional brasileira, sob pena de comprometer a proporcionalidade do ativismo judicial.

No entanto, à própria sociedade também é imbuída a tarefa de zelar pela identidade constitucional escolhida como proposta para uma convivência pacífica. Em consequência, a Constituição como pacto vivencial⁹² acentua a ideia de democratização da interpretação constitucional, atrelada a uma sociedade aberta, na qual se torna inimaginável a

⁹⁰ SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva**. 45f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2009, p. 11.

⁹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O supremo tribunal federal garante a identidade constitucional do Brasil? *In*: MOREIRA, Eliane Trevisani e ROSSI, Francisco Vicente. (Org.) **Ministro Marco Aurélio Mello: acórdãos, comentários e reflexões**. São Paulo: Campinas, 2010, p. 04.

⁹² MOURA, Walber Agra. **A constituição cidadão como pacto vivencial da sociedade**. *In*: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge e MOURA, Walber Agra (Org.) **Comentários à constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 17.

compreensão do texto constitucional sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas⁹³.

Por meio dessas elucidações a respeito da identidade constitucional, poder-se-á, posteriormente, seguir para o estudo da dignidade humana, como o último suporte para delimitação do conceito constitucional da dignidade coletiva.

⁹³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 13-14.

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 Bases históricas e filosóficas para a formação do conceito de dignidade da pessoa humana no atual Estado Constitucional Brasileiro

O estudo do conceito de dignidade da pessoa humana perpassa, obrigatoriamente, pelo pensamento greco-romano, bem como pelo cristianismo, pois, este último, a partir da concepção de que o homem e a mulher foram criados à imagem e semelhança de Deus⁹⁴, revela o ideal de que o ser humano é ontologicamente digno⁹⁵.

No período da Grécia Antiga, a filosofia da *physis*, em que havia uma preocupação direcionada para a descoberta dos fenômenos naturais, foi, paulatinamente, substituída principalmente com os sofistas, pelo período humanista, no qual o objeto da pesquisa era o próprio homem⁹⁶. Protágoras, ao definir o indivíduo como a “medida de todas as coisas”, o conhecido princípio do *homo mensura*, propiciou o relativismo ocidental, renunciando o mito, a religião e determinando que cada sujeito possuía a sua verdade, porque tudo é relativo⁹⁷. Houve, portanto, um deslocamento do eixo da pesquisa dos cosmos para a ética, política, educação.

Dessa forma, a sociedade grega da Antiguidade Clássica se assentou em uma concepção estamental e espacial de dignidade⁹⁸, pois somente considerava-se cidadão aquele que fosse livre para participar das decisões da *polis*. A liberdade, portanto, estava restrita aos homens, excluindo-se as mulheres, os escravos e os estrangeiros.

Surgiu, então, no pensamento aristotélico, o reconhecimento do homem como um ser político – *zoon politikon* –, a fim de destacar os traços iniciais da solidariedade como

⁹⁴ Logo no momento da criação, em Gênesis 1, 26, está escrito que Deus fez o homem, inicialmente, à imagem e semelhança da trindade. Posteriormente, em Gênesis 2, 18, é feita a mulher da costela do primeiro homem, o que sintetiza a ideia de que a dignidade da pessoa humana seria ontológica. A concepção bíblica do homem, para Lima Vaz (2011, p. 62-65), é formulada na linguagem religiosa da revelação. Reforça, nesse sentido, Luiz Fernando Barzotto, com base em Carl Schmitt, que, no ocidente, a dignidade da pessoa humana é o resultado da secularização da crença judaico-cristã do homem como imagem de Deus, o que tornou acessível à razão um conceito essencialmente teológico.

⁹⁵ Conforme Ingo Sarlet, (2009, p. 32), faltam dados mais seguros para identificar que o ideário cristão tenha sido o pioneiro para o reconhecimento da dignidade humana como característica inata do ser humano. No entanto, o estudo do pensamento cristão é de extrema relevância para a compreensão desse conceito.

⁹⁶ Segundo Geovane Reale e Dario Antiseri, (1990, p. 73), “os sofistas operaram uma verdadeira revolução espiritual, deslocando o eixo da reflexão filosófica da *physis* e do cosmos para o homem e aquilo que concerne a vida do homem como membro da sociedade” (grifos no original).

⁹⁷ ADOMEIT, Klaus. **Filosofia do direito e do estado**: filósofos da antiguidade. Tradução de Elisete Antoniuk. Vol. 01. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 27-28.

⁹⁸ ZENNI, Alessandro Severino Valler e ANDREATTA FILHO, Daniel Ricardo. **Direito na perspectiva da dignidade humana**: transdisciplinariedade e contemporaneidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editos, 2011, p. 17.

característica inata dos seres humanos, e racional – *zoon logikón* –, porque esse ser, apesar de pertencer, por sua essência, ao âmbito da *physis*, distingue-se dos outros seres da natureza em virtude de sua racionalidade⁹⁹.

Diversamente, em Roma, Cícero procurou desenvolver a dignidade desvinculada do cargo ou posição social ocupada, atrelada, portanto, às virtudes do ser humano, mas preocupando-se com o aspecto sociopolítico¹⁰⁰.

Na Idade Média, a influência do Cristianismo com a participação de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino permitiu que a bipartição clássica entre direito natural e direito legal fosse substituída por uma tripartição entre direito divino, isto é, eterno, direito natural e direito humano, o qual seria positivo e temporal¹⁰¹.

Assim, com a noção da criação *ex nihilo*, o primeiro conteúdo da dignidade humana radica na isonomia estabelecida entre criador e criatura, esboçada em Tomás de Aquino¹⁰². Consoante Lima Vaz¹⁰³, a antropologia tomásica pode ser situada em três eixos, a saber: concepção clássica do homem como ser racional, concepção neoplatônica do homem na hierarquia dos seres, como ser fronteiro entre o espiritual e o corporal e, finalmente, a concepção bíblica como criatura, imagem e semelhança de Deus, as quais traduzem a síntese da antropologia medieval.

É inegável, de fato, que a descentralização do poder, baseada em relações de dependência estabelecida entre a camada superior e os vassalos, juntamente com o misticismo advindo de uma religiosidade excessiva contribuíram para a fertilização das ideias cristãs e, conseqüentemente, da dignidade como pertencente a todo gênero humano.

Aliado a isso, em 1486, Pico Della Mirandola¹⁰⁴ escreve a obra intitulada “A dignidade do homem”, cujo objetivo primordial era a valorização do ser humano. Apesar das fortes tendências religiosas, é possível encontrar traços de que o indivíduo é um ser racional e distinto dos demais devido à liberdade, por isso ser dotado de dignidade.

⁹⁹ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. **Antropologia filosófica**. Vol. I. 11. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1991, p. 47.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 33.

¹⁰¹ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 35.

¹⁰² ZENNI, Alessandro Severino Valler e ANDREATTA FILHO, Daniel Ricardo. **Direito na perspectiva da dignidade humana: transdisciplinariedade e contemporaneidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editos, 2011, p. 18.

¹⁰³ VAZ, Henrique Cláudio de Lima. *op. cit.*, p. 73-74.

¹⁰⁴ MIRANDOLA, Pico Della. **A dignidade do homem**. Coleção grandes obras do pensamento universal. Tradução de Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 1985.

A era moderna, contudo, por meio da formação das monarquias nacionais, permitiu o resgate da centralização política nas mãos do soberano, o qual estava, no período inicial, legitimamente imbuído pelo divino a ocupar tal posição. A soberania, então, aparece como traço característico desse período¹⁰⁵, em que o absolutismo, seja decorrente do poder divino ou do contrato social, passou a incutir a noção de que a liberdade seria a forma de emancipação do ser humano, por meio de uma sociedade funcional diferenciada¹⁰⁶.

Cumprir uma função social permitia ao sujeito ser livre, porque, nas palavras de Marcio Diniz¹⁰⁷:

ao contrário da Idade Média, a cultura do Humanismo foi uma cultura laicizada, mais voltada para os valores temporais, onde prevalecia o interesse pela natureza e pela posição do homem dentro dela. O que se pretendia era superar uma posição meramente contemplativa para exercer um papel ativo, tanto na filosofia quanto na ciência.

A liberdade, como primeiro núcleo de proteção dos direitos fundamentais e um consectário lógico da dignidade da pessoa humana, é o alvo de maior transgressão do Estado Absolutista. Essa forma estatal “foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo¹⁰⁸”, porque estado e soberania implicavam em restrição à liberdade primitiva.

Tendo em vista tais considerações, Hobbes, na obra “Leviatã”, chega a formular, em oposição à teoria republicana da liberdade, que “ser livre é simplesmente estar desimpedido para mover-se de acordo com os próprios poderes naturais¹⁰⁹”, sendo estes somente limitados por atos de interferência externa. Liberdade, portanto, é ausência de oposição.

Dessa forma, a exaltação do tema da dignidade da pessoa humana surge na Renascença, segundo Lima Vaz¹¹⁰, não apenas como:

¹⁰⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32. Nas palavras do autor, “nunca deslembrar que foi a soberania, por sem dúvida, o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno, impossível de constituir-se se lhe falecesse a sólida doutrina de um poder inabalável e inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coeção”.

¹⁰⁶ ZENNI, Alessandro Severino Valler e ANDREATTA FILHO, Daniel Ricardo. **Direito na perspectiva da dignidade humana**: transdisciplinariedade e contemporaneidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editos, 2011, p. 18.

¹⁰⁷ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **O princípio da legitimidade do poder no direito público romano e sua efetivação no direito público moderno**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 267.

¹⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40.

¹⁰⁹ SKINNER, Quentin. **Hobbes e a liberdade republicana**. Tradução de Modesto Florenzano. São Paulo: Unesp, 2010, p. 193.

¹¹⁰ VAZ, Henrique Cláudio Lima. **Antropologia filosófica**. Vol. I. 11. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1991, p. 83.

motivo literário, mas responde, de fato, às exigências profundas da nova sensibilidade em face do homem e de suas obras, que seria o traço mais característico do humanismo. No entanto, uma notável diferença de acento deve ser assinalada na celebração da dignidade do homem na literatura antiga e nos autores da Renascença. No primeiro caso, é a atividade de contemplação, o *theorein* ou o *contemplari*, que atesta a grandeza do homem e sua eminente dignidade. No segundo caso, é o agir, o *operari*, a capacidade de transformação do seu mundo que passa a ser o indício incontestável da superioridade do homem, anunciando-se aqui uma das direções fundamentais da antropologia moderna.

A burguesia, detentora do poder econômico, revolta-se contra os arbítrios e privilégios monárquicos, ao reivindicar bases racionais para a legitimidade do poder. Ela apregoava a abstenção estatal e a separação rígida de suas funções¹¹¹, a fim de que o ser humano pudesse ter liberdade plena. Surgiu, conseqüentemente, a insistência na ideia do ser humano, como se verá no pensamento kantiano, ser considerado digno, porque, como a lei moral é encontrada em cada um dos indivíduos, há, inevitavelmente, uma consciência da liberdade¹¹².

No processo de caminhada para a secularização do conceito de dignidade da pessoa humana, Immanuel Kant possuiu papel preponderante, pois, a partir de sua teoria do conhecimento, parte-se para o reconhecimento da autonomia ética do indivíduo, ao enaltecer a razão como a “única esfera que nos distingue radicalmente dos animais e tem no homem, como função fundamental, a moralidade¹¹³”. Acerca da fenomenologia do homem, Norberto Bobbio¹¹⁴, ao tratar da metafísica dos costumes, esclarece que:

o homem como ser analisável do ponto de vista fenomenológico está submetido às leis da natureza, que regulam a vida de todos os outros seres naturais; mas como ser livre, pertencente ao mundo inteligível, o homem foge das leis naturais e adapta suas ações a uma forma diferente de legislação: a legislação moral, que dá origem ao mundo dos costumes, em contraposição ao mundo natural, como mundo da história

¹¹¹ Sobre a separação dos poderes, uma das básicas construções teóricas do liberalismo, Martonio Mont’Alverne e Plínio de Almeida esclarecem que esta “divide o poder, porque enfraquece também o Estado em favor da riqueza e da propriedade. A separação de poderes, antes de mais nada, é um dos instrumentos dos ricos, dos proprietários que, sim, seriam os únicos a se preocuparam com o destino da nação. Pretende-se, com essa afirmação, desviar-se do foco da visão contratualista idealista sobre o papel ‘puritano’ exercido pelo constitucionalismo moderno, direcionando sua importância, no momento histórico em apreço, ao seu principal ‘cliente’: a classe burguesa”.

¹¹² SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 202.

¹¹³ *Id. Ibid.*, p. 202. Na lição de Lima Vaz, (1991, p. 110), Kant estrutura o homem em três linhas principais: sensitivo-racional, que acompanha o ser humano como sujeito cognoscente; físico-pragmática, a qual se relaciona com o homem como ser natural ou mundano, físico, porque designa o que a natureza opera no homem e pragmático, ao verificar o que o homem faz de si mesmo, da estrutura prática que o acompanha e o torna livre e capaz para responder, fundando-se no fato da razão, ou seja, na “lei moral dentro de mim”, a interrogação do agir moral e na estrutura história que acompanha a religião, e o viés pedagógico-político.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Immanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 81.

humana ou da civilização ou da cultura (como se diria hoje) em contraposição ao mundo da natureza.

Dessa forma, por fato do indivíduo ser sujeito a emoções, portanto, bifurcado, como já antecipado no contexto do exame da consciência jurídica, a lei moral pode ser violada, mas não decorre de seu descumprimento, necessariamente, alguma sanção estatal. O direito, contudo, em virtude da liberdade humana, é formado por imperativos categóricos. A segunda fórmula desse imperativo¹¹⁵, o princípio da humanidade, considera a pessoa humana como um fim em si mesma, porque “age de tal modo que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e ao mesmo tempo, como fim e nunca como meio simplesmente”¹¹⁶. Aliado a isso, a partir da racionalidade e liberdade humanas, observa-se que:

o homem, um ser racional e, por isso livre, poderá, além de criar as leis que regerão a sua conduta, por ser a razão essencialmente legisladora, vir a se comportar de acordo com elas, as quais são essencialmente boas. No entanto, constitui a noção de arbítrio, essa possibilidade de pautar o seu comportamento em consonância com as leis elaboradas pela vontade, já que, ao pertencermos ao mundo do dever ser – *Sollen* –, conseqüentemente, podemos vir a descumprir o dever emanado da lei moral. Através de Kant, portanto, como pudemos perceber nessa breve explanação, a idéia de reconhecimento do ser humano como fim de todas as coisas, e não mais como meio, norteou a sedimentação no mundo laico da dignidade humana¹¹⁷.

Feitas essas considerações, de fato, somente após a 2ª Guerra Mundial foi possível, como leciona Jorge Miranda¹¹⁸, demonstrar a “ligação jurídico-positiva entre os direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana”, uma vez que, no passado, a dignidade humana, apesar de ter um arcabouço filosófico voltado para o seu reconhecimento, a falta de efetividade dos direitos fundamentais era uma constante.

¹¹⁵ Segundo Kant, o imperativo categórico possui três fórmulas, a saber: a da equiparação da máxima à universalidade da lei da natureza; a da humanidade e da autonomia ou da liberdade positiva no reino dos fins. Para maiores esclarecimentos sobre o tema, recomenda-se a leitura de SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 217 e 218.

¹¹⁶ Para Kurt Seelman, (2009, p. 106), “respeitar a dignidade do outro, não torná-lo um simples meio, não é, na ‘Metafísica dos Costumes’ de Kant, um dever jurídico eventualmente imposto pela violência, e sim um dever de virtude, situado, naturalmente, em termos de conteúdo, a meio caminho entre um dever jurídico e outro dever de virtude, o de amor ao próximo”.

¹¹⁷ SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva**. 45f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2009, p. 16.

¹¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. Tomo IV. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 194-195.

Apresenta-se, portanto, tal guerra como o marco histórico para o fenômeno do Neoconstitucionalismo¹¹⁹, justamente devido ao desprezo pelo gênero humano, por meio do extermínio de judeus, a fim de buscar uma raça unicamente formada por arianos¹²⁰. Para Lynn Hunt¹²¹, foi estabelecida uma nova referência para a barbárie, porque com os seus quase incompreensíveis sessenta milhões de mortos, dentre os quais a maioria era de civis e seis milhões eram judeus, simplesmente por pertencerem a essa religião. Esclarece, ainda, citada a historiadora¹²² que:

a confusão e a destruição deixaram milhões de refugiados no final da guerra, muitos deles quase incapazes de imaginar um futuro e vivendo em campos para pessoas desalojadas. Ainda outros foram forçados a se reassentar por razões étnicas (2,5 milhões de alemães, por exemplo, foram expulsos da Tchecoslováquia em 1946). Todas as potências envolvidas na guerra atacaram civis num ou noutro momento; mas, quando a guerra terminou, as revelações sobre a escala de horrores deliberadamente perpetrados pelos alemães chocaram o público. As fotografias tiradas na libertação dos campos de extermínio nazista mostravam as consequências estarrecedoras do antissemitismo, que tinha sido justificado pelo discurso da supremacia racial ariana e da purificação nacional. Os julgamentos de Nuremberg de 1945-6 não só chamaram a atenção do grande público para essas atrocidades, mas também estabeleceram o precedente de que os governantes, os funcionários e o pessoal militar poderiam ser punidos por “crimes contra a humanidade”.

Assim, o positivismo jurídico¹²³ exacerbado, praticado durante o período nazifascista, trouxe o entendimento de que somente por haver uma legislação existente e compatível com um regramento superior deveria esta ser aplicada, independente do compromisso estatal com os ideais de justiça de determinada coletividade. Gustav Radbruch¹²⁴ critica tal pensamento ao lecionar que a força se torna equivalente do direito

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C70-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso: 18 mar.2012.

¹²⁰ Hannah Arendt, (1989, p. 441), informa, no contexto dos regimes totalitários, que “no nazismo, em lugar do conceito bolchevista de revolução permanente, encontramos a noção de uma ‘seleção [racial] que não pode parar’, e que exige a constante radicalização dos critérios pelos quais é feita a seleção, isto é, o extermínio dos ineptos”.

¹²¹ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 202.

¹²² *Id. Ibid.*, p. 202.

¹²³ O positivismo jurídico, cujo principal expoente é Hans Kelsen, é a corrente de pensamento comprometida com o estudo do direito posto. Não há a preocupação com o direito natural, com a metafísica. Na lição de Hugo Machado Segundo, (2010, p. 40), “o positivismo preconiza o estudo da realidade tal como ela é, desprezando qualquer consideração a respeito de como ela poderia ou deveria ser. Daí a separação, feita pelos positivistas em geral, entre o Direito e a Moral, e a indiferença que, na análise que pretendem meramente descritiva e objetiva, invariavelmente têm pela justiça”.

¹²⁴ Gustav Radbruch, em texto denominado “5 minutos de filosofia do direito”, demonstra que o primeiro minuto se relaciona com o Positivismo, que determina o cumprimento irrestrito da lei. Basta que haja uma legislação e, para o seu respeito, seja possível a utilização da força, a ideia de justiça pode ser descartada, a fim de que a força sirva para aplicação do direito. Faz analogia o citado autor com a obediência de um soldado, mas, neste caso, aquele pode deixar de obedecer a ordem imposta, se esta for destinada à prática de um crime, por exemplo,

quando compromete o reconhecimento da existência do cumprimento voluntário das normas jurídicas¹²⁵.

O fim desse período nefasto para a história da humanidade, o qual representou o fracasso das doutrinas clássicas relativas ao direito natural e positivo¹²⁶, possibilitou o retorno da discussão sobre os valores para o mundo jurídico, a preocupação com a dignidade humana, bem como a tentativa de superação dialética entre naturalistas e positivistas, a qual culminou no pós-positivismo¹²⁷. Essa corrente de pensamento, que procura reaproximar o Direito da Filosofia, propõe a sedimentar:

a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana¹²⁸.

Então, a fim de concretizar internacionalmente o tema da dignidade, a Declaração Universal do Homem de 1948¹²⁹, ao determinar em seu art. 1º que todos são iguais em dignidade e direitos, confere o caráter universal ao reconhecimento do ser humano como ontologicamente digno.

enquanto que o jurista positivista não conhece essas exceções. Os demais minutos, respectivamente, se referem ao fato de que tudo o que for direito é útil ao povo, à ideia de justiça que concretiza a igualdade formal e material, aos valores que o direito deve servir, quais sejam, bem comum, segurança jurídica e justiça e, finalmente, aos direitos fundamentais.

¹²⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 47. Luís Roberto Barroso reconhece que o pós-positivismo é o marco filosófico do Neoconstitucionalismo.

¹²⁶ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. 3. ed. Tradução de António Ulisses Cortês. Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 46. Consoante o citado doutrinador, “o direito natural, com o seu sistema rígido de normas, pôde funcionar em sociedades com estruturas muito simples, mas não é suficiente nas hipercomplexas sociedades modernas com um sistema econômico altamente sensível. O positivismo jurídico, por seu lado, produz com efeito as grandes obras legislativas do século XIX, porque o legislador de então ainda se conduzia por uma forte consciência moral, pressuposto este que porém já não se verificou nas ditaduras do nosso tempo; as leis ‘ignominosas’ deixaram de ser meros exemplos acadêmicos e tornaram-se realidade. O conceito de lei puramente formal fracassara”.

¹²⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 71.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%20-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso: 18 mar.2012.

¹²⁹ Flávia Piovesan, (2009, p. 140), esclarece que a “Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis”. Além disso, Jesús Pérez, (2011, p. 39), expõe que existem os graves defeitos na Declaração Universal, dentro os quais a falta de voluntariedade no cumprimento das disposições constantes nesse instrumento por parte do Estados signatários, bem como a ausência de instrumentos jurídicos eficazes para a garantia dos direitos enumerados (No original: “La trascendencia de la Declaración – llegó a considerarse <instrumento más importante conocido por el hombre> - en modo alguno permitía ignorar la ambigüedad de algunas declaraciones, la falta de voluntad de cumplirla por parte de los Estados signatários – y no sólo por los que se abstuvieron en la votación – y la ausencia de instrumentos jurídicos eficaces para garantizar los derechos en ella consagrados”).

Dessa forma, examinando o tratamento dado à dignidade da pessoa humana pelo ordenamento jurídico brasileiro¹³⁰, tem-se que, no texto de 1988, ela foi elencada como um de seus fundamentos por força do art. 1º, III, CF. Certamente, essa previsão sofreu influência da CRP, que, igualmente, em seu art. 1º¹³¹, consagra a dignidade como base da República de Portugal.

Infelizmente, os discursos constitucionais de 1824 e 1891, devido à pouca expressividade assumida pela dignidade da pessoa humana no âmbito jurídico, não trataram, ainda que, implicitamente, acerca da existência desse princípio. Somente consagraram, consoante foi esboçado na evolução constitucional brasileira, os tradicionais direitos de resistência.

A preocupação, portanto, com a existência digna do ser humano na história constitucional pátria começa a dar vazão a partir da eclosão do chamado Estado Social ou Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais¹³², em que os fins estatais foram ampliados¹³³, no intuito de realizar a justiça social, “o que pode ser identificado com o princípio da socialidade¹³⁴”, um dos elementos indissociáveis, juntamente com a democracia, da atual concepção de estado constitucional, conforme já tocado quando se mencionou que a identidade constitucional traz a idéia desses valores supracitados.

Destarte, a partir do momento da consagração de um título referente à ordem econômica e social na Constituição de 1934, segundo já adiantado acima, a dignidade da pessoa humana passou a figurar na ordem pátria.

Com o Estado Novo, contudo, esse atual fundamento foi completamente desprezado nesse período, tal qual ocorrera na Ditadura Militar, que será analisada mais adiante.

¹³⁰ Mais uma vez, a análise histórica feita já fora realizada anteriormente pela autora em sua monografia, conforme SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva**. 45f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2009, p. 17-20.

¹³¹ Art. 1º, CRP. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

¹³² Paulo Bonavides, na obra **Teoria do estado**, (2008, p. 41), esclarece que o Estado Constitucional ostenta três concepções distintas, a saber: Estado Constitucional da separação dos poderes (Estado Liberal); dos direitos fundamentais (Estado Social) e da Democracia participativa (Estado Democrático-participativo).

¹³³ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 72.

