

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS**  
**CURSO DE DIREITO**

**MARCIO ROGÉRIO DE OLIVEIRA SANTOS**

**ENTRE NORMAS PROGRAMÁTICAS E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: o caso da saúde e da educação no estado democrático brasileiro de direito.**

São Luís – MA

2017

**MARCIO ROGÉRIO DE OLIVEIRA SANTOS**

**ENTRE NORMAS PROGRAMÁTICAS E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: o caso da saúde e da educação no estado democrático brasileiro de direito.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus

São Luís – MA

2017

**SANTOS, Marcio Rogério de Oliveira.**

Entre normas programáticas e a efetivação de direitos fundamentais sociais: o caso da saúde e da educação no estado democrático brasileiro de direito / Marcio Rogério de Oliveira Santos. – 2017

109 pg.

Orientador: Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.

1. Normas Programáticas Aplicabilidade. 2. Eficácia Constitucional. 3. Direitos de Dignidade. 4. Dignidade da Pessoa Humana. 5. Constituição. I Título

**MARCIO ROGÉRIO DE OLIVEIRA SANTOS**

**ENTRE NORMAS PROGRAMÁTICAS E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: o caso da saúde e da educação no estado democrático brasileiro de direito.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**Banca Examinadora**

---

Prof<sup>o</sup> Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (orientador)

---

Examinador (a)

---

Examinador (a)

Dedico este trabalho a minha avó materna, *in memoriam*, por ter sido o maior exemplo de ser humano que vi na terra, por seus conhecimentos que infelizmente não pude eternizar. E por ser uma mulher negra, guerreira, sensível e de enorme meiguice.

Maria Cacilda, eu te amo.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente, ao meu senhor e salvador Jesus Cristo que, em sua misericórdia, me proporcionou mesmo com alguns percalços, finalizar esta caminhada. Coloco ainda a pessoa da minha mãe, Maria Madalena, mulher que não me deu só a vida, carinho e amor, mas lições para convivência, além do seu papel de Pai.

Coloco ainda as minhas irmãs, que compartilharam comigo a infância e os momentos mais difíceis de nossas vidas. Incluo ainda meu falecido tio, João Batista, que apesar da distância sempre marcou sua presença em minha vida, e lá do céu olha por mim.

Registro ainda com o maior carinho do Mundo, ao meu amor, minha razão de viver, lutar ainda mais, minha filha amada, Pietra, que Deus não deixe me faltar forças para continuar lutando por você filha. E juntamente com a sua mãe (Paloma), lutaremos para lhe proporcionar um futuro melhor.

Merecem destaque, os amigos que, no decorrer da vida, nunca me deixaram desistir deste sonho, foram aqueles que impulsionaram a minha vida acadêmica, com carinho às amigas, Lúcia Diniz e Arymar Gaioso Trovão, vocês foram muito especiais quanto ao meu ingresso na Universidade.

Destaco os amigos de academia que, de alguma forma, deram uma parcela de contribuição para o meu aperfeiçoamento, assim como compartilhamos alegrias e tristezas. Agradeço ainda aos amigos de trabalho, aos feitos na Casa da Justiça por sua colaboração.

Realço a contribuição determinante dos professores, ao emprestarem um pouco de seu tempo ao divino ofício de ensinar, me ajudaram a ser um cidadão mais lúcido. Em especial as professoras Valéria Montenegro, Priscila Ribeiro, Ana Teresa e aos Professores Caridade, Cassius Guimaraes Chai, Flávio Dino, Felipe Camarão.

Recordo ainda da colaboração do corpo administrativo desta IES, em especial da Senhora Cândida, e do amigo Diego que muito me ajudaram.

O maior agradecimento vai para o meu orientador que, além de ter sido meu professor, sempre o considerei como amigo por sua gentileza, respeito e notável saber. Professor Thiago Allisson, permita-me chamá-lo de amigo, pois o que fizeste, nunca terei como lhe retribuir a altura.

“É preciso dançar sobre os abismos  
Rir de tudo e de todos  
Superar o aqui e agora  
Ser uma ponte e jamais um fim  
Conviver com incertezas  
Desconfiar, desconfiar, desconfiar  
Tudo é passível de questionamento  
Valores, conceitos e preceitos  
O equilíbrio e a loucura  
Os sentimentos mais dignos  
A ciência, a história e a religião  
Nada, absolutamente, nada  
Pode ser considerado definitivo  
Concluir é atrofiar, estagnar, morrer[...]”  
(Ivan Petrovich)

## RESUMO

Uma breve síntese alinhada com reflexões a respeito da obra de José Afonso da Silva, sua classificação, o contexto histórico em que foi produzida. A carga ideológica que se mostra evidente, representa um projeto político já em desuso. A importância de dotar os direitos fundamentais de eficácia, sua aplicabilidade em função da vigência da Constituição. O rompimento com o Estado de exceção, a redemocratização do País e a Assembléia Constituinte e a participação da sociedade. Direitos de dignidade, sua aplicação imediata e a sua densificação normativa. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana como propulsor da Constituição, seus reflexos no sistema e a sua força normativa. Falsos obstáculos para a efetivação dos direitos de dignidade. O descompasso entre a nova ordem constitucional e a realidade em que se vive, o exercício dos direitos de cidadania, os fundamentos e objetivos da Constituição. O ativismo jurídico como intervenção legalmente amparada para o exercício dos direitos sociais, os direitos fundamentais enquanto substratum dos direitos de dignidade, custodiados sob o manto da imutabilidade. Casos de julgados que levam a dignidade em conta.

**Palavras-chave:** Eficácia Constitucional. Direitos de Dignidade. Dignidade da Pessoa Humana. Constituição.

## ABSTRACT

A brief synthesis aligned with reflections about the work of José Afonso da Silva, your classification, the historical context in which it was produced. The ideological load that it shows clearly represents a political project already in disuse. The importance of providing fundamental rights to be effective, your applicability depending on the validity of the Constitution. The break-up with the State of exception, the democratization of the country and the constituent Assembly and the participation of society. Rights to dignity, your immediate implementation and densification of your rules. The principle of Dignity of the Human person as of the Constitution, its reflexes in the system and your normative force. False obstacles to the implementation of the rights of dignity. The difference between the new constitutional order and the reality in which you live, the exercise of citizenship rights, the foundations and objectives of the Constitution. Legal activism as legally supported intervention to the exercise of social rights, the fundamental rights while substratum of dignity, guarded under the cloak of immutability. Cases of judgment that lead to dignity in care.

**Keywords:** Constitutional Effectiveness. Rights of Dignity. Dignity of the Human Person. Constitution.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>A (IN) APLICABILIDADE DA TEORIA DA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL NA CR DE 88.</b> .....	<b>13</b>
<b>2.1</b>	<b>A teoria de José Afonso da Silva: a Constituição de 1967/69</b> .....	<b>21</b>
<b>2.2</b>	<b>O processo constitucional de 88: uma nova ordem jurídica - democrática.</b> .....	<b>25</b>
<b>2.3</b>	<b>Descompasso teórico e ideológico no Brasil pós-88.</b> .....	<b>32</b>
<b>3</b>	<b>(IN) EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: FUNDAMENTOS E LIMITES.</b> .....	<b>39</b>
<b>3.1</b>	<b>Os limites (falsos) à efetivação</b> .....	<b>44</b>
<i>3.1.1</i>	<i>A questão orçamentária</i> .....	<i>46</i>
<i>3.1.2</i>	<i>A reserva do possível</i> .....	<i>51</i>
<i>3.1.3</i>	<i>Mínimos sociais</i> .....	<i>53</i>
<b>3.2</b>	<b>A efetivação dos direitos fundamentais sociais: §1º do art.5º X Ativismo Judicial.</b> .....	<b>57</b>
<i>3.2.1</i>	<i>Ativismo Judicial</i> .....	<i>66</i>
<b>3.3</b>	<b>Dignidade da Pessoa Humana: mais que um princípio da CR de 88.</b> .....	<b>74</b>
<b>4</b>	<b>O CASO DA SAÚDE E DA EDUCAÇÃO: O DIREITO E A IDEOLOGIA CAPITALISTA.</b> .....	<b>87</b>
<b>4.1</b>	<b>Casos de direitos fundamentais sociais judicializados (Direito a Educação como direito subjetivo)</b> .....	<b>92</b>
<i>4.1.1</i>	<i>Direito a creche</i> .....	<i>94</i>
<i>4.1.2</i>	<i>Direito a educação para crianças com síndrome de Down</i> .....	<i>95</i>
<i>4.1.3</i>	<i>Direito subjetivo a Educação</i> .....	<i>96</i>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>99</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>106</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho, buscamos abordar dentro de uma visão mais dialética, contornos da obra de José Afonso da Silva a “ *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* “no campo pragmático e teórico, os impactos do seu uso pela doutrina e jurisprudência, além, é claro dos demais poderes. Não temos pretensão de esmiuçar a sua obra, no intuito de desconstruir seu árduo trabalho.

Ficamos na visão humilde de acadêmico, que busca tentar entender o meio no qual se insere, suas responsabilidades, analisar os meios dispostos para a defesa dos hipossuficientes, além de tentar descortinar toda uma carga valorativa, semântica própria ao Direito.

Sob este intuito, chamamos o leitor para nos acompanhar nesta empreitada despretensiosa, para buscar entender os aspectos ideológico, políticos e econômicos que assolam a sociedade brasileira que fica na dependência de uma ação comissiva dos Poderes. Não negamos o prestígio ao qual o autor, goza assim como sua obra, sendo citada em sentenças, livros, artigos e trabalhos acadêmicos.

Todavia, esperamos tentar desvendar retirar um pouco do que se esconde por trás, desta teoria, sua ideologia, o porquê da sua fundamentação em negar eficácia as normas constitucionais vigentes, os reais motivos para não aplicar normas, que versão sobre dignidade. Nos dispomos dentro da parca bagagem jurídica, auferida nestes anos de academia, demonstrar mostrar aquilo por trás da sua manipulação.

Assim, abordamos no capítulo 2 (A (in) aplicabilidade da teoria da normatividade constitucional na CR de 88), uma descrição sintética da obra, seu objeto de estudo, algumas confrontações ao atual Documento Político do Estado, o ambiente em que originou-se sua obra, como fator de grande relevância para a sua produção.

No tópico 2.1, nos aprofundamos exatamente no meio sócio-político, ao qual, em face da tessitura social, mostra-se fator determinante, para a busca no entendimento do contexto ao qual os direitos fundamentais, conseqüentemente seu exercício encontravam-se sob hostilidade estatal. A polarização dos países, no qual se encontrava o mundo, seus eixos ideológicos, seus reflexos em âmbito jurídico, político e econômico, do qual o país foi vítima.

Os efeitos da mitigação da carta de 1946, a outorgação da Constituição de 1967, com a culminação do AI5, que representou o período mais dramático para a recente democracia brasileira, seus impactos na vida social, na política e a ruptura da ordem jurídica até então vigente, levando o país ao retrocesso.

Avançando no trabalho no tópico 2.2, em síntese, abordamos a redemocratização do País, o fim do regime ditatorial, a Assembléia Nacional Constituinte, a Comissão Afonso Arinos, o Movimento Diretas Já!, além da luta dos movimentos sociais, de segmentos da sociedade civil organizada, da participação popular na produção da Constituição de 1988.

Adentrando ao meio social, pós promulgação da Constituição de 88, abordamos os descompassos entre o prometido e o realizado, as escusas, a persistência da não libertação dos sujeitos da opressão capitalista. O desrespeito à soberania popular, a falta de eficácia das normas de dignidade e a sua não aplicabilidade. Onde, a teoria trazida ao crivo da criticidade, por seu uso pela doutrina e jurisprudência demonstra ser um aspecto impeditivo para realização ao acesso dos direitos de dignidade. A desconexão entre o compromisso do Estado brasileiro e a realidade em não dotar a Constituição Cidadã de eficácia e aplicabilidade.

No capítulo 3, ((in) efetivação dos direitos fundamentais sociais no Brasil: fundamentos e limites), procuramos demonstrar a exigibilidade da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais, a superação da teoria das normas programáticas, em face da nova ordem disposta. Da relevância dada aos direitos sociais que, na atual Constituição, topicamente assumem considerável protagonismo.

No subtítulo seguinte, demonstramos serem falsas algumas barreiras para implementação de direitos de matriz social, em face da manipulação semântica pelos técnicos do direito, legisladores, poder executivo. Subdividindo este tópico, apresentamos alguns entraves doutrinários e de cunho administrativo, para se levantarem como barreira impeditiva para realização do exercício da cidadania.

A reserva do possível, mínimo existencial e a questão orçamentária, enquanto impeditivos mostram-se doutrinariamente, como fatores de grande densidade axiológica e semântica para a instrumentalização das escusas estatais em prover os direitos sociais de eficácia nos dispomos desta forma em apresentar, de forma fundamentada na doutrina, mas despretensiosa, a desconstrução destes cânones doutrinários, em antagonismo as políticas públicas expressas na Constituição.

Em breve ponderação no subtítulo 3.2, apresentamos a máxima eficácia atribuída às normas de dignidade, em conformação as balizas constitucionais, representando desta forma, seu caráter normativo e vinculativo. Amparado na rica doutrina, demonstramos que, no sistema constitucional, praticamente tudo orbita em função deste princípio, assim como do princípio da cidadania.

Destacamos ainda o ativismo judicial, representando um agir justificável, condicionado aos mandamentos constitucionais, para apreciar demandas apresentadas, além do direito

ao exercício do acesso à justiça. Evidenciando uma postura mais compromissada aos ideais constitucionais, não se demonstrando em nenhum momento uma afronta à repartição de competências, ou ao equilíbrio harmônico entre poderes.

Finalizamos com uma demonstração de alguns casos, em que a jurisprudência mostra-se alinhada à prática da boa interpretação, com olhos voltados ao respeito às normas de dignidade na busca para dotar a Constituição da máxima eficácia.

Eficácia e aplicabilidade almejada por boa parte da população, para que não se faça da Constituição Cidadã, fruto e esforço de toda uma sociedade, aquilo já professado por Lassalle em ser, às constituições, meros “pedaços de papel”. Tendo por intuito, demarcar de forma cabal, que a não oportunização de eficácia das normas constitucionais, representam a efetividade da dominação da classe burguesa dirigente sobre a população mais despida de condições materiais

## 2 A (IN) APLICABILIDADE DA TEORIA DA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL NA CR DE 88.

A obra traz uma abordagem sobre a questão da aplicação, vigência e eficácia das normas Constitucionais. Preleciona o autor que, aplicabilidade em âmbito epistemológico representa a qualidade daquilo a que se presta ser aplicável. Sendo oportuno, observar que se está falando de normas do mais alto quilate, dentro de um ordenamento.

Prosseguindo em sua obra, o autor assevera que, a aplicabilidade representa a qualidade característica da norma positiva, aplicada em um ordenamento capaz de produzir efeitos. Sendo esta característica, sua capacidade de fazer valer seu conteúdo deontológico.

Infere-se que, o objeto da sua ciência, condiciona-se nas normas constitucionais que, sob a ótica piramidal kelseniana, sistema que não se submete normativamente a nenhuma outra norma estabelecida em uma temática de vigência, eficácia e aplicabilidade, enquanto não for afetada por reforma ou por uma nova Constituição, as normas constitucionais serão eficazes, serão aplicáveis e, no transcorrer do tempo, vigentes até que sobrevenha algo que lhes retire do ordenamento.

Como fator determinante, temos o aspecto temporal, onde o autor cognitivamente, produziu seu trabalho, fator determinante para sua visão do Direito aplicado à época. Já que, vivenciando determinada realidade, esta nos condiciona inevitavelmente e nos afeta em vários sentidos. Destaca-se que, a sociedade vivia uma determinada realidade, sendo por isso o ordenamento compatível ou não a esta realidade, repercutindo assim nas ideias do autor.

Desta forma, podemos indagar se uma realidade, vivida em um determinado contexto histórico, pode permanecer imutável ao decorrer dos anos? Da mesma forma uma ciência que apreende um objeto em determinada realidade, pode ainda demonstrar-se adequada ao decorrer dos tempos?

Agostinho Ramalho parece ter a resposta para este dilema, ao lecionar que:

[...] o espaço social de modo algum é absoluto, mas relativo à natureza da matéria que o gera e o transforma, bem como aos diversos estágios do tempo social, que correspondem aos vários momentos histórico-culturais de cada sociedade concreta. Por isso mesmo, tanto quanto o espaço físico, é o espaço social essencialmente variável, em virtude do caráter eminentemente dinâmico da matéria social. (MARQUES NETO, 2001, p. 107).

Como leciona o dileto mestre da nossa IES, não somente a natureza e suas forças encontram-se em mudança, mas todo o tecido social no qual nos encontramos inseridos, possuem uma dinâmica de constante mudança. Nos demonstrando como a realidade vivida, já não

guarda íntima correlação ao atual momento, objetivando demarcar as condicionantes sociais que afetam estudos, teorias e pensamentos.

Desta forma, a realidade na qual o autor fundamenta-se, não se demonstra com a realidade da atual sociedade democrática. O autor, em sua obra, fundamenta-se em conceitos constitucionais, analisando o âmbito sociológico, econômico, político e jurídico, confessando ser seu objeto o âmbito jurídico, relatando que a Constituição é uma norma jurídica, que estabelece as funções fundamentais do Estado.

Atendo-se a formalidade, o autor busca na lógica positivista a atuação da norma e a sua aplicabilidade. Focando na vigência e na eficácia jurídica, seu valor, significado na ordem jurídica presente. Na ótica por ele adotada, normas constitucionais formais, seriam todas aquelas dispostas no corpo da Constituição. E que, tais normas, seriam aquelas dispostas em uma Constituição rígida (SILVA a, 2009, p. 43). Esta característica dispõe sobre o modo de modificação de suas normas, onde deve haver um *quorum* qualificado, sendo esta uma das características da atual Constituição, em seu art. 60, § 2º.

A atual Constituição, adota a rigidez quanto sua mutabilidade, onde, as normas de Dignidade gozam desta característica, por se encontrarem sob o manto da cláusula pétreia, expressamente declarado no art. 60, §4º, inciso IV. Demonstrando desta forma serem dignas da máxima eficácia e aplicabilidade, já que a rigidez em não dispor ao corpo legislativo, a possibilidade de modificação as reveste de máxima observância pelos poderes.

O autor declara expressamente em sua obra que, toda Constituição nasce para ser aplicada, porém, sua teoria demonstra outra coisa, já que a sua realização fica condicionada a um programa futuro e incerto. Por muito tempo imperou esta modalidade de interpretação, representando grande prejuízo para a democracia.

Quanto aplicabilidade, seriam aplicáveis as normas que gozam de vigência, onde ele cita as normas da Constituição de 1967 (SILVA a, 2009, p. 53), demonstrando a realidade da época, pois em sua maioria, as normas da referida Constituição não detinham prestígio pelo regime implantado. O autor alega, que poder representa o agente que interfere na aplicabilidade da norma, contrastando com a representatividade, depositada na classe dirigente.

Por isso, a falta de aplicabilidade encontra-se diretamente ligada ao querer do legislador, limitada a pressão capitalista. A representatividade, há muito tempo não incorpora os anseios da sociedade, a classe política encontra-se desalinhada dos ideais dos direitos sociais.

É na vinculação compromissada dos legisladores aos interesses do capital organizado, o impeditivo da eficácia das normas constitucionais. Nessa esteira fica evidenciado que, não somente se sonega eficácia às normas de grande porte hierárquico, como se negligencia o

maior sistema legal de um Estado em nome de interesses que não da coletividade mais fragilizada.

Em sua obra, o autor classifica as normas constitucionais em três características quanto a sua eficácia e conseqüente aplicabilidade. Sendo, desta forma, por ele determinada:

- a) normas de eficácia plena;
- b) normas de eficácia contida;
- c) normas de eficácia limitada:
  - de princípios institutivos;
  - programáticas.

Não abordaremos as minúcias desta teoria, pois encontram-se exaustivamente debatidas na comunidade acadêmica e jurídica, apenas abordaremos a questão da falta de eficácia de normas constitucionais, a sua eficácia por norma inferior e a discricionariedade do legislativo. Nos atendo apenas em uma explicação demasiadamente superficial, visto que, a teoria ora em comento, é de domínio da sociedade dos aplicadores do Direito. Além de item obrigatório na maior parte dos manuais de direito constitucional.

Desta forma, temos que as normas de eficácia plena na visão do autor seria a regra contida no *caput do art. 1º* da Constituição de 88, porém, deixando em suspenso a sua redação total e o *inciso III*<sup>1</sup>, sendo o dispositivo amputado da sua parte mais pertinente.

As normas de eficácia contida seriam aquelas onde há uma margem determinada expressamente pelo constituinte originário ao exercício da discricionariedade do poder público. Já as normas de eficácia limitada em sua exemplificação, interpenetram-se quanto às de princípio e programáticas. Declara o autor que questões da linguagem, roubariam a eficácia de tais normas representando residir no Estado a sua real aplicabilidade, já que o constituinte originário não se acautelou para este problema.

Onde deposita no constituinte derivado, ou no legislador infraconstitucional dotar *Normas Constitucionais*<sup>2</sup> de aplicabilidade e de eficácia. Como será oportunamente abordado, tal característica encontra-se em alinhamento aos preceitos liberais, impeditivos da realização da autonomia dos sujeitos.

---

<sup>1</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; (VADE MECUM, 2016, p. 05)

<sup>2</sup> A constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis. E as Constituições positivas não raramente assim procedem ao prescrever ou ao excluir determinados conteúdos. (KELSEN, 2006, p. 249)

Caracterizando uma visão descolada com a ordem vigente, o doutrinador assevera que, quanto a produção legislativa ulterior, o poder legislativo não poderá ser compelido, nem mesmo juridicamente. (SILVA a, 2009, p. 128). Mostrando inadequada, não corrobora para a visão de implementação da Constituição, além de subestimar sua força normativa. Pois, a Constituição vincula a todos, sem distinção, imputando aos poderes um dever-ser normativo, uma ação comissiva nos casos de direitos fundamentais.

O autor pontua sobre a aplicabilidade dos direitos de cidadania, seus obstáculos atribuindo a poderes extra estatais, onde declara:

[...] o Estado não é o único que oprime o desenvolvimento da personalidade; que não é a única entidade que impões relações coativas de convivência, e que as mesmas liberdades liberais estão condicionadas, em sua realização, a situações e poderes extra-estatais, como raciais, eclesiástico e, especialmente os poderes econômicos, de cujas pressões interessa liberta-se. (SILVA a, 2009, p. 136).

Como mencionado, evidencia-se um encadeamento de agentes com os mais variados interesses para impedir a emancipação do indivíduo. Mas, dentre os citados, o capitalismo representa o maior entrave, já que sob a ótica mercantil, a opressão dos sujeitos importa em lucro.

Demonstrando-se ser entre as forças extra-estatais a que se mostra com maior capacidade de polarização. Assevera José Afonso da Silva, ser sua obra fruto de um concurso para preenchimento de vaga na docência da Universidade de São Paulo. Onde o período histórico em que foi apresentada – em 1969, sob vigência da ditadura militar, não gozava o direito constitucional de grande prestígio, muito menos espaços para discussões sobre direitos sociais fundamentais, a cena no direito brasileiro era dominada pelo código civil, onde sob a chancela de um Estado liberal reinava o direito privado – algo que permeava toda a cultura do direito ocidental - sob este panorama, salienta o mestre que sua intenção foi lançar questionamentos, inquietação ao corpo acadêmico, um olhar diferente sobre o direito constitucional.

Após décadas de criação, novos olhares, novas vertentes interpretativas, com destaque para o enfoque dado ao *Princípio da Dignidade Humana*, sob uma nova ordem fundada na valoração da cidadania, da soberania, da erradicação da miséria e dos laços de fraternidade, versus a ordem de um regime ditatorial. Observa-se uma possibilidade de eficácia e aplicabilidade da Constituição em sua totalidade, para que a sociedade possa libertar-se das amarras que lhe impedem de auto realizar-se, convivendo sempre sob os domínios de uma elite opressora.

A teoria analisada encontra-se fundada em um pensamento liberal oitocentista, já superada há muitos anos. Não negamos o pioneirismo e sua vanguarda, sob a ótica do estudo do direito constitucional, a ele rendemos nossos mais sinceros aplausos, por se permitir elevar

tal temática quanto a abordagem no período já citado, todavia, em face do dinamismo que se apresenta como algo próprio das relações sociais, suas ideias não guardam uma determinada “*sintonia*” com a dinamicidade da nova ordem-jurídica.

Sob esta mudança, o próprio autor pronunciou-se diante dos avanços das novas teorias constitucionais, além da importância histórica dos direitos de dignidade, sua emergente aplicabilidade. Demonstrando que, a nova ordem vigente, representa um novo ponto na curva, uma nova ótica sobre o direito constitucional e da inquestionável necessidade de efetivar a Constituição, de lhe conceder força normativa de fato.

Devido a uma nova forma de interpretar o Direito Constitucional, José Afonso da Silva, em sua obra sobre Direito Constitucional, assim posiciona-se:

É claro que, em muitos aspectos, a obra não mais me satisfaz inteiramente. Quis mesmo reelaborá-la sob a Constituição de 1988, mas fora advertido de que se tornara um clássico, na visão de amigos, e que na estrutura de obras clássicas não se mexe. Se for o caso, escreve-se outra. (SILVA a, 2009, p. 268).

Na visão jus positivista do autor, o próprio confessa de forma angustiante, como sua teoria mostra-se como algo descontextualizado, destoante da ordem em vigência, lhe aleijando as normas de dignidade, apresentando-se como algo que possibilita um descompasso com os ideais constitucionais. Notadamente, desolado da nova realidade, tanto quanto a ordem há anos já encerrada, que somente nos envergonhou.

Alertamos que em nada tem o autor com o uso feito da sua obra, tal inadequação não reside na pessoa do doutrinador, já que lhe coube a concepção, todavia, o uso foi posto posteriormente por aplicadores do direito. Em uma visão inadequada para a ideologia socializante e fraterna da atual *Lei Maior*. Objetivando uma adequação distorcida em privilegiar as concepções de ideologia liberal.

A teoria encampada por José Afonso, fundamenta-se em uma visão Liberal. Importada da doutrina e jurisprudência, estadunidense sob a chancela de Ruy Barbosa (1849-1923), onde influenciado pelo primado de um estado mínimo - aspecto intrínseco da ideologia liberal burguesa - cunhou as normas constitucionais com uma adjetivação dogmática de densidade inferior.

Esta teoria afronta aos ditames do constitucionalismo moderno, implementado após a última grande guerra mundial, que privilegiou o respeito à figura da pessoa humana – aspecto principiológico – e o formalismo positivista kelseniano lastreado no respeito a hierarquia normativista. Obscurecendo aspectos pragmáticos, de urgência social, destituindo a Constituição de imperatividade normativa.