¹³⁴ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Bahia: JusPodivm, 2009, p. 24. Nessa mesma linha de raciocínio, tem-se COCURUTTO, Ailton. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 17, o qual afirma que “o Estado é um ente soberano, em sua esfera territorial, com organização político-administrativa, cuja finalidade principal é promover o bem comum social”.

Em 1946, retomou-se a noção de existência digna, porém esta estava atrelada à dignificação do homem pelo trabalho, este sendo considerado como obrigação social (art. 145, parágrafo único, CF/1946¹³⁵).

No período ditatorial, no art. 157, II, CF/1967, a valorização do trabalho é vista, assemelhando-se ao discurso anterior, como condição da dignidade humana. Igualmente, essa mesma perspectiva é mantida no art. 160, II, da Emenda n. 01 de 1969. Não houve, portanto, qualquer vinculação da dignidade à realização do núcleo primeiro de proteção dos direitos fundamentais, como pode-se constatar claramente através dos inúmeros desrespeitos à liberdade de pensamento, de imprensa, de associação e dentre outras arbitrariedades cometidas ao longo dos governos militares. Paulo Bonavides¹³⁶, ao explicar sobre uma quarta categoria de estado social, qual seja, o estado social das ditaduras aborda a ideia acima aludida de que a dignidade não pertencia ao indivíduo, mas se desenvolvia à medida que servia aos interesses estatais, como observa-se:

sua ordem econômica e social [dos Estados Ditatoriais] está toda encarcerada no arbítrio do Estado, de tal maneira que a Constituição é, quando muito, uma duvidosa e suspeita Declaração de Direitos Sociais, não havendo nela lugar para resguardar, manifestar e proteger os direitos humanos da participação democrática, ou seja, dos direitos políticos da liberdade, da mesma forma que as Cartas ou Constituições do Estado liberal, preocupadas apenas com a injustiça da sociedade feudal, mas indiferentes à injustiça social do sistema capitalista, omitiam e ignoravam as franquias do trabalho e do trabalhador em suas pomposas Declaração de Direitos. Quando se aparta da liberdade, o Estado social das ditaduras se converte em Estado anti-social.

Assim, em completa oposição ao momento ditatorial, o Constituinte de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento, conforme já espose acima.

A partir do instante em que isso ocorreu, foi possível propiciar o desenvolvimento de uma relação simbiótica entre Estado e sociedade, para que as funções daquele, executiva, legislativa e judiciária, devessem buscar, obrigatoriamente, a concretização desse valor, ao passo que os atores sociais pertencentes a essa comunidade detivessem um interesse legítimo na realização dos direitos fundamentais de cada membro, que acabam por levar a efetivação da dignidade da pessoa humana, e um dever recíproco de buscar essa concretização.

Não cabe, então, somente ao ente estatal a realização da dignidade, mas, a cada indivíduo, já que se encontra inserido em uma certa comunidade política, possuidora de uma

¹³⁵ Art. 145, CF/1946. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

¹³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 362.

identidade constitucional e uma consciência jurídica¹³⁷. Nas palavras de Thomas Janosky¹³⁸, “o Estado Constitucional que pretenda exercer o papel de Estado Social, não pode afastar a eficácia primordial do princípio da dignidade humana, nem olvidar, em benefício da sociedade civil”.

O STF, diante da importância desse postulado, já asseverou, em inúmeros julgados, a prevalência da dignidade da pessoa humana, como verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento jurídico¹³⁹, ao reconhecer, por exemplo, o direito ao nome como inserido nesse conceito¹⁴⁰ e o direito à busca da felicidade¹⁴¹, por ser um consectário desse princípio¹⁴².

Ademais, frisa-se que, diante a importância desse conceito, igualmente, para a ordem internacional, Peter Häberle¹⁴³ demonstra que a “dignidade universalmente prometida à pessoa e os direitos humanos” são uma das seis características primordiais dos estados constitucionais.

No próximo tópico, devido à dignidade da pessoa humana ser um conceito excessivamente polissêmico, de conteúdo axiológico aberto¹⁴⁴, contornos vagos e imprecisos, faz-se mister uma abordagem de suas várias dimensões, a fim de traçar, futuramente, sua

¹³⁷ Cristina Queiroz, (2006, p. 32), fala de uma nova leitura para o “estatuto da cidadania” em que os cidadãos assumem “deveres” que vão além do mero respeito pelos direitos do outrem, mas o indivíduo assume um “compromisso” em relação aos interesses fundamentais da sociedade no seu conjunto, o que implicaria em uma “teoria geral do bem estar social”. Compactua desse mesmo pensamento, Ingo Sarlet, na obra **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**, p. 52, ao estabelecer que a dignidade da pessoa humana é tarefa e limite dos poderes públicos, mas igualmente da comunidade em geral, de todos e de cada um.

¹³⁸ JANOSKY, Thomas *apud* DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista dos Estudantes da Faculdade de Direito da UFC**, Fortaleza, Ano 1, n. 1, p. 21, 2007.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em habeas corpus n. 94.358 – SC. Requerente: Ministério Público Federal e outro. Requerido: Superior Tribunal de Justiça. Relator. Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2008.

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 248.869 – SP. Requerente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Romeu Luiz Fanchini. Advogado: Maria da Penha Viana R. Moretto e outros. Relator Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 07 de março de 2003. É interessante destacar que o art. 27, ECA estabelece que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, desde que observado o segredo de justiça.

¹⁴¹ O direito fundamental à busca da felicidade é mencionado expressamente em textos jurídicos desde a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia de 1776. Atualmente, tramita no Congresso Nacional, a PEC n. 19/10, a qual tenciona modificar o art. 6º, CF para incluir o citado direito e determinar que o Estado e a sociedade criem adequadas condições para o seu exercício.

¹⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada n. 223 – PE. Requerente: Estado de Pernambuco. Advogado: Procurador Geral do Estado de Pernambuco. Requerido: Relator do Agravo de Instrumento n 0157690-9 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Intimado: Marcos José Silva de Oliveira. Advogada: Luciana Pereira Gomes Browne. Relator para acórdão: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de abril de 2008.

¹⁴³ HÄBERLE, Peter. A humanidade como valor básico do estado constitucional. *In*: MERLE, Jean Christophe. (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Lanoly, 2003, p. 53-56.

¹⁴⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 200. No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 46.

relação com o conceito da dignidade coletiva a ser exposto, bem como propiciar um melhor entendimento daquela no ordenamento pátrio.

3.2 Dimensões da dignidade da pessoa humana

Indubitavelmente, a dignidade da pessoa humana se apresenta como um conceito indeterminado, pois, em uma breve análise da jurisprudência do STF, que se realizará ao longo do presente tópico, é possível observar que tal fundamento da RFB¹⁴⁵ ainda não apresenta contornos nítidos de uma definição clara e precisa. Carece, obviamente, de uma construção ao longo do tempo e embasada em dado contexto cultural, o qual irá permitir uma tentativa de aproximação daquilo que malfez ou não essa característica pertencente ao gênero humano.

A dignidade da pessoa humana, primeiramente, é o valor-fonte – fonte ética – de onde brotam todos os direitos e deveres fundamentais¹⁴⁶. É ela o fundamento de maior proteção do Estado, ao relembrar a segunda fórmula do imperativo categórico de Kant, já que a pessoa humana é o fim dessa organização.

Com base, então, em Ingo Sarlet¹⁴⁷, destaca-se as quatro dimensões da dignidade humana: ontológica, social, autonômica e prestacional, as quais procuram nos auxiliar na compreensão desse conceito.

A dignidade da pessoa humana como qualidade intrínseca da pessoa humana é irrenunciável e inalienável¹⁴⁸. São, na lição de Jorge Miranda¹⁴⁹, a razão e a consciência os denominadores comuns, em consonância com o art. 1º da Declaração Universal de 1948, para a compreensão da igualdade em dignidade de todos. O indivíduo, portanto, é ontologicamente digno, por isso não é possível tal qualidade ser destacada do ser humano¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Juntamente com a dignidade da pessoa humana, a soberania, cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, consoante o art. 1º, CF, representam os alicerces da RFB. José Casalta Nabais também reconhece na dignidade o fundamento lógico para os deveres fundamentais.

¹⁴⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 197. No mesmo sentido, MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 124.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45-67 e SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade da pessoa humana: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade da pessoa humana: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20.

¹⁴⁹ MIRANDA, *op. cit.*, p. 198-199.

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade da pessoa humana: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20.

A partir dessa compreensão inicial da dimensão ontológica, alguns questionamentos surgem: qual a definição de pessoa humana? Quando começaria, então, a vida para que o indivíduo fosse considerado digno? E, quantos aos mortos, haveria vilipêndio à sua dignidade, em caso, por exemplo, de profanação do túmulo? Em um primeiro momento, esclarece-se que a proposta de solução para tais questões será dada de forma interdisciplinar, sem a pretensão de esgotar o tema, o qual, por si só, já se mostra bastante complexo, bem como as digressões somente terão o cunho de facilitar o entendimento desse trabalho.

Primeiramente, a vida se apresenta como direito fundamental, insculpido no art. 5º, *caput*, CF, ao determinar que todos, sejam brasileiros natos ou naturalizados, sejam estrangeiros residentes ou não no país¹⁵¹, têm o direito à inviolabilidade à vida. Segundo José Afonso da Silva¹⁵², a vida se apresenta como:

um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

No entanto, por ser um direito fundamental com estrutura de princípio¹⁵³, admite-se que, em determinadas situações, seja sopesado e, conseqüentemente, ocorra a adoção da pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a, CF) ou de aborto necessário, em que não há outro meio para salvar a vida de gestante, ou em caso de gravidez resultante de estupro (art. 128, CP) e, hodiernamente, por não haver previsão legal, no caso de anencefalia¹⁵⁴.

Além disso, os crimes dolosos contra a vida são julgados pelo Tribunal do Júri, conforme o art. 5º, XXXVIII, CF, existindo um duplice significado para tal garantia constitucional: a primeira se refere ao fato de o povo poder participar ativamente das decisões

¹⁵¹ Embora o art. 5º, *caput*, CF tenha afirmado que o rol dos direitos fundamentais esteja relacionado somente aos estrangeiros residentes no país, concorda-se com o entendimento esposado por Uadi Lammêgo Bulos (2008, p. 411) de que os direitos e deveres fundamentais expressos no texto constitucional se estendem ao estrangeiro não residente como uma decorrência lógica da dignidade humana.

¹⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 197.

¹⁵³ Compactua-se, neste trabalho, com a classificação apresentada por Robert Alexy, o qual compreende que as normas com estrutura de princípios são mandamentos de otimização, isto é, ordenam algo que seja realizado dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ao passo que as regras “são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, o que não ocorre, certamente, com o direito fundamental à vida (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 90-91).

¹⁵⁴ O julgamento da ADPF n. 54 permitiu a interrupção da gravidez em caso de anencefalia, já que essa conduta constituiria fato atípico. Dessa forma, como o crime de aborto tutela a vida em potencial, e no caso do anencéfalo não haverá vida, decidiu-se privilegiar a vontade da gestante, em observância à sua dignidade, de não carregar um feto que não teria potencialidade vital.

emanadas do Poder Judiciário, num verdadeiro reforço do ciclo de legitimação proposto por Müller, e a outra se relaciona com o fato de o acusado ser julgado pelos seus próprios pares.

Nessa linha de raciocínio, a pessoa humana assume, como já afirmado na segunda fórmula do imperativo de Kant, a centralidade do ordenamento jurídico. Por isso a sua dignidade, encarada como a exigência de ser reconhecida como pessoa, é o conceito central do estado constitucional e democrático contemporâneo¹⁵⁵, devendo ser compreendida, portanto, como a existência individual e concreta, visto não estar atrelada a algo abstrato. Além disso, ela mostra-se como um conceito relacional, em que a pessoa humana necessita do outro para delimitar-se como pessoa – alteridade –, e é imprescindível a sua identificação¹⁵⁶.

Na ordem jurídica nacional, o art. 2º, CC, afirma que a personalidade civil da pessoa inicia com o nascimento com vida, mas o nascituro não está desprotegido, porque a lei põe a salvo os seus direitos, tais como a possibilidade de exigência de alimentos gravídicos, conforme a Lei n. 11.804/2008, a capacidade para herdar, desde que já esteja concebido no momento da abertura da sucessão (art. 1798, CC) e, inclusive, ao natimorto é assegurado o direito ao nome, à imagem e sepultura¹⁵⁷.

É adotada, então, na primeira parte do dispositivo acima citado, a teoria natalista e, posteriormente, a da personalidade condicional, pois o nascituro já é pessoa. No entanto, para a aquisição dos direitos patrimoniais, ele precisa nascer com vida, isto é, respirar. O STF, ao consubstanciar tal entendimento, já asseverou que, no caso da Lei de Biossegurança, na qual se questionava a possibilidade de experimentos científicos com células tronco, somente o indivíduo já personalizado, ou seja, a pessoa é dotada de dignidade, uma vez que apenas os sobreviventes ao parto podem ser contemplados pela personalidade assentada no art. 2º, CC¹⁵⁸.

Torna-se, pois, essa questão de delimitar o início da vida humana de natureza bem complexa, porque, para Jorge Miranda¹⁵⁹, todavia, a dignidade da pessoa humana “refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento”, como maneira de expressar a

¹⁵⁵ BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento: uma análise estrutural da dignidade humana. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (Org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 40.

¹⁵⁶ *Id. Ibid.*, p. 40-67.

¹⁵⁷ Segundo o enunciado n. 1 da Jornada de Direito Civil, é assegurado tanto ao nascituro quanto ao natimorto, por força do art. 2º, CC, os direitos de personalidade, relativos, exemplificativamente, ao nome, à imagem e à sepultura.

¹⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510 – DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e outros. Advogado: Advogado Geral da União e outros. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008.

¹⁵⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 4. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 199.

necessidade de proteção estatal para aqueles que se mostram mais frágeis perante o ordenamento. No Brasil, não se adota, a teoria concepcionista¹⁶⁰.

Aliado a isso, embora para o início da vida se considere a respiração como marco, a Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, que regulamenta o procedimento de transplantes, em seu art. 3º determina que a morte encefálica representa o fim da existência humana, consoante o art. 6º, CC¹⁶¹. Entretanto, é possível discutir, ainda, a respeito da necessidade de preservação de uma existência digna, porque, em determinadas ocasiões, embora não tenha ocorrido a morte cerebral, é possível que o indivíduo não esteja mais habilitado para compreender os atos do cotidiano, acarretando no entendimento de ser permitida a eutanásia no ordenamento pátrio¹⁶².

Afora isso, o Direito Penal pátrio, ao tutelar os crimes relativos ao respeito aos mortos, na lição de Paulo José da Costa Júnior¹⁶³, objetiva tão-somente a defesa de um interesse individual e, ao mesmo tempo, coletivo, bem como se relaciona a um valor ético-social, uma vez que a pessoa humana não mais poderá ser considerada sujeito de direitos e obrigações perante a ordem jurídica.

Tais considerações, finalmente, apenas tiveram o condão de demonstrar o quão complexa se mostra a questão relativa aos marcos inicial e final para a determinação da vida humana, tendo em vista que objeto de preocupação ficará adstrito à compreensão de que todos os seres humanos com vida nascem iguais em dignidade.

A partir da aceitação de que a dignidade é uma qualidade indescutível do ser humano, pode-se identificar uma dimensão social ou comunitária, a qual implica em um reconhecimento do outro como ser igualmente digno. Revela, igualmente, um dever recíproco de cuidado e proteção, atrelados, essencialmente, no contexto brasileiro, ao repúdio aos anseios ditatoriais e construção de uma sociedade livre, justa e solidária, consoante apontado na identidade constitucional brasileira.

A alteridade, como um dos componentes da pessoa humana, demonstra que a vida em sociedade impõe-se como um imperativo. A pessoa “só atinge a sua plenitude ontológica em solidariedade com seus semelhantes e com o mundo que o cerca. Um ser no mundo cuja

¹⁶⁰ Para maiores esclarecimentos acerca da teoria concepcionista, vide ANDRADE, Márcio Accioly de. Nascituro: pessoa humana, sujeito de direitos. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (Org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 136-149.

¹⁶¹ O art. 6º, CC, também contempla a morte presumida no caso de ausência.

¹⁶² Hodiernamente, a prática de eutanásia é considerada crime de homicídio privilegiado, previsto no art. 121, § 1º, CP, já que o agente cometeu a conduta impelido pelo motivo de relevante valor moral, o qual merece ser beneficiado com uma causa de diminuição da pena, a ser verificada no terceiro momento de aplicação da pena.

¹⁶³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 666.

construção do *ego* passa pelo caminho da alteridade¹⁶⁴”. Por isso que a dimensão relacional implica a identificação de todo o corpo social como digno, sem haver distinções quanto à dignidade de determinado membro ou outro.

Logicamente, a solidariedade trazida não está relacionada a um retrocesso aos períodos dos regimes totalitários, em que havia uma hipertrofia do coletivo, notadamente por meio da atribuição excessiva de deveres, em detrimento do individual. Não se quer uma visão do individualismo utilitarista. Procura-se, em contrapartida, combater o individualismo possessivo e até mesmo a deficitária participação do povo na concretização da solidariedade, que a estatizou, a fim de concretizar ao máximo a dignidade da pessoa humana. Na lição de Wambert Di Lorenzo¹⁶⁵:

a solidariedade é a determinação firme de se empenhar pelo bem comum, ou seja, o bem de todos e de cada um. Solidariedade tem dois aspectos, sendo virtude moral e princípio social, quer dizer, é tarefa exclusiva da sociedade da qual o Estado é mero instrumento e, não, protagonista.

Assim, como uma decorrência lógica de tal dever de reciprocidade, pode-se explicitar o dever fundamental de pagar impostos¹⁶⁶, o qual emana da dignidade da pessoa humana¹⁶⁷. Os impostos, no atual paradigma do estado fiscal, representam as receitas que custearão a efetividade dos direitos fundamentais, pois todos esses, e não somente os sociais, representam gastos públicos¹⁶⁸ e há uma necessidade de manutenção por todos da máquina estatal, cujo objetivo primordial é a realização da plenitude da existência humana, por meio da concretização da dignidade.

Ainda sob essa ótica de proteção e reconhecimento a ser feita pelo corpo social, destaca-se que o Direito Penal também se mostra apto a reforçar essa dimensão, porque as condutas típicas, antijurídicas e culpáveis trazidas servem para demonstrar que, se determinado indivíduo compreende que não deverá matar, pois receberá uma sanção estatal por esse delito, há uma norma penal que, implicitamente, garante uma proteção a cada ser

¹⁶⁴ LORENZO, Wambert Gomes Di. **Teoria do estado da solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 25.

¹⁶⁵ *Id. Ibid.*, p. 18.

¹⁶⁶ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo. Portugal: Almedina, 2012.

¹⁶⁷ NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos do direito. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso: 20 abr.2012.

¹⁶⁸ Na lição de José Casalta Nabais, “os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual”.

individualizadamente contra o fato de certo membro dirigir a sua conduta para a prática do homicídio.

Finalmente, é preciso destacar que a dimensão social da dignidade da pessoa humana não se confunde com o princípio constitucional da solidariedade. Embora maiores elucidações só ocorrerão mais a frente sobre a solidariedade, esta deverá ser entendida como a necessidade de o ser humano viver em sociedade, em relacionamento com o outro, ao passo que a dimensão social é o reconhecimento de que o outro é igualmente digno. Os dois conceitos se apresentam interligados, porém com aspectos distintos da pessoa humana.

Em relação às duas últimas dimensões, autonômica e prestacional, elas estão relacionadas, sobretudo, à possibilidade do exercício pleno da dignidade pela pessoa humana. O ente estatal e a comunidade, portanto, precisam reforçar a autonomia ética do sujeito, ao criar condições propícias para a sua existência, bem como há uma dever de proteção daqueles que não podem exercer, notadamente, a sua capacidade de autodeterminação.

Nessa linha de entendimento, o texto constitucional, no art. 227, além de ter reconhecido que crianças, adolescentes e jovens possuem dignidade, estabeleceu um dever expresso da família, do Estado e da sociedade em tutelá-las de forma especial, tendo em vista se tratarem de pessoas em desenvolvimento. Inclusive o art. 228, CF, reforça ainda que os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, devendo, pois, estarem sujeitos à regulamentação do ECA¹⁶⁹.

Outra decorrência dessa dimensão é a proteção constitucional dada aos idosos no art. 229, CF. É atribuição de todos também a defesa da sua dignidade, pois o envelhecimento é um direito personalíssimo (art. 8º, Estatuto do Idoso). Para consolidar a liberdade de locomoção entre os idosos, o art. 230, § 2º, CF c/c art. 39, Estatuto do Idoso, garante a gratuidade do transporte coletivo urbano e semiurbano, bem como a prioridade na tramitação dos processos (art. 71, Estatuto do Idoso). Segundo Inocêncio Mártires¹⁷⁰, tal proteção está baseada na solidariedade, porque

o constituinte colocou o Brasil em sintonia com os países mais avançados, onde o cuidado com os idosos é uma *questão social* da maior importância, até porque em decorrência do aumento de sua expectativa de vida e da redução das taxas de natalidade, os componentes da chamada *terceira idade* passaram a constituir

¹⁶⁹ Quanto às disposições da legislação protetiva, o menor em confronto com a lei comete ato infracional, e não crime ou contravenção, embora se utilize o conceito da tipicidade delegada, em consonância com o art. 103, ECA. Aliado a isso, os sistemas de proteção relativos à criança e ao adolescente são diferenciados, uma vez que à primeira somente serão aplicadas medidas de proteção, ao passo que, em relação ao segundo, é possível ainda a adoção de medida socioeducativas, descritas no art. 112, ECA.

¹⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1427.

expressiva parcela da população, demandando prestações que refletem diretamente na relação receita/despesa da seguridade social, para cujo custeio, na condição de inativos, eles pouco ou nada contribuem. (*grifos no original*)

O mesmo raciocínio deve ser estendido para os portadores de necessidades especiais, uma vez que tais pessoas necessitam de condições plenas para sua participação na comunidade política. Assim, o ordenamento jurídico pátrio, em consonância com o art. 5º, § 2º, CF, que trata da incorporação dos tratados de direitos humanos com *status* de emenda à Constituição, aprovou, por meio do Decreto legislativo n. 186, de 09 de julho de 2008, a Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência, representando um verdadeiro avanço no comprometimento das questões internacionais, relativas à tutela dos direitos humanos.

Feitas essas considerações sobre os pressupostos de sustentação do conceito constitucional da dignidade coletiva, será realizada, no tópico seguinte, a construção dogmático-jurídica desta definição.

4 CONCEITO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE COLETIVA

4.1 Fundamentação para o desenvolvimento do conceito constitucional da dignidade coletiva

Feitas as delimitações conceituais acerca da identidade constitucional, consciência jurídica e dignidade da pessoa humana, deter-se-á, então, ao estudo do conceito constitucional da dignidade coletiva. Será realizada, introdutoriamente, uma distinção da definição proposta em relação ao patriotismo constitucional, à solidariedade e dignidade humana, a fim de finalizar o presente capítulo com a síntese a respeito do conceito da dignidade social¹⁷¹ no ordenamento pátrio.

Para isso, identifica-se, a partir de uma compreensão de que o individualismo exacerbado da atualidade barra o desenvolvimento do reconhecimento do outro como ser ontologicamente digno¹⁷², a necessidade do desenvolvimento, no Estado Constitucional, de uma dimensão coletiva de valores, reconhecida como característica distintiva dos demais agrupamentos, porque a teoria liberal dos direitos fundamentais conduz somente a uma autodeterminação dos indivíduos através da livre disposição sobre a sua pessoa e os seus bens, ao atribuir aos direitos de liberdade um modelo essencialmente econômico¹⁷³.

Embora haja um direito fundamental ao desenvolvimento econômico¹⁷⁴, o que se coaduna com o modelo econômico misto adotado pelo Poder Constituinte Originário¹⁷⁵, é

¹⁷¹ Esclarece-se, desde já, que, no presente trabalho, o termo dignidade social será utilizado como expressão sinônima à dignidade coletiva. Não guarda, portanto, essa terminologia qualquer relação com o art. 13, I, CRP, em que é tratada a dignidade social como pertencente a todos os cidadãos portugueses. Há, nesse dispositivo, menção ao princípio da igualdade, e não, ao conceito aqui proposto.