Uma classificação onde os esperados efeitos: *aplicabilidade e eficácia*, ficam dormentes a um episódio ulterior. Atribuindo-se ao legislador infraconstitucional dotá-las de eficácia, lhes promovendo a devida aplicabilidade no seio da sociedade.

Ruy Barbosa classificava as normas constitucionais em *auto-aplicáveis*, e *não-auto-aplicáveis*<sup>3</sup>, importadas do doutrinador americano Thomas Cooley (1824-1898). Que mesmo asseverando não serem as normas constitucionais meros conselhos, as dividiu em *self-executing e not-self-executing* (TAVARES, 2010, p. 115).

Não obstante a ausência de aplicabilidade e eficácia, uma Constituição vigente, não pode ser concebida sem força vinculativa, sem potência em seus comandos. O *Estado Democrático de Direito*<sup>4</sup>, é um estado capitalista representando uma nova roupagem do Estado Moderno –criação das revoluções burguesas- Onde, após o fracasso dos Estados Liberais, houve a necessidade de se colocar um velho retrato em nova moldura, abrir canais de consenso, otimizar direitos historicamente conquistados, representando a vitória dos oprimidos pelo capitalismo.

Assim, após inúmeros fatos históricos em que a opressão pairou na sociedade humana, a criação do Estado Democrático de Direito representa a possibilidade de mudança do *status quo* (SILVA b, 2010). Esta possibilidade representa uma mobilidade dos mais fragilizados, dos menos opulentos, em uma sociedade mercantil, capitalista, que condiciona o status social ao consumo, ao uso, gozo e fruição da propriedade privada. Desta forma nos coadunamos com a visão do ínclito doutrinador brasileiro Miguel Reale (REALE, 2005, p. 2), que assevera ser o Estado brasileiro, um “ Estado de Direito e de Justiça Social”.

Feitas estas observações, e com os pés fincados na realidade fática da nova ordem jurídica implementada pela Constituição de 88. Mostra-se inadequada, a teoria ora em análise, pois, tendo como norte os *preceitos fundamentais*<sup>5</sup>, a Constituição, por conseguinte suas normas, apresentam-se como uma possibilidade de “*mobilidade social*” e de “*exercício da cidadania*” representando uma coalisão na busca por implementar seus fundamentos na persecução do bem comum.

Seria este pensamento, a representação da unidade constitucional, a força motriz, de densidade do ordenamento, onde a Constituição imprime uma vinculação vertical, condicionando todos os *sujeitos constitucionais* dentro de uma unidade territorial.

<sup>3</sup> José Afonso da Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, p. 73.

<sup>4</sup> Criação jurídico-liberal, que coaduna a soberania popular, com a demarcação de um Estado do império das leis. Onde as leis devem ser respeitadas e a participação popular é um dos seus pressupostos no exercício da cidadania pela persecução das regras constitucionais, visando uma supremacia do princípio democrático em defesa dos direitos de dignidade. Conforme José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 112; p. 117

<sup>5</sup> Preceito fundamental: consubstancia-se no somatório de regras e princípios constitucionais assecuratórios de direitos humanos. (ENTERRIA 1981 apud TAVARES, 2010, p. 145).

Nos aproximamos, desta forma, daquilo que rege atualmente a ideologia constitucionalista – com a promulgação da Constituição de 88 – brasileira e em nível internacional. Dito isto, são as normas constitucionais, localizadas na Constituição, instrumentos jurídicos disponíveis para a emancipação de todos a ela submetidos.

Logo, como elemento de maior força hierárquica em um ordenamento, seus comandos gozam da maior densidade coercitiva. Representando uma força que imprime total submissão aos particulares e sobretudo aos poderes constituídos, delimitando competências e demarcando, de forma inequívoca, a produção das demais leis em sintonia com a sua ideologia de projeto de sociedade e de País.

É o que se retira da pedagogia de Rosenfeld quando preleciona que:

“[...] a Constituição é a um só tempo, coercitiva e emancipatória; ela obriga e se impõe coercitivamente a todos os que sob ela venham a se encontrar enquanto membros do corpo legislativo soberano; e, à medida que eles se tornem obrigados a obedecer aos ditames das leis corretamente promulgadas, ela contribui para a emancipação dos membros desse mesmo corpo. [...] (ROSENFELD, 2003, p. 92).

Assim, observa-se uma nova forma de ver a Constituição como um diploma legal que irá vincular todo o ordenamento, definindo competências, impondo sua força normativa a totalidade do tecido social de determinado Estado. Sendo esta força normativa, sua força propulsora de legitimação das normas nela esculpidas, impondo aos poderes observância e vinculação.

O produto resultante do pensamento do autor guarda íntima correlação ao plano vigente da época. A busca por efetivação de direitos fundamentais entrava em rota de colisão com os interesses da elite dirigente, do governo e do capital externo. Além do que, a competência depositada no poder legiferante foi retirada como instrumento democrático de transformação.

Desta forma, nos parece que foi produzida como retórica contemplativa, sem preocupações em sua real efetividade. Pois, o território político e social em que foi concebida, era hostil aos debates, a discordância ideológica, a democracia, e neste caso em específico, toda sociedade.

Fazendo-se um recorte histórico, a sociedade não gozava de meios favoráveis para oportunização de debates deste quilate, em uma ordem jurídica desprovida de direitos fundamentais. A opressão, a violência e a ausência de garantias de exercício de cidadania formavam elementos coercitivos e inibidores para exercer direitos de cidadania e de dignidade.

O cenário brasileiro no período demonstrou-se favorável a uma produção teórica desta envergadura. A pedagogia de José Afonso da Silva buscou dá às normas de direitos e

garantias fundamentais, uma valoração normativa juspositivista, que não guarda parâmetros com a hierarquia de uma Constituição vigente.

Assim, por questões liberais, vemos uma doutrina franqueada em termos semânticos, que aleija normas, tolhendo sua eficácia, onde o contexto histórico de lutas da humanidade por direitos, de lutas a ter direitos, de lutas para exercer direitos, coloca-se de forma textual e inequívoca.

Por isso, percebe-se um certo apequenamento do constituinte originário, impondo-se ao constituinte ordinário dotar de aplicabilidade e força eficaz as normas de dignidade insculpidas no corpo da Constituição. No sentido de optar em uma inversão dos preceitos positivistas hierárquicos, é que observamos um dos entraves da teoria apreciada.

Não podemos conceber, que uma teoria venha a tolher a eficácia da Constituição, posteriormente tentaremos explicitar sob a nossa ótica e de uma grande parcela da nova doutrina, que tal absurdo, continue a se perenizar sem uma visão mais crítica.

O Constitucionalismo vivenciou um período onde as normas constitucionais não impunham força (vigor), aplicabilidade e eficácia. Direitos eram, somente mera formalidade ritualística nas cartas políticas dos Estados.

No pós-guerra, as constituições ganharam força normativa, deixando de serem meros protocolos de intenções. Dentro da dogmática do positivismo, e tendo como substrato a Teoria Pura do Direito de Kelsen, a *norma hipotética fundamental*<sup>6</sup> representa o pressuposto ideológico de conformação do Estado, impondo ao tecido social obediência às regras constitucionais, formalmente produzidas e institucionalizadas, já que o pressuposto kelseniano fundamenta-se em um sistema de normas (regras) positivadas, vigentes, eficazes (ou não), com capacidade de produzir efeitos, dentro de uma lógica de diplomas legais baseados em uma *hierarquia jurídica* – conforma a pirâmide kelseniana – onde reside na Constituição seu ápice. Logo não se concebe a permissão de normas de quilate inferior, as normas da Lei Maior, lhes dotarem eficácia, lhes concederem aplicabilidade, permitindo desta forma que produzam seus efeitos. Mostrando-se como algo totalmente alheio ao que prescreve a doutrina fundada no jus positivismo.

---

<sup>6</sup> A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa. (KELSEN, 2006, p. 217)

## 2.1 A teoria de José Afonso da Silva: a Constituição de 1967/69

Reside neste período um panorama social dos mais estéreis para produção legislativa objetivando dotar de força eficaz, normas constitucionais. Haja vista que, o constitucionalismo da época, representava mero programa de governo. Não havia uma atenção maior para as normas constitucionais de dignidade.

Eram anos da ditadura, momento de grandes tensões e vazio democrático latente. Dotar normas constitucionais de eficácia material não parecia das tarefas mais fáceis, em face da ausência de direitos civis.

Diante da polarização de políticas antagônicas, entre EUA e URSS, questionamentos sobre direitos fundamentais, pressões ao governo quanto aos direitos humanos soavam como uma tendência comunista. Ideologia que a direita, as forças oligarcas e a parcela dirigente e conservadora não admitiam.

Decorria então um caminho, muito frágil a redemocratização, em face da falta de canais para diálogos com a sociedade na persecução para combater os graves déficits sociais. A democracia, recentemente implantada, dava-se combatida e débil em seu caminho para voltar a vigor no país. Descortinava-se um cenário de incertezas e de temeridade – aos olhos da elite quanto ao fantasma do comunismo que rondava o país – como leciona a Ilustre Mestra da docência na UFMA Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Cláudia Gonçalves em sua tese de Doutorado:

“Demonstrando a fragilidade política do regime de 1946 a 1964, dois fatos devem ser evidenciados: durante o período em tela, dos quatro Presidentes eleitos – Dutra, Getúlio, Juscelino, e Jânio -, apenas dois – Dutra e Juscelino – conseguiram completar seus respectivos mandatos; por outro lado da *guerra fria*, o Brasil alinhou-se à política internacional dos Estados Unidos; assim, quaisquer reivindicações sociais no Brasil, que tivessem o tom mais incisivo, foram marcadas como comunistas e, por conseguinte, lançadas na clandestinidade.” (GONÇALVES, 2005, p. 88).

Ao regressarmos aos anos 60, do século XX, encontramos o período mais obscurecido da frágil democracia brasileira, percebemos um conflito ideológico, acirrado pelo momento tenso vivido pela comunidade global. Em 1964, após a renúncia de Jânio Quadros – ocorrida em agosto de 1961 – admitido pelo congresso, o cargo de presidente tornou-se vago, já que o vice encontrava-se em viagem oficial a República Popular da China.

Posteriormente, tentou-se obstar que João Goulart, assumisse por parte de um golpe parlamentar, com a ajuda dos militares. O encanto de Goulart com as questões sociais e sua atenção pelos aspectos sociais que afligiam ao povo – e predileção a ideologia comunista – colocavam a elite burguesa, militares e os EUA, em estado de alerta. Que não admitia que, países dissidentes do regime comunista colocassem em cheque sua soberania no continente. Já

que em 1961, após a malfadada *Invasão da Baía dos Porcos*<sup>7</sup> e com a posterior *Crise dos Mísseis em Cuba*<sup>8</sup>.

Com este cenário, tentou-se impedir a posse de Jango, mas o governador do Rio Grande do Sul, Leonel Brizola – seu cunhado – o apoiou e Goulart foi conduzido à presidência. Contudo a posse de Jango não seria algo pacífico, em um golpe parlamentar, em conjunto com os militares tirou-se a total autonomia de João Goulart.

A questão do temor à posse de Jango, estaria fundamentada na questão de uma guinada socialista pela elite oligárquica do país, e ao fantasma comunista para os interesses dos EUA. Goulart pretendia implementar as necessárias Reformas de Base – reformas de cunho político, social e econômico – que possibilitassem a superação do quadro de subdesenvolvimento do país, mediante a diminuição das desigualdades sociais e promoção da cidadania.

Na época, a implementação destas reformas fincava, dentre outras reivindicações, já citadas as seguintes: reforma bancária fiscal, universitária, o direito ao voto dos analfabetos.

Todavia, havia algumas de grande impacto, que nos permite deduzir o porquê do golpe, a reforma agrária, a regularização das remessas de lucros do capital internacional, além da estatização das refinarias privadas. Assim mostrava –se o cenário que culminou no golpe de 1964.

Como já pontuado, descortina-se a ideologia liberal impregnada em sua teoria. Em postergar direitos, deixando a critério de juízo discricionário parlamentar, preocupados com interesses do capital estrangeiro e os seus próprios.

Tal conclusão é o que se abstrai da lição da Excelentíssima Ministra do STF Cármen Lúcia:

“O poder público no Brasil tem sido tradicional e infelizmente, muito pouco público, muito pouco do povo. Ele é exercido não pelo povo ou em seu nome e interesse, mas por uns poucos grupos que o dominam desde os primórdios, em seu nome e em seu próprio e único interesse.” (ROCHA, 1997, sp).

Hoje em dia, como a época, o autoritarismo, a falta de comprometimento com as questões sociais de políticas voltadas ao favorecimento dos necessitados, parecem não sensibilizar os dirigentes. Sem a devida atenção e vigor necessário que a questão demanda, os altos índices de miséria, analfabetismo, desemprego, os conflitos agrários, só agigantam o abismo social.

<sup>7</sup> Foi uma tentativa malsucedida dos americanos em derrubar o presidente revolucionário Fidel Castro, que ascendeu ao poder em Cuba.

<sup>8</sup> Resposta da URSS aos mísseis americanos instalados no Reino Unido, Itália e Turquia, além da tentativa de invasão de Cuba no episódio da Baía dos Porcos. Posteriormente, culminou numa contenção da corrida armamentista.

Dentro deste cenário, a conformação da democracia sempre limitou-se ao texto constitucional, como preleciona a Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Cláudia Gonçalves, membro da docência da UFMA, que em sua tese de Doutorado pontua:

“ [...] em um país historicamente autoritário e, já aquela época, acometido de severas questões sociais, a democracia cingiu-se muito mais aos limites da Constituição do que à prática política cotidiana, isto porque, de um lado, as mudanças que precisavam ser feitas, [...] políticas sociais mais amplas, modernização e democratização da terra, eram, por certo, gigantescas e careciam, assim, de reformas que, à época, não encontravam apoio popular suficientemente forte para pressionar o governo em busca de uma maior emancipação socioeconômica [...]” (GONÇALVES, 2005, p. 88).

O cenário demonstrava uma grande tensão de interesses, conflitos ideológicos e nenhuma possibilidade fecunda para debates sobre direitos fundamentais, quiçá reivindicações de grande porte, em favor dos mais carentes. Com a ascensão dos militares ao poder em 1964, em que carta de 1946, encadeara a possibilidade de redemocratização, a sociedade brasileira viu-se acuada, vilipendiada em sua cidadania e refém de um regime autoritário e ditatorial. Onde logo, após instituição do golpe, ficou a Constituição 1946 suspensa por seis meses – tal medida fazia parte do AI1- assim como todas as garantias constitucionais.

Derrubado o presidente em exercício, posteriormente mandado ao exílio, os militares começaram a edição de *Atos Institucionais*, normas de cunho autoritário que modificavam a ordem jurídica existente, dando legitimidade a “*Revolução*”. Logo em abril de 1964, foi editado o *AI 1*, que cassava os mandatos de legisladores e que tornou inelegíveis, Carlos Lacerda, Juscelino Kubistchek e Jango que já encontrava-se no exílio.

Posteriormente tivemos a edição do *AI 2* outubro de 1965, após as eleições de 1964 para governador com a derrota dos militares. Que extinguiu partidos e, depois permitiu a criação de novos partidos, desde que atendessem aos requisitos de ter 120 deputados federais e 20 senadores, desta forma impedia-se a criação de vários partidos, culminando no bipartidarismo.

Seguindo-se a derrocada das instituições democráticas, e o avanço do *Estado de Exceção*, eis que ocorre a edição do *AI 3* em 06 de fevereiro de 1966, que implantou as eleições indiretas em nível estadual e municipal, e cassação de mandatos e fechamento do Congresso. E em dezembro de 1966, tivemos o *AI 4* que instituiu a constituinte, no Congresso para aprovar a Constituição de 1967, em texto do Ministro da Justiça Carlos Medeiros Silva.

A luta das classes dirigentes, militares, oligarquias agropecuárias, em favor da manutenção dos privilégios, e ao capital externo, demonstra todo um imbricamento ideológico liberal capitalista, perpassando toda a sociedade e ferindo de morte a ordem jurídica então existente. Destituindo-se um presidente eleito pela soberania popular que, somente visava implementar reformas necessárias a modificação da realidade social.

Mas não se modificam os legados jurídicos que tutelam o capital, os meios de exploração, despe-se o sujeito de sua cidadania, para se manter o nível das relações capitalistas. Nas palavras de Alysso Mascaro: “os Estados constituem, modificam ou negam, ao seu bel-prazer desde constituições até normas infra legais, tratam as constituições de modo simbólico, porém, não tocam as diretrizes do Código Civil.” (MASCARO b, 2013, p. 43).

Percebe-se uma conformação jurídico-política do Estado em favor do capital, demonstrando seu comprometimento, gerando assim toda uma superestrutura estatal. A favor da reprodução mercadológica, favorável à ideologia liberal. Desta forma, é que dentro do estudo das ciências políticas, a ascensão ao poder representa o controle do *poder jurídico*<sup>9</sup>, sem perder o *caráter político*.

Foi neste ambiente de incertezas, de dissolução da democracia, aviltamento da cidadania, pulverização dos direitos mais elementares, o cenário da produção da teoria, que delega a eficácia de normas constitucionais ao legislador ordinário. Não restando dúvidas, ser algo dado a retórica, em total oposição aos interesses do constituinte originário.

Pois os direitos eram enterrados, postergados, em uma realidade que demonstrava ter o legislativo sua competência usurpada pelo Executivo, não gozando de independência no regime implantado.

A expectativa de uma teoria, onde o contexto fático, não era propício para a implementação deste tipo de visão. Presume-se ser algo mais alinhado ao governo vigente. Já que de onde nada se espera, nada há de vir. O produto do saber científico não pode ser algo meramente desinteressado, dado apenas ao fugidio saber, sem correspondência a algo realizável.

Nas palavras do ilustre egresso da docência da UFMA, Prof. Agostinho Ramalho:

“ [...] as ciências não se destinam à produção de um saber desinteressado e contemplativo. As teorias científicas existem para serem aplicadas, para trazerem benefícios práticos à sociedade. Nunca é demais acentuar que as ciências são um produto social e, nessa perspectiva, a atividade científica há de ser necessariamente uma atividade engajada, comprometida com a problemática que a realidades social contem, e não um passatempo de diletantes que se entreguem ao saber pelo saber, alienados do processo de transformação da história [...]” (MARQUES NETO, 2001, p. 53).

Pegando emprestado o saber catedrático do dileto mestre, ficamos alinhados a uma linha de pensamento, em que não é considerado razoável, uma realidade de negações se deixar a discricionariedade de qualquer poder direitos conquistados arduamente. Como uma ciência voltada para um contexto social, a aplicabilidade desta teoria fere dramaticamente a atual Constituição.

---

<sup>9</sup> O poder do Estado é, portanto, poder jurídico, sem perder seu caráter político. (DALLARI, Elementos de Teoria Geral do Estado 2001, p. 6)

A recepção de uma teoria de um regime de exceção, retirada de uma ideologia liberal que demonstrou-se opressora para os mais necessitados, não é passiva de implementar direitos de cidadania para os oprimidos diante da pressão capitalista.

## 2.2 O processo constitucional de 88: uma nova ordem jurídica - democrática.

Após duas décadas de total ausência de direitos, política trabalhista de cunho liberal, perseguições política, ausência de representatividade, vilipendiamento da cidadania. Da vigência do *AIS*, que feria de morte a *cidadania*, - se podemos falar em cidadania no contexto da época – sem canais para debater direitos, ou dialogar sobre o regime.

Que por seu teor autoritário, tornaria a coletividade, vulnerável a ação do Estado Ditatorial. Requerendo para si o poder constituinte originário de uma nova *ordem democrática revolucionaria*. No entendimento do comando da “*Revolução*” no teor devidamente expresso no seu primeiro, de muitos *Atos Institucionais – AII -*, ao asseverar que:

O presente Ato institucional só poderia ser editado pela revolução vitoriosa, representada pelos Comandos em Chefe das três Armas que respondem, no momento, pela realização dos objetivos revolucionários, cuja frustração estão decididas a impedir. Os processos constitucionais não funcionaram para destituir o governo, que deliberadamente se dispunha a bolchevizar o País. Destituído pela revolução, só a esta cabe ditar as normas e os processos de constituição do novo governo e atribuir-lhe os poderes ou os instrumentos jurídicos que lhe assegurem o exercício do Poder no exclusivo interesse do País. Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República, a fim de que este possa cumprir a missão de restaurar no Brasil a ordem econômica e financeira e tomar as urgentes medidas destinadas a drenar o bolsão comunista, cuja purulência já se havia infiltrado não só na cúpula do governo como nas suas dependências administrativas. Para reduzir ainda mais os plenos poderes de que se acha investida a revolução vitoriosa, resolvemos, igualmente, manter o Congresso Nacional, com as reservas relativas aos seus poderes, constantes do presente Ato Institucional. (BRASIL, 1964).

Apesar de referir –se que o golpe imposto, seria algo temporário para manter a ordem constitucional, não foi o que aconteceu, muito menos, foi dado autonomia ao legislativo como declarado. Menos ainda, foi possibilitado o respeito ao pluralismo social, impondo somente a ideologia do regime em desfavor do “eu” social, da alteridade, em franca oposição à vontade geral e a busca do bem comum.

Negando a convivência pacífica e necessária entre os outros poderes, e no respeito as suas competências, desestabilizando o sistema de *checks and balances*<sup>10</sup>. Um dos preceitos do constitucionalismo – Democracia –, que coloca em oposição os poderes para privilegiar as liberdades dos cidadãos.

Tal cenário foi evidenciado pelos inúmeros atentados aos direitos fundamentais, não se pode adjetivar ao regime imposto, um aspecto de revolução, já que a propositura não foi para romper com as práticas então em vigência. O regime imposto foi para privilegiar todo um aparato político e econômico, posto em favor dos mais poderosos em detrimento da população.

Mostrou-se o regime que, somente a sua preocupação, fora em levar em conta uma possível ruptura das políticas em vigência, com uma real e concreta reforma na sociedade que visava possibilitar uma ascensão ao status de cidadão os mais carentes. A alegação da manutenção da “ordem” simboliza o caráter de manutenção de uma realidade não bem vista, cunhada na exploração do economicamente mais débeis, que não dispunham de voz, vez e muito menos de representatividade.

É necessário levar em conta, os outros sujeitos, os outros poderes, para se ter uma possibilidade de democracia. Aspecto não observado pelo regime militar, demonstrando seu caráter autoritário. Levando ao perecimento a pluralidade, dos sujeitos inseridos na coletividade, negando a observância das inúmeras singularidades, na busca do princípio consensual em uma democracia. Como adverte Rosenfeld:

“Na medida em que o constitucionalismo deve se articular com o pluralismo, ele precisa levar o outro na devida conta, o que significa que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda os limites de sua própria subjetividade. [...] Mas especificamente, o constitucionalismo moderno requer o governo limitado, a aceitação da rule of law, ou seja, do Estado de Direito, e a proteção dos Direitos fundamentais.” (ROSENFELD, 2003, p. 36).

Inquietas diante da situação, as forças da sociedade civil, aliaram-se em prol de um *bem comum*. Contra a opressão, sobre direitos, exploração dos trabalhadores, da violência do regime. O sentimento de luta por direitos, era a tônica que impulsionava as manifestações, pelo reconhecimento da dignidade. Dignidade, ausente nas relações entre o Estado e os seus cidadãos. A implementação do regime militar, liquidou a frágil redemocratização, pulverizando as liberdades, além de rasgar a Constituição vigente.

---

<sup>10</sup> Sistema de freios e contrapesos, onde um poder respeita e impõe limites ao outro, supervisionando e controlando o outro. Segundo teoria de Montesquieu, no Livro XI, inscreveu no seu Capítulo VI, denominado Da Constituição da Inglaterra, as três espécies de poder. (MONTESQUIEU, 2009, p. 163).

O regime não fez distinção, penalizando a todos que se incluíssem sob o rótulo de subversivos, ou se oferecessem resistência, ou disseminassem alguma ideologia do tipo dissidente. Assim, houve uma união de toda a coletividade em prol do objetivo, de ver restituída a democracia, e dissolver o *Estado de exceção* então implantado.

Apesar do autoritarismo como bandeira, mantinha aspectos de Estado de Direito com a formalidade, da lógica positivista, revestindo-se da “legalidade”.

É o que aponta Carlos Simões, ao descrever que:

“Configurou-se um quadro ambíguo, em que o regime recorria ao arbítrio, sempre que as necessidades do movimento exigiam; no entanto, preservava a aparência de Estado de Direito, como fez na Constituição de 1967 e mantinha agora na reforma de 1969, declarando o respeito à separação dos Poderes, as garantias dos direitos civis, políticos e sociais, autonomia dos entes federativos e procedimentos eleitorais.” (SIMÕES, 2013, p. 142).

A Revolução visava um estado franqueado no direito, em seu formalismo típico, para se dar legitimidade formal, aparência de legalidade e não de usurpação, e atribuindo ao povo, a realização da “Revolução”. Negando os interesses, outros que não os do povo, expressaram que seria algo transitório, em benefício do povo, para impedir a instalação do comunismo. Mas, o que sobreveio foram anos da mais ferrenha ditadura, e de um hiato democrático.

Assim, desde o fatídico dia em abril de 1964, foi mais de duas décadas de opressão, de recrudescimento da força sobre os insatisfeitos, tortura. Ganhou força o movimento para retirar direitos fundamentais, liberdades individuais, além de sufocar a democracia, por implementação de inúmeros documentos autoritários.

Com a nomeação do general Geisel, deu-se a abertura política, não por discricionariedade dos militares. Mas em função das inúmeras manifestações, e do descontentamento generalizado, falta de apoio, políticas de arrocho salarial, perdas de direitos trabalhistas. Dos inúmeros desrespeitos pela democracia, e por proporcionar violência contra a sociedade.

O movimento militar foi se enfraquecendo, suas reformas políticas geraram grande insatisfação. O que levou as forças sociais organizadas a se ladearem. Formando assim, uma grande frente de reivindicações em favor da democracia, das liberdades civis, e pela implementação de direitos fundamentais.

Dentro de um regime autoritário, os *sujeitos constitucionais* buscavam formas de participação efetiva. Entretanto, não seriam a participação sob a ótica contemplativa, do decisionismo das instituições dirigentes, em uma atitude omissiva que arrastava um contingente para um abismo humanitário.

Em que imperava a ausência de direitos, *liberdades*<sup>11</sup>, e reinava violência e opressão. Desta forma, a sociedade, em várias frentes, uniu-se para reivindicar e se opor ao regime. Já que o poder que possibilitaria um canal entre a sociedade e o Estado, não existia, tínhamos um país “*superavitário em déficits*”.