¹⁷² Para José Casalta Nabais, o individualismo possessivo tem sido uma das principais características da pós-modernidade, por isso ser reforçada a temática dos deveres fundamentais como uma categoria autônoma. Além disso, explica Lynn Hunt, (2009, p. 212), que, embora “as formas modernas de comunicação tenham expandido os meios de sentir empatia pelos outros, elas não têm sido capazes de assegurar que os homens ajam com base nesse sentimento de camaradagem”.

¹⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003, p. 384. Complementa, ainda, o constitucionalismo português, (2009, p. 385), que a “luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, e *A Questão Judaica*) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem <egoísta> e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do <homem total>, o que só seria possível em uma nova sociedade” (*grifos no original*).

¹⁷⁴ De acordo com Guilherme Amorim Campos da Silva, (2004, p. 63), em consonância com o art. 3º, II c/c art. 174, CF, é possível estabelecer um direito fundamental ao desenvolvimento econômico, o qual está orientado para a “produção de riquezas sob o princípio distributivo da ação interventiva do Estado na ordem econômica, observado o princípio fundamental de desenvolvimento nacional”.

¹⁷⁵ Na lição de Uadi Lammêgo Bulos, (2008, p. 1244), “constituinte de 1988 optou por um ordenamento econômico composto”, uma vez que consagra como fundamentos da RFB tanto os valores sociais do trabalho quanto a livre iniciativa (art. 1º, IV c/c 170, *caput*, ambos da CF). Aliado a isso, é reconhecida também a defesa dos direitos dos consumidores (art. 5º, XXXII c/c art. 170, V, ambos da CF).

relevante afirmar que se está diante de uma “civilização de indivíduos, particularmente considerados¹⁷⁶”, tendo em vista que as noções básicas de solidariedade e respeito ao outro parecem não pertencerem a essa sociedade do século XXI. Kant reconhece que, quando o ser humano começa a falar por meio do “eu”, surge o egoísmo, o qual progride de maneira manifesta ou encoberta pela aparente abnegação¹⁷⁷.

Assim, a preocupação hodierna com a relação entre Estado e indivíduo, conseqüentemente, deverá ser estendida para o relacionamento entre os membros do corpo social, por meio do robustecimento da solidariedade. No Estado Fiscal, cujo principal suporte financeiro são os impostos¹⁷⁸, avulta-se a importância da solidariedade para o custeio da vida em sociedade, uma vez que, com a exclusão do Estado Patrimonial e do Empresarial, compete aos contribuintes a manutenção dos gastos públicos para a existência de uma sociedade civilizada¹⁷⁹.

Aliado a isso, Ricardo Lobo Torres¹⁸⁰ esclarece acerca da liberdade no Estado Fiscal que:

o monopólio do poder fiscal exercido pelo Estado, com a extinção da fiscalidade periférica da Igreja e da nobreza, não é absoluto ou ilimitado. O poder tributário, pela sua extrema contundência e pela aptidão para destruir a liberdade e a propriedade, surge limitadamente no espaço deixado pela autolimitação da liberdade e pelo consentimento no pacto constitucional. Em outras palavras, o tributo não limita a liberdade nem se autolimita, *senão pela liberdade é limitado*, tendo em vista que apenas a representação e o consentimento lhe legitimam a imposição.

Obviamente, à medida que houve um fortalecimento da democracia brasileira, com o fim da Ditadura Militar, caminha-se para um verdadeiro Estado Democrático de Direito, tal qual previsto no art. 1º, *caput*, CF, porém, oscilando entre o liberalismo e o

¹⁷⁶ SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva**. 45f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2009, p. 24.

¹⁷⁷ KANT, Immanuel. **Antropologia de um ponto de vista pragmático**. Tradução de Célia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2006, p. 129.

¹⁷⁸ NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 jun.2012. No Brasil, os impostos, segundo o art. 3º, CTN, como espécie de tributo, são uma prestação revestida de compulsoriedade, em moeda, não decorrente de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. É uma obrigação independente de qualquer atividade estatal específica (art. 16, CTN), bem como configura receita derivada (art. 9º, Lei n. 4.320/1964. Para maiores esclarecimentos sobre o conceito de tributo, vide MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁷⁹ NABAIS, José Casalta. **Reflexões sobre quem paga a conta do estado fiscal**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Casalta2008.pdf>. Acesso em: 29 jul.2012

¹⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 127.

intervencionismo¹⁸¹ e procurando reduzir as fortes desigualdades sociais¹⁸², pois grande parte da população depende de políticas públicas principalmente nas áreas de saúde, educação e moradia¹⁸³. As crises econômicas, como a ocorrida em 2009, notadamente, nos Estados Unidos, induziram ao questionamento, mais uma vez¹⁸⁴, a respeito da sobrevivência ou não do modelo social de Estado.

No entanto, o paradigma presente para qualquer modelo estatal proposto, na lição de Jorge Reis Novais¹⁸⁵, deve, obrigatoriamente, possuir como princípios estruturantes a democracia, socialidade e segurança, porque a expressão Estado Social sugere:

imediatamente a confluência, no mesmo princípio estruturante da ordem constitucional, de três elementos que poderíamos sintetizar por: a segurança jurídica que resulta da protecção dos direitos fundamentais, a obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática¹⁸⁶.

Em relação à democracia, portanto, para Cristina Queiroz¹⁸⁷, esta demanda discussão política e argumentação racional, a fim de que haja uma concepção deliberativa dessa definição, por isso a necessidade de reconhecer a importância do desenvolvimento do conceito da dignidade coletiva para o fortalecimento da ideia de construção de uma dimensão de valor pertencente ao corpo social pátrio, a despeito de o pluralismo ser parte integrante e

¹⁸¹ Segundo Newton Menezes de Albuquerque, (2008, p. 473), o capitalismo periférico desenvolvido no Brasil produziu efeitos restritivos na construção de uma civilização democrática, por isso a ocorrência de um “arcaísmo institucional e a ausência de parâmetros jurídicos modernos do Estado brasileiro periférico que se projeta na exteriorização de formas políticas marcadas pela tibieza dos procedimentos legitimatórios do poder do Estado, predominantemente ancorados no recurso à coerção contra as classes trabalhadoras e não pela instituição do consenso ativo”.

¹⁸² Conforme Jessé de Souza, (2006, p. 178), a desigualdade social no Brasil é abissal e um dos seus grandes feridas é a “naturalização da desigualdade”, que causa um auto-desprezo mutilador.

¹⁸³ SILVA, Virgílio Afonso da. **O judiciário e as políticas públicas**: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: NETO SOUZA, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 587.

¹⁸⁴ Luísa Cristina Pinto e Netto, (2009, p. 26), reforça que, a partir da década de 1980, ao se tornarem freqüentes os movimentos neoliberais, já chegava-se a falar em um “Estado Pós-Social”. No entanto, devido à heterogeneidade da situação, poder-se-ia questionar, desde já, “se ressei da crise um novo modelo de Estado ou se sobrevive o Estado Social Reformulado”.

¹⁸⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Portugal: Almedina, 2006, p. 179-218. No mesmo raciocínio, Canotilho, (2003, p. 335), explica que o princípio da socialidade é, linguisticamente, uma fórmula trazida da Constituição Alemã e que não encontra recepção no texto da Constituição Portuguesa de 1976. Na CRP trouxe-se a expressão democracia econômica, social e cultural. No Brasil, igualmente, podemos encontrar no preâmbulo menção à realização do bem estar, desenvolvimento, da igualdade e justiça, bem como no art. 3º, CF, por exemplo, ao tratar da erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais.

¹⁸⁶ *Id. Ibid.*, p. 210.

¹⁸⁷ QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional**: as instituições do estado democrático e constitucional. Portugal: Coimbra Editora, 2009, p. 417.

essencial do pensamento democrático¹⁸⁸. A soberania popular se avulta, porque ao povo compete o transporte desses valores universais para compor a dignidade coletiva e, caso haja qualquer ofensa a esses valores, toda a comunidade política restará lesionada.

Ainda, Axel Honneth¹⁸⁹ propõe uma nova visão para a prevenção da humilhação e do desprezo – e não simplesmente de eliminação da desigualdade – baseada na dignidade e no respeito, atrelada à ideia de Nancy Fraser¹⁹⁰, a qual promove a necessidade de políticas de reconhecimento como um segundo tipo de concretização da justiça social¹⁹¹, por meio, por exemplo, da análise das reivindicações das perspectivas étnicas, raciais e das minorias sexuais¹⁹². Explica, nesse contexto Marcio Diniz¹⁹³, sobre o pensamento de Honneth que:

no quadro geral de suas ideias, Honneth deixa clara a opção por modelos teóricos que tenham por finalidade a integração normativa das sociedades através da objetivação e institucionalização de princípios universais de reconhecimento que definem quais são as formas concretas de reconhecimento mútuo entre os membros de uma dada comunidade política, na dinâmica, na vida social.

¹⁸⁸ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 444.

¹⁸⁹ HONNETH, Axel. **Reconocimiento y menosprecio sobre la fundamentación normativa de una teoría social**. Madrid: Centro de cultura contemporânea de Barcelona, 2009, p. 10. (No original: (...) “el objetivo normativo parece no ser ya la eliminación de la desigualdad, sino la prevención de la humillación o del menosprecio; las categorías centrales de esta nueva visión ya no son la *distribucion equitativa* o la *igualdad de bienes*, sino la *dignidad* y la *respeto*”).

¹⁹⁰ FRASER, Nancy and HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. London: Verso, 2003, p. 01.

¹⁹¹ Segundo Nancy Fraser, (2003, 01), existem duas formas de concretização da justiça social: a primeira e mais familiar, relativa à justa distribuição dos recursos e das riquezas, enquanto que a outra seria por meio do reconhecimento, que é a palavra-chave do nosso tempo, das minorias, por exemplo. (No original: “In today’s world, claims for social justice seem increasingly to divide into two types. First, and most familiar, are redistributive claims, which seek a more just distribution of resources and wealth. (...) Today, however, we increasingly encounter a second type of social-justice claim in the ‘political of recognition’. Here the goal, in its most plausible form, is a difference-friendly world, where assimilation to majority or dominant cultural norms is no longer the price of equal respect. Examples include claims for the recognition of the distinctive perspective of ethnic, ‘racial’, and sexual minorities, as well as of gender difference”). Na mesma linha de pensamento, Marcio Diniz, (2008, p. 393), explica que “a dignidade humana e o respeito devido ao indivíduo, passam a constituir o ponto axial das categorias centrais da moderna filosofia política e moral, ao lado dos conceitos de repartição equitativa dos bens e da igualdade material. Enquanto as primeiras concepções de justiça estão associadas a uma ideia de justiça que concretiza conceitos de justiça social materializados na justa redistribuição dos bens, as ideias que giram em torno do conceito central do ‘reconhecimento’ buscam definir as condições pelas quais a sociedade se diz igualmente justa a partir do momento em que também tem por objetivo reconhecer efetiva e eficazmente a dignidade individual e o respeito devido a cada um”.

¹⁹² Menciona-se que, hodiernamente, é possível o reconhecimento de uniões homoafetivas no Brasil, tendo o STF, na ADI n. 4.277 – DF, assentado o entendimento de que o direito à preferência sexual emana da dignidade da pessoa humana. Então, em uma interpretação conforme à Constituição, o conceito de família, previsto no art. 226, CF, deve ser elasticado para contemplar também as uniões entre pessoas do mesmo sexo.

¹⁹³ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Amor, direito e solidariedade: novos desafios à questão da cidadania. In: SALES, Lília Maria de Moraes e LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento**: estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito editorial, 2008, p. 395.

Percebe-se, então, que o conceito a ser desenvolvido permite a sedimentação do reconhecimento dessa dimensão coletiva e axiológica no seio social, porque envolve inevitavelmente a construção de uma sociedade justa, livre e solidária por meio da admissão da integridade individual de cada um dos membros¹⁹⁴, mas que se encontram atrelados à sociedade brasileira.

Então, no contexto dos direitos sociais, objeto do estudo, que envolvem, justamente, a igualdade e a própria construção do ser digno, essa definição da dignidade social será amplamente compreendida, porque culminará no estudo da inconstitucionalidade por omissão, vício que afeta tanto o desenvolvimento harmônico das funções estatais quanto a própria coletividade, porque pressupõe a inobservância do dever constitucional de legislar¹⁹⁵ ou de realizar determinado mandamento constitucional carente de efetivação posterior, tal qual a adoção de políticas públicas relativas ao direito fundamental à saúde.

Dessa forma, como os direitos sociais, em sua grande maioria, exigem uma contraprestação unicamente estatal, na atualidade mostra-se um alvo de crescentes reflexões, o ativismo judicial. Tal compreensão comumente esbarra na concepção clássica da separação dos poderes, a qual é interpretada no sentido de impossibilitar a atuação do Poder Judiciário na supressão da omissão inconstitucional da atividade legislativa, embora o texto constitucional reforce a noção das funções estatais serem harmônicas, por representarem a manifestação de um único Poder titularizado pelo povo (art. 1º, parágrafo único, CF).

Além disso, a reserva do possível ou o limite do financeiramente possível tem sido utilizada indiscriminadamente pelos chefes do Poder Executivo como escudo para uma implementação mais efetiva desses direitos na ordem constitucional pátria.

Em consequência, a mora legislativa, uma das hipóteses de óbice à concretização desses direitos, aparece como afronta direta à dignidade coletiva, haja vista que os parlamentares, como representantes eleitos pelo povo, deveriam buscar a efetivação ampla dos direitos fundamentais, por estes serem reflexos dos valores consagrados de certa comunidade política. Aliado a isso, não se pode olvidar de que a ausência ou déficit de políticas públicas, que tencionem a concretização paulatina desses direitos mostra-se em dissonância com os anseios populares positivados ao longo do texto constitucional.

¹⁹⁴ HONNETH, Axel. **Reconocimiento y menosprecio sobre la fundamentación normativa de una teoría social**. Madrid: Centro de cultura contemporânea de Barcelona, 2009, p. 10.

¹⁹⁵ Segundo Eurico Bitencourt Neto, (2009, p. 45), “a questão relativa à existência de um dever de legislar, em especial um dever de legislar para concretizar direitos sociais a prestações fáticas, é pré-condição para a possibilidade de se afirmar a existência de omissão legislativa inconstitucional”.

A abertura, portanto, do discurso constitucional, apreendida como a necessidade de concretização gradual do texto, decorre da natureza da Constituição em ser um projeto de constante construção pela sociedade¹⁹⁶, a qual permite o reconhecimento e desenvolvimento da dignidade coletiva. Assim, a pretensão de dinamicidade do texto não poderá ser olvidada, porque será esta quem garantirá a possibilidade de continuidade do texto constitucional como pertencente àquela sociedade¹⁹⁷.

Além disso, essa definição ficará adstrita à Constituição de 1988, que dará o suporte, ao ter sido delimitada a identidade constitucional, aos valores constitucionais os quais devem ser tutelados.

4.2 Dignidade coletiva e patriotismo constitucional

Primeiramente, compreende-se por patriotismo constitucional, na perspectiva de Jürgen Habermas¹⁹⁸, o elo racional de adesão dos cidadãos, em oposição ao nacionalismo exacerbado, à Constituição como modo de reconciliar o passado alemão e a Lei Fundamental de Bonn de 1949, que trouxe os direitos fundamentais e a democracia como princípios universais.

Segundo Maria Eugenia Bunchaft¹⁹⁹, o patriotismo constitucional apresenta-se como “uma nova maneira de fornecer um modelo de identificação política capaz de superar o nacionalismo, concebendo a identidade nacional alemã de forma diversa da compreensão neo-historicista alemã”. Trata-se, portanto, de demonstrar uma ligação dos cidadãos aos princípios universais insculpidos no texto constitucional nas sociedades pós-nacionais²⁰⁰, destituídas de homogeneidade cultural e carecedoras de maior tolerância com as diferenças.

O conceito de nação, compreendido como “o povo de um Estado”, no qual se avulta, sobremaneira, a soberania popular, se entrelaça com o de comunidade que tem a

¹⁹⁶ No contexto da mutação constitucional, que poderá ser utilizada para a compreensão de que a Constituição é uma ordem aberta, como mecanismo informal de modificação do texto constitucional, Marcelo Continentino, (2009, p. 45), esclarece que a “Constituição evolui com a própria sociedade”, por isso esse texto não possui a pretensão de ser completo, esgotável. Ainda, na lição de Michael Rosenfeld, (2003, p. 18), “um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis”.

¹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003, p. 1435.

¹⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁹⁹ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **O patriotismo constitucional na perspectiva de Jürgen Habermas: a reconstrução da ideia de nação na filosofia política contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 42.

²⁰⁰ Explica Habermas, (1997, p. 279-280), que a unificação da Alemanha, a União Européia, bem como os grandes fluxos migratórios foram fenômenos responsáveis por gerar uma relação complexa que se estabeleceu entre cidadania e identidade nacional na sociedade alemã.

mesma origem no século XVIII, como forma de superação do período feudal, no qual havia uma forte descentralização do poder, e do absolutismo monárquico, reunido preponderantemente na figura real²⁰¹. O abade de Sieyès, ao reconhecer a nação como detentora da soberania no contexto do Poder Constituinte Originário, sedimenta que este significado é constitutivo para a identidade política dos sujeitos de uma comunidade democrática²⁰².

Logo, o Estado Liberal, resultado da “insatisfação das lideranças nacionais européias com o Estado Absoluto e das revoluções que destruíram as estruturas deste, ou que cortaram sua evolução²⁰³”, surge com a pretensão de unir, em torno da formação estatal, uma comunidade assentada no sentimento de lealdade e reconhecimento de um passado glorioso²⁰⁴. Essa forma estatal foi responsável por criar “a base para a homogeneidade cultural e étnica que permitiu, desde o século XVIII, a democratização do aparelho do Estado – mesmo que às custas da opressão e da exclusão das minorias nacionais²⁰⁵”. Segundo a lição de Elvi Miguel Cenci²⁰⁶:

ao longo da história, o conceito de nação amparado nos pressupostos do nacionalismo se mostrou eficiente ao agregar e criar o sentimento de pertencer compartilhado com outros. Como forma de construção da identidade coletiva, o apelo nacionalista, por se amparar em um sentimento e não fundamentalmente na argumentação racional, alcançou uma força de adesão maior do que o recurso a um ‘patriotismo da constituição’.

No entanto, em virtude de uma reinterpretação histórica proposta na história alemã na tentativa de minimizar os efeitos do holocausto e, conseqüentemente, do nazismo, o patriotismo constitucional, que foi cunhado originalmente por Dolf Sternberger²⁰⁷, veio a combater o neoconservadorismo. Não era possível, ante as atrocidades ocorridas durante a 2ª

²⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneicheler. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 281-282.

²⁰² *Id. Ibid.*, p. 282.

²⁰³ SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação dos poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 63.

²⁰⁴ BUNCHAFT, Maria Eugenia. **O patriotismo constitucional na perspectiva de Jürgen Habermas**: a reconstrução da ideia de nação na filosofia política contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010, p. 05.

²⁰⁵ HABERMAS, *op. cit.*, p. 281.

²⁰⁶ CENCI, Elvi Miguel. Contribuições do conceito de patriotismo constitucional para a esfera político-jurídico brasileira. **Revista do programa de mestrado em direito negocial da UEL**. Londrina, vol. 10, p. 123, 2006.

²⁰⁷ Para Dolf Sternberger (2001), apesar dessa expressão [patriotismo constitucional] ser cunhada por dois vocábulos, que comumente não são usados com tanta freqüência, o patriotismo é pressuposto da cidadania mundial e envolve o cosmopolitismo cívico. Leciona, ainda, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, (2006, p. 59), “patriotismo constitucional é um conceito originalmente cunhado pelo jurista e politólogo alemão Dolf Sternberger, por oportunidade do 30º aniversário da Lei Fundamental de Bonn, em artigo publicado em 1979. Sternberg procurou sintetizar, com esse conceito, o que representava a construção de uma nova identidade coletiva alemã que tomava por referência o conteúdo normativo universalista da Lei Fundamental de 1949, algo extremamente novo na história da Alemanha”.

Guerra Mundial, que se pudesse perpetuar o nacionalismo exacerbado, porque, precipuamente, o nazismo foi um regime de ruptura e desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Conforme Habermas, “como não há qualquer possibilidade de reintegrar o Holocausto no movimento da história precisamente porque nada pode justificá-lo historicamente, estamos diante de uma ideia de ruptura”. Ele propõe que o passado não seja fonte de legitimidade. Todavia é preciso, a partir de uma comunicação intersubjetiva, aprender com ele e criar o compromisso crítico com um futuro. Deve-se, então, substituir o patriotismo nacional por um patriotismo constitucional, em que “a cidadania tem a Constituição como sua única base comum²⁰⁸”.

Resgata-se, dessa forma, a democracia como maneira de adesão aos comandos constitucionais, em que o indivíduo assume o papel de crítico da história, porém comprometido com a construção de uma identidade pós-nacional, que é pluralista.

No contexto brasileiro, a ideia de patriotismo constitucional foi transportada para o Brasil, ainda que os cidadãos possuam um fraco sentimento constitucional, porque o atual discurso, o qual é descontínuo²⁰⁹, refere-se à noção de constituição simbólica²¹⁰, já que a legislação é utilizada ora como forma de mistificação político-ideológica ora não acompanha a própria evolução social.

Na mesma linha de pensamento, esclarecem Martonio Mont’Alverne e Plínio de Almeida²¹¹ que:

este “atraso” [referente tanto à crise de legitimidade, de incompreensão e (in) efetividade constitucional e ao descompasso estatal em atender aos “novos” direitos” surgidos pela nova “onda” de direitos advinda do século XX] dá-se, no caso brasileiro, principalmente, em dois âmbitos: na formulação de leis que busquem, sem sucesso, regular os interesses da sociedade, em sua pluralidade de espaços de convívio social; no comprometimento histórico do Judiciário brasileiro com formas

²⁰⁸ CITTADINO, Gisele. Patriotismo constitucional, cultura e história. **Direito, estado e sociedade**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 58-68, jul/dez 2007.

²⁰⁹ Luís Roberto Barroso, (2009, p. 47), destaca, no contexto da inflação jurídica, que “na acidentada trajetória institucional do Estado brasileiro, o elevado número de Constituições não diluiu sequer a quantidade de emendas e de remendos, de boa e má inspiração, que buscaram adaptá-las a um figurino cada vez mais disforme”.

²¹⁰ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Na lição do mencionado autor, tem-se que “a constitucionalização simbólica de orientação social-democrática é restabelecida e fortificada com o texto constitucional de 1988. (...) À crença pré-constituente na restauração ou recuperação da legitimidade estava subjacente um certo grau de ‘idealismo constitucional’. O contexto social da Constituição a ser promulgada já apontava para limites intransponíveis à sua concretização generalizada. Nada impedia, porém, uma retórica constitucionalista por parte de todas as tendências políticas; ao contrário, parece que, quanto mais as relações reais de poder afastavam-se do modelo constitucional social-democrático, tanto mais radical era o discurso constitucionalista”.

²¹¹ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto e ALMEIDA, Plínio Régis de. Constituição, política e esperança: o dilema da efetivação constitucional sem política. **Lex humana**. n. 2. 2010, p. 114.

elitistas e conservadoras de atuação, desautorizando a universalidade na qual está inserida a Constituição, o que faz com que alguns doutrinadores o reconheçam como um poder fora de época.

O mérito, portanto, dessa contribuição ao texto de 1988 foi propiciar a necessidade de adesão, por meio da construção de uma cultura política democrática para a decisão acerca do futuro do país²¹², em oposição ao autoritarismo, direcionada a uma formação sólida da identidade constitucional pluralista²¹³ e integradora dos direitos fundamentais, com enfoque na efetivação de uma sociedade livre, justa e solidária.

No entanto, essa concepção de patriotismo não está imune a críticas, notadamente devido ao fato de ter sido concebido para uma superação do neoconservadorismo alemão, em que havia uma preocupação com uma sociedade essencialmente etnocêntrica.

Quando incorporada essa concepção, portanto, à comunidade brasileira, torna-se imprescindível esclarecer que o nacionalismo pátrio, atrelado a um fortalecimento da identidade constitucional, não se apresenta xenófobo. Em terras brasileiras, a pluralidade, como característica intrínseca do povo, necessita gerar um nacionalismo integrativo, por isso a apresentação, no rol dos direitos fundamentais, exemplificativamente, da imprescritibilidade do crime de racismo (art. 5º, XLII, CF), consoante as palavras de Antonio Cavalcanti Maia²¹⁴:

falar de patriotismo e nacionalismo no Brasil não sugere qualquer tipo de característica racista ou xenófoba. Ao contrário, nossa miscigenação racial e composição híbrida devem ser aceitas e louvadas. Elas nunca incitarão qualquer nacionalismo expansivo, mas sim um nacionalismo integrativo – uma idéia política que poderia funcionar como referência simbólica para um país com proporções quase continentais. Este discurso político - uma força motivadora – pode nos ajudar a fortalecer nossa identidade nacional, que, por sua vez, auxiliará os esforços políticos que precisamos fazer para tornar nosso país, em um futuro próximo, uma sociedade menos injusta.

Aliado a isso, a tradição, como processo de construção a essa adesão, não pode ser completamente descartada, porque, no contexto brasileiro, em relação ao distanciamento entre

²¹² Apenas para demonstrar o avanço da cidade participativa no Brasil, segundo dados do CNJ, existiam até maio de 2011 em torno de 241.000 (duzentos e quarenta e um mil) ações relativas ao direito fundamental à saúde, pois ainda restava coletar os dados dos seguintes estados: Pernambuco, Paraíba e Amazonas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14530-forum-nacional-da-saude-discute-programacao-de-encontro>. Acesso em: 02 dez.2011.

²¹³ Conforme Antonio Cavalcanti Maia, “a diversidade cultural, *per se*, tem sido apontada, de longa data, como elemento caracterizador de nossa identidade, começando a se forjar, no final do século XIX, a ideologia do ‘Brasil-cadinho’”.

²¹⁴ MAIA, Antonio Cavalcanti. **Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional**. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/palestras/Diversidade_Cultural/FCRB_DiversidadeCulturalBrasileira_AntonioCavalcanti.pdf. Acesso em: 18 jun.2012. Ainda nesse artigo, o referido autor cita o pensador Maurizio Viroli, o qual se mostra adepto ao um patriotismo republicano ou republicanismo patriótico, que apregoa, diferentemente da ideia habermasiana, um patriotismo voltado para uma maior vinculação das tradições culturais aos princípios universais de justiça. Antonio Cavalcanti Maia, portanto, defende o patriotismo constitucional no Brasil aos moldes do pensamento italiano mencionado.

as prescrições constitucionais e a práxis, esta se mostra relevante para o entendimento da consciência moral e dos valores trazidos por ela para a consciência jurídica. Há, de fato, a inegável compreensão da Constituição como cultura, responsável por expressar a identidade cultural e a individualidade das sociedades²¹⁵.

Dessa forma, o patriotismo constitucional, ao mesmo tempo que demonstra a imprescindibilidade de fortalecimento da identidade constitucional, pois foram os brasileiros que a construíram/reconstruíram racionalmente, o une, a fim de qualquer ofensa a um dos princípios universalmente consagrados também acaba por afetar toda a coletividade. O patriotismo constitucional seria uma força centrípeta para reforçar os laços racionais de comunhão participativa na escolha dos anseios comunitários²¹⁶.

A dignidade coletiva, então, se fortalece a partir da incorporação da noção de adesão racional, mas não se confunde com esta, porque aquela está atrelada à determinação de uma observância pela sociedade dos valores, anseios e projetos, captados pela consciência jurídica, e, posteriormente, transmitidos pela identidade constitucional, ao gerar uma identificação de todos para com a Constituição. Com esse reconhecimento, caso haja o malferimento de algum desses valores, não somente o sujeito individualmente atingido sofrerá com a ofensa, mas todo o corpo social.

Essa explanação será complementada com o estudo sobre o princípio da solidariedade, que será feito a seguir, objetivando delimitar as bases conceituais para a definição proposta.

4.3 Dignidade coletiva e a relação com o princípio constitucional da solidariedade

Os direitos fundamentais, inegavelmente, foram exaltados a partir dos ideais trazidos pela Revolução Francesa de 1789, inclusive a sua ordem de positivação, qual seja, liberdade, igualdade e fraternidade²¹⁷, obedeceu ao lema desse movimento²¹⁸. A

²¹⁵ HÄBERLE, Peter. **Constituição e cultura**: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado constitucional. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 01.

²¹⁶ SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva**. 45f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2009, p. 33.

²¹⁷ Nas palavras de Maria Inês Chaves de Andrade, (2010, p. 27), “a fraternidade veio a ser mencionada, pela primeira vez – e não como princípio jurídico, mas antes como virtude cívica – na Constituição Francesa de 1791, tendo o texto constitucional da segunda república francesa, em 1848, vindo a declarar oficialmente a tríade [liberdade, igualdade e fraternidade]”.

²¹⁸ Paulo Bonavides, (2008, p. 562), leciona que “em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade,

independência estadunidense, em 1786, também contribuiu para a formação do delineamento do atual catálogo de direitos fundamentais.

Logicamente que não se pode descartar a lição de Lynn Hunt²¹⁹, porque a autoevidência dos direitos humanos depende tanto de uma construção histórica e, em última análise, de um apelo emocional. Não foi simplesmente o mencionado movimento revolucionário francês que insculpiu a existência dos direitos fundamentais, mas a certeza de que “um direito humano está em questão quando nos sentimos horrorizados pela sua violação²²⁰”. Por isso ser tarefa difícil a definição desses direitos, que envolvem tanto a emoção quanto a razão²²¹. Portanto, os direitos fundamentais foram e são frutos de um longo processo histórico, o qual, modernamente, passa pela existência de um conflito dual, em que, exemplificativamente, em um aspecto há o direito de uma mulher a escolha e, de outro, o direito de um feto viver. Esse conflito é essencial para a configuração desses direitos, porque

o processo tinha e tem em si uma inegável circularidade: conhecemos o significado dos direitos humanos porque nos afligimos quando são violados. As verdades dos direitos humanos talvez sejam paradoxais nesse sentido, mas apesar disso ainda são autoevidentes²²².

Feita essa digressão histórica a respeito da existência dos direitos fundamentais, as várias crises que assolam o atual Estado Social, como já introduzido no tópico anterior, foram responsáveis também para demonstrarem a necessidade de modificação do paradigma do atual constitucionalismo.

Nesse sentido, Erhard Denninger²²³ propôs, ao se preocupar com uma ideia mais humana do discurso constitucional alemão, a substituição da clássica tríade de sedimentação dos direitos fundamentais por segurança, diversidade e solidariedade, em oposição ao rigor antropológico de Kant. Na lição de Peter Häberle²²⁴, ao tratar de um direito fundamental ao

igualdade e fraternidade”. Erhard Denninger, (2000, p. 507), na mesma linha de pensamento, ilustra que a Lei Fundamental Alemã também fora construída com base na tradição da Revolução Francesa e, especificamente, na tríade já mencionada. (No original: “The human rights creed found in Germany’s Basic Law [Grundgesetz] builds on the tradition of the French Revolution, and specifically on a triad of ideals: freedom, equality and fraternity”). José Carlos Vieira de Andrade, (2009, p. 23), também reconhece que essa revolução foi a mais espetacular e radical contribuição para a afirmação jurídica dos direitos fundamentais, ao sintetizar a noção dos direitos fundamentais como pertencentes ao indivíduo.

²¹⁹ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 24-25.

²²⁰ *Id. Ibid.*, p. 25.

²²¹ *Id. Ibid.*, p. 24.

²²² *Id. Ibid.*, p. 216.

²²³ DENNINGER, Erhard. “Security, diversity, solidarity” instead of “freedom, equality, fraternity”. **Constellations**, v. 7, n. 4. Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, p. 507-521.

²²⁴ HÄBERLE, Peter. **Constituição e cultura**: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado constitucional. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lúmen Júris,

feriado, esclarece que este deve ser compreendido a partir de uma dimensão antropológica, porque incluem o cidadão como pertencentes a um dado Estado Cultural, ao privilegiar as fontes racionais e emocionais de consenso.

Assim, embora o pensamento kantiano, segundo Denninger, possa ser resumido em três proposições, a saber: autonomia da vontade, universalização da razão e igualdade entre sujeitos, em um viés mais abstrato, eles não são capazes, no contexto moderno, de combinar, solidariamente, as várias esferas de liberdade.

Aliado a isso, Michael Rosenfeld²²⁵ reconhece que, no constitucionalismo estadunidense, por ser predominantemente individualista e liberal, a teoria de Denninger não encontrou ainda um solo fértil para o seu desenvolvimento.

Contudo, tais concepções apontam para duas questões de extrema relevância: a existência de um multiculturalismo que demanda necessidades variadas, bem como a legitimidade da globalização dos direitos fundamentais²²⁶.

Essas considerações, então, possuem o condão de incitar, essencialmente, a concepção, no Brasil, de que a solidariedade é um dos principais alvos de preocupação do Constitucionalismo moderno, porque, implica, sobretudo, na relação entre os membros da comunidade política, por meio da consagração de direitos eminentemente coletivos, tais como a um meio ambiente sadio, ao desenvolvimento econômico e social, a uma participação nos benefícios da herança comum da humanidade²²⁷. Na lição de Ingo Sarlet²²⁸, tais direitos são o resultado:

2008, p. 23. Ainda, na lição do mencionado doutrinador (2008, p. 22), “no direito ao feriado se espelha uma parte do auto-entendimento do Estado Constitucional, mas também uma parte da imagem que seus cidadãos podem e devem fazer dele, assim como que ele deve ou pode fazer de seus cidadãos. Só princípio da ciência da cultura (*Kulturwissenschaftlicher Ansatz*) consegue evidenciar possibilidades e limites dos feriados no Estado Constitucional, pois o positivismo jurídico estatal não consegue apresentar alternativas. Em um sentido mais amplo e profundo, todos os feriados festejados são ‘ditas constitucionais’ – pois eles procuram conscientizar diversos elementos do Estado Constitucional *como um todo*” (*grifos no original*).

²²⁵ ROSENFELD, Michael. American constitutionalism confronts Deninger’s new constitutionalism paradigm. *Constellations*, vol. 07, n. 04, dez. 2000, p. 529-544.

²²⁶ No original: “More generally, Denninger’s thesis puts the spotlight on the two most urgent issues confronting contemporary constitutionalism: meeting the internal multicultural needs of the vast number of ethnically, linguistically, religiously, and culturally diverse nation-states; and establishing a proper and legitimate framework to handle the trend towards the globalization of fundamental rights”. Nesse contexto, Flávia Piovesan, (2009, p. 150-158), expõe acerca da concepção universal de direitos humanos que o debate está travado entre duas correntes, a saber: a universalista e relativista cultural. A primeira tem por ponto de partida o indivíduo e a sua liberdade, ao passo que a outra determina que sejam respeitadas as diferenças culturais apresentadas por cada sociedade, bem como seu peculiar sistema moral, o que autorizaria, por exemplo, a adoção de mutilação feminina por algumas comunidades não ocidentais.

²²⁷ ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel**. Portugal: Almedina, 2010, p. 29.

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 58.

de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelos processos de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos até nas esferas dos direitos fundamentais.

Trata-se, indubitavelmente, a solidariedade de um princípio constitucional e envolve, conseqüentemente, a abordagem relativa aos deveres fundamentais, que são diversos dos deveres ou tarefas estatais. Os deveres fundamentais representam, na lição de José Casalta Nabais²²⁹, “a mobilização do homem e do cidadão para a realização do bem comum” como corretivo da liberdade. Enquanto que as obrigações estatais estão relacionadas à organização do Estado, como, mais uma vez, leciona José Casalta Nabais²³⁰:

os chamados deveres constitucionais organizatórios ou orgânicos (C. SCHMITT) ou deveres funcionais que, em rigor, mais não são do que competências obrigatórias (ou vinculadas quanto ao *an*) dos órgãos constitucionais e que, justamente por isso, integram a organização política (ou, eventualmente, a organização econômica) do estado, e não, a matéria dos direitos fundamentais ou o estatuto constitucional do indivíduo.

De fato, desde os primórdios, segundo constatou Aristóteles²³¹, o ser humano é um animal político, já que “vive, atua e relaciona-se na comunidade, e sente-se vinculado aos seus semelhantes²³²”. Não é, logicamente, o princípio da solidariedade um mero sentimento²³³.

A partir disso, é possível reforçar que, além de ser um fato social, porque a solidariedade representa que o ser humano precisa, inegavelmente, do outro para coexistir, a fim de destacar a sua alteridade, representa ainda um valor derivado da consciência racional para a obrigação moral de não fazer aos outros o que não deseja que lhe seja feito²³⁴.

Apresenta-se também como uma virtude moral, devido às suas origens estóicas e cristãs, no sentido de apontar para um “hábito pessoal em face do seu semelhante considerado

²²⁹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Portugal: Almedina, 2012, p. 64.

²³⁰ *Id. Ibid.*, p. 74.

²³¹ Aristóteles, em *A política*, mostra ser evidente que “o Estado é uma criação da natureza e que o homem é, por natureza, um animal político. E aquele por natureza, e não por mero acidente, não tem Estado, ou está acima da humanidade ou abaixo dela; ele é o sem tribo, sem lei, sem lar” (MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 18).

²³² DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista dos estudantes de direito da UFC**, Ceará, n. 01, p. 17, ano 2007.

²³³ Wambert Di Lorenzo, (2009, p. 131), explica que a solidariedade “não é um enternecimento pela dor do semelhante ainda que o reconheça como tal, estando ele próximo ou distante. Solidariedade não é um mero sentimento”.

²³⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. **O princípio da solidariedade**. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 21 jun.2012.

tanto individualmente quanto parte de um grupo social maior²³⁵”. É, conseqüentemente, a busca constante pelo bem comum, porque se deve reconhecer a responsabilidade de todos para a concretização do bem-estar das pessoas, sejam elas capazes ou não²³⁶.

Como princípio jurídico, surge a solidariedade no texto constitucional pátrio, a partir de 1988, quando insculpido no art. 3º, I²³⁷, e é concebida, na lição de Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz²³⁸, como:

um ato complexo, no qual concorrem tanto o Poder Público como a sociedade civil organizada e somente a Constituição, que acolhe a dignidade da pessoa humana e o pluralismo social e político como princípios essenciais, pode fornecer as diretrizes ideológicas, políticas e jurídicas para a sua otimização e implementação.

Assim, a noção de responsabilidade comunitária emerge, com a finalidade de incutir a problemática dos deveres fundamentais no atual Constitucionalismo, como maneira de garantir amplamente a dignidade da pessoa humana²³⁹. Com efeito, o ser humano para ser completo, além de ter reconhecido os seus direitos, a sociedade, o Estado e o próprio indivíduo demandam, igualmente, deveres constitucionalmente descritos²⁴⁰, a fim de obter boa uma convivência social. Segundo os ensinamentos de José Carlos Vieira de Andrade²⁴¹ acerca dessa integração dos deveres ao Estado Contemporâneo, tem-se que:

a concepção dos deveres do indivíduo perante a comunidade não é naturalmente nova. Nem é sequer exclusiva das doutrinas que encarecem a ideia de Estado e os padrões de fidelidade e solidariedade que lhe estão associados e que concebem a liberdade como disciplina (inserção numa ordem racional). Também a concepção

²³⁵ LORENZO, Wambert Gomes Di. **Teoria do estado de solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 132.

²³⁶ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista dos estudantes de direito da UFC**, Ceará, n. 01, p. 17, ano 2007. No mesmo sentido, LORENZO, Wambert Gomes Di. **Teoria do estado de solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 131.

²³⁷ A menção ao termo solidariedade, consoante Maria Celina Bodin de Moraes, até a promulgação da atual Constituição, tinha apenas uma única acepção jurídica, que era direcionada para as obrigações solidárias presentes no Código Civil.

²³⁸ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos Diniz. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista dos estudantes de direito da UFC**, Ceará, n. 01, p. 19, ano 2007.

²³⁹ NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 jun.2012.

²⁴⁰ Adota-se, na linha de pensamento de José Casalta Nabais, que os deveres fundamentais são aqueles tipificados ao longo do texto constitucional explícita ou implicitamente. A despeito de o legislador infraconstitucional poder instituir deveres, estes não serão materialmente fundamentais, mas deveres legais. Exemplificativamente, cita-se o art. 14, I, CPC, que trata dos deveres das partes e de todos aqueles que participam do processo em exporem os fatos em juízo conforme a verdade. Trata-se, inegavelmente, de um dever legal, e não, fundamental.

²⁴¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Portugal: Almedina, 2009, p. 151.

liberal-revolucionária não esqueceu a <virtude> dos cidadãos como base da liberdade política, que é a virtude política que Montesquieu definia como <l'amour de la République>. O efeito da desintegração social é hoje patente sobretudo na forma como os grupos sociais, invocando os direitos fundamentais, que foram pensados para os indivíduos, pretendem participar e explorar o Estado sem o servir.

No ordenamento jurídico nacional, logo no primeiro capítulo, relativo aos direitos e às garantias fundamentais, há menção expressa aos deveres individuais e coletivos. Para José Afonso da Silva²⁴², essa imposição não merece guarida, porque “os deveres decorrem destes [direitos fundamentais] na medida em que cada titular de direitos fundamentais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro (...)”.

No entanto, observa-se, desde logo, que os deveres constituem em obrigações tanto do Estado para com a sociedade/indivíduo quanto para esta/este com relação à figura estatal e aos demais membros²⁴³.

Receberão, pois, o qualitativo de fundamental aqueles relativos às obrigações do ser humano para com o outro ou com a própria sociedade, desde que sejam decorrentes expressa ou implicitamente do discurso constitucional. Os deveres estatais não serão abordados nesse trabalho, porque a ênfase volta-se na responsabilidade do indivíduo no campo político, econômico e social com a justiça e solidariedade na comunidade.

Dessa forma, apesar de o mencionado capítulo trazer, principalmente, os deveres, cujo destinatário é o ente estatal²⁴⁴, tal como o dever de informar ao preso os seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado a assistência da família e do advogado (art. 5º, LXIII, CF) e não tratar especificamente das obrigações fundamentais²⁴⁵, ao longo do discurso constitucional, destaca-se a existência de deveres fundamentais, tanto expressos quanto implícitos, relativos ao dever de se alistar e votar para os maiores de dezoito anos (art. 14, § 1º)²⁴⁶, ao serviço militar obrigatório para os homens (art. 143), ao de se filiar ao regime geral de previdência (art. 201), da família com a educação (art. 205), de proteção

²⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 196.

²⁴³ Jorge Miranda, (2008, p. 84-85), explicita, para corroborar, que “simétrico dos direitos fundamentais apresentam-se os deveres fundamentais – quer dizer – as situações jurídicas de necessidade ou adstrições constitucionalmente estabelecidas, impostas às pessoas frente ao poder político ou, por interferência de direitos ou interesses, a certas pessoas perante outras”.

²⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 196. No mesmo sentido, é o entendimento de DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 76-80.

²⁴⁵ A título de comparação, na CRP, parte I, há menção expressa aos deveres fundamentais. Além disso, no art. 276, n. 1, é dever fundamental de todos os portugueses a defesa da pátria.

²⁴⁶ Ressalta-se que José Carlos Vieira de Andrade, (2009, p. 153), demonstra que a concepção que eleva os direitos de votar a um dever fundamental pode chegar ao “ponto de tornar obrigatório o figurino ideal do cidadão activo e participante, a fim de combater a indiferença e a falta de empenho político”.

do meio ambiente (art. 225), da coletividade para com a concretização da dignidade plena das crianças e dos adolescentes (art. 227), de amparo das pessoas idosas (art. 230) e de pagar impostos (art. 145 a 156), uma decorrência do Estado Liberal.

Salienta-se, precipuamente, o dever fundamental de pagar impostos²⁴⁷, pois ele está relacionado com a solidariedade²⁴⁸. Assim, o Estado Fiscal, como já trazido, reivindica a imprescindibilidade dos impostos para a sua manutenção, porque este tributo

não pode ser encarado, nem como um *mero poder* para o estado, nem simplesmente como um *mero sacrifício* para os cidadãos, mas antes como contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado²⁴⁹.

Constitui, pois, ônus de toda a sociedade “pagarmos por termos a sociedade que temos. Ou seja, por dispormos de uma sociedade assente na liberdade, de um lado, e num mínimo de solidariedade, de outro²⁵⁰”, porque todos os direitos possuem custos comunitários, e não, somente privados.

Tais considerações almejam reforçar que a solidariedade é uma das características distintivas da sociedade moderna, por isso os deveres fundamentais são considerados, mesmo que ausente indicação expressa no texto constitucional brasileiro, como cláusulas pétreas implícitas²⁵¹, já que decorrem da dignidade humana.

Portanto, a solidariedade não poderá ser confundida com a dimensão social da dignidade da pessoa humana, pois esta está relacionada com o reconhecimento do outro como igualmente digno, enquanto aquela tanto envolve o ato de coexistir quanto a busca pela felicidade do outro, que, logicamente, passa pelo postulado da existência digna de todos.

²⁴⁷ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Portugal: Almedina, 2012.

²⁴⁸ A título de ilustração, é possível dar relevo também ao direito fundamental à alimentação, positivado, no art. 6º, CF, a partir da EC n. 64/2010, porque dele decorre tanto um dever do Poder Público em conceder uma alimentação adequada para os seus membros quanto o próprio indivíduo e, em último caso, a sociedade possui a obrigação fundamental de sustentar a criança e o adolescente, por exemplo. Nesse último caso, reside o objeto de preocupação deste estudo, ou seja, com os deveres fundamentais, cuja titularidade pertence ao ser humano.

²⁴⁹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Portugal: Almedina, 2012, p. 185.

²⁵⁰ NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 jun.2012.

²⁵¹ De acordo com o art. 60, § 4º, CF, são consideradas cláusulas pétreas explícitas: a forma federativa de estado, o voto direito, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias fundamentais. Percebe-se, claramente, que os deveres fundamentais não estão descritos nesse rol, o qual, consoante a jurisprudência do STF, não é taxativo, porque reconhece que os direitos sociais, por exemplo, são cláusulas pétreas implícitas.

Além disso, a solidariedade e a doutrina do patriotismo constitucional podem ser agregados ao conceito constitucional da dignidade coletiva, porém não se confundem com este. A dignidade social pressupõe um tripé de sustentação, que atrelado à necessidade de realização do indivíduo na sociedade, culminará na proteção:

dos valores consagrados constitucionalmente como universais e caracterizadores daquele corpo social, pois os seus atores são vivenciadores de uma mesma realidade social, o que impõe, necessariamente, a obediência pelo Estado, pela comunidade, pelo indivíduo desses anseios como forma de promover a própria realização do todo, formado de pluralidade, já que todos participaram da construção desse discurso²⁵².

No próximo tópico, antes de ser finalizada a conceituação pretendida, será abordada a relação existente entre dignidade da pessoa humana e dignidade coletiva.

4.4 Diferenças entre dignidade coletiva e dignidade da pessoa humana

A autonomia ética do ser humano, a partir de Kant, determina que a dignidade é um atributo inerente à pessoa humana. O ser humano, por pertencer tanto ao mundo sensível quanto inteligível, tem na lei moral o reconhecimento de que todo o gênero humano é igual em racionalidade, isto, é universal²⁵³.

No entanto, apesar do pensamento kantiano se recolher essencialmente ao subjetivismo, é possível destacar, com base em Hegel, que o homem, como já é o universal, se realiza concreta e dialeticamente na comunidade humana²⁵⁴. Destaca-se que a pessoa experimenta o seu reconhecimento em situações concretas, como a família, sociedade civil²⁵⁵. Logicamente que o indivíduo, particularmente considerado, é o objeto de tutela da dignidade humana.

A partir da passagem de uma esfera individual para uma coletiva, é possível identificar a consciência jurídica como “um processo de superação da consciência moral

²⁵² SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva**. 45f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2009, p. 36.

²⁵³ SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 220.

²⁵⁴ *Id. Ibid.*, p. 220. Kant, porém, conforme Salgado, “não se desespera da realização desse universal na vida real dos seres humanos enquanto comunidade. O bem supremo ou o universal só pode realizar-se na humanidade, enquanto o homem é concebido, não como indivíduo, mas como espécie, na idéia de uma paz perpétua no seio da comunidade humana, idéia fundamental que lhe garante uma parentesco com Hegel, reciprocamente honroso”.