O déficit de representatividade, déficits de participação democrática, déficits de direitos, por isso, em oposição a este cenário, ganha destaque a mobilização voluntária nos chamados *movimentos sociais*. A coesão dos movimentos sociais, em construir canais de interlocução, com os demais setores organizados, e desconstruir todo o aparato institucional autoritário, possibilitou, a germinação de um espírito democrático, propiciando uma integração da sociedade em torno do mesmo objetivo (*direitos*). Viu-se uma politização de inúmeros seguimentos, que organizadamente uniram-se, formulando suas demandas.

Em suma, as reivindicações espalharam-se no âmbito dos direitos fundamentais, na perseguição ao status de cidadania, pelo restabelecimento do significado dos direitos elencados na Constituição. Por não gozarem de eficácia, e de vigência, apesar de presentes formalmente, não existia mecanismos fáticos, nem ambiente democrático, nem significado jurídico-político, residindo somente um mero formalismo positivista.

As demandas elevaram-se no seio de todo o tecido social, trazendo ao debate *questões privadas*<sup>12</sup> – posicionamento com o qual não concordamos -, a exemplo das mulheres, crianças, adolescentes e idosos. ( CARDOSO 1994 apud GONÇALVES, 2005). O exercício da cidadania tomou conta da população, diante de reiteradas demonstrações de vilipêndio. A população ansiava pelo retorno da cidadania, movimentos de mobilização social, passaram a requerer uma nova ordem jurídica, uma nova Constituição.

Buscava-se um alinhamento que privilegiasse todos os excluídos e oprimidos, na busca pelo ideal de pertencimento, de ser cidadão. Desta forma, a população converteu-se nesta busca, para lutar e impor toda uma dinâmica de pautas, estratégias, na transformação do status que prevalecia até então.

O terreno que delineava-se para a construção da Constituição de 1988, demarcava-se por um enorme sentimento, de participação e de pertencimento. As demandas emergiam de várias frentes, dos trabalhadores – perante toda uma política de arrocho salarial e aviltamento

<sup>11</sup> “porque o homem se liberta no correr da história pelo conhecimento e conseqüente domínio das leis da natureza, na medida em que, conhecendo as leis da necessidade, atua sobre a natureza real e social para transformá-la no interesse da expansão de sua personalidade.” (SILVA b, 2010, p. 231)

<sup>12</sup> Apesar de presumir ser dentro da esfera privativa, os reflexos das reivindicações, mostraram-se pertinentes. Levando o Estado a propor diplomas legais, quanto aos reclames citados, por exemplo: a lei Maria da Penha e o Estatuto do Idoso. Mostrando-se aspectos de políticas públicas em função da relevância. (*grifo nosso*).

de direitos previdenciários -, a igreja católica, associação de moradores, mulheres em oposição a cultura do patriarcado, indígenas, movimentos negros, da pastoral da terra, dentre outros.

Uma gama de frentes por demandas, por direitos, por reconhecimento, demonstrava uma interlocução destes agentes, para interconectar direitos, fortalecendo os movimentos sociais pela busca da construção de uma cidadania democrática e inclusiva. Deste cenário conflituoso, em um país carente de direitos, que se deu toda a tessitura para a construção da Constituição de 1988.

Temos, por construção de cidadania na lição de Dagnino, como:

[...] o seu caráter de construção histórica, definida, portanto por interesses concretos e práticas concretas de lutas e pela sua continua transformação. Significa dizer que não há uma essência única imanente ao conceito de cidadania, que o seu conteúdo e o seu significado não são universais, não estão definidos e delimitados previamente, mas respondem à dinâmica dos conflitos reais, tais como vividos pela sociedade em um determinado momento histórico. [...] (DAGNINO 1994 apud GONÇALVES, 2005, p. 114).

Solidários no mesmo propósito, de ver restituída a democracia, inúmeros movimentos lançam-se na mobilização do país em prol de uma *assembléia constituinte*, pelo fim do regime militar, e por uma participação maciça, na propositura de temas a serem levados a apreciação da constituinte. A onda de redemocratização varre a todos, com destaque a Ordem de Advogados, e movimentos estudantis universitários.

Destaca-se o movimento *Diretas-Já*<sup>13</sup>, o *Plenário Pró-Participação Popular na Constituinte*<sup>14</sup>, na militância por eleições diretas, e por um processo constituinte com a maior participação da população, na construção de uma nova democracia, e do ativismo em favor da construção da cidadania.

A partir do Governo Geisel, foi estabelecido uma abertura democrática, “lenta e gradual”, com as eleições indiretas, e a morte de Tancredo Neves, assume o vice José Sarney, que, convoca uma *Comissão de Notáveis*<sup>15</sup>, para a elaboração da Constituição. Porém, sem efeito diante da pressão popular por participação, que foi determinante para o atual texto.

A cidadania, exercida de forma ativa, modificou o aspecto formal do rito da assembléia constituinte, onde o exercício do poder constituinte sempre foi monopólio da elite dirigente. A verticalização, imposta pelos sujeitos de classes mais abastadas, de grande penetração

<sup>13</sup> Proposta de Emenda à Constituição de 1969, que propunha eleições diretas no país no ano de 1983, PEC nº05. Apresentada pelo Deputado Federal Dante de Oliveira.

<sup>14</sup> Para maior aprofundamento ver (GONÇALVES, 2005, p. 129)

<sup>15</sup> Comissão da Constituinte, indicada pelo então Presidente José Sarney, mais conhecida como Comissão Afonso Arinos, que produziu o anteprojeto da Constituição.

política, pelos burgueses, era prática em Constituições anteriores, porém na atual Constituição tomou contornos diferentes, mesmo diante de inúmeros óbices.

Assim, ficou demarcado nos anais dos registros da ANAC – Assembléia Nacional Constituinte – sobre a participação da sociedade como declara Menelick Carvalho Netto:

O Regimento Interno original do processo constituinte, que prefigurava segundo a prática até então adotada no país uma transição ‘pelo alto’, terminou tendo que ser totalmente revisto. A ‘comissão de notáveis’, que já havia elaborado uma proposta de Constituição, trabalhou inutilmente. O procedimento tradicional foi atropelado pela grande força popular já mobilizada no movimento das diretas já, e que, diante de sua frustração decorrente da não-aprovação da Emenda Dante de Oliveira e da morte do presidente eleito pelo Colégio Eleitoral como símbolo da transição para a democracia, Tancredo Neves, exigiu a formulação de um novo procedimento que se iniciou com a coleta de sugestões populares, ocasionando uma abertura e total democratização do processo constituinte. É isso precisamente o que pode explicar o paradoxo de que uma das legislaturas mais conservadoras já eleitas (contando inclusive com a participação, na constituinte, de senadores não eleitos para tanto) tenha vindo a ‘elaborar’ a Constituição mais progressista de nossa história” (NASCIMENTO, 2013, sp).

Apesar da tentativa de criar um comitê de sujeitos de notável cátedra em vários ramos da sociedade. A força constituinte – a apropriação de tal adjetivo nos mostra, em face da vontade potência da população diante das facetas autoritárias do regime anterior -, falou mais alto, não queria mais o povo brasileiro uma Constituição de mero aspecto formalístico.

Mostrava-se necessária uma nova ordem, uma ordem que viesse a impor aos poderes respeito ao ordenamento, as instituições estatais e democráticas, uma maior observância aos anseios da população e ao sentimento de pertencimento.

O sentimento por inclusão e por ter a possibilidade de participação propiciou momentos de grande relevância no constitucionalismo brasileiro como sintetizado nas palavras de Michiles, onde relata a participação popular da seguinte forma:

Nem falemos nas dificuldades financeiras de correio, de impressão de formulários e textos explicativos, das distancias e dificuldades de acesso. Vêm-nos à lembrança os relatos que mostram a vitalidade desse processo: freiras caminharam dias a cavalo levando os abaixo-assinados a comunidades mais isoladas; no Amapá agentes pastoraes da CPT atravessaram igarapés; sem falar nas populações ribeirinhas que, no meio da mata, sem carimbo lançaram mão do açai para tingir os polegares na impressão digital. Eis porque, segundo as coordenadoras da secretaria da Comissão de Sistematização, as folhas dos abaixo-assinados tinham marcas de suor, ou seja, do esforço da participação. (MICHILES 1989 apud GONÇALVES, 2005, p. 133).

A participação popular não representa algo vago, um hiato, um mero aspecto retórico, a Constituição Cidadã tem sangue, tem cor, tem calos, possui cheiro. Cheiro de povo, cheiro de suor, que demarca e baliza, o rol dos direitos fundamentais na Constituição de 88. Como prova do sacrifício participativo, o resultado foi a Constituição posta, mesmo que criticada por alguns, é o fruto do exercício de cidadania jamais experimentado no país.

Mesmo que sua prolixidade incomode, representa uma possibilidade de modificação na realidade brasileira, do homem brasileiro. É o instrumento político de liberdade, autodeterminação, e a democracia. É a realização do projeto do homem brasileiro – homens e mulheres -, pensada para o homem, como problema e solução.

Nas palavras de Ulisses Guimarães, presidente da Assembléia Constituinte, ao se expressar sobre a Constituição Cidadã demonstrou, de forma concisa, qual é a maior preocupação da Constituição e em qual sentido aponta suas normas, expressando-se da seguinte forma: *o homem é o problema da sociedade brasileira: sem salário, analfabeto, sem casa, portanto sem cidadania* (ROCHA, 1997).

Sendo a Constituição, fundada no mais ferrenho espírito democrático-participativo, todas as normas de Direito fundamentais gozam de imediatidade, assim quis o poder constituinte originário, assim o quis o povo, essa é a realidade brasileira.

Não cabe a nenhuma teoria, quer equivocadamente recepcionada, ou nas palavras do próprio autor, ultrapassada e destoante da nova realidade jurídica, impedir a realização dos direitos fundamentais, impedir a vontade da Constituição, tentar represar toda a força constituinte originária. Imperioso se pontuar em que pese forças contrárias ao espírito da Constituinte e de maneira reflexa da Constituição, sendo em outras palavras sua *mens legis*, toda sua força de eficácia repousou e repousa na satisfação dos anseios de toda uma sociedade privada de cidadania e durante muitos anos do direito ao exercício dos mais elementares direitos.

O próprio presidente eleito – indiretamente, Tancredo Neves – em campanha, declarou em seu discurso, o que seria o marco da Nova República:

A Nova República pressupõe uma fase de transição, [...] mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que se definirá pela eliminação dos resíduos autoritários, e o que é mais importante pelo início, decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira. (SILVA b, 2010, p. 88).

Dados os limites do que foi, toda a laboriosa luta pela criação, elaboração, da Constituição de 88. A vontade da sociedade foi manifesta, no *poder constituinte*<sup>16</sup>, foi de fato o combustível para a edificação dos alicerces de uma nova realidade democrática.

Por isso, na realidade constitucional brasileira, foi o povo como ente soberano, detentor das prerrogativas da soberania, revestido no poder de escolha, de autodeterminação o verdadeiro vetor do poder constituinte. Sob esta ótica, em função do contexto histórico, seu

---

<sup>16</sup> não se trata somente de um poder juridicamente posto, mas sim algo que surge de um movimento social que é, ademais, reconhecidamente, a base de todo o Direito”. (TAVARES, 2010, p. 54).

aspecto teleológico, coloca-se como dever ao hermeneuta, observar na aplicabilidade das normas de dignidade, a maximização em revesti-las de eficácia.

E não ficar aguardando atividade ulterior de produção legislativa, idéia demonstrada superada no constitucionalismo atual. Tendo todo o contexto de lutas, participação, produção, do constitucionalismo vigente. Conclui-se por isso, serem todas as normas constitucionais dotadas de vigência, aplicabilidade, eficácia, vinculando a todos em específico os Poderes.

Como demonstra a pedagogia de Espínola:

[...] não interessa a qualidade das matérias reguladas na Constituição, ou a natureza das normas que as expressam formalmente, pois todas elas sem exceção, têm juridicidade, vinculatividade e atualidade de normas jurídicas, de normas constitucionais. Esta hoje definitivamente superada a idéia da Constituição como um simples concentrado de princípios políticos, cuja eficácia era a de simples diretivas que o legislador ia concretizando de forma mais ou menos discricionária. (ESPÍNOLA 1998 apud SIMÕES, 2013, p. 167).

Como anteriormente pontuado e pegando substrato na pedagogia acima colocada, mostra-se mais que superada tal objeção à materialização da eficácia das normas de direitos sociais, como fundamento constitucional a soberania popular reclama a aplicabilidade destas normas. Não cabendo aos poderes revestidos da competência necessária de colocá-las como algo materialmente possível, sem óbices para sua implementação. Pois possuidoras de vigência, colocadas no mais alto patamar do ordenamento jurídico, não se posicionam a serem postergadas em função de discricionariedade ulterior de nenhum poder, pois são elas que vinculam os poderes e estes lhe devem observar.

### **2.3 Descompassos teóricos e ideológicos no Brasil pós-88**

Superada a ponderação histórica da construção das normas constitucionais, expressas na nossa Constituição. E como se deu, todo o aparato social mobilizado quanto a organização e a vontade social democrática de reconhecimento, de pertencimento.

A existência de Direitos Fundamentais, por si só não representa, não representou a conquista tão almejada da cidadania plena, o efetivo exercício de direitos, a possibilidade de autodeterminação. Percebe-se um descompasso, entre o escrito expressamente na Constituição e as práticas estatais para implementação.

Vive-se em uma sociedade onde, apesar do rol de direitos sociais e fundamentais expressos não há uma política voltada a dar vazão as demandas oriundas da construção da

Constituição de 88. De 1988 par o ano de 2017, tivemos alguns lampejos, por parte do executivo, em consonância com o legislativo de uma maior atenção ao social.

No entanto após, um quarto de século, várias perguntas colocam-se no consciente coletivo da sociedade. Qual seria o real motivo para termos um diploma político, que privilegia tantos os aspectos inclusivos, mas não propicia sua efetividade de fato? Quais forças, agem para impedir a autodeterminação do povo brasileiro, do País tornar-se grande socialmente? Sendo a constituição um vetor político-jurídico de transformação, o que obsta a aplicação das normas de dignidade?

Alguns doutrinadores atribuem, ao fato da inaplicabilidade da esperada transformação social, a velhos sujeitos que transitaram do regime opressor, para a Nova República. Impedindo assim, a conjunção de forças para a efetividade necessária para mudar. Outros, consignam que as normas que tratam de direitos fundamentais, de cunho social, necessitam do poder legislativo para produzirem efeitos.

A *imediatez*<sup>17</sup>, declarada expressamente no corpo da Constituição, reclama de ações estatais, apesar de vincular todos os poderes, não se vê demonstração de obediência ao comando constitucional. Diante da mitigação dos seus efeitos, da modulação, questiona-se qual a natureza do descompromisso do Governo brasileiro, para não dotar normas do mais alto quilate de eficácia.

Como explicar, crianças sem escola, pessoas sem uma vida digna, serviços de saúde em condições de precariedade. O interminável conflito rural por terras, a falta de segurança pública, tendo como desaguadouro, o sistema penitenciário, precário, insalubre, incapaz de reabilitar o sujeito ao convívio em sociedade.

Analfabetismo, epidemias que já deveriam estar extintas, desrespeito ao meio ambiente, violência contra a mulher, idoso, homossexuais, negro, contra a crianças e adolescentes, exploração do trabalhador, trabalho análogo ao trabalho escravo, trabalho infantil, desemprego em grande índice, precarização da previdência, pouca atenção a assistência social, desrespeito à legislação trabalhista.

A Constituição representa um estatuto jurídico-político de inclusão ou exclusão? Não foi concebida como um modelo para um novo Estado? Onde se perdeu sua força para produzir cidadania? Quais forças a tornam um mero protocolo de intenções estatais? Onde repousa os motivos de não dotar de força normativa, de vinculatividade, com normas carregadas de eficácia. O espírito da Constituição, enquanto motivador para a participação da sociedade,

---

<sup>17</sup> Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988).

objetivando a aspiração democrática, que reveste todo o seu corpo normativo revestido da *mens legis*, voltada ao social.

Para a implementação de um projeto de socialização, de distribuição de riquezas, de erradicação das desigualdades sociais, na busca por uma sociedade justa e fraterna. É um projeto ambicioso, de um país periférico, fundado na agricultura, de matriz sócio-política de ex-colônia de exploração. Mas plenamente realizável, bastando buscar na história recente, países que deixaram a periferia do mundo para serem incluídos no rol das potências econômicas, de altos índices de desenvolvimento humano.

É esta a radiografia, econômica e política do país, este estigma lhe corrói a perspectiva de avanços, em função de forças internas e externas, fundadas na exploração, privilégios, opressão e sobre tudo lucro. Estas engrenagens de cunho conservador, assemelham-se a ferrugem que diante da exposição do bom metal as intempéries lhe corroem, assim demonstra-se a política do Brasil, demasiadamente obsoleta que inibe qualquer possibilidade de ascensão do Estado e dos sujeitos.

É fundada nesta visão conservadora, tendo por baluarte toda a lógica exploratória do capitalismo, a inibição da realização das normas de direitos fundamentais. Corporifica-se no Estado, na classe dirigente e no capital os obstáculos materiais pautados em questões de cunho político, econômico e social o maior entrave da realização do projeto de Constituição.

Afastando o contexto ideológico que dividia a humanidade no século XX, em socialista e capitalista, que há muito tempo já mostra materialmente superado, logo o mundo é capitalista. A invenção, criação, os parâmetros de disposição, a forma de regulação, a partição de competências dos poderes no Estado moderno, representa uma criação da sociedade burguesa. A sociedade, encontra-se fundada sobre os alicerces do capitalismo. Em observância a esta lógica, político-econômica, tem-se a troca de mercadorias como propulsora da sociedade.

Na lição esclarecedora de Alysson Mascaro, nos informa que:

Devido a circulação mercantil e posterior estruturação de toda a sociedade sobre parâmetros de troca, exsurge o Estado como terceiro em relação a dinâmica entre capital e trabalho. Este terceiro não é um adendo nem um complemento, mas parte necessária da própria reprodução capitalista. Sem ele, o domínio do capital sobre o trabalho assalariado seria domínio direto – portanto escravidão ou servidão. (MASCARO b, 2013, p. 18).

É no capital que se interrompe todo o arcabouço ideológico inclusivo da Constituição brasileira. Como explicar a abundância em terras, mas o conflito agrário não termina, onde as pessoas do campo vivem em constante estado de alerta. Por conta da guerra por terras, e pela preservação das florestas – como exemplo o assassinato de Chico Mendes, a irmã Dorothy

Stang, o casal de ambientalistas Zé Claudio e Maria do Espírito Santo, o massacre de Eldorado dos Carajás - onde quem deveria intermediar, ou mesmo proteger, é quem puxa o gatilho.

O conflito agrário, é a antinomia do espírito da Constituição, quando conclama a reforma agrária, a função social da propriedade.

Instituições particulares, engajadas nos movimentos sociais, em várias frentes compõem esta luta contra o capital, e contra o Estado. A anistia Internacional, é um exemplo, na luta por dignidade e por implementação dos Direitos Humanos. Onde, em matéria sobre conflitos fundiários, seu diretor executivo no Brasil declarou:

“É inaceitável que a impunidade continue sendo a regra para crimes cometidos contra trabalhadores e trabalhadoras do campo. Investigar e levar à justiça mandantes e executores, assim como garantir o direito à terra são condições fundamentais para que haja justiça no campo e para a efetiva vigência dos direitos humanos no país”.  
Atila Roque, diretor executivo da Anistia Internacional Brasil. (Anistia Internacional Brasil, 2016).

Dentro de um país democrático, de matriz econômica capitalista, a busca por dignidade, a implantação por direitos à dignidade passa pelo Estado. A antes contemplada teoria de Adam Smith, sobre a auto regulação da sociedade por si mesma, e da não interferência do Estado não mais prospera. Todavia observa-se sempre uma interferência do Estado, na regulação para privilegiar o capital.

Capital este que, aparece escorrido e fugidio, sempre necessitando de benesses do Estado, em detrimento da sociedade e do cidadão. Onde políticas de atração, isenções fiscais, fazendo com que países negociem sua soberania, deixando a população apenas uma representatividade formal. Representando uma forma de neocolonialismo<sup>18</sup>, já que se originam dos países financeiramente mais poderosos, expropriadores das riquezas dos países periféricos, levando divisas as suas matrizes, propiciando desenvolvimento, riqueza, progresso e cidadania digna.

Pois o país se realiza no cidadão, e este no Estado, já que através de suas normas e instituições políticas, disponibiliza os direitos ao exercício da cidadania. Apenas quando uma norma reconhece o direito de um sujeito é que ele poderá pleitear, perante o Estado, o cumprimento desse direito subjetivo<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> No plano econômico, há uma rede de poderes e submissões que determina as possibilidades e os horizontes das políticas nacionais. Dada as diferentes dinâmicas do capital, há, exemplo, Estados reféns de outros que lhe sejam credores. Capitais que operam a dinâmica capitalista de um país são, em grande parte, externos, deslocando o centro das decisões econômicas nacionais para fora. (MASCARO b, 2013, p. 100).

<sup>19</sup> Mascaro informa sobre, ser o Estado garantidor dos direitos e do seu exercício, por intermédio das normas, e da forma-jurídica do sujeito de direito. Há exemplo de possibilitar a dignidade, já que o Estado dispõe as normas sob a lógica do positivismo. Havendo estados que não reconheceram os direitos humanos. (MASCARO a, 2015, p. 100).

Como instrumento burguês, na implementação da dinâmica das relações mercantis, o Estado é o meio que possibilita a continuidade da reprodução capitalista. Neste cenário, são as normas estatais que possibilitam a exploração mercantil, fundada no contrato entre sujeitos formalmente iguais.

Por isso, a possibilidade de dotar todos os cidadãos de suas necessidades, inviabiliza as relações de exploração, contratuais e de consumo. Fundamentado nesta visão capitalista, temos que, dentre os vários direitos dispostos a serem exercitados, a maior parte é mercantilizável.

Assim, saúde, segurança, lazer, educação, previdência, habitação, cultura, alimentação e transporte, são dotados da forma-valor, possuem seu aspecto de escassez. Ficando inclusive o trabalhador incluso neste panorama, onde sua força de trabalho é mercantilizável, sendo apropriada pela liberdade burguesa insculpida, no contrato.

Sob a forma-jurídica, imposta pelo capital as liberdades, resumem-se sob o condão das liberdades burguesas, as liberdades individuais, que pressupõem uma isonomia formal, alcançada na liberdade estatal. O exercício dos direitos de dignidade, somente serão tocados no espaço delimitado pelo Estado, em função da sua regulação ulterior.

Por serem, mercantilizáveis os direitos fundamentais não gozam da máxima efetividade, por determinação do direito, que freia a ação política condicionando o uso, gozo e fruição, não oportunizando estender seus limites.

Condicionados aos mecanismos estatais de fruição que regulam o acesso e exercício, demonstra-se que o Estado coloca balizas demarcatórias para o exercício da cidadania. Onde o direito demarca o campo de deliberação, tornando mais qualificado e adstrito a uma maior qualificação cognitiva ou material.

Com isto, mostra-se a face regulatória do direito, enquanto instrumento do aparato estatal como preleciona Alysson Mascaro:

O campo jurídico exerce um papel fundamental na construção da moderna democracia. Sendo, tal como as demais instituições estatais, um aparato necessário a dinâmica das relações de produção capitalistas, o direito assume a dianteira, em relação ao papel da livre ação política, como elemento de balizamento das possibilidades da democracia. (MASCARO b, 2013, p. 87).

Tendo delimitado a cidadania, o Estado em parceria com capital embute no consciente coletivo, a modalidade pós-moderna, cultuando o consumo, proporcionando aspecto de escassez aos direitos enquanto mercadorias, que rivalizam com o mercado capitalista, precarizando todos os serviços por ele ofertado. O que caracteriza sob ótica mercantil, uma clara concorrência.

Sobre o primado, que somente o ofertado pelo capital privado, é digno de qualidade, enquanto tudo que o Estado oferta é precarizado. Os direitos dotados de prestação positiva, por parte do Estado, raramente rivalizam com o particular. Por isso, a incessante mensagem de idolatria ao consumo, e de enaltecimento do privado e demonização do público.

Neste encadeamento de interesses e sedução do capital, em face do consumo, muitos são excluídos, sendo deixados de fora por não dispor de condições materiais para uso fruto.

Com isto, nos adverte Bauman em sua lição:

O consumo abundante, é-lhes dito e mostrado, é a marca do sucesso e a estrada que conduza diretamente ao aplauso público e a fama, eles também aprendem que possuir e consumir determinados objetos, e adotar certos estilos de vida, é a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana. (BAUMAN, 1998, p. 55).

O espaço de reivindicações ganha novas conformações, já que diante da demanda, do encantamento do consumo, os sujeitos, deixam de lado sua força lastreada na coletividade, na alteridade para tornarem-se atomizados, desvinculados do todo. Tornando suas reivindicações sem ressonância, despidas de regulamentação estatal, assim como as demais coisas, conformadas na forma-valor.

Onde, Estado e capital rivalizam, exsurge a tendência global da privatização, tornando o discurso estatal destituído de efetividade persecutória, na busca por aplicabilidade das normas constitucionais, de matriz positiva.

Já não se demonstram viáveis, ante os poucos recursos propiciando o discurso neoliberal da privatização<sup>20</sup>, carreando até os direitos de dignidade para o privado. Demonstrando ser um negócio lucrativo. Por isto, a busca por uma implementação dos direitos sociais, não reside no direito estatal enquanto forma-jurídica, enquanto instrumento regulatório. Já que o direito se encontra dissociado do mundo fático, seria como querer enxugar gelo.

Na percepção, pragmática e mercantil, os direitos sociais embora sendo dispostos ao exercício, não submetidos a regulação infraconstitucional – caráter jus positivo, hierárquico das normas -, só poderão ser realizáveis materialmente, se houver um balizamento estatal, ou um ato permissivo do mercado.

---

<sup>20</sup> O direito se encontra, portanto, visceralmente ligado à estrutura de produção, que o condiciona, sobretudo numa sociedade de classes, em que ele, como produto do Estado, consagra os interesses da classe dominante, da qual o Estado, por sua vez, é antigo aliado. (MARQUES NETO, 2001, p. 173).

Dito isto, resta claro a ideologia liberal, condicionante das regras de mercado embutidas na *teoria de José Afonso da Silva*<sup>21</sup>. Neste cenário de cunho ideológico do capital, cunhado na matriz liberal da doutrina de Rui Barbosa, mostra-se o teor impeditivo da realização do sujeito.

---

<sup>21</sup> As ciências e suas aplicações práticas são apresentadas à população como se constituíssem novas religiões, como se suas verdades fossem não só inabaláveis como necessárias, tudo isso em nome de abstrações como o *progresso*, *o desenvolvimento*, *o bem comum*. Tais abstrações visam a ocultar sutilmente o fato de que são as classes dominantes as grandes beneficiárias do desenvolvimento científico e tecnológico, sobrando geralmente para as classes dominadas o ônus de suportar as consequências desse desenvolvimento (poluição, inflação, escassez, etc.), sem dele tirarem praticamente qualquer proveito. (MARQUES NETO, 2001, p. 61).