²⁵⁵ SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo. Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade da pessoa humana**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009, p. 110.

subjetiva, por força da objetividade positiva do direito, realizando nesse momento a totalidade ética²⁵⁶”.

Assim, a dignidade humana, juntamente com a identidade constitucional e consciência jurídica formam a tríade de sustentação para o conceito constitucional da dignidade coletiva, o qual precisará, inicialmente, da observância do atributo da dignidade para atribuir ao ser humano participação ativa na defesa dos valores universalmente consagrados por ele e espelhados na identidade constitucional.

4.5 Construção dogmático-jurídica do conceito, titularidade e âmbito de proteção da dignidade coletiva

A consciência jurídica, cuja sede é a sociedade²⁵⁷, apresenta-se como aspecto primordial para a afirmação da existência do conceito constitucional da dignidade coletiva. Tal momento é anterior à prática legislativa e jurídica e não se confunde com o mero conhecimento das leis de uma determinada ordem jurídica, pois, na lição de Mariá Ferreira²⁵⁸:

o direito só aparece como constitutivo ético das sociedades porque é inerente ao homem um postulado fundamental de que deve haver uma ordem onde estejam inseridos os cidadãos, e que esta ordem apresente-se por requisitos essenciais como: regras universais, que se apliquem (idealmente) a todos; que elas sejam postas, para que possam ser indicadas como geradoras de fatos relevantes para aquela ordem e apreciáveis segundo seus critérios, que haja figuras providas de poder decisório neutro, em conformidade com aqueles preceitos universais; e que, principalmente, os direitos gerados por esta ordem seja exigíveis, direitos estes que tendam a realizar objetivamente os ideais de justiça produzidos em cada momento histórico. Eis aqui alguns elementos indispensáveis ao direito, e a uma consciência dele.

Como, então, essa consciência é o momento de superação da moral, afirma-se que a sua origem determina que o indivíduo, recolhido inicialmente em sua subjetividade, mas, por viver em comunidade, transporta, juntamente com os demais membros, os valores que irão caracterizar o sistema de direito vigente.

O sistema democrático, portanto, representou, no Brasil de 1988, o ápice para a atuação nítida da consciência jurídica do povo, culminando na demarcação de sua identidade constitucional, voltada, essencialmente, para o repúdio dos anseios ditatoriais, por meio da instituição da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, e comprometida

²⁵⁶ SALGAGO, Joaquim. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 24.

²⁵⁷ FERREIRA, Mariá A. Brochado. **Consciência moral e consciência jurídica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 165.

²⁵⁸ *Id. Ibid.*, p. 166-167.

com a efetivação de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme já apresentado no primeiro capítulo deste estudo.

A cidadania social, na modernidade, implica em não somente proteger a esfera de liberdade individual frente ao Estado, pelo contrário, consoante a lição de Cristina Queiroz²⁵⁹, ela se encontra “inextricavelmente ligada ao controle do poder público, por isso que o indivíduo assume, igualmente, “um ‘compromisso’ em relação aos interesses fundamentais da sociedade no seu conjunto²⁶⁰”.

Apenas a título de ilustração para determinar esse novo paradigma do constitucionalismo, fora publicada a Lei Complementar n. 131, de 27 de maio de 2009, que alterou a Lei n. 101, de 04 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal –, a fim de determinar, tendo em vista a moralidade, publicidade e transparência que devem nortear as funções estatais, que qualquer pessoa física ou jurídica pudesse solicitar o acesso a informação dos entes federativos como maneira, indubitavelmente, de reforçar o controle político a ser feito por cada um dos membros pertencentes à comunidade brasileira. Tal iniciativa legislativa procurou solidificar esses princípios constitucionais, pois, segundo Pedro Braga²⁶¹,

atualmente, em virtude da elevação do nível de consciência política e da informação disponível no que se refere ao interesse público e ao uso do dinheiro do contribuinte, há como que uma exigência geral de que a moralidade, a legalidade, a impessoalidade, a publicidade e a eficiência (fazer mais com o menos, *more with less*) devem prevalecer como princípios norteadores de políticas públicas e agentes governamentais, princípios esses que em nosso ordenamento possuem dignidade constitucional, constantes do art. 37 da CF, que em seu § 4º comina pena aos atos de improbidade de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e a obrigação de ressarcir o erário, dispositivo esse regulamentado pela Lei n. 8.429/1992.

Logicamente que não será possível ignorar que o atual discurso constitucional brasileiro foi fruto de uma transição pela transação. Assim, apesar da manifestação da Assembléia Nacional Constituinte ter sido originada de uma emenda ao texto constitucional anterior, não há que se descartar o forte movimento democrático impulsionador da promulgação desse discurso.

Tais elucidações expõem, desde logo, que a dignidade coletiva surge, em um ordenamento solidário, a fim de ser o valor essencial, protegido por toda a comunidade, a qual

²⁵⁹ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Portugal: Coimbra, 2006, p. 29.

²⁶⁰ *Id. Ibid.*, p. 32.

²⁶¹ BRAGA, Pedro. **Ética, direito e administração pública**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006, p. 178-179.

engloba todos os anseios captados pela consciência jurídica e espelhados na identidade constitucional.

O seu âmbito de proteção, como uma decorrência lógica, será a defesa do discurso constitucional de 1988, no que tange aos anseios positivados na identidade constitucional, voltados, então, para o repúdio os valores ditatoriais e compromisso com a construção efetiva de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ainda, aponta-se que a dignidade coletiva tem por titular a sociedade brasileira, porque foi esta que, por meio da tributividade, elencou, ao recolher na individualidade de cada um dos membros da comunidade política pátria, os valores a serem captados pelo direito e determinantes para uma convivência universal e pacífica entre os membros daquela coletividade. Há, pois, um dever social em concretizar o discurso constitucional de 1988, porque, na lição de Martonio Mont'Alverne e Plínio de Almeida²⁶²:

assimilar a ordem constitucional brasileira de 1988 aos dias atuais não consiste num fácil exercício de retórica, mas num desafio de ter em mente de que sua efetivação dependerá da sociedade brasileira e de seus esforços. Excluir a sociedade desta tarefa, relegando-a a atores intelectuais e políticos somente servirá ao deleite dos que sempre mandaram e mantiveram seus privilégios numa sociedade herdeira não somente da escravidão; mas herdeira de uma perene cultura da escravidão.

Essa definição, então, teve o propósito essencial de se encontrar ligada ao estudo dos direitos fundamentais sociais, no que tange ao vício da inconstitucionalidade por omissão.

Adianta-se desde já que, em sendo os direitos sociais obrigações a serem realizadas pelo Poder Público quando não houver a atuação esperada da função estatal responsável por concretizar esse mandamento constitucional, ocorrerá o vício denominado de inconstitucionalidade por omissão²⁶³, o qual compromete a força normativa da Constituição.

Ao seguir-se esse raciocínio, como melhor será desenvolvido ao longo do próximo capítulo, a falta de regulamentação de um direito social ou a sua efetivação

²⁶² LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto e ALMEIDA, Plínio Régis de. Constituição, política e esperança: o dilema da efetivação constitucional sem política. *Lex humana*. n. 2. 2010, p. 129. Expõem os citados autores, no estudo do princípio da esperança de Ernst Bloch, que o atual discurso constitucional brasileiro é um documento da esperança, porque não simboliza simplesmente um “catálogo” de boas intenções. Há, portanto, um “querer-fazer” de suas determinações.

²⁶³ Esclarece-se, de pronto, que, segundo Gilmar Mendes, (2009, p. 1229), “é possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não só problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as conseqüências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?”.

deficitária não ofendem somente o sujeito, titular da pretensão, mas toda a coletividade que elegeu a dignidade humana como um dos fundamentos da nossa República.

Há, claramente, a responsabilidade de todos por todos no comprometimento para o alcance de uma existência digna.

5 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

5.1 Conceito e titularidade

Ao observar a distinção clássica entre direitos humanos e direitos fundamentais²⁶⁴, tem-se que aqueles se relacionam, em uma visão internacionalista, com a identificação dos valores concretizadores da dignidade da pessoa humana e pertencem a todo o gênero humano, por isso o seu caráter universal. Os direitos fundamentais são que determinado instrumento constitucional qualifica como tais²⁶⁵. Fazem parte, portanto, do núcleo material dos atuais discursos constitucionais. Canotilho²⁶⁶ afirma que, apesar de tais expressões serem utilizadas, muitas vezes, como sinônimas, é possível distingui-las, pois “os direitos humanos arrancariam da própria natureza humana e daí seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

A própria Constituição brasileira procura, quando trata de questões internacionais, trazer a nomenclatura direitos humanos. Por exemplo, quando afirma que um dos princípios que regem as relações internacionais é o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, CF) e no contexto da incorporação de tratados que versam sobre direitos humanos com status de emenda constitucional (art. 5º, § 3º, CF). Além disso, no art. 7º, ADCT propugna pela formação de um Tribunal Penal dos Direitos Humanos²⁶⁷.

Porém, essa mera diferenciação nominal não é suficiente para mostrar a amplitude do significado dos direitos fundamentais nas sociedades do pós-guerra. Dessa forma, antes de abordar-se o conceito e a titularidade dos direitos fundamentais sociais, será imprescindível

²⁶⁴ Segundo Cristina Queiroz, (2009, p. 364), “a expressão ‘direitos fundamentais’ tem origem na Constituição alemã aprovada na Igreja de S. Paulo em Francoforte, em 1848. Aí, com efeito, nos termos do disposto no seu artigo IV/§ 25, procedeu-se ao estabelecimento de um catálogo dos ‘*direitos fundamentais do Povo alemão*’ (*Grundrechte des deutschen Volkes*). O qualitativo ‘fundamentais’ destinava-se a sublinhar o caráter de ‘reconhecimento’ e não de ‘criação’ de direitos por parte do Estado”.

²⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 560.

²⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina: 2003, p. 393.

²⁶⁷ Tal distinção não foi observada quando o Poder Constituinte Originário trouxe, na hipótese de intervenção federal, a observância do princípio constitucional sensível relativo aos direitos da pessoa humana (art. 34, b, CF). Porém, destaca-se que tal proteção significa afirmar que, em consonância com o art. 5º, § 2º, CF, qualquer direito pertinente a uma existência digna poderá ocasionar essa situação de exceção, como forma de privilegiar a fundamentalidade material dos direitos fundamentais. Vide também DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 52-53, que trata das diversas nomenclaturas trazidas no texto constitucional para indicar os direitos fundamentais.

fazer uma breve evolução histórica acerca da origem desses direitos, bem como das suas características primordiais, com enfoque nessa espécie²⁶⁸.

Em uma perspectiva jusfilosófica²⁶⁹, os direitos fundamentais tiveram a sua proto-história no Direito Natural, com os estóicos e, posteriormente, com Cícero, pois a ideia de dignidade já estava presente em seus pensamentos. No entanto, o Cristianismo, como mencionado no capítulo referente à dignidade da pessoa humana, é responsável por influenciar, sobremaneira, a noção de igualdade entre os homens e lançou as bases para a sedimentação da dignidade humana.

A Carta Magna de 1215, gerada no ambiente político no qual o rei somente podia alterar a ordem jurídica vigente com o beneplácito dos estamentos, continha diversos direitos que se destinavam apenas aos nobres²⁷⁰, como o devido processo legal.

Nas monarquias absolutistas, os arbítrios cometidos pela figura estatal, centralizados principalmente na invasão da autonomia do sujeito e na cobrança excessiva de tributos, culminaram com as revoluções burguesas que inauguraram o liberalismo.

No Estado Liberal, que, por excelência, configurado como triunfo do indivíduo contra o despotismo, os direitos fundamentais surgiram, essencialmente, como liberdades contra o poderio estatal, de quem se exigia abster-se o máximo possível de intervir na vida econômica, social e pessoal do sujeito²⁷¹. Assim, o século XIX, apesar do princípio da soberania nacional ter limitado e imposto os direitos fundamentais unicamente ao Estado, paulatinamente, a afirmação deles ocorreu no sentido de demonstrar sua preexistência à própria formação estatal, transcendendo como tal todas as clivagens políticas²⁷².

Com o fim da 1ª Guerra Mundial, em 1918, já era possível identificar declarações atinentes à positivação dos direitos fundamentais sociais²⁷³, os quais se constituem como

²⁶⁸ Prefere-se, consoante Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, (2009, p. 34-36), a expressão espécie ou categoria, para designar os vários núcleos de proteção dos direitos fundamentais, porque a opção terminológica para geração sugere que cada um dos núcleos substitui o outro enquanto a palavra dimensão indica os aspectos objetivos e subjetivos dos direitos fundamentais. Para Paulo Bonavides, (2008, p. 163), e outros autores, o termo geração significa que “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo (...)”.

²⁶⁹ José Carlos Vieira de Andrade, (2010, p. 19-50), trata das várias perspectivas em que podem ser analisados os direitos fundamentais, quais sejam, filosófica ou jusnaturalista, estadual ou constitucional e universalista ou internacionalista. Assim, com base nessas dimensões, apresentar-se-á a evolução história desse conceito.

²⁷⁰ DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **O princípio da legitimidade do poder no direito público romano e sua efetivação no direito público moderno**. Rio de Janeiro, 2006, p. 255.

²⁷¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Portugal: Almedina, 2010, p. 51.

²⁷² QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional**: as instituições do estado democrático e constitucional. Portugal: Coimbra Editora, 2009, p. 362.

²⁷³ Consoante José Afonso da Silva, (2009, p. 285), a Constituição Mexicana de 1917 foi o primeiro texto a disciplinar sistematicamente os direitos sociais. Em seguida, a Constituição de Weimar, em 1919, e o Brasil, somente em 1934.

“obrigações de prestação *positivas* cuja satisfação consiste num *facere*, uma ‘ação positiva’ a cargo dos poderes públicos²⁷⁴”. Comprometem-se com a concretização da igualdade entre os membros de um determinado corpo social, mas também com uma justa distribuição dos bens²⁷⁵, por isso são considerados o segundo núcleo de proteção dos direitos fundamentais.

Para Alexy²⁷⁶, esses direitos também podem ser definidos como algo que o indivíduo pleiteia perante a figura estatal, já que não dispõe de meios financeiros suficientes e, se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter de particulares. Tal conceito, apesar de agregar a participação individual nos custos de uma existência digna, revelam que o Estado Fiscal, no qual há a sedimentação da solidariedade, deve propiciar, na medida de suas possibilidades financeiras²⁷⁷, aos seus membros a igualdade pretendida. O Estado foi desenvolvido para o benefício do ser humano, e não o contrário. Na lição de Cristina Queiroz²⁷⁸, a fim de reforçar esse papel estatal, observa-se que:

traduzem obrigações positivas de solidariedade [direitos e garantias sociais], que impedem sobre o Estado e, por seu intermédio, sobre o conjunto dos membros do corpo social. Isto leva, com efeito, ao reconhecimento dos “direitos sociais”, designadamente os mais básicos – ensino, trabalho e saúde – que tornam possível um melhor exercício dos direitos e liberdades fundamentais no seu conjunto.

Diferenciam-se, ainda, os direitos fundamentais sociais ou em sentido estrito, compreendidos nas funções estabelecidas por Jellinek como de *status positivus*²⁷⁹, dos direitos a prestações em sentido amplo, uma vez que estes, na lição de Alexy²⁸⁰, constituem todo direito a uma ação positiva, enquanto aqueles seriam uma divisão dos primeiros.

²⁷⁴ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Portugal: Coimbra, 2006, p. 25 (*grifos no original*).

²⁷⁵ *Id. Ibid.*, p. 26 (*grifos no original*).

²⁷⁶ ²⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499.

²⁷⁷ Antevê-se, de acordo com Inocêncio Mártires Coelho, (2009, p. 760), que a solidariedade, por não ser imposta a mentes e corações egoístas, demanda investimentos estatais sólidos na efetivação dos direitos sociais. No entanto, nos países absolutamente pobres, subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, o grande problema de sua viabilização reside na escassez de recursos, denominada de limite do financeiramente possível, bem como na má gestão das receitas públicas.

²⁷⁸ QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional**: as instituições do estado democrático e constitucional. Portugal: Coimbra Editora, 2009, p. 362.

²⁷⁹ Para Jellinek, o indivíduo pode encontrar-se em quatro *status* frente ao Estado, a saber: passivo, no qual o sujeito possui deveres para com o Estado; negativo, em que a autoridade estatal não poderá influenciar na liberdade; positivo, quando há uma obrigação a ser desenvolvida pelos poderes públicos e ativa, ao ter o sujeito participação na vida política da comunidade (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, 139-140). No mesmo sentido, DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 63-68 e ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 254-269.

²⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 442-446.

No entanto, somente após a 2ª Guerra Mundial e a instituição efetiva dos paradigmas do Estado Social nos anos 70 do século XX, começou a preocupação de que os clássicos direitos de defesa no Estado Moderno estariam “cada vez mais fortemente dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre sérias ameaças de sua liberdade²⁸¹”, porque, consoante explica Luísa Cristina Pinto e Netto²⁸², a dignidade da pessoa humana:

exige atuações estatais positivas, prestacionais, além das clássicas abstenções impostas pelos direitos de liberdade; em outras palavras, a dignidade humana não se satisfaz com os direitos de liberdade, exige a efetivação de direitos sociais que garantam as condições materiais de vida digna e de desenvolvimento da personalidade. Se a dignidade da pessoa humana é o valor central na justificação e imposição dos direitos fundamentais, forçoso reconhecer a impossibilidade de restringir esta categoria aos tradicionais direitos de liberdade. Os direitos fundamentais, no Estado Constitucional referenciado, necessariamente englobam alguma dimensão prestacional, obrigatoriamente, abarcam direitos sociais.

Como os direitos sociais são uma decorrência lógica do postulado da dignidade humana, a ideia de que seriam simples apelos ao legislador ou normas destituídas de qualquer eficácia não poderia mais coexistir no atual sistema. São, conseqüentemente, justiciáveis, porque tanto todas as normas constitucionais são possuidoras de eficácia²⁸³ quanto o dirigismo constitucional impõe a observância das normas programáticas, como são alguns dos direitos sociais, como o compromissos firmados pelo constituinte com o povo, os quais merecem ser concretizados. Por isso Canotilho²⁸⁴ afirma, nessa ótica, que “o texto constitucional deixava de ser uma lei para se transformar em uma ‘bíblia de promessa’ de ‘novas sociedades’ (‘transição para outra sociedade’, sociedade ‘mais justa’)”.

Nesse sentido, algumas constituições, como a da Alemanha, não os consagram, por, justamente, acreditar que, em sua grande maioria, os direitos sociais não são realizáveis,

²⁸¹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de uma direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 47.

²⁸² NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Bahia: Juspodivm, 2009, p. 35.

²⁸³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 81. Nessa linha de pensamento, Ingo Sarlet, (2007, p. 297), com base no art. 5º, § 1º, CF, expõe que “os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja a sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muita mais razão) a regra geral, já referida [art. 5º, § 1º, CF], no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade”.

²⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Portugal: Almedina, 2006, p. 31. Destaca-se, ainda, que o referido constitucionalista português, a despeito de ser o responsável pela tese da constituição dirigente, hodiernamente propaga um constitucionalismo moralmente reflexivo, porque sua teoria estaria eivada de problemas, tais como os relativos à inclusão, referência, reflexividade. Para maiores esclarecimentos sobre o tema, vide *Id. Ibid.*, p. 205-223.

ao provocar no cidadão a perspectiva de que o texto constitucional seria “uma ‘construção de frases’ ou um ‘catecismo popular, cheio de utopias’ que resultaria na perda da normatividade da Carta e da sua força de estabelecer valores²⁸⁵”.

Com base na teoria dos princípios de Robert Alexy²⁸⁶, a atrelada aos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva²⁸⁷, destaca-se que as normas princípios são aquelas que consagram um direito ou, segundo as quais são impostos deveres *prima facie*. Elas constituem, assim, mandamentos de otimização que deverão ser realizados dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes; admitem sopesamento²⁸⁸. Já em relação às normas-regras, a diferença reside, como bem leciona o referido autor²⁸⁹, na estrutura dos direitos consagrados por essas normas. A garantia, então, dirige-se a direitos ou deveres definitivos; ocorrem, pois, o fenômeno da subsunção e o conhecido raciocínio do “tudo-ou-nada”.

A partir dessa distinção, pode-se identificar a existência de um conceito de suporte fático para os direitos fundamentais, o qual por meio dos elementos relativos ao âmbito de proteção, à intervenção estatal e ausência de fundamentação constitucional para a intervenção, podem dar apoio para o completo entendimento dos direitos sociais como obrigações a cargo dos poderes públicos.

Dessa forma, diversamente do que ocorre com as liberdades públicas²⁹⁰, o âmbito de proteção dos direitos sociais é composto pelas ações estatais que fomentam a realização desse direito. Atrelado a isso, tenciona-se barrar o não-agir ou o agir deficiente por parte das funções estatais no momento da concretização desses direitos fundamentais. Por fim, a

²⁸⁵ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de uma direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 46.

²⁸⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁸⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

²⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44-46. No mesmo sentido, vide SILVA, Virgílio Afonso da. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, jan./jul. 2003, p. 607-630.

²⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44-45.

²⁹⁰ Nos direitos de defesa, o suporte fático possui os mesmos três elementos, no entanto, com significações diferentes, a saber: o âmbito de proteção se liga aquilo que é protegido pela norma constitucional, a intervenção estatal se fundamenta na proteção contra a atuação estatal intervencionista e a ausência de fundamentação constitucional para a intervenção estatal, porque se apregoa, em regra, a abstenção do Estado. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 70-74).

ausência de fundamentação constitucional reside na mora legislativa ou executiva não tolerável²⁹¹.

Essa constatação permite afirmar, primeiramente, a relevância do estudo da inconstitucionalidade por omissão para o contexto dos direitos sociais. Além da aplicabilidade desse núcleo de proteção, a qual não poderá ser resumida à consideração de que são normas de eficácia limitada, consoante José Afonso da Silva²⁹².

Compactua-se, porém, com a classificação de Virgílio Afonso da Silva, no intuito de demonstrar que, como todas as normas constitucionais podem ser restringidas e todas apresentam custos comunitários, a pretensa falta de justiciabilidade dos direitos sociais ficaria destinada ao fato de haver exigência, ainda não assimilada completamente pela função estatal, de uma prestação positiva por parte do Estado²⁹³. Há espaço, então, para a problemática atinente ao ativismo judicial, o qual será examinado no tópico relativo à inconstitucionalidade por omissão.

A partir dessas considerações atinentes ao conceito dos direitos sociais, ao exemplificá-los, o atual discurso, em seu art. 6º, CF, consagra a educação, saúde, moradia, lazer, alimentação como espécies dessa categoria. Além disso, esse rol não é exaustivo, tendo em vista a cláusula de abertura constante no art. 5º, § 1º, CF²⁹⁴.

A titularidade está claramente com o indivíduo. Contudo, não será possível desprezar que a realização dos direitos sociais só é possível se pensada coletivamente²⁹⁵, devido à preocupação com a igualdade entre os membros pertencentes à sociedade brasileira. Tal fato é visivelmente constatado, quando, por exemplo, no art. 196, CF, é assegurado a todos o direito fundamental à saúde ou, no art. 205, ao tratar da educação.

Além disso, existem outros direitos sociais que o Poder Constituinte Originário, diversamente dos mencionados, determinou, de pronto, quem seriam os seus titulares, tal qual

²⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 77-79.

²⁹² José Afonso da Silva, na obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*, (2009), desenvolve a sua célebre classificação, baseada, essencialmente, nas normas que podem ou não ser restringidas (normas de eficácia plena e contida) e aquelas que carecem de regulamentação posterior (normas de eficácia contida). As normas de eficácia limitada, portanto, seriam “todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”.

²⁹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 243.

²⁹⁴ Jorge Miranda, (2008, p. 176), ao comentar o art. 16, n.1, CRP, que é bastante semelhante ao art. 5º, § 1º, CF, expõe que o mencionado dispositivo aponta para um sentido material de direitos fundamentais, porque estes “não são apenas os que as normas formalmente constitucionais enunciam; são ou podem ser direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material”.

²⁹⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 243.

acontece com a proteção à maternidade e infância, bem como a assistência aos desamparados. Fica, então, a cargo da legislação infraconstitucional a regulamentação dessas disposições²⁹⁶.

No tocante aos estrangeiros, estes também podem ser beneficiados com alguns direitos sociais. Embora Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins²⁹⁷ se apresentem de forma contrária a essa titularidade, ao afirmarem que o art. 6º se mostra desnecessariamente amplo em comparação com o art. 5º, CF, concorda-se com a posição de que, em consagração à dignidade da pessoa humana, não poderá ser negado, por exemplo, tratamento médico emergencial a um estrangeiro que venha a se acidentar em território nacional quando estivesse de férias²⁹⁸. Alguns direitos sociais podem ser estendidos aos estrangeiros, mesmo aqueles não residentes no país, desde que envolvam situações excepcionais para o envolvimento de uma vida minimamente digna, já que há uma prevalência dos direitos humanos.

Finalmente, no ordenamento jurídico pátrio, os direitos sociais são considerados cláusulas pétreas implícitas, porque não se encontram expressamente no art. 60, § 4º, IV, CF. Essas limitações materiais, segundo Ingo Sarlet²⁹⁹, apresentam:

cunho protetivo, obstaculizando não apenas a destruição da ordem constitucional, mas, para além disso, vedando também a reforma de seus elementos essenciais. A prova da íntima relação entre os limites materiais à reforma constitucional e a identidade da Constituição reside no fato de que, em regra, os princípios fundamentais, os direitos fundamentais, bem como a forma de Estado e de governo encontram-se sob o manto desta especial (e expressa) proteção contra a sua alteração e esvaziamento por parte do Poder Constituinte Reformador, o que também ocorre na nossa atual Constituição, bastando aqui uma referência ao art. 60, parágrafo 4º.

Essas delimitações conceituais tiveram por escopo direcionar o presente estudo para o entendimento das teorias do mínimo existencial e da reserva do possível no contexto pátrio.

²⁹⁶ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 91-94.

²⁹⁷ *Id. Ibid.*, p. 92.

²⁹⁸ No HC n. 94.477, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, em que se verificou a possibilidade de aplicação da pena restritiva de direito no caso de tráfico de drogas cometido na vigência da Lei n. 6.368/1976, consubstanciou-se o entendimento de que os direitos sociais, como o relativo ao trabalho, não pertenceriam aos estrangeiros não residentes no país, porque seria no âmbito dos direitos individuais que os direitos do estrangeiro ganhariam maior significado.

²⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. I, p. p. 645-646, 2003.

5.2 Compreensão das teorias relacionadas ao mínimo existencial e à reserva do possível e a justiciabilidade dos direitos sociais

As teorias do mínimo existencial e da reserva do possível se encontram ligadas, no cenário brasileiro, com o estudo dos direitos fundamentais sociais, porque ora são consagrados em virtude de uma necessidade de garantia ampla de uma existência digna, ora deixam de ser perfectibilizados pela função estatal competente em decorrência de uma pretensa ausência de recursos financeiros.

De acordo com os ensinamentos de Andreas Krell³⁰⁰, o mínimo existencial surge no contexto alemão do pós-guerra, devido ao fato de a Lei Fundamental de Bonn de 1949, diferentemente do atual discurso constitucional pátrio, não ter apresentado expressamente qualquer direito social. Assim, existe um direito mínimo de existência extraído da dignidade da pessoa humana que inclui as prestações relacionadas, sobretudo, ao atendimento básico e eficiente de saúde, vestimentas adequadas, educação e moradia. Procura ser reconhecida a universalidade dos direitos fundamentais, já que o exercício completo do direito à vida está atrelado às condições mínimas de saúde.

Para Eurico Bitencourt Neto³⁰¹, o direito ao mínimo existencial, além de ter fundamento na dignidade humana, está alicerçado na igualdade material e solidariedade social, porque é direito autônomo, mas sem conteúdo próprio, pois é “um direito ao cumprimento do mínimo de outros direitos³⁰²”. Trata-se, ainda, de um direito adscrito, por ser decorrente de normas de direitos fundamentais previamente estatuídas e sem expressa previsão nos discursos constitucionais hodiernos³⁰³.

Tal teoria, no Brasil, ainda carece de maiores fundamentações dogmático-jurídicas, tendo em vista que o mínimo existencial em determinadas situações está ligado ao direito à vida, e em outras, a um pretense núcleo essencial dos direitos sociais.

Em relação à reserva do possível, esta, por sua vez, relaciona-se com o fato de que todos os direitos geram, inevitavelmente, custos comunitários. A partir do instante no qual há a realização de um núcleo dos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais, na União

³⁰⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de uma direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 59-65.

³⁰¹ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 99-113.

³⁰² *Id. Ibid.*, p. 173.

³⁰³ *Id. Ibid.*, p. 164-165. No mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres, (2008, p. 313), expõe que “o mínimo existencial não tem dicção constitucional própria. Deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios dos cidadãos”.

Européia, o qual ficou conhecido como modelo social europeu, acentuou-se, cada vez mais, o cumprimento do dever fundamental de pagar impostos³⁰⁴.

Explica Andreas Krell³⁰⁵ que essa ideia também surgiu na Alemanha, no intuito de demonstrar que o Estado somente poderá ser demandado de forma racional para o custeio dos anseios sociais. Esse limite básico social não comportaria, por exemplo, que o Estado estivesse obrigado a criar quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos.

Logicamente que a teoria da reserva do possível, em países em desenvolvimento, como o Brasil, essa menção às questões orçamentárias principalmente acaba por constituir uma das grandes justificativas para a falta de justiciabilidade dos direitos sociais.

Contudo, o limite do financeiramente possível não poderá ser utilizado como escudo para a existência da omissão total ou parcial perante critérios de política monetária, estabilidade, contenções de gastos com o serviço público, exigências financeiras dos mais variados órgãos que compõe o Estado, desde que esses motivos não estejam alicerçados em uma certa confiabilidade³⁰⁶.

Assim, constitui uma das hipóteses de intervenção, seja federal ou estadual, e princípio constitucional sensível, segundo o art. 34, VII c/c art. 35, III, CF, a aplicação do mínimo exigido de receita dos impostos na educação e saúde como maneira de concretização desses postulados referentes à dignidade humana. Trata-se de modalidade de intervenção perpetrada pelo Procurador-Geral da República (art. 36, III, CF), perante o STF, que, caso seja dado provimento à ação de inconstitucionalidade para fins interventivos, vinculará o chefe do Poder Executivo a perpetrar a intervenção³⁰⁷.

Portanto, adianta-se, desde já, que o Poder Judiciário deverá, em consonância com o art. 2º, CF, a fim de garantir a harmonia das funções estatais, intervir, quando se tratar de atuação defeituosa dos demais poderes constitucionais. É plenamente aceitável, nesse

³⁰⁴ NABAIS, José Casalta. **Reflexões sobre quem paga a conta do estado fiscal**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Casalta2008.pdf>. Acesso em: 12.ago.2012. Hugo de Brito Machado Segundo, (2010, p. 198-199), expõe, nesse contexto de pagamento de tributos, que “deve-se afastar a ideia de que um aumento na arrecadação de tributos está, necessariamente, ligado a uma redução das desigualdades sociais. Conquanto evidente seu desacerto, muitos usam essa ideia para justificar a majoração de tributos ou, o que é pior, para justificar, ou tentar justificar, a cobrança de tributos em termos incompatíveis com as leis ou a Constituição, esquecendo que a existência de recursos financeiros é tão necessária quanto insuficiente para a promoção dos direitos sociais e para a redução das desigualdades sociais. No caso, os recursos, além de disponíveis, devem efetivamente ser aplicados nessas finalidades, sendo este o principal problema”.

³⁰⁵ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de uma direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 51-56.

³⁰⁶ *Id. Ibid.*, p. 53.

³⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 858.

contexto, o ativismo judicial, ao se estar diante, com base na classificação de Virgílio Afonso, de uma omissão infundada, porque:

restrição fundamentada é restrição possível; restrição não fundamentada é violação. (...) A partir desse pressuposto nem a simples inação do Poder Judiciário, como acaba se ser visto, nem o ativismo incontrolado. Ou seja: para dar ensejo a alguma intervenção do Judiciário nesse âmbito, não basta que se verifique uma ação que poderia eventualmente realizar um direito fundamental não tenha sido realizada – por exemplo, a compra de remédios para combater determinada doença; é necessário, além dessa verificação, que se analise se há, ou não há, fundamentação jurídico-constitucional para a omissão. *Somente nos casos de omissão infundada é que se poderia imaginar alguma margem de ação para os juízes nesse âmbito*³⁰⁸. (grifos no original)

Não se compactua, certamente, com o ativismo judicial descontrolado para a garantia dos direitos sociais, porque haveria clara ofensa à discricionariedade legislativa e executiva.

Finalmente, para Luís Roberto Barroso³⁰⁹, no contexto da concessão de medicamentos pelo Poder Judiciário, ante a procedência integral de uma grande parte dessas ações judiciais, o autor esclarece que há uma judicialização excessiva do direito fundamental à saúde, por isso ser imprescindível a compreensão da inconstitucionalidade por omissão e a atuação da função jurisdicional no tocante à dignidade coletiva, a ser feito no tópico seguinte.

5.3 Inconstitucionalidade por omissão³¹⁰

Inicialmente, a ideia de tutela da ordem constitucional é posterior à noção de proteção do Estado³¹¹, pois, durante a formação das monarquias nacionais, por volta dos séculos XV e XVI, fortaleceu-se, primeiramente esse ideário, para, em seguida, a partir do primado da lei e, conseqüentemente, do surgimento do Constitucionalismo Moderno, o qual remonta, provavelmente, aos séculos XVII e XVIII, definir-se os contornos da garantia do Estado Constitucional.

³⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 251.

³⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetro para a atuação estatal. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 12.ago.2012.

³¹⁰ Esse tópico foi elaborado, com base na monografia da autora, apresentada como requisito para a obtenção do título de especialista na Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, cuja referência é SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Inconstitucionalidade por omissão**: comentários à lei n. 12.063/2009 à luz dos valores constitucionais e da jurisprudência do STF. 48f. Monografia (Pós-Graduação em Direito). Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Ceará, 2010.

³¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 887.

Nessa linha de raciocínio, Hans Kelsen³¹², ao propor que o ordenamento jurídico assumisse a forma escalonada, cujo topo seria ocupado pelo texto constitucional, norma fundamental hipotética e norma positiva suprema que regula a criação das demais legislações³¹³, sedimentou, pelo menos no primeiro instante, a noção de supremacia constitucional formal e a necessidade de aferição constante da compatibilidade do regramento infraconstitucional com os preceitos adotados na Constituição.

Além disso, é oportuno destacar que Norberto Bobbio³¹⁴, quando demonstrou as características do ordenamento jurídico – unidade, coerência e completude –, esclareceu, no tocante ao primeiro atributo, que as normas de um sistema jurídico não se apresentam em igual plano, mas são unificadas mediante a norma fundamental. Há, ainda, a existência de limites materiais e formais que condicionam a elaboração das leis, sempre em consonância com a legislação superior.

É inegável que o controle de constitucionalidade somente passou a ter maior relevância nos cenários jurídicos após a Segunda Guerra Mundial³¹⁵, quando a Constituição e a dignidade da pessoa humana se apresentaram como imprescindíveis para o retorno dos valores para ao universo do Direito³¹⁶, os quais são positivados ao longo do discurso constitucional.

Embora alguns doutrinadores defendam a noção de que teria sido verificada na Grécia Antiga a primeira noção do desenvolvimento de um controle de constitucionalidade, é notório que somente com o surgimento das constituições escritas e do reconhecimento da supremacia constitucional, seja formal, seja material, pela vinculação dos poderes públicos ao

³¹² Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³¹³ José Afonso da Silva, (2009, p. 39), explica que uma das concepções de Constituição é, justamente, a jurídica, pensada por Hans Kelsen. Assim, o vocábulo Constituição é entendido em dois sentidos, a saber: um lógico-jurídico, já que esta significa a norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental de validade, e um jurídico-positivo, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.

³¹⁴ Bobbio, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

³¹⁵ Leciona Cristina Queiroz, na obra **Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional**, (2009, p. 285), que “a racionalização do controle jurídico do poder apresenta-se como uma das componentes do Estado de Direito do post-guerra”.

³¹⁶ Segundo Miguel Reale, em **Lições preliminares de direito**, (2004, p. 65-68), o fenômeno jurídico deve ser compreendido em sua estrutura tridimensional, composta por fato, valor e norma. No mesmo sentido, Arnaldo Vasconcelos, em **Teoria da norma jurídica** (1986, p. 09) esclarece que “o Direito se constitui de fato, de valor e de norma. Portanto, não pode o fenômeno jurídico ser apanhado, em sua integridade, senão através da visualização desses elementos em conjunto”.

discurso constitucional, é possível se falar em aferição da constitucionalidade das leis e dos atos normativos³¹⁷.

A jurisdição constitucional, consoante ensina Marcelo Cattoni³¹⁸, na Europa Ocidental, apresenta dois grandes setores de atuação, a saber: a) o da garantia dos direitos fundamentais ou jurisdição constitucional das liberdades e b) o da garantia da Constituição, que envolve os conflitos de competência e o controle de constitucionalidade propriamente dito ou jurisdição constitucional orgânica.

O controle jurisdicional da constitucionalidade é um dos pilares da noção moderna de Estado Constitucional, pois, mediado por esse mecanismo, o discurso constitucional consegue se firmar como norma suprema e vinculante. Reforça-se, portanto, a força normativa da Constituição.

Destarte, existem dois modelos, realizados de maneira repressiva, para a aferição da compatibilidade das normas infraconstitucionais com o texto constitucional, quais sejam, a forma difusa ou por via de exceção e a concentrada ou abstrata.

Em relação à primeira, ela teve como principal marco histórico o caso *Marbury versus Madison* no ano de 1803, em que o juiz John Marshall da Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a supremacia da Constituição sobre as atividades legislativas e administrativas estatais, bem como a necessidade da interpretação judicial das normas constitucionais³¹⁹.

Desse modo, a formação do constitucionalismo ianque, com a independência perante a Metrópole inglesa, diversamente do modelo francês, não representou uma ruptura drástica no sistema vigente, pois os estadunidenses já haviam incutido a noção de soberania popular para garantir a legitimação democrática das funções estatais³²⁰.

³¹⁷ Conforme Clèmerson Merlin Clève, em **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro** (1995, p. 23) são considerados pressupostos do controle de constitucionalidade: a) existência de uma Constituição formal; b) compreensão da Constituição como lei fundamental (rigidez e supremacia constitucionais; distinção entre leis ordinárias e leis constitucionais) e c) previsão de pelo menos um órgão dotado de competência para o exercício dessa atividade. No mesmo sentido, vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 890-892.

³¹⁸ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 201-202. Ainda na lição do mesmo autor, este informa que a classificação acima trazida não está imune às críticas. Além disso, no Brasil, “se todo órgão do Poder Judiciário não só pode mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar alegações que explicitamente se referem à Constituição, podemos dizer que todo o Judiciário brasileiro é competente para exercer jurisdição em matéria constitucional, toda a jurisdição é jurisdição constitucional”.

³¹⁹ O pronunciamento do juiz Marshall nesse caso pode ser consultado em: <<http://www.constitution.org/ussc/005-137a.htm>>. Acesso em: 27 mai.2012.

³²⁰ DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 107-108.

Então, o fenômeno do *judicial review*, embora somente tenha sido definitivamente incorporado pela decisão do juiz Marshall, demonstrou a possibilidade conferida ao Poder Judiciário de verificar a aplicação da Constituição, agora entendida como a lei suprema de Direito Positivo, e não somente um documento dotado de valor político superior.

Assim, qualquer órgão do Poder Judiciário tem, diante do caso concreto e incidentalmente, a possibilidade de deixar de aplicar certo dispositivo de lei ou ato normativo, por entender que esse seja inconstitucional. Ainda, a funcionalidade desse modelo, consoante explica Clèmerson Clève³²¹, reside no princípio do *stare decisis*, porque as decisões da Suprema Corte, apesar de serem dadas no caso concreto, vinculam os demais órgãos judiciais e por isso possuem efeito *erga omnes*.

A via concentrada³²², como as denominações já denunciam, é uma forma de controle de constitucionalidade iniciada na Áustria em 1920, sob a influência do pensamento kelseniano³²³, com a criação do primeiro Tribunal Constitucional, que se objetiva expurgar da ordem jurídica a norma *in abstracto* maculada de inconstitucionalidade, a qual será, diferentemente da fiscalização concreta, o objeto principal da relação jurídica.

Percebe-se, portanto, que a evolução do controle de constitucionalidade no continente europeu aconteceu, em relação ao dos Estados Unidos, com um atraso de mais de um século, contado desde a decisão do *Chief Justice* Marshall até a criação do Tribunal Constitucional Austríaco, porquanto vigorava a supremacia do Parlamento e do dogma da lei³²⁴. Assim, o Poder Legislativo, ao se fundar na soberania popular, deveria estar imune à fiscalização, porque todos os seus atos se presumiam legítimos.

Ao ser realizado um breve panorama histórico da evolução do controle de constitucionalidade na ordem jurídica brasileira, vislumbra-se a noção de que, durante o período imperial, a Constituição de 1824 ignorou esse mecanismo, pois, além de adotar a

³²¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 53.

³²² Adianta-se que existem cinco formas para o exercício do controle de constitucionalidade abstrato adotados pela Constituição de 1988, a saber, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental e representação interventiva.

³²³ Paulo Bonavides, em **Curso de direito constitucional**, (2008, p. 301), explica que “a idéia de constituir um órgão jurisdicional que enfaixasse toda a competência decisória em matéria de constitucionalidade – o sistema de ‘jurisdição concentrada’ – partiu de Kelsen e se positivou na Constituição austríaca de 1º de outubro de 1920, de que foi abalizado inspirador”. No mesmo sentido, ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira e MEYER-PFLUNG, Samantha Ribeiro. “O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na Constituição brasileira de 1988”. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 7, jan./jun. 2006, p. 144.

³²⁴ Durante o período liberal, no qual o Estado era o fantasma que atemorizava o indivíduo, na lição de Paulo Bonavides, na obra **Do estado liberal ao estado social**, (2007, p. 40), a legalidade, consoante Eurico Bitencourt Neto, “é um dos elementos identificadores do novo regime instaurado a partir das revoluções liberais”, por isso a relevância do Parlamento em todo o Estado Liberal e a desconfiança na função jurisdicional.

teoria do poder moderador, o qual concedia poderes ilimitados ao imperador de sobrepujar todas as outras funções governamentais ao seu bel-prazer, foi intensamente influenciada pelo constitucionalismo inglês e francês, os quais não se preocupavam *a priori* com a fiscalização dos atos legislativos.

Com a proclamação da República do Brasil em 1889, foi necessária a elaboração de um novo discurso constitucional, fortemente influenciado pela doutrina estadunidense.

Assim, foi introduzido o controle de constitucionalidade difuso a ser realizado pelo Poder Judiciário, mas, como o sistema jurídico brasileiro ainda não havia se libertado das caducas mazelas da monarquia, desenvolveu-se um tímido controle corrompido pela classe dominante. Ressalta-se a criação do STF, o qual recebia a competência máxima, em grau recursal, de decidir acerca do controle de constitucionalidade das leis federais e estaduais, o que ainda não configurava uma fiscalização concentrada³²⁵.

Já a Constituição de 1934, porque trouxe, por exemplo, um título referente à ordem econômica e social, acrescentou ao texto anterior, segundo Ronaldo Poletti³²⁶, as seguintes contribuições ao controle: a) a interposição de recurso extraordinário das decisões das causas decididas pelas justiças locais em única ou última instância, quando se questionasse a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição (art. 76, III); b) determinava que os tribunais só poderiam declarar a inconstitucionalidade pelo voto da maioria de seus membros (art. 179)³²⁷; c) atribuiu ao Senado a competência de suspender a execução de lei declarada inconstitucional³²⁸; d) obrigou os Estados a se constitucionalizarem

³²⁵ Segundo Emília Viotti da Costa, na obra **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**, (2006, p. 24), pelo Decreto 510, de 22 de junho de 1890, que estabeleceu uma Constituição Provisória da República dos Estados Unidos do Brasil, o governo dispôs sobre a criação, composição e competência do STF. O art. 56 da CF/1891 dispunha que o referido tribunal seria composto de quinze ministros, dentre cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado, a serem nomeados pelo Presidente da República, sujeitando a nomeação ao Senado. Referida autora leciona que a primeira composição de ministros a qual participou do STF pertencia à geração que nascera na década da Independência, bem como eram homens experientes e haviam participado ativamente da magistratura do período imperial, ao reforçar aquilo dito acima sobre o comprometimento da nova república com o velho regime monárquico. Para maiores informações sobre o Regimento Interno do STF de 1891, vide <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/RegimentoInterno/RI1891/1891>>.pdf.

³²⁶ POLLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras**: 1934. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 50-51.

³²⁷ No atual discurso, a cláusula de reserva de plenário se encontra no art. 37, CF, bem como a súmula vinculante n. 10 informa que viola o supramencionado dispositivo quando órgão fracionário de Tribunal declara, no todo ou em parte, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, porque a competência é do pleno ou do órgão especial. Esse procedimento seguirá o rito previsto nos arts. 480 a 482, CPC.

³²⁸ Ressalta-se, desde já, que a suspensão pelo Senado Federal de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF (art. 52, X, CF), consoante Gilmar Mendes, encontra-se obsoleta. Assim, a única razão para a existência do instituto tem fundamentos unicamente históricos, já que teve início na Constituição de 1934, quando havia a concepção de uma rígida separação dos poderes. Atualmente, no HC 82.959 / SP, o Min. Gilmar Mendes proferiu voto no sentido de que a atuação do Senado se restringia apenas à publicidade da decisão do STF, embora nem sempre a referida Casa Legislativa suspenda a lei como decidir a Corte.

com a observância de determinados princípios, sob pena de intervenção federal e, e) arrolou, dentre os direitos individuais, a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra atos de autoridades, fundados em lei inconstitucional.

Com a decretação do Estado Novo em 1937, o autoritarismo político e a hipertrofia das funções do Poder Executivo permearam o cenário constitucional, ocorrendo um retrocesso no sistema de aferição dessa compatibilidade. O art. 96, parágrafo único, CF/1937, por exemplo, permitia que o Presidente da República, mesmo quando declarada a inconstitucionalidade de certa legislação, pudesse, quando aquele julgasse ser a lei necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, submetê-la, novamente, ao exame do Parlamento. Destarte, caso o Parlamento confirmasse, por dois terços dos votos e em cada uma das Câmaras, a validade da legislação, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal. Há, portanto, sem qualquer dúvida, um desrespeito ao equilíbrio e à harmonia que devem nortear as funções estatais.

A Constituição de 1946 assemelhava-se bastante a de 1934 e, em razão da instabilidade externa, teve duração breve, no entanto, previu novamente a representação interventiva, cuja titularidade foi outorgada ao Procurador-Geral da República, o qual atuaria consoante as disposições previstas no art. 7º, VII c/c art. 8º, parágrafo único, CF/1946). A emenda n. 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu no Brasil o controle de constitucionalidade por via concentrada, produzindo um grande avanço na função do STF, ao ser criado o exame de inconstitucionalidade por via de ação.

Com o advento da Ditadura Militar, porém, esses avanços somente foram efetivamente notados com a Redemocratização, em 1988.

Então, o atual discurso brasileiro, fortemente influenciada pelas correntes europeias, sobretudo a portuguesa, além de ter ampliado o rol de legitimados para a ADI (art. 103, CF), a previsão da Advocacia-Geral da União como defensor do texto impugnado (art. 103, § 3º, CF), demonstra maior preocupação com a tendência denominada de objetivação do controle de constitucionalidade³²⁹.