### 3 (IN) EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: FUNDAMENTOS E LIMITES.

No cenário nacional, a Constituição sendo o conjunto de normas de eficácia superior, na parte que mais interessa a sociedade, não se realizou. Em uma sociedade de grandes contrastes, de um grande histórico de opressão. A denominada *Constituição Cidadã*, deve se realizar com urgência.

Enquanto uns vivem em uma ilha de prosperidade, outros não sabem se viverão até o nascer do sol do próximo dia. E não estamos a falar da violência urbana, mas da materialidade na questão da sobrevivência, o ter que comer. “*Quem joga caviar fora não pode imaginar a fome dos que não têm sequer um naco de pão velho para se alimentar. Quem pisa em tapetes persas custa saber da ingloria dos que lutam por um pedaço de chão onde pisar sem medo e sem se esconder.*” (ROCHA, 1997).

Demonstra-se inaceitável termos um contingente de sujeitos miseráveis, passando fome. Enquanto nós somos um dos maiores produtores de alimentos, termos tanta terra, e pessoas morrerem em conflitos. Tendo como espírito constitucional a dignidade da pessoa humana, sendo o vetor demarcatório de uma sociedade civilizada, fundada na solidariedade.

Suas características, seu ideal a ser perseguido, seus fundamentos, pois a sociedade é pautada pela *Constituição*. Nos compete destacar que a constituição demarca balizas institucionais de cunho democrático. Assim, dentro da valoração semântica, ínsita ao direito positivado fundado no vernáculo e em seu conteúdo epistemológico.

A realidade mostra-se totalmente destoante daquilo do que prescreve o diploma político-jurídico como parâmetros que devem ser observados. A vinculação dos mandamentos constitucionais condiciona a todos, tanto o público quanto os particulares.

Algumas ponderações são necessárias, a respeito da Carta Política e seus fundamentos quanto seu alcance e suas prescrições. Já determinam, como deve ser a relação entre sociedade e Estado, e o que devemos esperar.

Apesar do Preâmbulo não possuir aspecto deontológico, nada impede de que seja levado em conta, já que carrega em seu bojo toda uma carga ontológica, onde podemos antever os objetivos da Constituição. Como tópico exordial, é do preâmbulo que subsumisse, a possibilidade de uma interpretação das normas constitucionais, já que ele que estrutura e declara toda a parametrização legal em nosso Estado Democrático de Direito, assim o preâmbulo retrata expressamente todos os valores fundantes atribuídos à sociedade brasileira e o compromisso do

Estado. Insta apontar, que a *inconstitucionalidade*<sup>22</sup> se dá dentro do aspecto hierárquico no plano vertical, em normas infraconstitucionais, em clara antinomia aos valores da constituição e nunca entre normas constitucionais.

Partindo-se da norma máxima, para a infraconstitucional é que se interpreta legitimamente, dentro das balizas postas na ordem jurídica. É em função deste aspecto formal, que as normas constitucionais vigentes irradiam seu conteúdo para todo o ordenamento. Jamais em oposição a esta lógica, pois não se mostra adequado uma norma infraconstitucional, represar a normatividade e eficácia de uma norma constitucional.

Subverter esta ordem, não coaduna com a lógica jurídico positiva, desnaturando a imperatividade das normas constitucionais, e lhe enfraquecendo seus comandos. Cabe lembrar, se por ventura se quer modificar, cortar sua máxima efetividade e imperatividade, não será por mitigações semânticas, ou manejos doutrinários o caminho correto.

Há de ser observado todo o arcabouço, formal e legal para se propor modificações, e colocar em debate com a sociedade a retirada dos direitos à dignidade do corpo constitucional. Fora deste âmbito, representa autoritarismo, conservadorismo, manutenção de privilégios, e um claro rompimento do ideal instrumentalizado pelo *Estado Democrático de Direito*.

Desta forma, vejamos o que as forças sociais originárias prescreveram, como balizamento revestidas sob o manto do poder constituinte.

Vejamos o que nos diz a Constituição:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em *Assembléia Nacional Constituinte* para instituir um Estado Democrático, destinado a **assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais**, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como **valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos** [...] (VADE MECUM, 2016, p. 05). (grifo nosso)

Fundando-se no que prescreve, o texto acima colacionado, percebe-se uma interconexão das normas constitucionais, a pontuação quanto a prevalência dos direitos sociais – que representam um agir comissivo do poder estatal – e consequentemente os direitos individuais, nesta ordem.

E dentro deste mesmo preâmbulo, coletamos toda a carga ontológica imposta pela Constituição para a sociedade. Sob esta ótica é que devem funcionar as instituições e atuar os poderes democraticamente instituídos, sem quedar nem para um lado e nem para outro.

---

<sup>22</sup> Sendo este o entendimento da Suprema Corte, conforme expressamente contido na obra de André Ramos Tavares. Transcrito da ADIn815, rel. Min. Moreira Alves, onde destaca-se que “ A tese de que a hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é incompatível com o sistema de Constituição rígida. ” (TAVARES, 2010, p. 139)

Adormecidos, dormentes, apáticos perante à situação do país, da sociedade e do próximo - que é mais próximo do que se imagina -, que aviltados de exercer sua cidadania e excluídos do seu habitat, mais que natural pós-moderno que é a esfera do consumo.

Quedar em subverter, os preceitos de integração da ordem jurídico-social, e não levar em consideração, é agir de má-fé com toda a luta histórica para a implementação da Constituição brasileira. Não raro desembarcam no país, sob luzes e holofotes doutrinas e interpretações alienígenas, voltadas para uma realidade que não a nossa.

Desconstruindo todo um trabalho do coletivo da nação, onde implementam-se visões e posicionamentos de determinados problemas, enfretamentos, sem levar em conta todo um contexto histórico, social, político, econômico, e de posicionamento do país diante dos seus concidadãos.

Conveio ao poder constituinte, salientar a importância da Assembléia Nacional Constituinte, não se encontra disposta no preâmbulo como mero ornamento linguístico. Fica por demais evidenciado a importância desta, e fica registrado nos anais da Constituição todo o trabalho de homens e mulheres brasileiros, e da sociedade civil expressa nas figuras dos Movimentos Sociais, e da sua importância neste documento histórico.

Apesar de estar em voga, alguns aspectos impeditivos para a efetividade da constituição, como: mínimo existencial, reserva do possível e um bastante delicado quanto, a *questão orçamentária*<sup>23</sup>, que dentre estes, representa a *caixa-preta* do Estado, pois o tecnicismo obscurece uma maior vigilância, e condiciona-se na discricionariedade dos poderes. Todavia, mesmo com todo o aparato tecnicista semântico, colocado como óbice, nada impede os inúmeros casos de desrespeito com o público por parte dos poderes.

Diante dos mais variados casos de corrupção e de apropriação do erário, os fundamentos éticos, políticos e jurídicos dos direitos sociais, demonstram-se ainda, em outro ponto, com força normativa, objetivando assim ser realizada, não podendo ser postergada para uma *discricionariedade ulterior*, para produção normativa esperada até os dias atuais.

Representando uma infestável, inadequação, e comprometimento dos fins almejados pela sociedade brasileira. O que pode ser irremediavelmente comprometida por esta omissão, levando-nos a romper com o *status constitucional*, fazendo o País repetir aquela máxima,

---

<sup>23</sup> É inadmissível que diante de situações tão emergentes, e com recursos públicos disponíveis o estado escolha não agir e não executar parte do orçamento. [...]. Isto é, se os direitos sociais, como todos os direitos fundamentais, no dizer de Alexy, devem ser implementados na sua máxima potencialidade, não há razão para que os orçamentos não se executem nas áreas sociais onde há mais necessidade a serem satisfeitas. (CHRISTOPOULOS, 2009, p. 07)

de que “ *a história se repete, para aqueles que não a conhecem* ”, pois, o panorama demonstra os mesmos fatores de um possível *rompimento democrático*<sup>24</sup>.

Preceitua a Constituição em seu art. 3º da CRFB:

Art. 3º Constituem **objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil:

I - construir uma **sociedade livre, justa e solidária**;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais**;

IV - **promover o bem de todos, sem preconceitos** de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (VADE MECUM, 2016, p. 05).

Sob os fatores históricos de um passado recente, a força constituinte, promoveu bases sólidas, para proporcionar, em termos positivados, a supressão de equívocos cometidos. A liberdade como um bem fundante, que toca a todos foi colocado em local de destaque. Não representando a liberdade liberal há muito, já debatida e com entendimento sedimentado.

O espaço para o debate da posituação da cidadania foi erguido com muito sangue, prisões, violências e torturas. Desta forma, a liberdade é um bem da coletividade, indisponível, não negociável, e democraticamente disposto e conseguido por esforço de muitos. Por isso, a liberdade encontra-se, na sociedade e pela sociedade deve ser protegida sendo este dispositivo constitucional de grande densidade normativa.

Cabe destacar que, a visão positivista de reduzir comandos constitucionais, a mera norma, não levando em conta todo o contexto social e histórico, representa o mecanismo extra-oficial de esvaziamento eficaz da Constituição. E a justiça, esta faz-se com a eliminação de barreiras sociais que impedem o empoderamento dos grupos de *menor representatividade*<sup>25</sup>.

Demonstrando em seu texto, ao contrário do que quer a sociedade capitalista. É na solidariedade, no convívio, na alteridade dos sujeitos constitucionais, que todos os fundamentos constitucionais realizar-se-ão. O ser humano é social, socializável por natureza, esse é o seu instinto, compartilhar, estar junto, dividir, conviver, é a sua natureza mais primitiva – dá-se

---

<sup>24</sup> Em referência ao prolatado por alguns como o golpe, jurídico-parlamentar de 2015. Que culminou no impedimento da presidente eleita, e na colocação em votação no congresso de pautas, impopulares derrotadas nas urnas. Aspecto de grande relevância, mas que não se mostra oportuno ser debatido neste trabalho de conclusão de curso. Sendo o segundo episódio, de impedimento vemos uma certa “maturidade” das instituições, porém, eis que ronda a democracia brasileira velhos fantasmas, fazendo com que repensemos a total eficácia das normas de dignidade. *grifo nosso*

<sup>25</sup> Mesmo em situação de plena democracia eleitoral, as classes burguesas apropriam-se muito mais dos meios estatais que os explorados. [...] A escolha de representantes políticos atrela-se a específicos graus de ação e autonomia política em face dos poderes econômicos, militares, religiosos, culturais e internacionais. Bandeiras políticas são instrumentalizadas como econômicas, política, cultural e religiosamente desejáveis ou não. Pressões de classes ou nações influenciam diretamente nas escolhas. O sistema de comunicação talha diretamente a construção das vontades e das informações pertinente. (MASCARO b, 2013, p. 86)

como exemplo o convívio dos primatas em que pese a teoria evolucionista de Darwin –instintiva.

Sua sociabilidade nos moldes modernos, de convivência sob exploração, não representa a natureza instintiva, os instintos consumeristas não ajudam em nada o convívio. Ao contrário, tal condicionamento e elevação do consumo como cidadania, interessa somente aos burgueses e a sua sede de acúmulo de capital.

A não realização da Constituição em seus fundamentos só piora a condição fática de uma sociedade cheia de problemas, assim como tantas. O capitalismo expõe, o capital quer, que aflorem os instintos do homem. Quer para o bem, quer para o mal, pois em tudo há comércio, de tudo faz-se mercadoria, sendo sua maior preocupação ser a circulação da riqueza, e a atomização do homem sujeito de direito.

Postas estas considerações, cabe elencar ainda um dos dispositivos inaugurais da Constituição, e como norma possui em seu interior um dever-ser, que não foge à sua implementação, força cogente, determinante no espírito da Constituição.

Assim, eis que dentro da ordem jurídico-política, começa o Diploma Maior, em seu art. 1º da CRFB:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** e tem como **fundamentos**:

I - a **soberania**;

II - a **cidadania**

III - a **dignidade da pessoa humana**;

IV - **os valores sociais do trabalho** e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo**, que *o exerce por meio de representantes eleitos* ou diretamente, nos termos desta Constituição. (VADE MECUM, 2016, p. 05).(grifo nosso)

Declarando expressamente, o Estado brasileiro constitui-se em Estado Democrático de Direito, é a opção por uma democracia social, com a efetiva participação social, voltado para a solidariedade. Expõe como fundamentos, a soberania – exercida pelo povo sendo do povo está prerrogativa - a cidadania, em estreita visão ao trabalho da constituinte, com a dívida histórica para com o povo brasileiro. Lastreia-se na soberania, um fundamento da máxima importância posteriormente reforçada no parágrafo único. Demonstrando em ser inafastável, o compromisso do Estado em realizar a inclusão das pessoas, na persecução para a eliminação das desigualdades.

Fundado no poder formal da soberania caracterizada como prerrogativa para o exercício da cidadania. Evitando, desta forma, qualquer meio de obscurecer o exercício dos direitos.

Nem mesmo pelos detentores do mandato, que como demonstrado, tem a sociedade como titular, e através destes lhe imputam o dever-ser de lhes representar.

Preceitua ainda, a valoração no aspecto social do trabalho, desta forma privilegiando as relações entre capital e Estado, na busca por condições dignas de trabalho.

Possibilitando a convivência entre um Estado fundado no capitalismo, sem que seja permitido uma opressão aos trabalhadores. Tendo como lastro norteador as relações econômicas como observância a dignidade humana. Fazendo do Estado um fiscal na relação de exploração a fim de evitar condições indignas ou degradantes.

Por isso, a Constituição foca-se na valorização dos Direitos Fundamentais como instrumento na busca por uma sociedade livre, justa e fraterna. No empenho por buscar a persecução no atendimento dos reclames da sociedade. Na observação ao convívio, em respeito ao pluralismo social, o repúdio às práticas discriminatórias.

Representa toda uma possibilidade de autodeterminação, inclusão, protagonismo, e a materialização do sentimento de pertencimento, sob os auspícios da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, para ser cumprida e fugir dos melindres impostos por forças que atacam sua força normativa, lhe obstaculizando o cumprimento. Devem-se colocar, novas idéias, novos olhares, novos posicionamentos. A constituição quer ser cumprida, ela nasceu para ser cumprida, sua força soberana pulsa nas veias de cada brasileiro, desta forma talvez, seja ela o modo profilático de combater as mazelas da nossa sociedade agonizante.

### **3.1 Os limites (falsos) à efetivação**

Sob o manto da Constituição, demonstra-se impossível pensar no Estado como mero aparato institucional, que serve somente aos mais opulentos, a classe dirigente, aos burocratas e a serviço dos anseios do capital internacional. A constituição busca a implementação da solidariedade, descortinando todas as formas de impedimento de realização do país. Já que a soberania estatal encontra-se no povo, e o povo a constitui, por isso para termos uma sociedade mais fraterna, os óbices da ascensão do coletivismo devem ser derrubados.

Como instrumento positivado pelo direito constitucional, os direitos fundamentais demandam prestações positivas. O que pressiona os poderes, denotando seu aspecto impositivo, assim, os direitos sociais possuem imperatividade e aplicação imediata, diferindo das liberdades que se substanciam dentro da reserva do arbítrio.

Todavia, muito se especula, de que forma, como poderá ser feito, escassez orçamentária, falta de regulação, discricionariedade de execução e a implementação de parametrização mínima que a todos atenda. Por óbvio, destaca-se, a implementação dos direitos fundamentais, de prestação positiva atrelam-se a dotações orçamentárias. Diante disto, posicionando-se sob o manto do dirigismo estatal, discricionariedade quanto ao que fazer, e de como será feito.

A eleição do que deve ser feito, quando da votação da lei orçamentária e das destinações destas verbas, já encontram-se demarcadas no corpo do texto Constitucional, ao declarar serem seu objetivo: o bem-estar; a igualdade; a dignidade da pessoa humana; a construção de uma sociedade livre; justa e solidária; a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades regionais.

Ao ter como, objetivo as declarações constitucionais, sobre direitos fundamentais, os obstáculos de cunho econômico, logo se apresentam como óbices. Muito se fala que o constituinte pecou por sua omissão, outros já alegam uma prolixidade exacerbada quanto aos comandos. Sob a ótica do direito positivo, as questões sobre como abordar tal problemática sempre aparecerão fugidias.

Por isto, conclui-se ser o orçamento mais político, que algo positivado, mesmo sob o manto da Lei Maior. A decisão em que gastar denota seu aspecto discricionário, e na realidade da persecução dos direitos fundamentais, observa-se que ao longo da vigência da Constituição, a decisão sempre é trágica pela inobservância dos comandos constitucionais.

Um aspecto relevante situa-se na autonomia dos entes, qualidade própria do federalismo, com isto dotados de autonomia, orçamentária e administrativa.

Vemos que a obstaculização, é por demasiadamente complexa, onde até o poder soberano de titularidade do povo disposta no art. 14, caput cominado com o art. 1º da CFRB, parágrafo único, coloca a sociedade, dentro do prisma da formalidade, já que nem sempre é representada de fato, ficando adstrita somente a formalidade do voto.

Quando o óbice não é implementado pelo próprio Estado, a sociedade, em sua parcela exploratória, se acautela em imprimir, estes em clara e manifesta predileção as relações mercantis. Não se descuidou o constituinte originário, ao declarar, que a ordem econômica, deverá estar intrinsecamente posicionada aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Para se fazer jus ao princípio da valorização social do trabalho, visto tratar-se das relações contratuais, entre trabalhador – pólo mais débil - e o capital.

### 3.1.1 *A questão orçamentária*

Em uma comunidade inserida na pós-modernidade, insculpida em vetores axiológicos do capitalismo. Mostra-se algo dentro do campo pragmático, a efetiva disponibilidade dos direitos sociais fundamentais. Ante ao aspecto da escassez de recursos, pois caracterizando como ordem de matéria administrativa, de conteúdo político, impera a discricionariedade do gestor.

O Estado, somente realiza as implementações necessárias a sociedade, através da arrecadação, da partilha, do planejamento, da votação da lei orçamentária. A possibilidade da realização dos direitos fundamentais, repousa nesta conjunção de fatores e ao devido respeito da implementação de dotações para se efetivar tais direitos.

Desta forma, o orçamento representa fator determinante na questão dos direitos fundamentais. Sendo uma opção política, diferentemente do que preceitua a Constituição, pois a possibilidade de dotar as pessoas dos meios para o exercício da cidadania, das liberdades perpassam pelo adimplemento do Estado, quanto às prestações positivas.

O adimplemento dos direitos sociais tornaria a arrecadação do Estado maior, impulsionado a economia, já que a maior parte da incidência arrecadatória, repousa no consumo. A efetividade dos direitos fundamentais, possibilita a propulsão da economia. A inclusão na tessitura do consumo, de um contingente de desvalidos, excluídos do consumo possam ser incluídos.

Como sociedade capitalista, a mídia passa a ideologia da materialização da dignidade no consumo, imputa as tendências estamentais, em uma sociedade pós-moderna a dignidade repousa no ato de consumir.

E estabelecer programas de gastos em inserção, através dos direitos sociais, representa um grande salto para dirimir muitos dos problemas estruturais. Tendo a dignidade como fundamento, dispor de planejamento orçamentário, representa ganhos para o Estado. Pois devolve a dignidade, distribui a riqueza, faz circular a economia e coloca no jogo consumerista uma legião de “excluídos do jogo” (BAUMAN, 1998).

Mais progressista que o poder constituinte derivado, o poder constituinte originário – a força constituinte – impôs no texto constitucional uma série de determinações para o alcance dos fins a que destina-se a Constituição. No tocante aos tributos, não poderia ser diferente, em sintonia com o princípio da solidariedade e o fundamento de uma sociedade justa e fraterna, roga-se ainda a instituição do Imposto Sobre Grandes Fortunas - o que para muitos nunca irá se concretizar -, algo mais político que constitucional.

Pois tal prescrição toca frontalmente as classes dirigentes, os grandes burgueses, e o grande capital, com previsão no corpo do texto constitucional, art. 153, inciso VII<sup>26</sup> quanto na ADCT's.

O dispositivo mencionado demonstra uma típica norma que, na dependência de uma atividade legiferante ulterior, propiciaria uma maior arrecadação, e uma isonomia material mais contundente. Implementando assim, uma a isonomia tributária em face do princípio da capacidade tributária, como corolário do princípio da solidariedade, da justiça social, e em conformidade com o fundamento da erradicação da pobreza, da marginalização.

Tal tributo encontra-se até os dias atuais, sem perspectiva de instituição, desta forma, percebe-se na questão de que as grandes riquezas, assim dispostas enquanto pessoas físicas e jurídicas, são normalmente quem dirigem o governo, ou patrocina os representantes da população. Em um Estado capitalista como o brasileiro, onde a carga tributária significa o meio pelo qual o Estado consegue auferir os meios materiais para dotar a população dos serviços estatais, são para além disto, os meios juridicamente necessários para o patrocínio dos direitos fundamentais.

Sob tal dilema, pairam vários posicionamentos, uns defendendo sua instituição e outros condenando, mas inevitavelmente percebe-se, no vetor político a concretização para o seu estabelecimento, assim como nas normas de direitos de dignidade onde elege-se a produção ulterior legislativa. Desta forma encontramos na sede político-estatal, um campo eivado de interesses, que inevitavelmente busca um alinhamento aos ditames de uma classe política descomprometida com o social, precarizando o princípio da soberania e da representatividade.

Temos desta forma uma das normas de eficácia plena, submetida a uma apreciação do legislativo, ferindo de morte toda uma construção constitucional, fundada na dignidade da pessoa humana, nos princípios da fraternidade, da solidariedade, além de buscar a contenção das desigualdades sociais, na implementação de aportes financeiros já inicialmente colocados como fonte constitucional de receita, necessitando apenas de uma ação comissiva previamente colocada como mandamento constitucional.

Em trabalho de José Carlos Maia Saliba II, sobre o assunto, retiramos exemplos de como posiciona-se a doutrina diante desta controvérsia, explicitando a relação capital e Estado, impondo mitigações para a sua não implementação, por outro viés, temos posicionamento re-

---

<sup>26</sup> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

VII - *grandes fortunas*, nos termos de lei complementar. (VADE MECUM, 2016, p. 53)

flexivo pragmático que pontuam os pormenores da tessitura social. Cabe salientar o posicionamento do supracitado autor em ser contrário a instituição do IGF, no Brasil. Desta forma passemos ao que Rodrigo Mojica pontua:

[...] nota-se que o legislador constituinte, ao menos no que tange ao imposto sobre grandes fortunas, abandonou as diretrizes de todo o sistema constitucional-tributário brasileiro, que, com assento no princípio da legalidade, da isonomia e da segurança, é de natureza rígida e exaustiva.

Por essa razão, não se pode conceber a criação de um imposto sobre grandes fortunas sem se admitir que tal tributo, por falha do próprio Constituinte, acabará por afrontar toda a estrutura tributária nacional, não sendo descabido afirmar, ainda, que, seja qual for o critério adotado para fins de fixação da base de cálculo do IGF, tal eleição certamente ocasionará a violação ao direito de propriedade, ao princípio do não-confisco e ao princípio da isonomia. Isso porque muito contribuintes economicamente incapazes para efeitos desta tributação poderão ter que dispor de seu patrimônio para atender aquilo que o legislador resolver rotular de “grande fortuna”, ao passo que muitos outros – estes sim capazes de arcar com o IGF – poderão ficar livres desta exação por uma simples questão de política legislativa.

Assim sendo, entendemos que a eventual criação formal do IGF não se adequa ao molde rígido e exaustivo do sistema constitucional-tributário pátrio, sendo de constitucionalidade duvidosa e, por isso, plenamente questionável. (MOJICA 1998 apud SALIBA II, 2014).

Vemos mais uma vez a tensão existente, no Estado, quando este pretende tocar os mais opulentos, não precisamos tecer comentários discordando do doutrinador supracitado, já que no mesmo artigo há inúmeras pontuações discordantes e alinhadas com uma visão constitucionalista, inclusiva e em consonância com o constituinte originário, mas merece destaque, a ponderação do doutrinador ao declarar, ser inconstitucional uma norma originária da Constituição, fundamentada na perseguição por justiça social e por isonomia tributária,

Salienta-se ainda o fato da lei nº5.172 de 1966, ter sido recepcionada pela constituição vigente, demonstrando um claro ato atentatório aos fundamentos constitucionais.

Mas há quem diante do verdadeiro obscuramento, descortine os reais interesses por trás desta omissão. Não se mostra consistente alegações que pontuam como entrave, questões de ordem tributária ou de afronta a princípios constitucionais.

Tão pouco a sua instituição representaria uma forte possibilidade de cerceamento ao direito sobre propriedade, nem persiste ponderações quanto a caracterização de prática de confisco. Apresenta-se como maior obstáculo para a implantação do imposto, ora analisado com determinação constitucional para sua aprovação formal – pois previsão constitucional já possui, fato gerador já encontra-se determinado *ab initio* - restando apenas dentro do que mostra a obviedade, apenas um agir político, uma produção ulterior.

Como uma norma de eficácia plena, sob a ótica da visão de José Afonso da Silva, não se demonstrou ser resistente aos ideais do liberalismo da classe dirigente. Mostrando-se de forma cabal uma falha com a qual já contava o autor. Pois poderes extra-estatais não se mostram

tendentes em dividir seus rendimentos com a classe por eles explorada. Assim é o posicionamento abalizado de Hugo de Brito Machado ao prelecionar que:

Há quem aponte dificuldades técnicas para a tributação das grandes fortunas. Seriam problemáticas a identificação e a avaliação dos bens. O argumento é inconsistente. Os bens que integram as grandes fortunas são os mesmos cuja transmissão de propriedade é tributada. Se a título oneroso, pelo Município. Se a título gratuito, ou em virtude de sucessão por causa da morte, pelo Estado. E ninguém sustentou a inviabilidade do imposto de transmissão causa mortis e doação, de que trata o art. 155, I, nem do imposto de transmissão inter-vivos, de que trata o art. 156, II, da CF. O verdadeiro motivo da não instituição do imposto sobre as grandes fortunas é de ordem política. Os titulares de grandes fortunas, se não estão investidos de poder, possuem inegável influência sobre os que exercem. (MACHADO 2015 apud SALIBA II, 2014).

Merece ainda destaque quanto a possibilidade de arrecadação e de distribuição de riquezas, em consonância a ordem jurídico-constitucional, como retirado da pedagogia de Henry Tilbury, ao declarar que:

A redistribuição da riqueza seria outro efeito benéfico do IGF, que funcionaria também como instrumento de controle da administração tributária, mediante o cruzamento de dados com base nas declarações da renda auferida, dos bens para o IR ou o IGF e das parcelas do patrimônio consideradas para tributações específicas. Haveria, assim, menor possibilidade de evasão de diversos tributos. (TILBURY 2002 apud SALIBA II, 2014).