³²⁹ Fernando Luiz Ximenes Rocha, em **Controle de constitucionalidade das leis municipais**, (2003, p. 76) leciona que, embora o texto constitucional tenha inovado no tocante à necessidade de citação do Advogado-Geral da União, “na realidade, essa preceituação há de ser interpretada sistematicamente, entendendo-se que a manifestação do Advogado-Geral da União não será, necessariamente, em defesa do ato impugnado, caso conclua que este fere de maneira incontestável disposição da Lei Maior, pois, destarte, estaria afrontando sua própria consciência jurídica e, acima de tudo, a ordem constitucional que lhe compete defender como advogado, cidadão e agente público”. No mesmo sentido, vide SOUZA, Michelle Amorim Sancho Souza. O papel do advogado-geral da união no controle de constitucionalidade concentrado. **Revista Themis**, Fortaleza, vol. 05, jan/jul. 2007, p. 210-226.

Nessa linha de raciocínio, há uma primazia do controle a ser exercido por uma Corte Constitucional, com as competências adstritas apenas para o julgamento de questões essencialmente constitucionais, sem que haja, portanto, o envolvimento de interesses meramente subjetivos. Na lição de Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira³³⁰, a propositura da ADI e ADC leva à instauração de um processo eminentemente objetivo, uma vez que não existem partes em litígio, não subsiste o contraditório clássico.

Assim, embora o STF não assuma o papel de Corte Constitucional, podem ser identificadas recentes modificações que procuram aproximá-lo, notadamente, da feição do Tribunal Federal Alemão, como a súmula vinculante (art. 103-A, CF c/c Lei n. 11.417/2006) e a necessidade de demonstração da repercussão geral no recurso extraordinário (art. 102, § 3º, CF c/c art. 543-A e segs, CPC).

Como uma das principais inovações apresentadas, a inconstitucionalidade por omissão, que será o objeto de análise precípua desse trabalho, passou a ser alvo de preocupação do sistema constitucional pátrio. Será combatida tanto pelo MI quanto pela ADO, conforme serão examinados posteriormente.

Segundo a clássica definição de Jorge Miranda³³¹ acerca do conceito de inconstitucionalidade, tem-se que:

(...) constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceito de relação: a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme, que cabe ou não cabe no seu sentido, que tem nela a sua base ou não (...) Não se trata de relação de mero caráter lógico ou intelectual. É essencialmente uma relação de caráter normativo e valorativo, embora implique sempre em um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade a outra realidade, de um *quid* a outro *quid* ou a desarmonia entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica.

O comportamento adotado pelas funções estatais deve sempre se encontrar em consonância com o discurso constitucional vigente, ou seja, com os valores ali positivados. Existem casos, no entanto, em que isso não ocorre, por isso existe a necessidade de se combater no ordenamento jurídico esse vício. Há, ainda, o fato de que a inércia em relação à feitura de certo ato também constitui conduta inconstitucional comumente encontrada na realização dos direitos sociais. Reforça-se, então, a ideia de que “por inconstitucionalidade

³³⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVERIA, Rafael. Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de inconstitucionalidade. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org). **Ações constitucionais**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2009, p. 416.

³³¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VI. 3. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 09-10.

deverá entender-se o não cumprimento da Constituição, por *acção* ou *omissão*, por parte dos órgãos do poder público³³²”.

A partir dessa definição, o estudo das espécies de inconstitucionalidade facilitará uma maior compreensão da matéria abordada, podendo-se citar aquelas atinentes ao conteúdo – inconstitucionalidade material – e à observância dos procedimentos – formal ou orgânica –; a por ação e por omissão; a superveniente e, por fim, as relativas às normas constitucionais originárias.

A inconstitucionalidade material ou substancial, como afirmado logo acima, diz respeito à incompatibilidade do conteúdo da lei ou do ato normativo editado com as regras e os princípios insculpidos na Constituição³³³. Ainda, segundo Jorge Miranda³³⁴, a inconstitucionalidade material envolve, igualmente, a aferição do desvio de poder ou do excesso do Poder Legislativo.

Já a formal ou orgânica³³⁵ relaciona-se com a observância dos procedimentos de feitura de certa lei. A exemplo brasileiro, caso não seja respeitada a maioria absoluta dos votos para a aprovação de uma lei complementar (art. 47, CF c/c art. 69, CF), estar-se-á diante de um afronta ao texto constitucional, a qual não poderá ser tolerada pela ordem constitucional³³⁶ ou, ainda, quando não houver obediência à iniciativa prevista no discurso³³⁷.

Seguidamente, a inconstitucionalidade por ação acontecerá quando o Poder Público, na feitura de uma lei ou de um dado ato normativo, descumprir os preceitos emanados da Constituição. Nota-se que a legislação infraconstitucional e os atos são

³³² QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional**: as instituições do estado democrático e constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 294.

³³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direitos constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1063.

³³⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VI. 3. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008, p. 43-46.

³³⁵ Não se parte da distinção feita entre inconstitucionalidade formal e orgânica. Para maiores informações sobre o tema, vide CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 31-32 e QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional**: as instituições do estado democrático e constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 296-297.

³³⁶ Reforça-se acerca da recepção, que, nesse momento, vigorará o princípio do *tempus regit actum*, ou seja, será observado o procedimento formal adotado pelo texto constitucional vigente quando a lei foi elaborada; bastando verificar, pois, para a ocorrência do supracitado fenômeno, se a legislação infraconstitucional se encontra materialmente em consonância com os novos anseios constitucionais.

³³⁷ Ressalta-se que a jurisprudência do STF não admite que, embora tenha havido usurpação da iniciativa reservada, a sanção posterior do chefe do Poder Executivo não convalida o ato, pois este está eivado de inconstitucionalidade formal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2113 - MG. Requerente: Governador do Estado de Minas Gerais. Advogado: Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais e outro. Advogado: Florivaldo Dutra de Araújo e outros. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 04 de março de 2009).

presumivelmente constitucionais – princípio da constitucionalidade das leis³³⁸ – a fim de garantir a segurança do sistema jurídico. Essa presunção é, no entanto, *jus tantum* ou relativa, por isso é possível, segundo o art. 102, I, CF, a propositura de ADI genérica ou ADC, ambas regidas pela Lei n. 9.868/1999, e a ADPF (art. 103, § 1º, CF c/c Lei n. 9.882/1999)³³⁹. Trata-se, portanto, de um “tipo de inconstitucionalidade *positiva*, que se traduz na prática pela desconformidade de um acto jurídico-público com a Constituição ou os princípios nela consagrados³⁴⁰”.

O vício por omissão, diversamente, pressupõe a inércia da função estatal, imbuída do dever de atuação descrita no próprio texto constitucional. Decorre, portanto, “de uma lacuna inconstitucional, ou do descumprimento da obrigação constitucional de legislar³⁴¹”. Destarte, o discurso constitucional determina que certo comportamento legislativo seja adotado ou uma medida de índole administrativa seja tomada, mas, de maneira total ou parcial, o preceito constitucional não é cumprido, o que enseja, portanto, comprometimento flagrante da força normativa da Constituição³⁴².

No primeiro caso existe uma inobservância do dever específico de legislar, que é condição para a existência da omissão legislativa inconstitucional. No tocante, por exemplo, à implementação de políticas públicas, o órgão encarregado de realizá-la, por força de mandamento constitucional, não a concretiza ou a regula de maneira deficitária.

Assim, o art. 103, § 2º, CF instituiu, a ADO e o art. 5º, LXXI, CF, o MI, ambas inovações do Constituinte de 1988 que procuram combater essa espécie de inconstitucionalidade no ordenamento pátrio³⁴³. O primeiro é objeto do controle concentrado ao passo que o segundo atuará em sede de via difusa.

³³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Portugal: Almedina: 2003, p. 890.

³³⁹ Lembra-se, em linhas gerais, o fato de que tanto a ADC quanto a ADI somente possuem como objeto de impugnação leis ou atos normativos posteriores à promulgação da CF, ao passo que, na ADPF, a Lei n. 9.882/1999, em seu art. 1º, I esclarece que caberá a referida ação “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

³⁴⁰ QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional**: as instituições do estado democrático e constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 295.

³⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1060.

³⁴² Konrad Hesse, em **A força normativa da Constituição** (1991, p. 15), demonstra que a “Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem pura e simplesmente uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio.

³⁴³ Consoante já afirmado, a previsão da inconstitucionalidade por omissão na ordem constitucional brasileira advém da influência exercida pelo constitucionalismo lusitano. Dessa forma, o art. 283º, CRP traz que: a requerimento do Presidente da República, do Provedor da Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar

Ademais, embora existam mecanismos eficazes no combate a essa espécie de inconstitucionalidade, consoante será analisado, o Poder Público e, até mesmo, a sociedade pouco têm feito para a efetivação das normas constitucionais ante a ausência, provavelmente, de um sentimento jurídico coletivo, o qual possa impulsionar a realização dos anseios sociais, correspondentes, por conseguinte, aos valores de todos os membros compreendidos naquela coletividade.

Em seguida, não é adotada a tese da inconstitucionalidade superveniente, uma vez que o STF compreende ser direito pré-constitucional, quando não compatível materialmente com a nova Constituição, é revogado do ordenamento jurídico³⁴⁴.

Por fim, no Brasil, não é concebida a tese acerca das normas constitucionais originárias serem consideradas inconstitucionais, somente admitindo-se o controle com relação às emendas já promulgadas.

Com essas considerações sobre as várias espécies de inconstitucionalidades, que tiveram o objetivo de demonstrar as possibilidades de ofensa ao texto constitucional. Abordar-se-á o estudo dos instrumentos do controle de constitucionalidade que combatem o vício decorrente da omissão.

Afirma-se que o MI é criação genuinamente brasileira³⁴⁵, para que, em sede de controle difuso, o cidadão, quando diante da falta de uma norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, possa provocar o órgão jurisdicional competente, a fim de garantir a força normativa da Constituição. Encontra-se contemplado no art. 5º, LXXI, CF.

Ainda, mesmo passados mais de vinte anos da promulgação do atual discurso brasileiro, o MI não possui regulamentação específica³⁴⁶. Pode ser tanto interposto individual quanto coletivamente. Seus efeitos são *inter partes*. Diversamente, a ADO é objeto do controle concentrado e sobre esse instrumento serão detidas as maiores considerações.

exequíveis as normas constitucionais e quando o Tribunal verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em recurso extraordinário n. 353.508 - RJ. Agravante: Nelson Marcos Costa Rodrigues Corrêa e outros. Advogado: Rômulo Cavalcante Mota e outros. Agravado: os mesmos. Relator. Ministro Celso de Mello, Brasília, 15 de maio de 2007.

³⁴⁵ MAZZEI, Rodrigo. Mandado de injunção. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Ações constitucionais**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2009, p. 211. No mesmo sentido, OLIVEIRA, Phellipe Toledo Pires de. **Das omissões legislativas inconstitucionais e seus instrumentos de combate à luz dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_junho_2008/Das%20omiss%C3%B5es%20legislativas%20-%20Phelippe.pdf>. Acesso em: 20 abr.2012.

³⁴⁶ Segundo o art. 24, parágrafo único, Lei n. 8.038/1990, enquanto não houver regulamentação específica para o MI serão observadas as normas relativas ao mandado de segurança, contempladas na Lei n. 12.016/2009.

Antes de adentrar aos aspectos processuais do novel regramento da ADO, no tocante à competência e legitimidade, ressalta-se que a Constituição do Estado do Ceará, em virtude da simetria, já que a CF autoriza a fiscalização abstrata pelos Estados (art. 125, § 2º, CF), prevê, em seu art. 127, § 2º, a ADO na seara estadual³⁴⁷.

Assim, a ADO será interposta perante o STF³⁴⁸, embora a redação do art. 102, CF não esteja imune a críticas em decorrência da não-contemplação em seu rol dessa ação, por um dos legitimados constante no art. 103, CF. Nesse sentido, é a explanação de Gilmar Mendes³⁴⁹:

(...) todos hão de concordar que, no tocante à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a fórmula escolhida pelo constituinte, já do ponto de vista estritamente formal, não se afigura isenta de críticas. O art. 102 da Constituição, que contém o elenco das competências do Supremo Tribunal Federal, não contempla a ação direta por omissão, limitando-se a mencionar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, *a*, com redação da EC n. 3/93).

O STF possui a competência absoluta para o julgamento e processamento dessa ação constitucional quando houver uma omissão relativa ao texto constitucional de 1988.

A legitimidade ativa, por sua vez, segundo Enrico Tullio Liebman³⁵⁰, seria uma condição da ação, juntamente com o interesse de agir ou interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido. Assim, na perspectiva de Fredie Didier Jr.³⁵¹:

(...) a todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional. Mas ninguém está autorizado a levar em juízo, de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso. Impõe a existência de um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhe autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Surge, então, a noção de legitimidade *ad causam*.

Dessa forma, a legitimidade para a propositura da ADO está descrita expressamente no art. 12-A, inserido na Lei n. 9.868/1999, a qual direciona para o rol taxativo descrito no art. 103, CF. Aliado a isso, ressalta-se o fato de que, por uma decorrência lógica, quando for o caso de iniciativa privativa na feitura de determinada legislação, por exemplo, e

³⁴⁷ Art. 127, § 2º, Constituição do Estado do Ceará. Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida necessária para tornar efetiva norma ou princípio constitucional, será dada ciência da decisão ao Poder competente para a adoção de providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta dias.

³⁴⁸ Segundo o Regimento Interno do STF, em seu art. 5º, VII, é competência do Plenário o processamento e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

³⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1234.

³⁵⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. 01. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 171.

³⁵¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. 01. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 176.

o órgão competente também possuir legitimidade ativa para interpor a ADO, não será admitida essa ação, porque, se houver procedência, o legitimado será, igualmente, o destinatário da ordem judicial.

Assim, não é necessária a demonstração da pertinência temática, isto é, a relação entre o objeto do controle de constitucionalidade e as atividades desempenhadas pelo legitimado, como exigido na ADI, porque a omissão inconstitucional, em razão de negar a força normativa da CF, bem como está ligada essencialmente à inércia legislativa ou executiva, a exigência dessa condição de procedibilidade viria dificultar ainda mais o combate a esse vício³⁵².

Quanto à capacidade postulatória especial, porém, comunga-se com o entendimento de que, com exceção dos partidos políticos e das confederações sindicais e entidades de classe, os demais podem interpor a citada ação sem a necessidade de um advogado e, conseqüentemente, estão aptos a praticar atos, enquanto ostentarem essa qualidade, privativos daquele profissional³⁵³. É exigido, nessa linha de pensamento, o instrumento de procuração com poderes específicos, em duas vias, consoante preconiza o art. 12-B, parágrafo único, Lei n. 9.868/1999.

Alfim, reforça-se, pois, o entendimento esposado por José Afonso da Silva³⁵⁴ de que, embora a Constituição de 1988 tenha ampliado significativamente os legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, antes restrito somente ao Procurador-Geral da República, o cidadão, infelizmente, não figurou como parte legítima, no controle abstrato, a combater essa espécie de vício no ordenamento pátrio.

A legitimidade passiva recairá sobre a função estatal, executiva, legislativa ou judiciária, competente para conferir eficácia ao dispositivo que se queda inerte ou o órgão administrativo responsável pela adoção da medida. Entende-se por medida de índole administrativa aquela relacionada, exemplificativamente, às atribuições relativas ao poder

³⁵² Em sentido contrário, a fim de demonstrar a necessidade da verificação da pertinência temática, vide BRAGA, Valeschka e Silva. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção: reflexões à luz do Direito Comparado.** Disponível na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 ago.2011.

³⁵³ Entendimento consolidado em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 127 – AL. Requerente: Governador do Estado de Alagoas. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado de Alagoas. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de novembro de 1989.

³⁵⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51. Apenas a título de esclarecimento, por permissão do mandamento constitucional previsto no art. 125, § 2º, a Constituição do Estado do Ceará, em seu art. 127, IV estabeleceu que o Defensor-Geral é parte legítima para propor a ação direta de inconstitucionalidade, a direta de inconstitucionalidade por omissão e a declaratória de constitucionalidade.

regulamentar³⁵⁵, à expedição de certo regulamento por determinada autarquia, para concretização de certo dispositivo constitucional.

Primeiramente, preconiza o art. 282, CPC os requisitos que devem ser observados no momento da propositura da ação, como, por exemplo, a indicação do juiz ou tribunal a que é dirigida, no presente caso, o STF, os nomes dos legitimados, ativo e passivo, o fato e os fundamentos jurídicos do pedido, porque, como a petição inicial é “a forma da demanda³⁵⁶”, por isso a relevância de ser demonstrado, ao juízo, de logo, todas as especificações relacionadas à causa, a fim de delimitar o conhecimento da matéria ora impugnada.

Aliado a isso, no direito processual brasileiro, predomina a forma escrita para o ingresso com a petição inicial, bem como, hodiernamente, em virtude da virtualização progressiva dos órgãos jurisdicionais, a ADO é interposta exclusivamente por meio eletrônico³⁵⁷.

Em seguida, de maneira específica, o art. 12-B, I, Lei n. 9.868/1999 é bastante claro no sentido de mostrar a necessidade de indicar a omissão inconstitucional, seja parcial, seja total, por meio, sobretudo, das cópias dos documentos que possam comprovar a mencionada ofensa (art. 12-B, parágrafo único, parte final, Lei n. 9.868/1999 c/c art. 283, CPC). Será, aberto, então, um tópico específico na exordial para destacar o descumprimento total ou parcial do dever específico de legislar ou da adoção de providência de medida de índole administrativa. O objeto, então, da ADO, diferentemente do MI, não congrega um limite material, pois, diante de qualquer omissão inconstitucional, será possível ingressar com o referido instrumento³⁵⁸. Em sentido análogo, o art. 3º, I, do mesmo diploma legal, bem

^Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 78-82), o poder regulamentar é uma das espécies de poder normativo. Pode, então, ser conceituado como “o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios de editar normas complementares à lei, para a sua fiel execução”. Está previsto no art. 84, IV, CF.

³⁵⁶ DIDIER JÚNIOR. Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. 01. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2008, p. 397.

³⁵⁷ De acordo com o art. 18, da Resolução n. 417, de 20 de outubro de 2009, do STF, a ADO, juntamente com a ADC, ADI e demais classes processuais indicadas, será processada, exclusivamente, por meio eletrônico (*e-STF*). A Resolução n. 427/2010, em seu art. 19, contemplou mais classes processuais que devem ser peticionadas somente eletronicamente, como o MI. Informação disponível em: <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO417-2009.PDF>> e <<http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/RESOLUCAO427-2010.PDF>>. Acessado em 02 ago.2012.

³⁵⁸ Para comparações entre ambos os institutos, vide BRAGA, Valeschka e Silva. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção: reflexões à luz do Direito Comparado**. Disponível na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 ago.2011 e OLIVEIRA, Phellipe Toledo Pires de. **Das omissões legislativas inconstitucionais e seus instrumentos de combate à luz dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_junho_2008/Das%20omiss%C3%B5es%20legislativas%20-%20Phelippe.pdf>. Acesso em: 02 ago.2011.

como o art. 14, I, exigem, respectivamente, em sede de ADI e ADC, a demonstração do dispositivo de lei ou o ato normativo impugnado.

Além disso, é imprescindível, finalmente, a demonstração do pedido com as suas especificações (art. 12, B, II, Lei n. 9.868/1999). Mais uma vez, esse dispositivo guarda simetria com o estabelecido nos procedimentos da ADI e ADC (art. 3º, II e art. 14, II, Lei n. 9.868/1999).

Ressalta-se que, como o STF é o guardião máximo da Constituição (art. 102, *caput*, CF), prevalece o entendimento acerca da causa de pedir aberta, porquanto, no desempenho dessa função, que se afigura, muitas vezes, eminentemente política, principalmente, no controle de constitucionalidade, não podendo o referido Tribunal ficar adstrito ao julgamento somente com as eventuais fundamentações jurídicas formuladas. Não deverá, assim, ser aplicada a correlação, comumente existente na seara processual, entre a decisão judicial e o pedido³⁵⁹.

Em seguida, será liminarmente indeferida a petição inicial que for considerada inepta, não fundamentada ou manifestamente improcedente. O conceito de inépcia está contido no art. 295, CPC, o qual traz as seguintes hipóteses: a) falta de pedido ou causa de pedir; b) a narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; c) o pedido for juridicamente impossível e d) contiver pedidos incompatíveis entre si. Já a ausência de motivação, relaciona-se, justamente, com a imprescindibilidade de ser transmitido ao juízo todas as circunstâncias da causa, com a sua respectiva fundamentação jurídica e, no tocante ao indeferimento de inicial manifestamente improcedente, cabe ao relator, em suma, a verificação dos requisitos de admissibilidade da causa. Lembra-se, conforme lecionam Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira³⁶⁰, acerca do indeferimento liminar que, mesmo em sede de ADC e ADI, poderá ser aplicado no exame da ADO o seguinte posicionamento:

o indeferimento da petição inicial é decisão que obsta liminarmente o prosseguimento da causa, pois não se admite o processamento da demanda. Não se recomenda, contudo, o indeferimento indiscriminado. Conquanto os arts. 4º e 15 não façam menção expressa à possibilidade de emenda, a petição inicial somente deve ser indeferida se não houver possibilidade de correção de vício ou, se havendo essa possibilidade e tendo sido ela conferida ao autor, este tiver deixado de atender à determinação. Essa é, a nosso sentir, a interpretação que melhor se coaduna com o interesse público que orienta os procedimentos de controle concentrado de

³⁵⁹ Leciona Humberto Theodoro Júnior, (2007, p. 574), que o princípio da congruência entre o pedido e a sentença é uma decorrência necessária da garantia do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF). Dessa forma, como se está diante de um processo objetivo, reforça-se o princípio da *causa petendi aberta*.

³⁶⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Ações constitucionais**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2009, p. 441.

constitucionalidade com os princípios da instrumentalidade das formas e do aproveitamento dos atos processuais.

Dessa decisão de indeferimento liminar, caberá agravo regimental para o Plenário do STF, no prazo de cinco dias consoante o art. 12-C, Lei n. 9.868/1999 c/c art. 317, Regimento Interno do STF³⁶¹.

Não será admitida, igualmente, a desistência na propositura da ADO (art. 12-D, Lei n. 9.868/1999), porque, em virtude da supremacia constitucional e do compromisso com a força normativa, apregoados pelo Neoconstitucionalismo, qualquer violação aos seus preceitos não deve, de forma alguma, permitir que o prosseguimento do controle de constitucionalidade fique ao alvitrío dos legitimados. O mesmo ocorre com a ADI e ADC (art. 5º e art. 16, Lei n. 9.868/1999)³⁶².

Com essa abordagem feita, o estudo, no próximo tópico, será destinado às fases do procedimento da ADO.

Em relação ao procedimento, o art. 12-E, Lei n. 9.868/1999 informa, inicialmente, que, naquilo que for compatível, serão aplicadas as disposições referentes ao procedimento da ADI. Há, pois, uma aplicação supletiva. Serão enunciadas, a seguir, as principais fases do processamento e julgamento da ADO.

Dessa forma, ao ser interposta a ADO e esta não contenha pedido de medida cautelar, o relator pedirá informações, no prazo de trinta dias, a contar da data do recebimento do pedido, à autoridade responsável pela omissão apontada, consoante é possível inferir da dicção do art. 6º, Lei n. 9.868/1999.

Não será, igualmente, aceita a intervenção de terceiros, porque não há partes, consoante já salientado. A figura do *amicus curiae*, contudo, poderá ser permitida, caso o

³⁶¹ Art. 317, Regimento Interno do STF. Art. 317. Ressalvadas as exceções previstas neste Regimento, caberá agravo regimental, no prazo de cinco dias de decisão do Presidente do Tribunal, de Presidente de Turma ou do Relator, que causar prejuízo ao direito da parte. § 1º A petição conterà, sob pena de rejeição liminar, as razões do pedido de reforma da decisão agravada. § 2º O agravo regimental será protocolado e, sem qualquer outra formalidade, submetido ao prolator do despacho, que poderá reconsiderar o seu ato ou submeter o agravo ao julgamento do Plenário ou da Turma, a quem caiba a competência, computando-se também o seu voto. § 3º Provido o agravo, o Plenário ou a Turma determinará o que for de direito. § 4º O agravo regimental não terá efeito suspensivo.

³⁶² Apenas a título de esclarecimento acerca de uma melhor compreensão no concernente à desistência, no âmbito processual penal, por exemplo, o Ministério Público é o responsável por promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, I, CF). Assim, por ter a sociedade o legítimo interesse na apuração das infrações penais, o art. 42, CPP preconiza que o Ministério Público não poderá desistir da ação penal. Se for desenvolvido um raciocínio análogo, então, toda a comunidade política possui interesse no processamento de qualquer espécie de inconstitucionalidade, por isso a proibição da desistência. Ainda, no controle concentrado, acolhe-se o entendimento já esposado pelo STF de que, em caso de o legitimado ativo ser partido político e este venha perder a representação no Congresso Nacional, não afetará o prosseguimento da ADI, por exemplo, porque a legitimidade deve ser verificada no momento da propositura da ação.

relator assim se manifeste, como forma de aproximar a discussão das questões fáticas. Além disso, o *amicus curiae* reforça o processo democrático em sede de controle concentrado.

Nesse sentido, o art. 12-E, § 1º, Lei n. 9.868/1999 permite a manifestação dos demais legitimados ativos para aprofundar o conhecimento da matéria, uma vez que, por se tratar de um processo eminentemente objetivo, o STF deve se cercar de todas as informações possíveis, para um melhor entendimento da situação apresentada. É facultada a apresentação de memoriais.

Posteriormente, poderá ser ouvido o Advogado-Geral da União, no prazo de quinze dias, caso o relator assim entenda, mas o Procurador-Geral da República deverá se manifestar em todos os processos de competência do STF, no período também de quinze dias, após o decurso do prazo das informações (art. 12, § 2º e 3º, Lei n. 9.868/1999 c/c art. 103, § 1º, CF).

Seguidamente, o relator lançará o relatório, com cópia para todos os ministros e pedirá dia para julgamento.

A possibilidade de concessão de medida cautelar pelo STF em sede de ADO, notadamente as relacionadas à omissão total, sempre foi refutada por sua jurisprudência, uma vez que, como a decisão final se dirigia a uma simples ciência à função estatal de sua mora, não existiam, portanto, razões lógicas para a previsão desse instituto³⁶³.

O art. 12-F, Lei n. 9.868/1990, no entanto, passou a admitir a concessão de providência cautelar, em caso de excepcional urgência e relevância da matéria, após a audiência dos órgãos ou das autoridades responsáveis pela omissão, os quais deverão se pronunciar em cinco dias. Trata-se, inegavelmente, de um conceito indeterminado, pois a urgência e relevância da matéria deverão ser verificadas casuisticamente e ficará a critério do Tribunal determinar essas definições.

Então, o deferimento da liminar será dado por maioria absoluta dos membros do STF. Caso seja período de recesso, esclarece o art. 13, VIII, do Regimento Interno do Tribunal, que cabe ao Presidente a decisão de questões urgentes.

Tal tutela de urgência procura, justamente, evitar que, como a própria inconstitucionalidade por omissão já causa uma sensação de insegurança no ordenamento, até a decisão do STF, o referido Tribunal poderá, por exemplo, suspender a aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial ou ocorrer a paralisação de processos

³⁶³ Tanto na ADI quanto na ADC é possível a concessão de medida cautelar, consoante a redação dos arts. 10 a 12 e 21, Lei n. 9.868/1999.

judiciais ou de procedimentos administrativos (art. 12-F, § 1º, Lei n. 9.868/1999). Apresenta-se, desta forma, um rol exemplificativo das medidas cautelares a serem adotadas pelo STF.

Ainda, caso o relator julgue indispensável, o Procurador-Geral da República será ouvido em três dias (art. 12-F, § 2º, Lei n. 9.868/1999). O Advogado-Geral da União, igualmente, poderá ser ouvido no mesmo prazo (art. 10, § 1º, Lei n. 9.868/1999).

Além disso, será facultada a sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela omissão inconstitucional (art. 12-F, § 3º, Lei n. 9.868/1999).

Somente em caso de excepcional urgência, poderá o Tribunal deferir a medida liminar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades responsáveis pela omissão (art. 10, § 3º, Lei n. 9.868/1999).

Quanto aos efeitos, a providência cautelar será dotada de efeitos *erga omnes*, bem como não retroativos. Fica, entretanto, a cargo do STF a concessão de eficácia retroativa (art. 11, § 1º, Lei n. 9.868/1999).

Caso seja concedida a medida liminar, o STF fará publicar, em sessão especial do DOU e do DJ da União, a parte dispositiva da decisão no prazo de dez dias. Posteriormente, deverão ser solicitadas informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão (art. 12-G, Lei n. 9.868/1999).

Finalmente, o art. 12, Lei n. 9.868/1999 traz um procedimento sumário para o processamento da ADO, quando houver pedido de cautelar, caso em que o rito a ser aplicado será mais célere, ante, justamente, a relevância da matéria e de especial significado para a ordem social e segurança jurídica.

Assim, após a prestação das informações no prazo de dez dias, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, em cinco dias, para que, posteriormente, a ação seja submetida diretamente ao STF, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Esclarece-se que a decisão acerca da inconstitucionalidade por omissão será tomada por maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 97, CF c/c art. 23, Lei n. 9.868/1999), desde que presentes pelo menos oito ministros (art. 22, Lei n. 9.868/1999).

Após, então, o julgamento da referida ação, será feita a comunicação à autoridade ou órgão responsável pelo vício (art. 26, Lei n. 9.868/1999). Além disso, dentro do prazo de dez dias, após o trânsito em julgado da decisão, o STF fará publicar em seção especial do DJ e do DOU a parte dispositiva do acórdão (art. 27, Lei n. 9.868/1999).

Com arrimo nessas primeiras considerações, destaca-se o fato de que é assente no Brasil a adoção da teoria não concretista, ou seja, ao ser declarada a omissão inconstitucional, será apenas dada ciência ao Poder competente, para que sejam tomadas as providências cabíveis, a fim de sanar o vício, consoante a redação do art. 12-H, Lei n. 9.868/1999.

Não foi, portanto, contemplada pelo legislador a prerrogativa que algumas Cortes Constitucionais possuem, como a da Alemanha³⁶⁴, de expedir provimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente ou até mesmo a possibilidade de fixar um prazo para a função estatal, a fim de que seja cumprida a vontade constituinte.

Quando, entretanto, se tratar de medida a ser tomada por órgão administrativo, em um tratamento completamente diferenciado do explicitado há pouco, aquele deverá sanar em trinta dias ou em prazo razoável a ser fixado pelo STF, a depender das circunstâncias específicas do caso e do interesse público envolvido, a omissão detectada (art. 12-H, § 1º, Lei n. 9.868/1999). Em crítica a esse dispositivo que também possui previsão constitucional, Gilmar Mendes³⁶⁵ aceita que:

(...) no que concerne à omissão administrativa, deverá o órgão administrativo ser cientificado para atuar em trinta dias. Considerando o quadro diferenciado que envolve a omissão do ato administrativo, afigura-se algo ilusório o prazo fixado. Se se tratar de edição de ato administrativo de caráter regulamentar, muito provavelmente esse prazo há de revelar-se extremamente exíguo. Em outros casos, que demandam realização de medidas administrativas concretas (construção de escolas, hospitais, presídios, adoção de determinadas políticas complexas etc.), esse prazo mostra-se ainda mais inadequado.

Nesse diapasão ainda, embora as funções estatais sejam independentes e harmônicas, segundo a redação do art. 2º, CF, muitos defendem o argumento de que a separação dos poderes seria um óbice insuperável para admitir que o mencionado Tribunal pudesse legislar positivamente, de maneira provisória, ou fixasse um prazo para que Poder o Legislativo ou Poder Executivo corrigisse a mora. Já foi defendido em linhas atrás que o ativismo judicial deve ocorrer quando se tratar da ausência de uma omissão infundada, como ocorre, indubitavelmente, nos casos de declaração de inconstitucionalidade por omissão.

Aliado a isso, há, na verdade, um predomínio das funções estatais, o que deve ser compreendido no contexto do compromisso de todos os poderes com a força normativa do discurso, por isso, repita-se, a mora estatal não poderá inviabilizar, quando ultrapassar os

³⁶⁴ EnsinaValeschka e Silva Braga que o recurso constitucional alemão, quando apreciado pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, esta Corte pode vir a revogar a decisão contestada, o que pode conduzi-la a declarar a nulidade de uma lei ou até mesmo suprir a omissão do Poder Público.

³⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direitos constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1250.

limites temporais da razoabilidade para a feitura da lei ou de certa política pública, exemplificativamente, a fruição de certo direito fundamental.

Finalmente, a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão tem natureza mandamental, eficácia contra todos, diversamente do MI, consoante já exposto, e, a depender do caso concreto, poderá ter efeitos retroativos, já que esse vício compromete a efetiva aplicação dos direitos e garantias que deveriam ser assegurados a todos os membros da comunidade política brasileira.

Apresentadas essas considerações processuais sobre do MI e da ADO, a conclusão a ser realizada no presente trabalho será dirigida para demonstrar a relação existente entre dignidade coletiva, inconstitucionalidade por omissão e efetividade dos direitos sociais.

6 CONCLUSÃO: INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E O CONCEITO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE COLETIVA

É notório que se deve ultrapassar o período de programaticidade dos direitos sociais e ingressar no momento da efetividade desses comandos, porque, infelizmente, a inconstitucionalidade por omissão é um vício que afeta constantemente o sistema constitucional pátrio. Compromete indubitavelmente a força normativa do discurso, embora o Poder Constituinte de 1988 tenha previsto dois instrumentos de combate a esse vício: MI, objeto do controle difuso e ADO, do controle concentrado.

Tendo em vista essa situação, na qual há de um lado o dever constitucional de legislar ou de realizar determinada política pública atrelado às prescrições contidas no discurso constitucional que determinam a garantia e aplicabilidade imediata dos direitos de *status* positivo, vislumbrou-se que o conceito constitucional da dignidade coletiva emerge para reconhecer que a omissão inconstitucional afeta todos os componentes da sociedade brasileira.

Dessa forma, a soberania popular, insculpida no art. 1º, parágrafo único, CF, determina que pertence ao povo todo o poder. Essa grandeza pluralística, responsável pela construção/reconstrução do Estado, transparece na identidade constitucional os anseios populares intrínsecos e que foram captados pela consciência jurídica, como desenvolvido no capítulo 02 desse trabalho.

Observa-se que esse universo axiológico deve minimamente ser respeitado tanto pela comunidade política quanto pelo Estado, porque este foi desenvolvido para benefício do ser humano e não o contrário.

Em não ocorrendo esse respeito, a ofensa recai sobre todo o corpo social, o que autoriza, portanto, a intervenção judicial, a fim de que solucionem a omissão carente de fundamentação constitucional adequada.

Assim, o segundo capítulo do estudo desenvolvido teve o objetivo de delimitar a atual identidade constitucional brasileira, pautada, conseqüentemente, no completo repúdio ao período ditatorial, apontando para a construção efetiva de um Estado Democrático de Direito, baseado na justiça, liberdade e solidariedade.

A consciência jurídica, compreendida como superação da consciência moral, juntamente com a dignidade da pessoa humana, desenvolvida ao longo do capítulo 03, formam o arcabouço teórico para a indicação da existência do conceito constitucional da dignidade coletiva.

A dignidade coletiva, portanto, deverá ser apreendida como o valor essencial pertencente a toda comunidade brasileira, que reflete os anseios demonstrados na identidade constitucional, como os direitos fundamentais sociais, conforme desenvolvido no capítulo 03.

Então, a inconstitucionalidade por omissão como forma de desrespeito, em suma, à dignidade coletiva, precisa ser combatida tanto pelo Poder Público quanto pela comunidade, por isso ser possível que a função jurisdicional, diante de uma omissão infundada, possa intervir na concretização dos direitos sociais, com o objetivo de restabelcer a harmonia entre as funções estatais em consonância com o art. 2º, CF.

Então, o mencionado vício, por comprometer a própria identidade constitucional brasileira, afeta todo o corpo social, existindo um dever de proteção de todos os brasileiros para com o sujeito que teve o seu direito fundamental social não regulamentado.

Finalmente, a dignidade coletiva tencionará efetivamente consolidar, na sociedade brasileira, a noção de que a convivência solidária é inerente ao ser humano. É imprescindível que, em uma comunidade política organizada, seja reconhecida essa qualidade no outro e, conseqüentemente, lute-se pela efetivação dos direitos fundamentais na tentativa de alcançar uma plena existência digna para todos.

REFERÊNCIAS

- ADOMEIT, Klaus. **Filosofia do direito e do estado**: filósofos da antiguidade. Tradução de Elisete Antoniuk. Vol. 01. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Portugal: Almedina, 2010.
- ANDRADE, Márcio Accioly de. Nascituro: pessoa humana, sujeito de direitos. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio (Org.). **Dignidade da pessoa humana**: fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 136-149.
- ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel**. Portugal: Almedina, 2010.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BALEEIRO, Aliomar e SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras**: 1946. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetro para a atuação estatal. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 12.ago.2012.
- _____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C70-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso: 18 mar.2012.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento: uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. *In*: ALMEIDA FILHO, Agassiz e MELGARÉ, Plínio. (Org.). **Dignidade da pessoa humana**: fundamentos e critérios interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39-67.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varrialle e outros. 5. ed. São Paulo: Editora UNB, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Immanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Teoria do estado**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRAGA, Pedro. **Ética, direito e administração pública**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**: reflexões à luz do Direito Comparado. Disponível na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 ago.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de ordem na medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade n. 127 – AL. Requerente: Governador do Estado de Alagoas. Requerido: Assembléia Legislativa do Estado de Alagoas. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de novembro de 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.113 - MG. Requerente: Governador do Estado de Minas Gerais. Advogado: Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais e outro. Advogado: Florivaldo Dutra de Araújo e outros. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 04 de março de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510 – DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República e outros. Advogado: Advogado Geral da União e outros. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.277 – DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimados: Presidente da República e outros. Advogados: Advogado Geral da União e outros. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 05 de maio de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54 - DF. Agravante: Paulo Restiffe Neto. Advogado: Félix Ruiz Alonso e outros. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 26 de novembro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental em recurso extraordinário n. 353.508 - RJ. Agravante: Nelson Marcos Costa Rodrigues Corrêa e outros. Advogado: Rômulo

Cavalcante Mota e outros. Agravado: os mesmos. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, 15 de maio de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 130 – DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Advogado: Miro Teixeira. Requerido: Presidente da República e outros. Advogado: Advogado-Geral da União e outros. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 30 de abril de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 186 – DF. Requerente: Democratas (DEM). Advogada: Roberta Fragoso Menezes Kaufmann. Intimados: Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília (CEPE) e outros. Advogado: João Manuel de Lima e Júnior e outros. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 187 – DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado: Presidente da República. Advogado: Advogado-Geral da União. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 15 de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 524 – República do Paraguai. Requerente: Governo do Paraguai. Extraditando: Gustavo Adolfo Stroessner Mora. Advogado: Pedro Gordilho. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 31 de outubro de 1990;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.959 – SP. Impetrante: Oseas de Campos. Paciente: Oseas de Campos. Advogado: Roberto Delmanto Júnior e outros. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 23 de fevereiro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 94.477 – PR. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Paraná. Paciente: Carlos Amado Spinoza Baez. Advogado: Roberto Delmanto Júnior e outros. Autoridade Coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 06 de setembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção n. 630 – DF. Impetrante: Associação rural de moradores do quilombo Jamary dos Pretos e outros. Advogado: Hélio Silva Júnior e outros. Impetrado: Presidente da República. Advogado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 05 de dezembro de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 28.675 – DF. Impetrante: Pedro Antônio de Paiva Latorre e outros. Advogado: Carolina Cardoso Guimarães Lisboa e outros. Impetrado: Presidente da República. Advogado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 19 de abril de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em mandado de segurança n. 30.318 – DF. Impetrante: Hélio Sérgio de Miranda. Advogado: Evânio Antunes e outros. Impetrado: Presidente da República. Advogado: Advogado Geral da União. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 25 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 248.869 – SP. Requerente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Romeu Luiz Fanchini. Advogado: Maria da Penha Viana R. Moretto e outros. Relator Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 07 de março de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em habeas corpus n. 94.358 – SC. Requerente: Ministério Público Federal e outro. Requerido: Superior Tribunal de Justiça. Relator. Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada n. 223 – PE. Requerente: Estado de Pernambuco. Advogado: Procurador Geral do Estado de Pernambuco. Requerido: Relator do Agravo de Instrumento n 0157690-9 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Intimado: Marcos José Silva de Oliveira. Advogada: Luciana Pereira Gomes Browne. Relator para acórdão: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de abril de 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito constitucional**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. **O patriotismo constitucional na perspectiva de Jürgen Habermas**: a reconstrução da ideia de nação na filosofia política contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Portugal: Almedina, 2006.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Portugal: Almedina, 2003.

_____. O supremo tribunal federal garante a identidade constitucional do Brasil? *In*: MOREIRA, Eliane Trevisani e ROSSI, Francisco Vicente. (Org.) **Ministro Marco Aurélio Mello**: acórdãos, comentários e reflexões. São Paulo: Campinas, 2010, p. 01-09.

CENCI, Elve Miguel. Contribuições do conceito de patriotismo constitucional para a esfera político-jurídico brasileira. *Revista do programa de mestrado em direito negocial da UEL*. Londrina, vol. 10, p. 121-133, 2006.

CITTADINO, Gisele. Patriotismo constitucional, cultura e história. **Direito, estado e sociedade**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 58-68, jul/dez 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COCURUTTO, Ailton. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social**. São Paulo: Malheiros, 2008.

CODATO, Adriano Nervo. Uma história política de transição brasileira: da ditadura à democracia. **Revista Política**, Curitiba, 25, p. 83-106, nov. 2005.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DENNINGER, Erhard. “Security, diversity, solidarity” instead of “freedom, equality, fraternity”. **Constellations**, v. 7, n. 4. Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, p. 507-521.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org). **Ações constitucionais**. 4. ed. Bahia: Juspodivm, 2009.

_____. **Curso de direito processual**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 01. 9. ed. Bahia: Juspodivm, 2008.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. Estado social e princípio da solidariedade. **Revista dos estudantes de direito da UFC**, Ceará, n. 01, p. 17, ano 2007

_____. **O princípio da legitimidade do poder no direito público romano e sua efetivação no direito público moderno**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERREIRA, Mariá A. Brochura. **Consciência moral e consciência jurídica**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FLORENZANO, Modesto. François Furet: historiador da revolução francesa. **Revista de História**, São Paulo, n. 132, p. 1-15, 1995.

FRASER, Nancy and HONNETH, Axel. **Redistribution or recognition?: a political-philosophical exchange**. London: Verso, 2003.

HÄBERLE, Peter. A humanidade como valor básico do estado constitucional. *In*: MERLE, Jean Christophe. (Org.). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Lanoly, 2003, p. 53-56.

_____. **Constituição e cultura**: o direito ao feriado como elemento de identidade cultural do estado constitucional. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HONNETH, Axel. **Reconocimiento y menosprecio sobre la fundamentación normativa de uma teoria social**. Madrid: Centro de cultura contemporânea de Barcelona, 2009.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 202.

KANT, Immanuel. **Antropologia de um ponto de vista pragmático**. Tradução de Célia Aparecida Martins. São Paulo: Iluminuras, 2006.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

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

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de uma direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** São Paulo: Campinas, 2010.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto e ALMEIDA, Plínio Régis de. Constituição, política e esperança: o dilema da efetivação constitucional sem política. **Lex humana**. n. 2. 2010, p. 114.

LORENZO, Wambert Gomes Di. **Teoria do estado da solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Atlas, 2010.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional**. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/palestras/Diversidade_Cultural/FCRB_DiversidadeCulturalBrasileira_AntonioCavalcanti.pdf>. Acesso em: 18 jun.2012.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MARCÃO, Renato. **Revista Prática Jurídica**, São Paulo, 28 de fevereiro de 2011, Questões de Direito.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à constituição de 1967**. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 175.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo II e IV. 6. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2007.

MIRÀNDOLA, Pico Della. **A dignidade do homem**. Coleção grandes obras do pensamento universal. Tradução de Luiz Feracine. São Paulo: Escala, 1985.

MORAES, Filomeno. A constituição do Brasil de 1988 e a reforma política. **Pensar**, Fortaleza, p. 43-51, abr. 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O princípio da solidariedade**. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 7 ago. 2011.

MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MOURA, Walber Agra. **A constituição cidadão como pacto vivencial da sociedade**. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge e MOURA, Walber Agra (Org). **Comentários à constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. 4. ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos do direito. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso: 20 abr.2012.

_____. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo. Portugal: Almedina, 2012.

_____. **Reflexões sobre quem paga a conta do estado fiscal**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Casalta2008.pdf>. Acesso em: 29 jul.2012.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional**. Bahia: JusPodivm, 2009.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOGUEIRA, Otaciano. **Constituições brasileiras**: 1824. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Portugal: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Phellipe Toledo Pires de. **Das omissões legislativas inconstitucionais e seus instrumentos de combate à luz dos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/2008/Ano_VIII_junho_2008/Das%20omiss%C3%B5es%20legislativas%20-%20Phelippe.pdf>. Acesso em: 20 abr.2012.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**: o projeto constituinte do estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

PÉREZ, Jesús González. **La dignidad de la persona**. 2. ed. Espanha: Thonsom Reuters, 2011.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIOVENSAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

POLLETI, Ronaldo. **Constituições brasileiras**: 1934. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 50-51.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional**: as instituições do estado democrático e constitucional. Portugal: Coimbra Editora, 2009.

_____. **Direitos fundamentais**: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justificabilidade. Portugal: Coimbra Editora, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Cinco minutos de filosofia**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/85044848/5-Minutos-de-Filosofia-Do-Direito-Gustav-Radbruch>>. Acesso em : 02.ago.2012.

REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. **História da filosofia**: antiguidade e idade média. Vol. I. 4. ed. Paulus, 1990.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **Controle de constitucionalidade das leis municipais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira e MEYER-PFLUNG, Samantha Ribeiro. “O controle abstrato nas ações diretas de inconstitucionalidade genérica e interventiva na Constituição brasileira de 1988”. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 7, jan./jun. 2006, p. 139-172.

ROSENFELD, Michael. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução de Menelick de Carvalho. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 40.

_____. American constitutionalism confronts Deninger's new constitutionalism paradigm. **Constellations**, v. 7, n. 4. Oxford: Blackwell Publishers Ltd., 2000, p. 529-544.

SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação dos poderes**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SALES, Lília Maria de Moraes e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Constituição, democracia, poder judiciário e desenvolvimento**: estudos em homenagem a José de Albuquerque Rocha. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant**: seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

_____. **A idéia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Fabiano. **Escolhas institucionais e transição por transação**: sistemas políticos de Brasil e Espanha em perspectiva comparada. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582000000400002>. Acesso em: 02 jul. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 37.

_____. **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Tradução de Ingo Sarlet e outros. 2. ed. Porto Alegre: 2009.

_____. Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, n. 1, p. 631-680, jan./jun. 2003.

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Pontes-de-Miranda-e-a-teoria-dos-direitos-fundamentais2.pdf>>. Acesso em: 21 jul.2011.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, jan./jul. 2003, p. 607-630

_____. **O judiciário e as políticas públicas**: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: NETO SOUZA, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 587-599.

SKINNER, Quentin. **Hobbes e a liberdade republicana**. Tradução de Modesto Florenzano. São Paulo: Editora UNESP, 2010.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

SOUZA, Michelle Amorim Sancho. **Conceito constitucional da dignidade coletiva**. 45f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Ceará, Ceará, 2009.

_____. **Inconstitucionalidade por omissão**: comentários à lei n. 12.063/2009 à luz dos valores constitucionais e da jurisprudência do STF. 48f. Monografia (Pós-Graduação em Direito). Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Ceará, 2010.

_____. O papel do advogado-geral da união no controle de constitucionalidade concentrado. **Revista Themis**, Fortaleza, vol. 05, jan/jul. 2007, p. 210-226.

STERNBERGER, Dolf. **Patriotismo constitucional**. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 01. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **A ideia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

_____. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *In*: NETO SOUZA, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 313-339.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

VAZ, Henrique Cláudio Lima. **Antropologia filosófica**. Vol. I. 11. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2011.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZENNI, Alessandro Severino Valler e ANDREATTA FILHO, Daniel Ricardo. **Direito na perspectiva da dignidade humana**: transdisciplinariedade e contemporaneidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editos, 2011.