Pensamento acima encontra-se compartilhado por mais um doutrinador, que vê na previsão do constituinte originário um meio de promover a justiça social e distribuição de riquezas, sendo a lição proposta por Sérgio Ricardo Ferreira Mota, quando preleciona que:

[...] repete-se a defesa no sentido de que o Imposto sobre Grandes Fortunas pode vir a constituir instrumento de alcance da justiça tributária no Brasil, uma vez que permitiria, em tese, não só uma justa distribuição da carga tributária entre os contribuintes, mas também, maior distribuição de renda e riqueza nacionais, o que permitiria, também, em tese, a redução das enormes desigualdades sociais verificadas no país e, por consequência, a pobreza de grande parte da população. (MOTA 2010 apud SALIBA II, 2014).

Todavia, em que pese a falta de vontade política para a instituição do ISGF, o governo brasileiro criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza— art. 3º, III da CFRB -, para combater as demandas do contingente, que vive na pobreza tem: *como objetivo viabilizar a todos os brasileiros o acesso a níveis dignos de subsistência e seus recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, saúde, educação, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social, voltados para a melhoria da qualidade de vida* - art.1º da LC 111/01 -.

A falta de observância ao mandamento jurídico do constituinte originário, na criação de tal imposto, demonstra ser insustentável os argumentos da não implementação dos direitos de dignidade em face de poucos recursos. Se assim acontece, que se crie mais uma fonte de receita, que diferente de majorações, representa uma previsão legal, constitucional e necessária.

Tendo como aspecto meramente político, preceitua ainda a referida lei em seu art.2º, III da Lei Complementar nº 111 de 2010, demonstrando a criação de uma lei que regula a destinação do produto da arrecadação do referido imposto, mas o tributo ainda não goza de existência.

A possibilidade de perdas de receita, em decorrência da não instituição de um imposto, originalmente criado pelo constituinte originário para ser implementado por legislação ulterior. Aponta um certo descompasso a nova ordem democrática e de maneira reflexa com os fundamentos da teoria em questão.

Como questão de escolha político orçamentária, escolhas representam ganhos ou perdas irreparáveis, a vinculação do gestor com os ideais constitucionais do Estado brasileiro não deve ser objeto de barganha política para obstaculizar um projeto de País.

A não instituição deste tributo representa uma perda de receita, inadmissível em um país de contrastes, onde a miséria exacerbada representa uma triste realidade. Por ser fundada em escolhas, onde inúmeras questões delicadas na sociedade, apresentam-se de difícil solução há décadas, um Estado que opta em não formar receita, tem discricionariedade no que aplicar, no que gastar. Representa o maior entrave para a implementação dos Direitos Fundamentais.

Por isso, declara expressamente Carlos Simões:

Percebe-se que a política orçamentária é que obstaculiza a maior efetividade dos direitos sociais universais, à qual não se sobrepõe o poder de discricionariedade e de conveniência da Administração.

Por que sua vinculação a tais limites expressa a negação de sua eficácia e vinculação jurídica, sua redução à política orçamentária e da própria norma constitucional à eficácia meramente jurídico-objetiva; uma forma de tornar ineficaz o comando constitucional, especialmente em contradição incontornável com o princípio da dignidade. (SIMÕES, 2013, p. 262).

Como aspecto de grande relevância, o orçamento é o vetor que possibilita tornar os direitos de dignidade realizáveis e materialmente possíveis. A inobservância aos preceitos constitucionais, a falta de produção legislativa, são aspectos jurídico-políticos que formam barreiras de difícil transposição, colocando a efetivação dos direitos de dignidade em xeque.

### 3.1.2 A reserva do possível

A reserva do possível, representa um elemento condicionante, na política de implementação dos direitos sociais. Tal possibilidade, foi construção jurisprudencial, trazida do ordenamento alemão quanto ao acesso de alunos em uma universidade. Na realidade da jurisprudência alienígena, resta claro que a modulação sofrida na recepção no ordenamento brasileiro foi precarizada.

Enquanto que na Alemanha, país de economia forte, onde a população possui seus direitos de autodeterminação atendidos, em que o caso era sobre ingresso, e a limitação do número de vagas, em relação aos fatores materiais – disponibilidade material de vagas -. No Brasil, a mitigação se relacionou com a falta de políticas de implementação dos direitos fundamentais, lastreada em questões de ordem financeira e orçamentária.

Fundada em escolhas, questões de cunho orçamentário, demarcam o aspecto burocrático que tangencia a implementação dos direitos de dignidade. Residindo na correlação Estado e Capital, onde o aparelho estatal e a forma-jurídica empreendem uma severa afronta ao que busca a Constituição, impossibilitando o exercício dos direitos sociais, ao condicionamento de receita.

Se a questão reside na decisão, o gestor assim não o quer, elegeu outras prioridades, mas contrapondo-se a questão de escolhas trágicas, a constituição prescreve o investimento nos direitos fundamentais. Não obstante ao que já foi delineado no âmbito do orçamento, a reserva do possível, simboliza a reserva do quanto se tem para gastar, gastar em direitos sociais, gastar na persecução para a satisfação do bem comum. Encontra-se no economicamente previsto, e eleito enquanto prioritário, escusas estatais que em nada seguem o delimitado como necessário pelo constituinte originário.

Resta claro, que para as elites dirigentes, em face da dependência do capital, ferem de morte a constituição, postergando e apequenando a ideologia de uma constituição cidadã, no Estado Democrático de Direito, que privilegia políticas públicas de inserção social.

Simbolizando que o não investimento nos direitos sociais, representa afronta a Constituição e seus objetivos fundamentais de sociedade justa e solidária, a promoção do bem da coletividade e a redução das desigualdades sociais. A eleição do que pagar em primeiro lugar, reside no *endividamento do Estado*, a previsão orçamentária elege o pagamento aos credores da União e demais entes federais, como prioridade solapando os já escassos recursos, onde as escolhas por endividamento são trágicas.

Como extensão dos interesses do capital sobre o Estado, ao privilegiar seus créditos em detrimento das políticas públicas, e dos direitos de cidadania.

Como aponta estudo do site auditoria cidadã:

Do desrespeito aos direitos humanos fundamentais:

A dívida tem subtraído recursos que deveriam se destinar ao atendimento das necessidades sociais prioritárias da sociedade, o que caracteriza desrespeito a fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil: a soberania (art.1º, I) e a dignidade da pessoa humana (art1º, III);

Ao subtrair vultosos recursos das áreas sociais, a dívida interna também representa violação de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: erradicação da pobreza (art. 3º, III) e adicionalmente representa violação do próprio princípio republicano no sentido adequado do trato da coisa pública, pelos agentes do Estado, violando ainda o disposto no art.6º da Constituição Federal. (CIDADÃ, 2010)

No sitio, Auditoria Cidadã fica claro em gráficos, a total correlação do Estado no privilegiamento do Capital em detrimento de investimentos em políticas de dignidade. De tudo que é arrecado pelo Estado pelo aparato arrecadatório-tributário, dispende-se 42,43% do valor total do orçamento, enquanto que apenas 0,03% para direitos de cidadania. Conforme disponível no site do tesouro nacional em 2015, onde o Orçamento Geral da União 2015<sup>27</sup> (Executado) total = R\$ 2,268 trilhão.

Percebe-se uma total inversão dos fundamentos e objetivos do Estado, em face da total ausência de vinculação do orçamento as políticas de dignidade, dentro da lógica positivista da norma constitucional, ao contrário do que prega José Afonso da Silva, a ulterioridade legislativa deveria ser substituída por sanção, talvez sob o manto do coercitivismo estatal pudesse haver algum avanço.

Dentro do endividamento estatal perante o capital especulativo, e o endividamento social, os danos a curto prazo mostram-se maiores em âmbito de dignidade, repercutindo no avanço das violências urbanas, e levando o Estado a *perda da sua soberania em atendimento aos fatores econômicos*<sup>28</sup>.

Como exposto, e de conhecimento do corpo de aplicadores do direito, a reserva do possível representa uma escusa do executivo em conjunção com o legislativo para a efetivação das políticas de dignidade. Posto isto, não raro quando da provocação do judiciário em face dos entes federais, utiliza-se de tal instrumento processualista.

<sup>27</sup> FATORELLI, M. L. Auditoria Cidadã da Dívida. **auditoriacidadada.org.br**, 2016. Disponível em: <<http://www.auditoriacidadada.org.br/blog/2016/11/09/explicacao-sobre-o-grafico-do-orcamento-elaborado-pela-auditoria-cidada-da-divida/>>. Acesso em: março 20 2017.

<sup>28</sup> Na atualidade, a crise econômica do capitalismo passa por cima da vontade popular em favor de interesses políticos dos grandes especuladores, fazendo regredir o ambiente democrático já estabelecido. A experiência dita democrática, no seio geral das sociedades capitalistas, acaba por ser mais exceção do que regra.

E sempre referem-se à intromissão do judiciário em âmbito administrativo e político, representando uma clara afronta à divisão dos poderes. Uma notada visão ultrapassada, quando se fala de convivência harmônica dos poderes, de uma sociedade justa, e da persecução pela erradicação da pobreza.

Não seria tempo de haver um engajamento, dos poderes constituídos para a implementação da Constituição de fato. Já não seria o tempo de todos revestirem-se do espírito constitucional?

Eis um aspecto, para se ponderar em vista da escalada do abismo social e de seus reflexos que acomete a todos sem distinção.

Na Lição de Miguel Reale, ele nos adverte que:

Não é a letra da Constituição, mas o seu espírito, ou seja, os seus valores dominantes e específicos que devemos procurar realizar, sob pena de continuarmos a viver, como até agora temos vivido, à sombra de um constitucionalismo aparente. Para a formação dessa consciência política é indispensável o debate das ideias que nos impõe fidelidade às que elegemos.

E se me objetarem que tenho dado excessiva importância às ideologias, responderei que elas, entendidas como ideias políticas matrizes, são salutares à vida das Nações, e que, ademais, não podemos olvidar a acabrunhante advertência de Bertrand Russell, a que já fiz referência alhures, de que, enquanto os povos desenvolvidos formam suas teorias políticas a partir de sua própria experiência, os subdesenvolvidos ou em desenvolvimento começam sua experiência política a partir de ideologias recebidas de fora, e, o que é pior, sem examina-las cuidadosamente. Já é tempo, por conseguinte, de afrontar as opções ideológicas em constante e direto contato com a nossa própria experiência. (REALE, 2005, P. 46).

Como relatado, esta escusa representa um forte entrave, já que não faltam casos de má gestão, além do mais o que é expressamente disposto no corpo da Constituição é para ser executado, e não mitigado em prol de interesses que não os da população.

### 3.1.3 *Mínimos sociais*

Aspecto de grande relevância, e inserido na seara das controvérsias do constitucionalismo moderno, repousa na idéia do mínimo social, ou mínimo existencial. Representa a precarização a priori, de toda uma convencionalidade debatida a exaustão e que resultou na Constituição Cidadã do Estado brasileiro. Configura-se como uma afronta a toda a carga axiológica, contida em nosso Diploma Democrático, obstaculizando ferozmente a implantação dos direitos sociais.

Tal parametrização, representa uma visão liberal alinhada com a total dependência do sujeito ao mercado, e o mercado regulando sua vida e suas demandas. Exprime de forma

inequívoca o anseio mais vil da política capitalista em submeter o sujeito à subserviência, e acatar resignadamente a opressão a ele imposta.

Muitos autores falam em se delimitar a configuração dos direitos fundamentais sociais, que por ventura não teria sido demarcado pelo constituinte originário. Cogitar tal possibilidade é negar toda a batalha de inserção dos direitos sociais, e da grande participação do povo na Constituinte. Negar, que estes direitos encontram-se demarcados e balizam todo o ordenamento brasileiro, e que deveriam impulsionar qualquer interpretação legal, é não levar em conta todo o esforço do povo brasileiro em inovar e em fazer valer sua cidadania.

Debater sobre mínimos sociais ou existenciais, soa como a visão liberal escravagista, que via no negro – e de certa forma ainda vê – apenas um animal, um par de braços, ou a materialização humana da força. Significa levar a precarização, aquilo que encontra-se descrito como meio de viver em sociedade. É o esgarçamento para níveis intoleráveis daquilo que já se encontra como o razoável para se viver com dignidade.

Dignidade ínsita a todos os seres humanos, onde se relativizar, pode em determinada circunstância afetar a todos, levando-se a relativização dos meios de convivência. Como se poderá, após a precarização destes, exigir total resignação, dos afetados pela sua relativização. Entrando dentro desta discussão poderia o Estado exigir o máximo, prestacionando mínimo?

A Constituição, não prescreve uma prestação estatal precária, a norma constitucional ao contrário da visão liberal, propugna a idéia de *necessidades vitais básicas*<sup>29</sup>, em clara demonstração da realidade da sociabilidade humana.

Impondo ao legislador levar em conta a característica humana do sujeito, tendo como parâmetro a sua dignidade como fator de mensuração da produção legislativa. Assim, a dualidade mínimo e básico conotam uma conceituação, um tanto sutil, mas com determinações bastante significativas. A questão do mínimo, tende a tornar-se precária sua implementação, pois não se encontra expressamente disposto no corpo do texto constitucional, logo questões que não busquem ao atendimento das *necessidades vitais básicas*. Sendo desta forma, meios declaradamente inibitórios de implementação da Constituição e logo da aplicabilidade das normas constitucionais de dignidade.

---

<sup>29</sup> Dentro do que prescreve a Constituição no artigo 7º, inciso IV, quando declara ser direito do trabalhador urbano e rural, além de outros que:

Art.7º

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas *necessidades vitais básicas* e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (VADE MECUM, 2016, p. 12) (grifo nosso)

Logo mostrando-se passivo de ponderação esta prática, apresentando-se como obstáculo jurídico-político, inquestionável.

Tal caracterização é bem abordada na obra de Potyara Pereira, que assim conceitua:

Mínimo e básico são, na verdade, conceitos distintos, pois, enquanto o primeiro tem a conotação de menor, de menos, em sua acepção mais ínfima, identificada com patamares de satisfação de necessidades que beiram a desproteção social, o segundo não. O básico, expressa algo fundamental, principal, primordial, que serve de base de sustentação indispensável e fecunda ao que a ela se acrescenta. [...] assim, enquanto o mínimo pressupõe supressão ou cortes de atendimentos, tal como propõe a ideologia liberal, o básico requer investimentos sociais de qualidade para preparar o terreno a partir do qual maiores atendimentos podem ser prestados e otimizados. (PEREIRA, 2011, P. 26).

Desta forma, resta delimitado, e comprovada a escolha do constituinte por uma visão mais humanizada e delineada com a matriz principiológica da dignidade humana. Mesmo que alguns autores liberais achem temerário uma delimitação tendo esta predileção pela humanização das políticas de necessidade básicas.

Diante da visão, contrária aos direitos de dignidade para o exercício da cidadania, que representam um vetor sócio político para a autodeterminação. Desponta, Friederich von Hayek um dos defensores da modulação da sociedade pelo mercado. O pensamento de Hayek, prega assim como Adam Smith, que a mão invisível do mercado pode regular a sociedade, com base nas liberdades individuais, fundadas na lei.

Liberdade que sob o manto da lei, tutelaria o sujeito das arbitrariedades, tendo a lei como pressuposto estatal garantidor, o que demonstra clara forma de exploração, pois diante da igualdade formal em âmbito jurídico, as condições materiais delimitam o alcance da liberdade.

Hayek demonstra ser totalmente avesso às políticas sociais, pois em que pese sua visão delimitada pelo positivismo, o filósofo relata que se o estado prover o sujeito como detentor da prerrogativa de titular direito, representara afronta a lógica meritocrática do mercado.

Como se destaca do texto a seguir:

Para ele, o Estado deve prover um mínimo de *safety net* para prevenir ou enfrentar a pobreza extrema, mas sem elevar os destinatários deste mínimo de provisão à condição de titulares de direito, para não contrariar a lógica espontânea e justa do mercado. É, está a concepção de provisão de mínimos sociais que está atualmente em alta no mundo e no Brasil, sob a influência da ideologia neoliberal da qual Hayek é considerado mentor. (PEREIRA, 2011, P. 53).

Observa-se que o aspecto biológico do ser humano, para o liberalismo não é levado em consideração, fundamenta-se a sociedade a nível primitivo de subsistência, negando-lhe as mais parcas trivialidades. Sendo dinâmica a sociedade, o habitat natural do homem corresponde a sociedade a qual pertence em sua época. Desta forma se objetiva, a vivência em sociedade a

qual pertence, com a disponibilização dos bens mais básicos para uma vida pautada em dignidade.

Em uma sociedade pós-moderna a sociabilidade é demarcada pelo mercado, não se sujeitando aos caprichos impostos pelo mercado, mas a inserção dos sujeitos nas esferas de consumo e de trabalho. Não se pauta dignidade humana em face de mínimos, conceituados enquanto mínimos nunca irão satisfazer necessidade vitais.

É o que destaca Heller:

[...] o capitalismo constitui a primeira sociedade que, mediante a força e estrutura social, condena classes inteiras da população lutar cotidianamente pela satisfação das necessidades existenciais puras e simples, desde à época da acumulação primitiva até hoje, (HELLER 1972 apud PEREIRA, 2011, p. 58).

Todavia, tratando-se de parametrização, dois autores – Doyal e Gough - se propuseram a delimitar os balizamentos das necessidades básicas, classificando-as em *objetivas e universais*, que devem ser satisfeitas sendo elas: saúde física e autonomia.

Na visão dos autores, saúde física seria, portanto, caracterizada como: a necessidade básica, sem a qual os homens estariam impedidos de sobreviver, enquanto autonomia é a necessidade em que o indivíduo dotado de capacidade elege seus objetivos, atribui valores e com o discernimento pode pô-los em prática.

Restringindo ainda mais o campo das necessidades básicas os autores elegeram como “*satisfadores universais*”, onze categorias que seguem:

alimentação nutritiva e água potável; habitação adequada; ambiente de trabalho desprovido de riscos; ambiente físico saudável; cuidados da saúde apropriados; proteção à infância; relações primárias significativas; segurança física; segurança econômica; educação apropriada e segurança no planejamento familiar (PEREIRA, 2011, p. 76).

Fica demonstrado de como a eleição das necessidades, possui uma íntima relação com a situação fática da sociedade impregnada na relação de consumo. Realidade, que representa, simplesmente o habitat natural do homem moderno. Em oposição aos ideais liberais que diferente do que pregam, buscam uma servidão pautada na formalidade legal.

Onde para o capitalista liberal, uma dependência do indivíduo perante políticas públicas estatais lhe aprisiona e tolhe o espírito de desvinculação, e levando ao ócio. Ou seja, querem uma troca de busca por autonomia por uma prisão legalmente formalizada em leis estatais, condicionando a exploração.

Ou seja, apesar do capitalismo querer negar a destinação de dotações orçamentárias para a implementação dos direitos de dignidade, o que representaria uma acomodação, para a

política liberal está omissão estatal é necessária para colocar os sujeitos na dependência daquilo que o mercado elege enquanto prioridade em detrimento da dignidade.

### 3.2 A efetivação dos direitos fundamentais sociais: §1º do art.5º X Ativismo Judicial.

Uma constituição como um sistema positivo de normas que regem a vida política, econômica e social de um País, não pode se apequenar diante da “*desídia legislativa*”. Não se pode lhe condicionar sua força normativa a uma norma ulterior, mesmo que lhe seja superior. Tal pensamento, é desarrazoado diante da lógica positivista.

A busca por efetivação dos direitos sociais representa o núcleo de toda produção do poder constituinte originário. Percebe-se desde o preâmbulo, e depois se espalha por todo o corpo constitucional, o desejo coercitivo pela implementação dos direitos de dignidade. Tendo em vista a sua vigência e validade, como mitigar normas do diploma maior de um ordenamento? Qual será o verdadeiro objetivo quando doutrinadores e a jurisprudência estatal removem a força vinculativa das normas da Constituição? Quais são os afetados, quanto a sua implementação positiva? Em caso de ausência de eficácia, quem será afetado? E de que modo?

Não seria o momento mais sensato de se abrir ao diálogo sobre as verdades da não efetivação de uma Constituição vigente, que privilegia a sociedade, distribui riqueza, quer erradicar a miséria e fazer valer sua matriz ontológica de solidariedade e fraternidade.

A efetividade da nossa Constituição, representa um marco de amadurecimento da sociedade enquanto um País democrático de fato. É este o desfecho sócio-político esperado por todos, mas com maior euforia pelos oprimidos.

Mas esta implementação passa pelo corpo jurídico, e pelos aplicadores do direito, detentores do tecnicismo de fazer valer toda a força normativa da Constituição.

Tal aspiração é compartilhada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, ao declarar que:

Em âmbito jurídico, não há avanço maior que o de assegurar efetividade ao texto constitucional, com a realização concreta dos seus comandos no mundo dos fatos. E isto pela constatação óbvia de que o legislador constituinte é invariavelmente, mais progressista que o legislador ordinário. Daí por que se devem esgotar todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, sem ficar no aguardo dos agentes infraconstitucionais. (BARROSO, 2014, p. 59)

Por querer ver implementada a constituição, a sociedade age de forma a tornar a convivência em sociedade menos conflituosa possível. Já que é característica da sociedade dos

homens o conflito, pensar em uma sociedade voltada a realizar a justiça social representa um avanço, na democracia para perseguir o bem comum.

Para além do bem comum, as políticas públicas constitucionais, expressamente declaradas, representam a implantação da equidade, da justiça. Justiça que não pode ser confundida como resultado do labor do órgão judicante, pois a justiça mostra-se na contenção das desigualdades sociais, na vazão as demandas oriundas da sociedade. O resultado da prática processualista do judiciário resume-se a produção de normas obrigacionais, vinculantes *inter partes*, como resposta ao acesso à justiça.

Preconiza Dalmo Dallari, ao perscrutar sobre a questão do bem comum, onde pontua:

Ao se afirmar, portanto, que a sociedade humana tem por finalidade o bem comum, isso quer dizer que ela busca a criação de condições que permitam a cada homem e a cada grupo social a consecução de seus respectivos fins particulares. Quando uma sociedade está organizada de tal modo que só promove o bem de uma parte de seus integrantes, é sinal de que ela está mal organizada e afastada dos objetivos que justificam sua existência. (DALLARI, 2001, P. 24).

Do ensinamento acima exposto, percebe-se a íntima relação com a persecução dos objetivos do Estado brasileiro, expostos expressamente na Constituição de 1988.

Desta forma, a implementação dos direitos fundamentais de dignidade, não representam um voluntarismo estatal. A implementação destes direitos, encontra-se presente e dispostos na força normativo-constitucional, vinculando a todos, com poder coercitivo sobre os entes estatais.

Esta é a determinação legal da norma constitucional encontrada no art. 5º, § 1º da Constituição que preleciona que: *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*<sup>30</sup>. Mesmo após, estes anos de vigência ainda pairam posicionamentos quanto da mitigação deste comando. Relacionando, ao constituinte originário uma certa dose de prolixidade, cita-se uma produção legislativa ulterior, colocam-se inúmeros obstáculos linguísticos e semânticos em desfavor da sociedade materialmente carente de cidadania.

A constituição carece de realização, efetivação em sua normatividade, muito se fala em questões normativas que possam impelir o gestor a fazer os direitos expostos na Constituição.

---

<sup>30</sup> A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. (SILVA b, 2010, p. 180)

Não tardamos a responder que a efetivação da Constituição reside no aspecto político da sociedade, mas não deixou tal omissão sem uma previsão normativa coercitiva. Da vinculação do Estado, ao capitalismo liberal fundado da exploração da força de trabalho. Consta na Constituição em seu art. 34, inciso VII, alínea “b” e “e” com maior destaque. Pois encontram-se alinhados com a temática posta em debate, representando a vinculação e a sanção constitucional.

Assim exposto, não teriam os direitos de dignidade uma sanção a sua falta de implementação? Não representa este dispositivo em combinação com o §1º do art5º a eficácia tão controvertida para a não aplicabilidade dos direitos de dignidade e de exercício de cidadania? Coadunando com os comandos do art. 34, inciso VII, alínea b, resta ainda a hipótese de *federalização do julgamento do crime*<sup>31</sup>.

Sendo a seguinte redação:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:  
VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:  
a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;  
b) direitos da pessoa humana;  
c) autonomia municipal;  
d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.  
e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (VADE MECUM, 2016, p. 21) *grifo nosso*

Do texto do dispositivo normativo supracitado, evidencia-se uma sanção em virtude do descumprimento dos objetivos constitucionais, insculpidos na forma dos princípios. Vê-se de pronto a atenção dispensada pelo constituinte em dotar de sanção a omissão do poder executivo dos entes federais por inobservância. Assim expomos mais um dos pontos falhos da teoria analisada em se fundamentar apenas na norma, apartada de todo o sistema normativo da Constituição.

Quanto aos direitos de dignidade, mostra-se patente a regra, que objetiva sua implementação. A falta de eficácia apresenta-se na falta de vontade social, de vontade política, a constituição enquanto sistema normativo não possui o condão de realizar-se por si própria. A questão apresenta-se como algo que a todos afeta, a sociedade deve comprar os ideais constitucionais.

<sup>31</sup> Já na hipótese de intervenção federal, por força do art. 34, VII, b, da CF, era possível vislumbrar certa federalização imediata do cenário tipicamente estadual (por meio da atuação de um interventor nomeado pelo Presidente da República para assumir as funções tipicamente estaduais em nome da União) deflagrada justamente pela violação de “direitos da pessoa humana” (embora sob apreciação do STF, e não do STJ).

Assevera-se evidente o comando normativo na implantação dos direitos de dignidade, devendo a análise deter-se não em normas somente, mas em estrita observância do encaimento sistêmico normativo. A busca por aplicabilidade, eficácia de normas em vigência de uma Constituição, isolada do restante do texto, representa um desmanche semântico de algo claramente exposto, onde não se demonstram equívocos, mas jogos semânticos de esvaziamento.

Tendo por evidência a interpretação da constituição quanto a imediatidade das normas de direitos fundamentais, a conseqüente sanção – cunhada mais no espectro político para se fazer valer – mostra-se evidente uma interpretação favorável à sua realização.

Konrad Hesse, evidencia a necessidade de uma interpretação sempre favorável ao documento político, quando assevera que:

Uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode ser mais realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua, estabilidade. (HESSE, 1991, p. 23).

A Constituição prima pela igualdade material, talvez de difícil possibilidade, mas tendo níveis de miséria intoleráveis, precarização das relações de trabalho, desrespeito a figura humana, vilipendiamento de direitos de dignidade, impossibilitam uma igualdade de fato, se contrapondo aos objetivos da Constituição, mas a eficácia e aplicabilidade de suas normas devem ser perseguidas.

Dalmo Dallari em lição magistral pontua que:

O que não se admite é a desigualdade no ponto de partida, que assegura tudo a alguns, desde a melhor condição econômica até o melhor preparo intelectual, negando tudo a outros, mantendo os primeiros em situação de privilégio mesmo que sejam socialmente inúteis ou negativos. A igualdade de possibilidades não se baseia, portanto, num critério artificial, admitindo realisticamente que há desigualdades entre os homens, mais exigindo que também as desigualdades sociais não decorram de fatores artificiais. (DALLARI, 2001, P. 306).

O acesso ao exercício dos direitos de dignidade, representa um partir do mesmo ponto, a materialização da isonomia, uma maior sociabilidade, o derrubamento de muros erguidos pela artificialidade social e política. Desta forma, possibilita uma inserção dos sujeitos no mercado de consumo e do trabalho. Representando o novo balizamento da cidadania pós-moderna, onde no Estado de Direito, cidadania significa exercer direitos, para ter direitos deve-se

ser cidadão inserido ao mercado de consumo. A utilidade do sujeito hoje fundamenta-se na sua predisposição a sujeitar-se a exploração, a render lucros ao capitalismo liberal.

O afastamento compulsório do mercado de trabalho por inabilidade, incapacidade cognitiva, idade avançada, forçam os sujeitos a irem para a informalidade, para a exclusão de uma cidadania de direitos a dignidade, já que muitos são associados ao status de empregado.

Deste enorme contingente de excluídos, impelidos a pobreza Bauman, declara que:

Cada vez mais, ser pobre é encarado como um crime; empobrecer, como produto de predisposições ou intenções criminosas – abuso de álcool, jogos de azar, drogas, vadiagem e vagabundagem. Os pobres, longe de fazer jus a cuidado e assistência, merecem ódio e condenação – como a própria encarnação do pecado. (BAUMAN, 1998, P. 59).

Nesta mesma esteira, relacionando cidadania, exclusão e pobreza preleciona a Ministra Cármen Lúcia:

O utilitarismo lucrativo passou a ser a única “ética” prezada e reverenciada. De escravo a servo, de servo a súdito, de súdito a cidadão, de cidadão a ... consumidor. Quem não consome não tem direitos, porque deixa de ser útil a um sistema em que a utilidade voltada ao lucro, e nenhuma outra coisa é o critério “moral” aceitável. O não-consumidor é um excluído. E o excluído tem direitos? Se ele está fora da sociedade – a exclusão apelida-se “social” – e o direito é, essencialmente, um conjunto de normas que se põe para a vida em sociedade, quem dela se ausenta do direito se aparta? Quer se inaugurar (ou já se iniciou) um processo de escravização “branca” de populações inteiras às quais se nega mesmo o direito de existir na sociedade, pois a esta não seria útil. (ROCHA, 1997, sp).

Reside na implementação dos direitos fundamentais, o exercício da cidadania pós-moderna, que objetiva o consumo em função da qualificação dos indivíduos para o mercado. Na apropriação dos modos de satisfação para inserção no mercado, possibilitando sua inclusão na nova forma axiológica de dignidade. Tendo a consciência sobre seus atos, e a capacidade cognitiva para traçar suas metas o indivíduo irá orientar suas ações para perseguir sua autodeterminação.

A finalidade da Constituição deve ser observada na persecução dos meios materiais e cognitivos para uma emancipação do sujeito da total dependência do Estado, e da total submissão ao mercado, chegando à situações de precariedade de vivência.

Em um caminhar de mãos dadas, os direitos de inclusão social, conjuntamente com as garantias sociais determinam de forma cabal, a implementação dos direitos de dignidade, como instrumentos processuais constitucionais, poderíamos apresentar dois que possuem grande relevância para os direitos fundamentais: o inciso LXXI do art. 5º e o §2º, do art.103, ambos da CRFB.

Na dicção do inciso LXXI, encontramos a figura da Garantia Fundamental do “Mandado de Injunção” que diante da omissão na produção de norma regulamentadora, que impossibilite o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, e das prerrogativas oriundas de cidadania, da nacionalidade e da soberania. Todo o modo de manuseio processual encontra-se na novel lei 13.300/2016. Representando um avanço mais que aguardado, evidenciando que o exercício de direitos de dignidade, condicionados à discricionariedade do constituinte derivado ou do legislador infraconstitucional, torna o exercício de tais prerrogativas algo temerário no decurso do tempo. Após vinte e oito anos, de total descaso, de falta de alinhamento do Estado para implementar a vontade do constituinte originário, vemos o quanto uma teoria fundada em uma ideologia liberal, torna cidadãos reféns da má vontade política.

Mas, como todo avanço em matéria de direitos de dignidade deve ser comemorado, a Lei nº 13.300/2016, elenca as questões procedimentais, os legitimados, os efeitos e as modalidades de mandado de injunção.

De início, cabe colacionar seus artigos preliminares, para uma melhor visualização, assim começa a novel lei:

Art. 1o Esta Lei disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, nos termos do inciso LXXI do art. 5o da Constituição Federal.

Art. 2o Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Parágrafo único. Considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente.

Art. 3o São legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas referidos no art. 2o e, como impetrado, o Poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora. (BRASIL, 2016).

A lei veio para regulamentar uma situação em que, o vazio legislativo representava um grande hiato no exercício dos direitos de dignidade. Seu advento representa um grande avanço de forma incontestável, por impor a imediatidade dos direitos fundamentais. Tecendo considerações a respeito da nova lei, citamos que o art. 9º, determina a eficácia nos casos de peticionamento de pessoas físicas e jurídicas em sua singularidade, sendo os efeitos da decisão em regra *inter-partes*. Havendo, porém, circunstâncias de que seus efeitos sejam *erga omnes*, de acordo ao caso *in concreto*.

Os efeitos da norma regulamentadora, oriunda da decisão que impõe ao ente o dever de prover a regulamentação, serão, em regra, *ex nunc*, para os peticionantes beneficiários, mas podendo ser *ex tunc* se demonstrar-se mais benéfica à aplicação da nova norma. O art. 12 cuida do rol de legitimados, na modalidade mandado de injunção coletivo, e o art. 13 dos efeitos da decisão.

Ainda para protestar quanto a mora do legislativo, perante a sociedade, temos o remédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, contida na lei nº 9868/99, mas sendo incluída com o advento da lei nº 12063/09. Todavia, diferente da lei do Mandado de Injunção, a sentença não imputa ao legislador um dever-ser, uma coerção, apenas *científica*<sup>32</sup> o poder omissivo, que não se encontra adstrito a produção do feito. O que demonstra a falta de maior zelo, atenção e consideração perante direitos de cidadania. Restando por óbvio a cumplidade do Estado, com o capitalismo em precarizar as condições a coletividade.

Avançando sobre o acima exposto, calha ressaltar o grande embate sobre a luta para ver implementada uma *norma constitucional de eficácia plena*<sup>33</sup> sob a ótica da doutrina de José Afonso da Silva. Aqui está a se falar do art. 102, §3º da CR, em sua redação original, modificado pela EC de nº 40 de 2003. Assim, passamos a leitura do referido dispositivo:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos *interesses da coletividade*, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:

§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; *a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.* (BRASIL, 1988). *grifo nosso*

A discussão girou em torno do objeto do §3º, em saber se a sua aplicabilidade era imediata ou se seria necessário, produção legislativa superveniente, culminando no julgamento da ADI nº04, tendo como ponto de relevo a questão da incidência dos juros reais. A efetivação de tal comando, na realidade social do País representaria um avanço na esfera política, fazendo-se justiça social. Mas, em face da pressão dos grandes grupos financeiros, a prática de juros em função da dívida externa e interna. Não houve possibilidade de implementação, verificando-se um estelionato político contra a dignidade e soberania nacional.

Da dicção do referido dispositivo, afere-se que a produção legislativa ulterior, referisse a norma que regula o crime de usura – crime que hoje encontra-se com a chancela do Estado - praticado pelo sistema financeiro. Sob a lógica do sistema de norma constitucionais o referido parágrafo, goza da mais alta hierarquia dentro do sistema da Lei Maior.

<sup>32</sup> É, sem dúvida, um grande passo. Contudo, a mera ciência ao Poder Legislativo pode ser ineficaz, já que ele não está obrigado a legislar. Nos termos estabelecidos, o princípio da discricionariedade do legislador continua intacto[...] (SILVA b, 2010, p. 48)

<sup>33</sup> [...]estabelecem conduta jurídica positiva ou negativa com comando certo e definido, incrustando-se, predominantemente, entre as regras organizativas e limitativas dos poderes estatais, e podem conceituar-se como sendo aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. (SILVA a, 2009, p. 101).

Não se apresentando como algo que fique na dependência de norma ulterior, seria como já destacado da teoria de José Afonso da Silva, mais uma das normas de eficácia plena, por isso não sendo razoável encontrar-se no rol de normas que sofreram revisão constitucional, ou como no caso em análise, um verdadeiro aleijamento de todo o sistema constitucional ao privilegiar o sistema financeiro, em clara oposição a um comando normativo da mais clara interpretação constitucional.

Percebemos uma nítida intromissão do capital em sede de matéria de cunho constitucional, que avança seus interesses sobre os rendimentos da sociedade em uma relação de parasitismo anunciada pelo constituinte originário, que delegou ao constituinte ordinário e ao legislador infraconstitucional simplesmente a sua supervisão e manutenção para não oprimir em demasia a sociedade.

Diante dos inúmeros posicionamentos favoráveis, outros contra, culminaram na mutilação do sistema constitucional, que negou sua eficácia em face do capitalismo financeiro. O próprio autor da teoria já ponderou sobre o tema alegando ter sido o referido parágrafo uma norma autoaplicável que deveria imprimir seus resultados desde então. Mas sua retirada demarca claramente e de forma incontestável uma grande influência do capital no decisionismo estatal.

Mas, sem nos alongarmos colacionaremos algumas considerações pertinentes do criador da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso da Silva que leciona:

Pronunciamo-nos, pela imprensa, a favor de sua aplicabilidade imediata, porque se trata de uma norma autônoma, não subordinada à lei prevista no caput do artigo. Todo o parágrafo, quando tecnicamente bem situado (e este não está, porque contém autonomia de artigo), liga-se ao conteúdo do artigo, mas tem autonomia normativa. Veja-se, por exemplo, o §1º do mesmo art. 192. Ele disciplina assunto que consta nos incs. I e II do artigo, mas suas determinações, por si, são autônomas, pois uma vez outorgada qualquer autorização, imediatamente ela fica sujeita às limitações impostas no citado artigo.

Se o texto, em causa, fosse um inciso do artigo, embora com normatividade formal autônoma, ficaria na dependência do que viesse a estabelecer a lei complementar. Mas, tendo sido organizado num parágrafo, com normatividade autônoma, sem referir-se a qualquer previsão ulterior, detém eficácia plena e aplicabilidade imediata. O dispositivo, aliás, tem autonomia de artigo, mas a preocupação, muitas e muitas vezes revelada ao longo da elaboração constitucional, no sentido de que a Carta Magna de 1988 não aparecesse com demasiado números de artigos, levou a Relatoria do texto a reduzir artigos e parágrafos e uns e outros, não raro, a incisos. Isso, no caso em exame, não prejudica a eficácia do texto. ( SILVA 1999 apud SILVA JÚNIOR, 2001).

Colocando-se ainda, de forma mais contundente e nos proporcionando uma lição de interpretação constitucional. Colocamos como suporte favorável a aplicação imediata da referida norma, todo o conhecimento de um dos maiores expoentes do constitucionalismo pátrio.

Assim temos que em função de uma melhor interpretação, alinhada com os ideais da Constituição Cidadã, em privilegiar o homem, a sociedade, o país. Percebemos nos encontrar dentro de uma corrente mais apropriada aos ditames constitucionais. Que demonstram um maior comprometimento com as questões de dignidade, cidadania, fraternidade e eliminação das desigualdades sociais.

Onde diante da demonstração do nosso ponto de vista, a remoção do dispositivo demarcou como um ponto desfavorável à teoria analisada mais um aspecto faticamente prejudicial a sua fundamentação.

Temos na pedagogia de Eros Graus, como algo favorável às nossas considerações, onde o nobre interprete assim pontua:

[...] pretender que uma norma constitucional, que contém um comando proibitivo e sua respectiva sanção, só opere seus efeitos após subvertência da lei ordinária que nada lhe acrescentará é subverter a hierarquia das normas jurídicas, conferindo-se a lei força maior que a Constituição. (GRAUS 1985apud SILVA JÚNIOR, 2001)

Convém de forma mais que apropriada o teor do voto do Ministro Marco Aurélio de Mello, em julgamento de Agravo de Instrumento nº 234441/RS de 04/03/99, em trecho destacado:

[...]. Todavia, os ditames da consciência levaram-me a assumir, ultimamente, posição diversa, voltando a sustentar a tese que desde o início defendi. É que a usura vem vencendo o Brasil, com nefastos efeitos no campo social. Grassa o desemprego, fato que contribui para o aumento da criminalidade. As contas públicas estão seriamente comprometidas com os acessórios da dívida interna. Por isso, voltei a expressar o convencimento externado nos idos de 1991, e que, com a passagem do tempo, somente restou robustecido. Tenho como autoaplicável, tal como vem proclamado o Poder Judiciário de Estado do Rio Grande do Sul, a regra do §3º do art. 192 da Carta, que, a rigor, deveria estar em dispositivo autônomo. A única justificativa para o lançamento da norma em parágrafo é notória fuga do legislador constituinte de 1988 à elaboração de um diploma constitucional com número excessivo de artigos.

Com certeza, não é no direito como instrumento estatal, o repositório para a sociedade encontrar respostas onde o próprio direito não quer fazer valer o que se encontra expressamente escrito. O direito em sua interpretação positivista, reducionista de norma, aprisiona a eficácia das normas constitucionais, em dizer menos do que deveria, mas por outro lado, esta mesma Constituição é tachada de prolixa.

A eficácia e a conseqüente aplicação das normas de dignidade passam pelo corpo político. E o Estado enquanto, forma jurídica do capitalismo, agindo em prol dos seus interesses, em nada possibilitara a desvinculação deste status de sujeição. Como toda norma afeta ao mundo jurídico, as normas constitucionais nasceram para se fazerem sentidas no mundo fenomênico.

De nada adianta, se construir todo um sistema normativo, que a todos vinculam para vivermos sob a arbitrariedade dos mais poderosos. O apego ao passado recente foi o maior motivo do conteúdo normativo da Lei Maior, a sociedade produziu tal texto para livrar-se de uma possível visita da sociedade ao passado.

Sobre esta ótica, vê-se uma possibilidade de ser realizada, não restando nada que lhe possa tolher ou condicionar sua eficácia, a não ser a vontade humana, política e do capital principalmente. A realização dos mandamentos representa a esperança de inúmeros brasileiros até os dias de hoje. Por representar promessas possíveis e realizáveis, condicionadas no ideal de dignidade, justiça social, fraternidade e erradicação da miséria.

Independente de ideologias, nada justifica a não realização e a conseqüente frustração de uma sociedade, que já praticamente resta-se coisificada, para atender às predileções da exploração capitalista.

Na lição de Eros Roberto Graus, que nos adverte:

A constituição não deve contemplar promessas inexecutáveis, seja do ponto de vista social, seja economicamente. Consagrar-se, em sede constitucional, promessas vãs, antecipadamente frustradas, retira a seriedade de um documento fundamental, transformando-o em mero instrumento de dominação ideológica. (GRAUS 1985 apud BARROSO, 2014, p. 74).

Em uma país de inúmeras questões sociais desfavoráveis, ter direito ao exercício dos direitos de dignidade, e desfrutar da inclusão no seio da sociedade e exercer sua cidadania, representa o corolário do princípio da soberania fundada nas escolhas da sociedade do povo.

Em aspectos doutrinários dogmáticos, o exercício é possível e realizável, a constituição não apenas prevê a imediatidade como determinar o modo de seu alcance e previsões de coercibilidade, para fugir da discricionariedade temerária do gestor.

### *3.2.1 Ativismo Judicial*

A passagem do status político-constitucional, do regime ditatorial militar para o regime Democrático de Direito, representa na recente história brasileira a possibilidade real de mudança no panorama social. Com esta Constituição, caminhamos para um dos maiores períodos de respeito as instituições – apesar do recente episódio com um novo impedimento, caracterizado pelo fisiologismo, onde se houve repercussão a nível internacional. Por ter o governo anterior dotado as instituições de grande autonomia, onde acarretou a investigação de grandes

políticos (parlamentares), resta ainda a implementação de políticas públicas lastreadas nos direitos de dignidade que em nada agradaram a elite dirigente- onde a convivência dos poderes vem se mostrando a mais democrática possível.

Pois a nova era constitucional em que vive o país, necessita de um caminhar mais virtuoso, descolado do fisiologismo, e mais devotado aos anseios esculpidos na Carta Magna. Em função da recente democratização, o constitucionalismo não gozava da devida atenção. Mostrando-se dessa forma a interpretação jurídico positivista da subsunção da norma ao fato.

Dada a magnitude, os conceitos vagos, aspectos principiológico e a busca por implementação dos objetivos da Carta Política, passava aos métodos de interpretação desvinculados da grandeza hierárquica, e da novel ordem-jurídica instituída que prima pela primazia da Dignidade da Pessoa Humana, algo não reconhecido na ordem anterior. Como ponto de relevante importância, a introdução do Brasil ao status de Estado Democrático de Direito, inaugura uma atenção maior aos direitos fundamentais, e da respectiva positivação e do comprometimento na persecução dos objetivos mais humanitários, quer na ordem interna quanto externa.

Que são declaradamente expressos no Preâmbulo, em seu Título I quando pontua em seus artigos, fundamentos, objetivos, e todo o lastramento de sua política internacional, voltados na realização da pessoa humana. Onde expressa com maior contundência, assegurar o exercício dos direitos fundamentais, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza, e das desigualdades, e prevalência dos direitos humanos.

Demonstra-se uma nova ordem, um novo panorama, sendo, por conseguinte uma nova ordem de ver o direito dotando de força vinculante, e ostentação normativa superior os comandos constitucionais. Pontua-se aqui a lição do Ministro Luís Roberto Barroso, ao declarar:

*Constitucionalismo* significa Estado de Direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. *Democracia*, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular. E é, também, um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres. (BARROSO, 2014, p. 25).

Sob esta concepção ideológica do direito, o Estado brasileiro inaugurou um marco de pensamento, e de ação diante de suas questões particulares, sob esta nova realidade a insistente aplicação das práticas ultrapassadas do positivismo liberal, renderam-nos frutos amargos. Como ponto importante a se considerar, a teoria de José Afonso da Silva, foi por muitos usada como justificativa para a postergação de normas reguladoras de direitos fundamentais.

A produção ulterior, de regras que dotem de eficácia o diploma Maior, lhe causam apequenamento diante de normas infraconstitucionais, representando uma inversão de papéis dentro do positivismo kelseniano. Diante desta situação, houve o agigantamento de uma nova concepção de interpretação do direito constitucional.

Que restabelecendo os parâmetros, pontuados pela doutrina colocaram em lugar de destaque a Constituição. Levou os interpretes, doutrinadores e aplicadores do direito a repensar a ordem de colocação de prioridades diante da análise do caso in concreto. Não se afigurava mais razoável, práticas de uma verticalização ilógica. Onde privilegiava-se a norma inferior até se chegar a Constituição, com a nova Constituição, todos os documentos devem lhe render reverência.

Utilizando-se de toda sua carga principiológica é que se começa a visualizar a produção de novas leis, diplomas legais e as interpretações dos aplicadores do direito. Assim subcreve-se um capítulo importante no direito constitucional brasileiro, sob esta ótica que nasce o ativismo judicial.

Nas palavras de Elival da Silva Ramos, seria o ativismo judicial:

A singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional está, pois, diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou as invalidando-as em caso de conflito; o caráter nomogenético de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípio, o que amplia sua incidência a outros quadrantes do ordenamento, [...]. (RAMOS, 2010, P. 139).

Com a vigência da Constituição de 1988, surgiu para a sociedade uma nova percepção do direito constitucional, totalmente em oposição a Constituição anterior, mesmo contendo direitos fundamentais de dignidade em seu corpo textual, apresentavam-se como meros adereços. Totalmente incompatíveis com a situação fática do País, pois a sociedade vivia sob constante estado de vilipendiamiento de suas prerrogativas de cidadania. A constitucionalização do direito nacional, sua irradiação para as demais searas, representa um amadurecimento democrático e a possibilidade de implementação dos objetivos e fundamentos da Constituição.

Em um cenário de fragmentação da soberania dos Estados nacionais diante do poderio capitalista, a Constituição representa a última barreira de defesa contra o avanço das incorporações multinacionais e sua sede por mercado, mão de obra barata e de matéria prima.

É a Constituição o elo jurídico-político de resgate da sociedade diante da tentativa de coisificar tudo e a todos, sendo a bóia de salvação para os sujeitos, que em face da tutela de seus direitos pelo Estado, esperam que a Constituição dotada de eficácia e de aplicabilidade possa representar uma cidadania inclusiva, como reflexo da soberania.

Sob este mesmo ponto de vista posicionou-se o Ministro Luís Roberto Barroso:

A paisagem é complexa e fragmentada. No plano internacional, vive-se a decadência do conceito tradicional de soberania. As fronteiras rígidas cederam à formação de grandes blocos políticos e econômicos, à intensificação do movimento de pessoas e mercadorias e, mais recentemente, ao fetiche da circulação de capitais. A globalização, como conceito e como símbolo, é a manchete que anuncia a chegada do novo século. A desigualdade ofusca as conquistas da civilização e é potencializada por uma ordem mundial fundada no desequilíbrio das relações de poder político e econômico e no controle absoluto, pelos países ricos, dos órgãos multilaterais de finanças e comércio. (BARROSO, 2014, p. 102).

Foi sobre este terreno fértil, adubado pela ideologia do privilégio a dignidade da pessoa humana, do exercício dos direitos de dignidade, da erradicação da pobreza e do princípio da solidariedade que o direito constitucional brasileiro ganhou nova roupagem, em uma moldura borrada pelo conservadorismo positivista. A confluência de fatores positivos, proporcionam tendencialmente uma nova visão do direito sobre as demandas emergentes da sociedade, que buscavam um desfecho favorável na demarcação dos direitos disponibilizados, nasce assim a figura doutrinariamente chamada de *pós-positivismo*<sup>34</sup>.

Desta nova corrente interpretativa, vincada em princípios, em valores, no respeito aos mandamentos constitucionais, encontra-se na nova dogmática constitucionalista, um novo modo de olhar as normas constitucionais e lhes dá a devida oportunidade de eficácia. Chamados por estes novos teóricos de *Neoconstitucionalismo*, lastreada nas idéias do “*pós-positivismo*” como marco para uma nova interpretação, que procura maximizar os valores, as normas constitucionais, em face de todo o ordenamento disposto.

Representando a boa interpretação que busca se socorrer na Constituição, sempre a levando em consideração. Aplicando seus princípios, normas e valores quando da sua interpretação somente, quanto quando da interpretação das normas infraconstitucionais que, devem sempre prezar por uma interpretação constitucionalizada.

Retirando a máxima força dos princípios, normas, valores que elevem o ordenamento jurídico a potencializar a força coercitiva da Constituição para sempre lhe render a mais severa reverência e respeito. Tornando assim, todo o ordenamento como algo reflexo e totalmente indissociável da Constituição, lhe conferindo o norte de toda a unidade orgânica da juridicidade pátria.

---

<sup>34</sup> O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. (BARROSO, 2014, p. 146).

Por esta nova vertente interpretativa que maximiza as potencialidades da Constituição o Ministro Luís Roberto Barroso assim posicionou-se:

[...] a constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. A luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional [...]. (BARROSO, 2014, p. 33).

Constata-se que, em face do novo, marco jurídico – a Constituição de 88 – o direito constitucional ganhou proeminência, passando a se discutir não mais a eficácia das normas constitucionais. Mas como proceder esta eficácia, como dotar os meios instrumentais constitucionais disponíveis, o seu manuseio, maximizar sua aplicabilidade, restando demonstrado que a prática do *Ativismo Judicial* não representa invasão de competências. Ganhou destaque, a questão da *judicialização dos direitos fundamentais*<sup>35</sup>, e o ativismo jurídico.

O ativismo representa hodiernamente esta nova possibilidade de depositar no judiciário um real protetor da cidadania e da Constituição, dos avanços do capital sobre a sociedade e da omissão do Legislativo e do Executivo, representando uma modalidade mais alinhada aos quesitos de harmonia entre os poderes.

Na visão de Elival da Silva Ramos, em sua obra que aborda esta nova modalidade interpretativa, declara que:

Não apenas as funções estatais se alteram em razão da concepção que se tenha a propósito das finalidades do Estado, mas, também, o número de órgãos constitucionalmente previstos varia em face da maior ou menor amplitude do catalogo de atividades a serem por eles desempenhadas. {...}, o rateio funcional há que assumir contornos profundamente diversos, compatíveis com a necessária eficiência na atuação estatal, admitindo-se, sem pudores, o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão. (RAMOS, 2010, p. 114).

O autor acima citado, pontua que o rateio das atividades estatais dos poderes representa uma nova dinamicidade, prezando para um alinhamento mais hodierno aos reclames da sociedade em consonância ao que postula a nova interpretação que privilegia as normas da Constituição.

Tornando a administração mais dinâmica, eficiente e voltada a realização da plena cidadania dos sujeitos constitucionais inseridos em um determinado território.

<sup>35</sup> O pós-positivismo não retira a importância da lei, mas parte do pressuposto de que o Direito não cabe integralmente na norma jurídica e, mais que isso, que a justiça pode estar além dela. (BARROSO, 2014, p. 35).

Mas em outra passagem, passagem abordando a fundamentação crítica, o supracitado doutrinador pontua o ponto de discordância:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2010, p. 116).

Por óbvio em toda Constituição Democrática, a separação de poderes já mostra-se algo pacífico, todavia, sendo o Estado utilizado pela classe Burguesa como instrumento de conformação de políticas liberais, a prevalência por anos de uma teoria que deixou a cargo da discricionariedade legislativa o regramento infraconstitucional de direitos de dignidade. Não parece razoável falar em usurpação de competências em cima de marcos delimitados pelo constituinte originário, e de atribuições jurídico-constitucional de zelar pela implementação da Carta Política.

Devendo-se se atentar, ao fato de que o contingenciamento, na esfera de atuação do poder judiciário é francamente delimitado pela atuação do Poder legislativo. Se esta atuação, encontra-se em expansão, resta demonstrado a falta de enfrentamento do legislativo em questões pertinentes. Cumprindo salientar que, a oportunização, sobre incrementos regulatórios de direitos, já fora dado pelo constituinte originário 88 *ab initio*, não restando outra atitude do judiciário senão o enfrentamento.

Entende-se a preocupação do eminente doutrinador ao falar da descaracterização da função judicante, mas em face dos incisos XXXV, XLI e LXXI, todos do art. 5º da Constituição.

Que diante de tal possibilidade, nos coadunamos com a pedagogia da nossa eminente mestra Claudia Goncalves, onde declara expressamente que:

Se o judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controlá-las sob o prisma constitucional, especialmente no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. É dizer-se: alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou cerceie os pilares da democracia pluralista (GONÇALVES, 2005, p. 211).

É sobre o perecimento do direito de dignidade, que se levanta o ativismo judicial, sobre as questões fáticas em que um positivismo, vincado em um formalismo conservador ceifa vidas e sonhos. Não se apresenta manifestamente aceitável, uma legião de pessoas postergarem projetos, vida e a cidadania por conta do exercício da discricionariedade de um poder que em nada mais encontra-se linkado ao poder soberano, poderá o povo diante do perecimento dos

seus direitos torna-se passivo? Nos parece uma atitude temerária, uma sociedade fechar os olhos para o que aflige o próximo, e aguardar que não respingará nada em nós.

A sociedade pós-moderna é o consumo, e o consumo em suas várias vertentes, onde a mídia insiste em nos lembrar e incentivar, fazendo-se demarcação da nova cidadania. Prover direitos sociais é ação preventiva já que de outra forma todos serão afetados.

Na lição de Carmen Lúcia, ela pontua que:

[...], os direitos fundamentais, pela sua própria natureza, não podem esperar para um deslinde que somente sobrevenha quando o bem jurídico é a vida, a liberdade ou a segurança, por exemplo, seja em suas manifestações diretas, seja em suas apresentações mediatas[...]

A prevenção é o melhor cuidado a se tomar, juridicamente, em caso de direitos fundamentais. Quanto mais eficientes forem os sistemas acautelatórios a fim de que ameaças sejam sustadas ou desfeitas antes mesmo da prática prejudicial aos direitos, tanto melhor atendidos estarão os objetivos dos ordenamentos jurídicos. (ROCHA, 1997, sp)

Esta inovação, repousa no descontentamento, na crise de representatividade em postergar, regulamentações dos direitos para exercício de cidadania, ou quando não, da sua mitigação. A robustez, incrementada sob esta nova forma, de lançar um olhar pragmático ao direito no Brasil, e em outros países, deve-se ao esvaziamento dos direitos fundamentais.

Tal perecimento, vem se mostrando diante de inúmeros casos de desrespeito, aos direitos de matriz de dignidade. Este espaço de inoperância legislativa, avolumou uma gama de demandas, onde desafiam uma resposta à altura, pelo judiciário.

Ao se falar de intromissão, não podemos esquecer da vinculação constitucional, obrigando o judiciário a uma ação comissiva, não podendo esgueirar-se do seu dever-ser. A Constituição em seu art. 5º, inciso XXXV, declara expressamente que: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. De pronto, percebe-se a impossibilidade, do judiciário fechar os olhos, para demandas que lhe são confiadas. E não somente, isto, mas existe toda uma eficácia cogente, que obriga a observação do exercício da cidadania pelo Poder judicante.

Consubstanciado nos valores da fraternidade, solidariedade e dignidade da pessoa humana, aspectos axiológicos vetoriais do Estado brasileiro. Quando, em face do uso das prerrogativas de cidadania – materializadas em garantias fundamentais – o judiciário é chamado a manifestar-se por omissão legiferante, em face da aplicabilidade das normas constitucionais, eivadas de eficácia.

Ao atribuir prestígio ao judiciário, o constituinte lhe reservou uma competência da máxima importância, como guardião constitucional. No artigo 102, caput, observa-se expressamente este atributo, onde lemos que: *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipua-mente, a guarda da Constituição.*

Por tal parametrização constitucional, percebe-se, o dever de zelo, obediência e de respeito às normas constitucionais, além da persecução para implementação do Diploma Constitucional. Nos deparamos com uma discricionariedade em escolher os meios eficazes, segundo Robert Alexy:

[...] entra em cena quando normas de direitos fundamentais não apenas proíbem intervenções, como também exigem ações positivas como, por exemplo, a concessão de uma proteção.

Essa discricionariedade decorre da estrutura dos deveres positivos. Se é obrigatório salvar alguém que se afoga, se isso é possível tanto por meio de um salvamento direto a nado, quanto por meio do lançamento de uma bóia de salvamento, quanto com o auxílio de um bote, então, o dever de salvar não decorre a obrigação de se utilizar dessas três possibilidades. O dever é cumprido se o salvamento é alcançado por meio dos três caminhos. (ALEXY, 2014, p. 586).

É em função da eficácia normativa, que o judiciário encontra-se impelido a se posicionar, nascendo desta forma uma obrigação legal, fundada em balizas deontológicas, que direcionam o agir judicial, não se observando uma discricionariedade, mas a utilização de meios para atingir um fim. Representando um agir vinculado em normas vigentes, dispostas a garantir aplicabilidade das normas constitucionais.

Demonstrando, coercitividade da Constituição sobre o judiciário em aplicar o que preceitua a Lei Maior, amparada no princípio de acesso à justiça. O que resultará em uma norma para vincular as partes envolvidas na lide, em caso de inadimplemento regulatório.

Como a Constituição nasceu para ser implementada por todos, cabendo a cada Poder, em sede das respectivas competências, fazer valer as normas constitucionais, não deixando de tomar para si, decisões delicadas, cheias de grande tensão social. Talvez esta apatia, ou desídia legislativa decorra do não comprometimento do capital político, envolvido em algumas decisões políticas.

A teoria lastreou toda uma hermenêutica vinculada em produção legiferante ulterior, condicionando inúmeros representantes a fechar os olhos para as questões de direitos fundamentais. Esta omissão, aparentemente despropositada, incutiu nas mentes de alguns julgadores, a fundamentação liberal da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, provocando enorme prejuízo a tessitura social pós-Constituição de 88.

No dia-a-dia do judiciário inúmeros casos, resultaram em prejuízo ao exercício da cidadania, levando a um enfraquecimento da ordem jurídica estabelecida. O judiciário encontra-

se limitado em uma zona constitucional de ação, sendo limitado sua margem a discricionariedade, balizada pelo constituinte originário, e na margem de omissão do legislador, restando apenas conceitos indeterminados como do seu agir judicante, em face da dinamicidade das relações sociais, devendo não deixar a lei ou norma despida de eficácia em decurso do tempo.

Apresenta-se inquestionável a importância dos Poderes para a sociedade nos aspectos, social, econômico e a *importância da política*<sup>36</sup> na vida cotidiana da sociedade. Importância esta que, no decorrer do tempo, por omissão do legislativo levou a sociedade a imprimir demandas, em um espaço que deveria ser regulamentado por produção legislativa, ficando um inadimplemento político social, para o exercício da cidadania plena.

O *artigo 2º da Constituição*<sup>37</sup> preconiza os ditames da convivência dos poderes no Estado Democrático de Direito, não anulando a possibilidade de uso de prerrogativas originariamente de determinado Poder, por outro. A respeito, temos as figuras das medidas provisórias, as comissões parlamentares de inquérito, representando um modelo avançado da devida convivência entre os poderes, não havendo usurpação, nem tão pouco intromissão.

Como primado da soberania, da cidadania, em um Estado Democrático de Direito, a manutenção de um Poder Judiciário independente e autônomo, apresenta-se como *conditio sine qua nom*, ao Estado Democrático de Direito dentro das balizas legais institucionalizadas pela Lei Maior.

### **3.3 Dignidade da Pessoa Humana: mais que um princípio da CR de 88.**

Dentre os vários princípios constitucionais, internalizados em nossa Constituição, a dignidade humana representa a resistência do oprimido pelo opressor. Um opressor que nos é descaracterizado, que não possui rosto, mãos, braços, mas tem olhos. Olhos que, ao longe tudo vê, uma presença onipresente, que embora possa se assemelhar a Deus.

Não reconhece misericórdia ou compaixão, explora, oprime, quer sangue e vidas. E em nome da acumulação, escravizou por mais de três séculos, um contingente de pessoas, que nunca souberam o que é ser pessoa, gente, ser humano. Que apenas conheciam a escuridão das senzalas, o som terrífico do chicote cortando o ar e a súplica por suas vidas.

---

<sup>36</sup> Não há direito, não há ordem possível sem política. A ausência da política é o espaço do caos e da guerra. Mas tal compreensão é apagada do discurso que constitui a realidade cotidiana. (PINTO, 2011, p. 62).

<sup>37</sup> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. (VADE MECUM, 2016, p. 05)

Vidas que nada representavam, ou se muito valiam tanto quanto o melhor gado da fazenda de seu possuidor. Não distante desta situação, temos os irmãos originários, que igualmente aos irmãos de cor da noite, tiveram tal sorte, onde antes reinavam e desconheciam limites para suas atividades diárias, agora como um animal em extinção, fogem, escondem-se, não são mais donos, passando a serem intitulados de *silvícolas*, onde a Constituição apregoa que estes já não habitam suas terras, mas que a ocupam, conforme dicção do art.231, §1º.

Ancorado na dignidade que a sociedade brasileira se apega à utopia de vencer a batalha da opressão, imposta a todos de cima para baixo. Onde esta força de cima, dita invisível que na visão liberal condicionaria a sociedade, sem a necessidade da intromissão estatal, dita as regras da cidadania, do exercício de direitos, e abre a possibilidade do gozo da liberdade.

O capitalismo, capitaneado pelo complexo organizacional burguês apropria-se de governos e os impele a legislar para seus interesses. Assim como derrubou o regime absolutista pela ocupação das esferas estatais de produção da forma-jurídica, a burguesia planta barreiras físicas, metafísicas e de cunho legal. Em todo um emaranhado ideológico, político, econômico e juspositivista.

A escravidão nos moldes da acumulação de riquezas das colônias espanholas e portuguesas, não se apresentam mais como modelo ético aceitável, pois não se admite cidadãos que trabalhem, mas não estejam inseridos na lógica de consumo do mercado global. Entretanto cada vez mais observamos sob uma visão neoliberal que as relações de trabalho, demonstram-se quase como relações escravistas. Sob a lógica mercantil, a mão de obra já se mostrou há muito tempo como matéria, insumo, dentro do mercado.

Se vivência uma escravidão em tempos de pós modernidade, em vista do que sempre se coloca como aceitável para atender às necessidades da sociedade – mínimos existenciais – colocando os meios para sobrevivência parametrizados em níveis precários. Demonstrando-se uma colisão frontal entre o que quer a Constituição e o que determina o mercado. É o trabalho assalariado, a convenção social mais lucrativa ao capitalismo burguês exploratório, como tardiamente descoberto pela elite brasileira, que mostrou-se resistente a abolição dos negros africanos. Nos deparamos atualmente com a figura da *flexibilização trabalhista*, que em face de proteger as relações de exploração, se quer retirar a força normativa da lei em face do que ficar acordado entre as partes.

Representando um claro privilégio da classe burguesa, do capital em detrimento da proteção estatal aos trabalhadores (parte mais frágil da relação), para se seguir modificando as formas de exploração, contrapondo-se ao princípio da dignidade da pessoa humana e da legalidade.

Eduardo Galeano, já nos alertava sobre o novo modelo de exploração em sua obra ao nos demonstrar o aspecto lucrativo em trecho de sua obra, quando relata que:

Já agonizava o século quando os cafeicultores, convertidos na nova elite social do Brasil, apontam o lápis e fizeram as contas: eram mais baratos os salários de subsistência do que a compra e a manutenção dos escassos escravos. Aboliu-se a escravidão em 1888, e ficaram assim inauguradas as formas combinadas de servidão e trabalho assalariado que persistem em nossos dias. (GALEANO, 2012, p. 07).

Em face das lutas por dignidade, que gritam os direitos fundamentais, os direitos de dignidade querem compactuar da ideologia da nossa Constituição, querem compactuar da fraternidade, da solidariedade, da erradicação da pobreza. É nesta fabula utópica que pela manhã, milhões de brasileiros levantam-se todos os dias, que se submetem ao novo modelo colonialista exploratório. Se submetem ao exercício de uma cidadania imposta, que lhes tolhem a autonomia e nega a dignidade, que somente lhes apresenta a face da exploração.

Uma cidadania que se fundamenta na exclusão, e condiciona-se apenas no exercício do voto. Uma cidadania nos moldes liberais, que não leva em conta toda a pluralidade de sujeitos, de demandas, de bens jurídicos para o exercício da cidadania, incompatível ao Estado Democrático de Direito.

Cidadania liberal demonstrada na pedagogia de Vera Regina Andrade, ao pontuar:

O cidadão é o protótipo do eleitor. E assim como a construção democrática requer ultrapassagem da democracia representativa, a construção da cidadania requer a ultrapassagem do cidadão-eleitor e, mais do que isto, a própria construção democrática para além da democracia liberal requer a construção da cidadania para além do liberalismo. (ANDRADE, 2003, p. 71).

A importância do princípio da dignidade, representa o resgate de uma cidadania, que não se realiza presa sob a mão do liberalismo burguês. Assim como o Estado é um meio de imposição do ideário liberal capitalista, repousa no Estado os meios para persecução da *Dignidade da Pessoa Humana* como fundamento da República do Brasil.

O princípio da dignidade, representa a bóia de salvamento no mar tormentoso do mundo globalizado, o reconhecimento do status de pessoa, de cidadão, de sujeito de direito, de ser considerado humano. O Estado, enquanto refém do capital, obstaculiza a efetividade dos direitos sociais, mas a Constituição ao elevar a dignidade como fundamento maximiza eficácia das normas de dignidade.

Por conta desses caprichos, maliciosamente muitos doutrinadores, tendem mitigar a humanidade, inclusive a deles. Já que na doutrina existe uma corrente que insiste em querer conceituar dignidade, seria como quantificar, ou coisificar algo impossível, pois a dignidade é íntima, particular, pessoal, inalienável e indisponível ao âmbito mercadológico.

Como bem acentuou Kant, a dignidade não é concebida em um cunho valorativo pecuniário, encontra-se acima disto, acima da sede mercantilista do mercado, é esta sua lição ao declara que:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. (KANT (2003) apud TAVARES, 2010, p. 582).

Trilhando o raciocínio kantiano, a pedagogia de Fabio Konder Comparato, nos ensina que:

[...] a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. (COMPARATO (2001) apud TAVARES, 2010, p. 582).

Podemos evidenciar, ao menos que a dignidade, representa um limite ético, moral e metajurídico, de alto calibre na contenda do expansionismo liberal. A dignidade delimita cabalmente, como fundamento constitucional, onde o Estado deve posicionar-se, demarcando os limites contíguos de sua atuação. Percebe-se, ser a dignidade o repositório da consciência coletiva, o *status de ser humano*, para o exercício de cidadania fundado na soberania em determinado território.

Liberando os sujeitos constitucionais, para exercitar suas liberdades sem amarras, nem obstáculos, na busca por sua autodeterminação. É a dignidade um fator de evidenciamento da justiça, atuando de maneira prudente em relação à prevenção de questões impeditivas para o exercício da cidadania.

Justiça de cunho social, inclusiva que eleva-se como fundamento do Estado Democrático de Direito, como fruto do equilíbrio dos poderes na prática cotidiana dos fundamentos e comandos constitucionais de políticas públicas que buscam valorizar os cidadãos e dotá-lo de liberdade.

Lhe possibilitando a devida autonomia que, possibilite um exercício das suas liberdades, não nos moldes das liberdades de cunho liberal, mas a liberdade de se autodeterminar, de buscar ser e conviver na sociedade e para a sociedade, em se sentir útil e incluído no máximo exercício de sua cidadania.

A busca pela dignidade, é o que arrefece o ser humano e lhe abre o leque dos meios de se auto determinar, de possuir autonomia. Desta forma, é a dignidade o instrumento de cunho

jurídico político apresentando sob a forma de princípio que, possibilita a orientação na busca por realizar seu querer sem interferências alheias.

Assim é apresentada a lição de Bobbio, quando pontua:

Por liberdade positiva, entende-se – na linguagem política – a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer dos outros. Essa forma de liberdade é também chamada de autodeterminação ou, ainda mais apropriadamente, de autonomia. (BOBBIO 1997 apud TAVARES, 2010, p. 583).

Em função desta racionalidade, a dignidade humana, se conecta tanto com o mundo material como com o mundo metafísico. A dignidade representa assim, algo indissociável de todo e qualquer ser humano. É singular, é particular, é intimamente privado, inconcebível sem sua personalidade. Somente se adequando, se aderindo a sua alma, seu espírito, lhe pertencendo desde sua concepção e lhe acompanhando até sua morte, residindo tanto na singularidade do sujeito quanto na pluralidade de determinada sociedade.

Sendo por todos compartilhada, mas exercitada na individualidade, representa o respeito que todos devem dispensar para o próximo, já que a dignidade de um reflete no outro. Algo que não encontra equivalente, logo não existindo um substituto natural.

É o que nos ensina Miguel Reale, quando declara:

A meu ver, é o conceito de pessoa que demonstra ser o homem um *ser social, de per si*, visto ser em si e por si mesmo um *ser* que sente, pensa e quer: um ser inconcebível sem se relacionar com outrem, para *ser o que é e deve ser*; para ser, em suma, um eu e a sua própria circunstância, o que nele é imutável e o que se desenvolve no tempo. (REALE, 2005, p. 103).

Todavia não reside somente no campo da ética e da moralidade, os atributos da dignidade humana. Em suma, projetam-se para dentro da vida cotidiana, vida social, em sociedade, abrem-se na perspectiva material. Ter dignidade, ser digno em uma sociedade pós-moderna carrega consigo o ônus do dispêndio econômico.

Desta forma a cidadania, não se realiza somente na projeção da disponibilidade de direitos, e não tão somente em seu exercício. O círculo deve-se fechar, e por isso necessita de dinheiro, é este o habitat do homem pós-moderno, a cidade totalmente fechada na lógica capitalista.

Se as condições dadas ao homem, se mostram desta maneira, não resta outra alternativa que não se condicionar os meios disponíveis a sobrevivência. Mostrando desta forma que, em função daquilo já abordado é na convivência em sociedade, na sociedade de sua época com as devidas influências que lhe imprimem o meio que se descortina o verdadeiro habitat do sujeito pós-moderno, cidadão.

Em função do meio apresentado ao homem Hannah Arendt, posiciona-se desta forma:

A condição humana compreende mais que as condições sob as quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados, porque tudo aquilo que com que eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. O mundo no qual transcorre a *vita activa* consiste em coisas produzidas pelas atividades humanas; mas as coisas que devem sua existência exclusivamente aos homens constantemente condicionam, no entanto, os seus produtores humanos. Além das condições sob as quais a vida é dada ao homem na Terra e, em parte, a partir delas, os homens constantemente criam suas próprias condições, produzidas por eles mesmos, que, a despeito de sua origem humana e da sua variabilidade, possuem o mesmo poder condicionante das coisas naturais. O que quer que toque a vida humana ou mantenha uma duradoura relação com ela assume imediatamente o caráter de condição da existência humana. (ARENDR, 2010, p. 11).

Sob o argumento acima compartilhado, não se apresenta mais em nossos tempos uma vida digna, sem uma introdução do indivíduo no mercado, quer de consumo, quer de emprego, em função desta sujeição a pressão do mercado. Por óbvio, a materialidade passou a ser incorporada a natureza da dignidade humana sem que fosse dada ao sujeito uma escolha.

Por já estar disposta, e a este cenário dentro da medida de respeito ao ser humano devendo ser inserido. Já que, no nosso ordenamento não se apresenta como algo dado a discricionariedade do Estado, mas como mandamento. E como imperativo de mais alto calibre, e protegido na carapaça da higidez, pétrea constitucional.

Assim, desde seus primeiros artigos até os últimos, a Constituição apresenta os direitos à dignidade não como algo que seja disposto por caridade, eles representam uma conquista dos oprimidos, e não se apresentam como concessão, são direitos logo, exercitáveis, se apresentando à disposição ao interesse subjetivo.

Quando o constituinte declara ser a República fundada na dignidade humana, nos alerta para esta prerrogativa e anuncia ao Estado um comando para ser executado, que dispõe de grande eficácia constitucional, já que a dignidade está inserida no patrimônio da humanidade a nível global.

Diferente do que a doutrina possa não abordar, de forma incisiva, a não observação da dignidade, representa sanção ao gestor, como disposto no *art.34, inciso VII, alínea “b”, da Constituição*. Onde sob a ótica penal, encontramos o *crime de má gestão*, com a cominação da *pena em abstrato de intervenção Federal*. Representa um dos poucos crimes constitucionalizados, e com a cominação da pena. Desta forma, a não aplicação da dignidade da pessoa humana é crime com a cominação de pena de intervenção federal.

Não se adentrando, na seara orçamentária, e administrativa, a anos que vemos passar ao largo a escusa de reserva do possível, e questões de orçamento. Basta abrir jornais, periódicos, sites, blogs e ligar a televisão, para sermos bombardeados com inúmeros casos de corrupção e de má gestão, além do desrespeito para com a sociedade, que vê seus direitos a dignidade serem aviltados cotidianamente.

Ainda dentro da Constituição, temos que no Título do Direitos Fundamentais, no artigo 6º, os direitos que necessitam de dispêndios materiais para seu exercício, quer do bolso do cidadão, em função da livre iniciativa, quer em prestações positivas do Estado. Ainda no rol de direitos fundamentais, em cominação com o princípio da valorização social do trabalho, insculpido no inciso IV do art. 1º, o artigo 7º, inciso IV, que representa um meio de erradicação da pobreza, eliminação das desigualdades sociais, no atendimento das *necessidades vitais do trabalhador e de sua família*.

Mas, a realidade mostra um abismo onde, diante da forma-jurídica, da representatividade, os interesses da sociedade não são considerados, enquanto o salário mínimo está condicionado o valor de R\$ 937,00, delimitando-se como um obstáculo formal. Um deputado federal percebe em seus vencimentos o valor de R\$ 33.763,00<sup>38</sup>, valor igualmente pago a um senador.

Somam-se ainda outras verbas pagas aos parlamentares; no total de 513 deputados federais, 81 senadores atuantes, mas *incrivelmente 91 na ativa*. Como fundamento constitucional, a representatividade encontra-se abalada, todavia não convém ser abordada por não se tratar do núcleo deste trabalho, nem tão pouco o crime de usura praticado cotidianamente, sob o patrocínio do Estado, representando mais uma hipótese de aviltamento da dignidade.

O resgate mais simbólico de dignidade, dá-se no início da Constituição, pois em função do histórico escravocrata, e dos seus reflexos. A escravidão submetida aos indígenas e negros no continente americano, representa algo sem precedentes na história da humanidade. Em análise, dos aspectos políticos e econômicos, da América Latina, diante da lógica pré-mercantilista.

---

<sup>38</sup> Salário de R\$ 33.763, auxílio-moradia de R\$ 4.253 ou apartamento de graça para morar, verba de R\$ 92 mil para contratar até 25 funcionários, de R\$ 30.416,80 a R\$ 45.240,67 por mês para gastar com alimentação, aluguel de veículo e escritório, divulgação do mandato, entre outras despesas. Dois salários no primeiro e no último mês da legislatura como ajuda de custo, ressarcimento de gastos com médicos. Esses são os principais benefícios de um deputado federal brasileiro, que somam R\$ 168,6 mil por mês. Juntos, os 513 custam, em média, R\$ 86 milhões ao contribuinte todo mês. Ou R\$ 1 bilhão por ano. **congresso em foco**, 2016. Disponível em: <[www.congressoemfoco.uol.com.br](http://www.congressoemfoco.uol.com.br)>. Acesso em: 15 junho 2017.

Sobre esta tessitura pré-capitalista, devemos focar a magnitude do princípio da dignidade da pessoa humana, onde apesar do infortúnio dos judeus, quais povos foram expropriados de sua condição de ser humano? A maior dívida da humanidade, é para com os povos negros e originários dos continentes conquistados, já que algumas etnias foram extintas e outras em eminência.

Com muita propriedade, Eduardo Galeano na sua obra, “*As veias Abertas da América Latina*”, aborda de forma magistral, o nível de tratamento a que foram submetidos, negros e índios. A atual Constituição atribuiu aos negros, atenção devida, lhes dotando o status de ser humano, e combatendo veemente o repugnante racismo – mesmo que mostre-se muito pouco efetiva, em função da lógica da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, e da produção ulterior infraconstitucional -, embora tortamente interpretado pelo legislador infraconstitucional, ao mitigar seus efeitos criou o tipo penal da injúria racial, retirando a eficácia constitucional originária.

Tendo por base o contexto histórico da obra de Galeano, podemos ter a noção do tipo de tratamento dispensado aos negros e índios, e as reais intenções mercantis, amparada por uma legislação vigente, que negava sua humanidade.

Mas, passemos a narrativa sobre o episódio em terras americanas, inclui-se, a isto o Brasil:

[..] a serviço do nascente mercantilismo capitalista os empresários mineiros converteram os índios e escravos negros em numerosíssimo “proletariado externo” da economia europeia. A escravidão greco-romana ressuscitava de fato, num mundo distinto; ao infortúnio dos índios dos impérios aniquilados na América hispânica é preciso somar o terrível destino dos negros arrebatados às aldeias africanas para trabalhar no Brasil e nas Antilhas. A economia colonial latino-americana dispôs da maior concentração de força de trabalho até então conhecida, para possibilitar a maior concentração de riqueza que jamais possuiu qualquer civilização na história mundial. (GALEANO, 2012, p. 12).

Diferente do disposto na Constituição, em que a reparação da dignidade do negro, requer uma coercitividade definida constitucionalmente, além da reclusão, temos que o crime é imprescritível e inafiançável. Porém, a realidade infraconstitucional, nega a imperatividade deste comando da Constituição, subtraindo do seu núcleo o respeito ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Em sua dicção o artigo 5º, da Constituição em seus incisos assim descreve expressamente: XLI - a lei punirá qualquer *discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*; XLII - a *prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível*, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.

Ao declarar expressamente a prática de racismo, ser crime de exorbitante hediondez, a Constituição vai ao encontro de uma reparação histórica, porém em nível infraconstitucional esta visão não foi compartilhada. Pois o tipo penal, disposto no artigo 140, § 3º do Código Penal, torna a prática de “*racismo*”, obscurecida pela figura da injúria racial.

Como disposto expressamente:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:  
 § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:  
 Pena - reclusão de *um a três anos e multa*. (VADE MECUM, 2016, p. 543).

Resta demonstrado, que em nível infraconstitucional, a visão do constituinte originário não gozou de prestígio, nem tão pouco demonstrou-se preocupação ao histórico de racismo na sociedade. Já que, em grande parte, a sociedade dirigente descende dos donos de Engenhos, logo, quem foi dono de negros, ainda não admite sua desvinculação da forma-mercadoria.

Esta omissão, representa todo o contexto histórico da escravidão, demonstrando ser estrutural em nossa sociedade, assim como as questões indígenas e das mulheres. Pois quem detém as rédeas, para produção das leis, é descendente do senhor de escravos possuindo ainda nos dias de hoje o destino de muitos em suas mãos, quem possui a prerrogativa de legislar não pensa em se trancar na prisão.

Além de continuar negando dignidade, oprimir não é o bastante, deve-se negar cidadania, deve-se negar a sua humanidade. Quem já foi mercadoria, lutar para alcançar o status de ser humano parece ser um horizonte longínquo. Pois, ao se andar pelas grandes cidades, nos deparamos com a realidade de exclusão social, nas favelas, palafitas, semáforos, presídios e subempregos.

Paralelamente, a figura do artigo 89 da lei nº 9099/95, consubstanciada no instrumento da *suspensão condicional do processo* em consonância com a lógica processualista penal demonstra-se patente o desrespeito ao comando do inciso XLII da Constituição, pois temos que a dicção do artigo 322 do Código de Processo Penal assim dispõe:

Art. 322. A autoridade policial somente poderá *conceder fiança* nos casos de infração cuja *pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos*.  
 Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas. (VADE MECUM, 2016, p. 639).

Pois os relatos de discriminação ecoam em todos os meios de comunicação e em todas as áreas da sociedade, demonstrando uma realidade que insiste em se manter, mesmo após o advento da Constituição. Já que a prática de racismo mostra-se cotidiana, com o crime sendo

praticado face a face, nas relações pessoais, de hierarquia, em vários âmbitos da sociedade, desconhecendo situação financeira, objetivando sempre a cor, os olhos, boca e cabelos dos descendentes de escravos, é dissimulado não é às claras onde uma lei (lei nº 7716/ 89), não representa instrumento de contenção à prática. Neste panorama, apresenta-se a figura da ação penal no crime de injúria ser condicionada a representação, objetivando o crime de racismo, integrar a estatística das cifras negras.

Apesar da revolta, não cabe aprofundar-se neste manifesto desrespeito por parte do Estado, diante de uma *norma de eficácia plena* (SILVA a, 2009, p. 101), mas quem sabe, se implementando as normas de dignidade, o posicionamento do consciente coletivo mude.

Entretanto, a Constituição é pródiga em não nos deixar esquecer o seu princípio motriz, pois encontra-se, espalhado em todo o seu texto, além de outras adjetivações reflexas, sinônimos, que não o tornam fugidio. Em face da manutenção, respeito, da sua elevação a norma princípio, a dignidade humana determina como sua observância um modelo de justiça preventiva.

A Dignidade Humana, coloca para os poderes uma determinação coercitiva, não se mostra como algo contemplativo, nem tão pouco vazio de significado, mostra-se como todo um aspecto histórico de lutas por reconhecimento do status humano. Impondo aos poderes um agir harmônico na busca para aplicar a Constituição e respectivamente as suas normas de eficácia diante das pressões do capital em colocar-se como vetor impeditivo das atribuições e prerrogativas dadas aos cidadãos pela Constituição.

Efetivando vetores axiológicos ao status de normas, determinando sempre a máxima observância a regulação imposta pela dignidade da pessoa humana. É aquilo que vem para condicionar toda uma interpretação mais favoravelmente possível ao cidadão, em prol de uma política de não criminalização preventiva, de não se deixar levar para o lado a margem da sociedade, a margem do império do direito, um contingente de excluídos crescente.

Elegendo-se a dignidade como força motriz do nosso ordenamento, o constituinte originário, a população em sua manifesta participação, voltou seus olhos para o passado de ex-colônia do País, como situação fática de cunho econômico e político, todas as nossas necessidades de auto realização, autodeterminação e crescimento encontra respostas dentro da nossa realidade.

Logo a busca por uma realidade mais justa, fraterna e o combate a erradicação da miséria encontram-se dispostas em nossa realidade, negligenciar este fator, buscar respostas em países que condicionam uma agenda global, nos levaram a exaurir nossas reservas, escravizar

nossa população e levá-los a níveis intoleráveis de hostilidade em face da perda por parte do Estado em prover suas necessidades mais elementares.

É fundada nesta realidade que a eleição da dignidade da pessoa humana como princípio do mais alto calibre, deve repercutir em todos os níveis da sociedade e poderes, já que a Constituição o expõe nas mais variadas formas de regulamentação, devendo ser observado.

Assim o temos na ordem econômica em seu artigo 170 da Constituição:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na *valorização do trabalho humano* e na livre iniciativa, tem por fim *assegurar a todos existência digna*, conforme os ditames da *justiça social*, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

III - função social da propriedade;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

(VADE MECUM, 2016, p. 60).

Repercuta ainda, inclusive na política urbana, no artigo 182 da Constituição:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno *desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes*.

§ 2º A *propriedade urbana* cumpre sua *função social* quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. (VADE MECUM, 2016, p. 62).

Volta sua atenção para as tensões do campo, visando á reforma agrária, como disposto pelo constituinte originário no artigo 184 caput, primeira metade, e o artigo 186 e incisos:

Art. 184. Compete à União desapropriar por *interesse social*, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua *função social*, [...]

Art. 186. A *função social* é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

IV - exploração que favoreça *o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores*. (VADE MECUM, 2016, p. 63).

Reverberando com a máxima efetividade para inserção do indivíduo no mercado, para o exercício da cidadania em sua modalidade reflexa, cominada com os princípios da legalidade, da fraternidade e da valorização social do trabalho contida no caput do artigo 205 da Constituição:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, *visando ao pleno desenvolvimento da pessoa*, seu preparo para o *exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho* (VADE MECUM, 2016, p. 68).

Coube ainda a dignidade, estabelecer a proteção do cidadão em seu núcleo mais importante, no seio familiar em sua mais tenra idade. Pois, a proteção da dignidade das gerações futuras representa uma busca por modificação de uma realidade, em nada favorável aos infantes

em nosso país. Não raro nos deparamos com questões sociais de grande clamor em relação as crianças e adolescentes em vários locais do país, o trabalho infantil que corrói logo no início da vida uma possibilidade de mobilidade social.

Assim temos que a dignidade busca de forma acautelatória inibir a exploração da infância e de frustrar os impulsos do capital e seus reflexos sobre as crianças. Algo fortemente vivenciado na revolução industrial, na escravidão, em outros momentos da história da humanidade, receosos desta possibilidade o constituinte operou bem ao redigir o texto do artigo 227 caput, e § 6º da Constituição:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à *dignidade*, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, *discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os *mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*. (VADE MECUM, 2016, p. 74).

Implicando ainda na total proteção dos habitantes originários e ao seu habitat, modo de vida, costumes e a sua reprodução, longe dos urbanos, como lecionado no artigo 231, § 1º:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu *bem-estar* e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (VADE MECUM, 2016, p. 74).

Como mencionado acima, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inicia como fundamento, posteriormente se atomiza para ao final se densificar de petricidade. Formando o núcleo mais rígido das normas da Constituição, não se sujeitando a nenhuma formalidade legal, onde sua modificação de status reside somente no desejo do constituinte originário. Assim dentro do sistema constitucional, percebemos que a dignidade da pessoa representa o *substratum* dos direitos fundamentais.

Assim leciona Thiago Allisson de Jesus, quando pontua que:

No Brasil, a dignidade da pessoa humana foi eleita pelo Constituinte de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil. Não está prevista expressamente como direito, mas entende a doutrina, pela teoria da consubstancialidade, ser o princípio da dignidade da pessoa humana o *substratum* de todo direito fundamental, assim considerado. (JESUS, 2011, p. 14).

Mas não quedaremos em um romancismo juvenil, é óbvio que para ser implantado existe a necessidade de uma consciência coletiva, voltada para a fraternidade e solidariedade.

Construída no exercício da cidadania, com ênfase na dignidade da pessoa humana, um exercício do querer constitucional. Constatamos que, a dignidade da pessoa humana deveria ser cultivada desde tempos imemoriais.

Evitando desta forma, alguns percalços, que vieram a vitimar toda a humanidade demonstrando os instintos mais primitivos do homem moderno. Tudo em nome da acumulação de riquezas, onde consubstanciado na forma-jurídico estatal se matou, se escravizou, aberrações foram praticadas, encontrando amparo no direito.

Apegar-se à norma princípio da dignidade, representa uma utopia Alysson Mascaro já nos adverte:

No contexto da máquina capitalista, que exaspera e explora multidões, a utopia de uma sociedade melhor é o norte do socialismo, como luta emancipatória e libertadora. Em face da miséria, abre-se a perspectiva da *felicidade*. Mas além do largo campo da utopia social, há também uma específica utopia jurídica. No que tange ao direito, ao lado da miséria – como manifestação social geral, há um problema particular, o da humilhação. Em seu combate, abre-se a perspectiva utópica da *dignidade*. (MASCARO c, 2013, p. 574).

Mas mesmo correndo o risco de sermos ridicularizados, é na dignidade da pessoa humana que repousa a possibilidade de um despertar coletivo. Para que possamos merecer o adjetivo incluído na prática deste princípio, a “humanidade”.

Na Constituição, este princípio encontra-se petrificado, sendo imutável, resistente a qualquer onda de mudança, somente quebrantado por uma nova ordem jurídica, materializada em uma nova Assembléia Constituinte e conseqüentemente uma nova Constituição.

Algo que se encontra na contramão do Direito Internacional, da Hermenêutica Constitucional e do constitucionalismo vigente.

#### 4 O CASO DA SAÚDE E DA EDUCAÇÃO: O DIREITO E A IDEOLOGIA CAPITALISTA.

Em uma sociedade de contratos, delimitados pelo mercantilismo capitalista, não raro ouve-se falar em *escassez*<sup>39</sup>, principalmente de implementação dos direitos fundamentais, de status positivo, exercitáveis com o dispêndio de pecúnia por parte do ente estatal.

Mas, a escassez sob a ótica capitalista, representa uma lei de mercado, onde a demanda ou grande procura, que notabiliza um bem por seu valor, o que acaba lhe tornando caro, consignando em seu caráter de uso o rótulo de escasso. Atrelado a isto, conforme a apropriação do Estado pelo aparato capitalista, vem no corpo da Constituição, expresso como propósito axiológico de princípio, a *livre iniciativa*<sup>40</sup>.

Todavia não se pode olvidar em deixar ao ostracismo, princípios de grande valoração social, como a função social da propriedade, defesa do consumidor, a soberania nacional e a redução das desigualdades. Apesar de não se encontrar totalmente adstrito a persecução estatal, deve o empresário observância a constituição.

Declarada expressamente em seu artigo 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na *valorização do trabalho humano* e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

III - função social da propriedade;

V - defesa do consumidor;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais; (VADE MECUM, 2016, p. 60).

Dentre os princípios esposados no artigo acima, destaque para o princípio da valorização do trabalho, já que, na senda econômica em função da exploração da força de trabalho, a exploração da atividade empresária deve levar em conta este princípio e o Estado dotá-lo da máxima efetividade por representar fundamento do Estado Democrático de Direito.

O respeito a este princípio decorre de possibilitar ao trabalhador uma maior dignidade, além de colocá-lo em condições de sustentar-se e a sua família, disponibilizando acesso aos meios necessários a manutenção de necessidades vitais, como eleito no ordenamento, não

<sup>39</sup> Como sendo inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial quanto à saúde, onde além da escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, [...] (AMARAL, 2001, p. 172)

<sup>40</sup> [...] o Estado não deve restringir o exercício da atividade econômica, salvo nos casos em que se fizer necessário, para fins de proteção ao consumidor e de toda sociedade. [...] o Estado atua como agente normativo e regulador de sua Ordem Econômica. Todavia, com base no princípio da subsidiariedade, a intervenção estatal somente se fará presente onde for necessária. (FIGUEIREDO, 2014, p. 73).

se admitindo precarizar com uma noção de mínimos, já adotado pelo Estado em oposição aos ditames constitucionais, como salário mínimo e mínimo existencial.

Como se abstrai da lição de Leonardo Figueiredo, ao declarar que o mínimo sobre os vencimentos deve se alinhar a Constituição:

Trata-se de se primar pela proteção ao fator produção mão de obra. Para tanto, o Estado deve atuar de maneira a garantir que o produto do labor do homem (salário) seja capaz de lhe gerar uma renda mínima que, por si e sem interferências externas, lhe garanta o acesso (compra) a todos os bens de consumo essenciais para se viver condignamente no seio da sociedade. Assim, tal valor deve ser o meio pelo o qual o trabalhador irá efetivar todos os direitos sociais positivados no art. 6º, observadas as garantias do art. 7º, ambos da CRFB. (FIGUEIREDO, 2014, p. 72).

O supracitado artigo, declara a exploração da atividade empresária, em consonância com os preceitos constitucionais. Onde apesar, da complementariedade privada, não pode o Estado se eximir a garantir o acesso e exercício dos direitos sociais

Desta forma apesar do seu caráter socializante, e inclusivo, em face da primazia das trocas mercantis, da economia globalizada, o Brasil encontra-se alinhado aos objetivos do *capitalismo*<sup>41</sup>.

Em face do seu surgimento, corresponder a uma democratização tardia do País, a Constituição eleva-se enquanto marco jurídico-constitucional, tardiamente, assim como tardiamente é o capitalismo brasileiro. Em função da alta demanda, o Estado de Bem-Estar social, o *welfare state*<sup>42</sup>, o Brasil praticamente não possibilitou a população experimentar esta prática política.

Ao se falar em escassez orçamentária, não se apresenta plausível tal escusa, já que repousa na própria Constituição a repartição das receitas, cabendo aos gestores total reverência aos mandamentos constitucionais no uso das dotações orçamentarias. Não levar em conta o apelo social, revela um dos entraves para uma efetivação dos direitos sociais de dignidade.

A Educação e a Saúde em âmbito de direitos sociais, ganham destaque, pois a educação condiciona o indivíduo a viver e sobreviver em sociedade, enquanto a saúde possibilita uma vivência com dignidade, em face aos desafios cotidianos que abalam o cidadão por ser afetado em face das condições socioeconômicas nos moldes da pós-modernismo. Demarca-se

---

<sup>41</sup> É o sistema econômico no qual as relações de produção estão assentadas na propriedade privada dos bens em geral, dos fatores de produção, na ampla liberdade de iniciativa e de concorrência, bem como na livre contratação de mão de obra (FIGUEIREDO, 2014, p. 42).

<sup>42</sup> [...] é aquele que provê uma série de direitos sociais aos cidadãos de modo a mitigar os efeitos naturalmente excludentes da economia capitalista sobre as classes sociais mais desfavorecidas. (FIGUEIREDO, 2014, p. 49).

ainda, em face do disposto na Constituição, a estes direitos sociais, mesmo com a complementariedade privada, o constituinte originário, estabeleceu tanto em âmbito orçamentário, quanto na repartição de dotações orçamentárias diretrizes para a máxima eficácia destes direitos.

Objetivando desta forma dentro da ideologia constitucional, o afastamento da discricionariedade, de conceitos semânticos que concebem a aplicação destes direitos pelo mínimo não expresso na Constituição. Apesar de mostrarmos um posicionamento, contrário ao que predetermina a corrente doutrinária majoritária, não podemos quedar em admitir as inúmeras violações que sofre a Constituição e por via reflexa a sociedade.

Muito se fala da limitação de recursos orçamentários, para a implementação destes direitos, porém, não nos falta cotidianamente inúmeros casos de desperdício, má gestão, corrupção e de escolhas em pagar os credores rentistas – apesar de previsão expressa não nos determos neste aspecto - em detrimento da população.

A Constituição como um documento pródigo, em propiciar das mais variadas formas atenção aos direitos de dignidade, assim como dos reflexos do princípio da dignidade.

Em seu artigo 166, §§ 9º e 10, assim dispõe:

§ 9º As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde.

§ 10. A execução do montante destinado a ações e serviços públicos de saúde previsto no § 9º, inclusive custeio, será computada para fins do cumprimento do inciso I do § 2º do art. 198, vedada a destinação para pagamento de pessoal ou encargos sociais. (VADE MECUM, 2016, p. 58).

Então, observa-se preocupação no tocante a saúde, além de uma produção infraconstitucional em âmbito orçamentário, logo vinculando dotações oriundas das emendas dos parlamentares, para qual ente será destinado. Temos ainda quanto a educação prescrições constitucionais, que vinculam a administração e exigem sua implementação. Informa a Constituição, que ambos os direitos configuram ser direito – aspecto ontológico - de todos e dever – aspecto deontológico - do Estado.

Tomando-se desta forma, o Estado possui um dever constitucional, uma responsabilidade para com a sociedade. Não se configura ato discricionário, não se concebe como algo a ser postergado, mas a ser implantado com a devida responsabilidade e responsabilizações.

A materialização de um Estado Democrático de Direito mostra-se na realização destes direitos, em fornecer o acesso ao exercício destes direitos, que em nenhuma hipótese deverão ser considerados como uma concessão estatal.

Assim, temos o que dispõem os artigos pertinentes a cada direito, colocando primeiramente o que declara a Constituição quanto a saúde:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º

II – os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; (VADE MECUM, 2016, p. 65).

Temos uma atenção muito devotada à saúde como dignidade, a compreensão não somente de doenças, mas de uma ampla rede de tratamentos, de especialidades, além da cooperação de terceiros na implementação dos serviços de saúde. O olhar sobre a saúde, nos moldes da Constituição representa um agir com prudência, com os olhos voltados para a economia, para a dignidade, um olhar mais humano e humanizado.

Não guardando nenhuma relação ao que pratica-se atualmente, busca-se a prevenção, uma atuação prudentemente preventiva, longe do atual aspecto mercadológico, onde se vê os pacientes como números, como estatísticas, como procedimentos que simbolizam uma rentabilidade. Onde a descentralização corresponda a uma maior integração entre sociedade e Estado, que possa dotar do maior número possível de informações para o combate das endemias, focos de doenças para coibir a proliferação de agentes nocivos. Como em vários âmbitos de

atuação estatal a saúde não poderia fugir a regra de uma atuação alinhada à dignidade da população.

Quanto a educação, a Constituição não mostrou acanhamento e debruçou-se em minuciosas normas para a persecução deste direto-dever, dispondo em seu texto da seguinte forma:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.  
 Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:  
 I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;  
 II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;  
 III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;  
 IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;  
 V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;  
 VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;  
 VII - garantia de padrão de qualidade. (VADE MECUM, 2016, p. 68).

Tendo em seu escopo de valores, a gratuidade, padrão de qualidade para o pleno exercício da cidadania e do desenvolvimento da pessoa para sua inserção ao mercado de trabalho.

Questiona-se se, diante da complementariedade em função da iniciativa privada, da alegação de poucos recursos, reserva do possível, mínimo existencial e questão orçamentária. São estes direitos, possíveis de serem pleiteados juridicamente? Existe tal prerrogativa expressamente declarada na Constituição? A discricionariedade do legislador representa um óbice a tal pretensão?

O acesso à Educação e a Saúde são *direitos subjetivos*<sup>43</sup>, expressamente declarados no corpo da Constituição, possuindo norma de previsão orçamentária, com fontes de receitas já pré-definidas, isto otimiza o mandamento e afasta a discricionariedade do gestor. Não podemos deixar passar em branco a previsão, de crime de má gestão, com a cominação da pena de intervenção federal, nos moldes do art.34, inciso VII, alínea “e” da Constituição.

Quanto à educação, a previsão consta expressamente no artigo 208, §1º, ao preceituar que: *o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito subjetivo*. Logo não havendo disponibilidade de vaga, ou de estrutural material, representa direto patente e busca por socorro

---

<sup>43</sup> Os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas. (CANOTILHO (2003) apud TAVARES, 2010, p. 873).

junto ao judiciário. O que caracteriza, ser devido a custas do Estado, por omissão, a não oportunidade de acesso, ou a falta de estabelecimento.

Nesta linha de raciocínio, em função da abstração do citado dispositivo posiciona-se André Ramos Tavares:

[...] independe de políticas públicas, de opções gerais, de programas totais de educação. Estes são também de responsabilidade do Estado. Mas o mesmo Estado não pode invocar esses seus deveres para eximir-se da obrigação de prestar, individualmente, quando solicitado, inclusive judicialmente, o devido acesso à educação fundamental, que é obrigatória (art. 208, I, da Constituição). (TAVARES, 2010, p. 845).

Aspecto de grande debate, mostra-se quanto à pretensão do direito à saúde, posicionando-se a respeito, e ao qual nos alinhamos, André Ramos Tavares assim expressa-se:

As ações e serviços públicos de saúde subsumem-se ao princípio do atendimento integral (art.198, II), que é diverso do já mencionado acesso universal. Este se refere ao direito que, no caso, é atribuído a qualquer pessoa. Já o atendimento integral refere-se ao próprio serviço, que, no caso, deve abranger todas as necessidades do ser humano relacionadas à saúde.

Portanto, não só todos têm direito à saúde como esta deve ser prestada de maneira completa, sem exclusões de doenças ou patologias, por dificuldades técnicas ou financeiras do Poder Público. Não é permitido a este esquivar-se da prestação de saúde em todos os setores. (TAVARES, 2010, p. 845).

Mesmo sendo oportunizado a exploração da iniciativa privada, os direitos abordados, encontram uma íntima correlação ao princípio da dignidade humana. Quanto à inserção na vida em sociedade, e ao mercado de trabalho, quanto ao direito de não se submeter à condições que venham lhe causar incômodos à sua saúde em várias formas.

E possibilitando o enfrentamento da omissão estatal, na disponibilização ao exercício destes direitos, onde a subjetividade ao exercício, é garantia constitucional.

#### **4.1 Casos de direitos fundamentais sociais judicializados (Direito a Educação como direito subjetivo)**

Abordam-se neste tópico, alguns casos de enfrentamento na luta para exercer o direito constitucional disposto com respectiva escusa estatal. Percebe-se, muitas vezes que as escusas encontram-se albergadas na doutrina, o que não impede a judicialização de direitos fundamentais. Pois o acesso à justiça, a apreciação pelo judiciário a um direito violado, constituem-se prerrogativas constitucionais ao exercício da cidadania.

Alguns julgados demonstram cabalmente, o prestígio do princípio da dignidade humana, além da visão constitucionalizada, do ordenamento como dispõe a melhor interpretação.

Em alguns julgados à percepção, à visão harmônica dos poderes, em prol da Constituição, representa a vontade de realização da Constituição. Onde demonstra-se não haver intromissão, mas apenas um posicionamento comissivo do judiciário, enquanto guardião da Constituição.

Representando a pedagogia de Konrad Hesse, ao pontuar sobre este posicionamento declarando que:

[...] a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-à em força ativa se fizerem presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição. (HESSE, 1991, p. 19).

Sendo o sistema constitucional, orbitado pelos direitos à dignidade, à erradicação da miséria, redução das desigualdades sociais, tem-se por óbvio que os direitos de dignidade encontram-se dispostos para o exercício. Não representando adereços, ou muito menos palavras vazias de significado. O Neoconstitucionalismo, ou a melhor Hermenêutica devem, orientar-se em realizar os comandos constitucionais, ou colocar de forma fundada na ordem jurídica vigente, a norma cogente oriunda do judiciário fundada em uma nova visão de cunho inclusivo uma leitura mais apropriada a nossa realidade, colocando aos poderes instituídos e para a sociedade o que de fato quer o espírito da Constituição.

Tendo como garantia dispêndios estatais, em hipótese alguma a Constituição prever um direito subjetivo, ou uma demanda constitucionalmente prevista, ficar sem uma resposta do judiciário, pois representaria um ataque frontal ao princípio da legalidade, em consonância com o acesso à justiça e à dignidade da pessoa humana, cabe mais uma vez salientar o que ao nosso ponto de vista se demonstra de vital importância. Que o judiciário não faz justiça, apenas julga demandas que subsumam-se sobre normas estatais postas, onde não raro ficamos com o gosto amargo da decisão, a justiça se realiza nos moldes da busca por garantir a sociedade acesso aos direitos de cidadania, no tópico em comento com a crescente judicialização de direitos estatais, não se estar a fazer justiça, mas apenas colocando os aspectos fáticos sob *judice*, ao seu *status quo*.

A lição de Konrad Hesse é cirúrgica, pois sem a vontade da Constituição esta, por si, só não possui o condão de realizar-se, representando ato de respeito à soberania popular, o compartilhamento dessa visão pela classe dirigente. Se a todos é dado o devido dever a observar

os comandos constitucionais, para os poderes estatais, significa mais que obrigação, significa um agir diuturnamente no preconiza a Lei Maior, não podendo os seus ocupantes se afastarem para nenhuma direção.

Colocamos ainda mais uma vez nosso posicionamento quanto a prática do Ativismo Judicial, não representar uma intromissão, ou quebra na harmonia dos poderes, mas tão somente uma perseguição aos comandos constitucionais, assim como o dever de zelo por parte do judiciário enquanto competência disposta pelo constituinte originário, na preservação da ordem constitucional e reflexamente das instituições governamentais.

#### 4.1.1 *Direito à creche*

STF mantém condenação do município a criar vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos em unidade próximas de suas residências, afastando, em definitivo, a tese da suposta impossibilidade de intervenção do Poder Judiciário na seara da administração, que sucumbe diante da clareza do texto constitucional relativo à obrigatoriedade da oferta de educação infantil para todas as crianças. Reconhece ainda, na mesma decisão, a possibilidade da imposição das "astreintes" ao Poder Público:

**CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS "ASTREINTES" CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - DO RETROCESSO SOCIAL PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS" - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO**

Inconformado com a sanção do astreintes, em sede de julgamento para implementação, do direito de acesso à escolaridade fundamental. E da construção da creche, nas proximidades do trabalho dos pais da criança. O ente interpôs, Agravo Regimental da decisão, porém

sem sucesso, mas ficamos com o voto do eminente Ministro Celso de Mello, onde exercita ponderação entre a vedação de retrocesso em sede de direitos fundamentais, que pontua ser estritamente possível a sanção em caso de mora, ou de frustração da decisão, STF. 2ª T. ARE nº 639337 Agr. /SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 23/08/2011.

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS "ASTREINTES". - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A "astreinte" - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. (STF. 2ª T. ARE nº 639337 Agr/SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. em 23/08/2011).

Como já colocado por nós, não cabe ao ente federal, frustrar ou negligenciar direitos fundamentais de relevante valor e que possuem quilate de grande importância para a sociedade. Tais direitos como pontuado pelo eminente Ministro, representam conquistas históricas e direitos de exigência amparados pela Constituição, sendo elevados ao patamar de normas do maior grau da ordem juspositiva, que encontra-se em vigência.

#### 4.1.2 *Direito à educação para crianças com síndrome de Down*

O caso abaixo colacionado representa o exercício subjetivo do direito à educação, aliado ao objetivo do bem comum, disposto no art.3º, inciso IV, art.208, inciso III e demais dispositivos citados, na ementa em prol da realização da dignidade e respeito às diferenças.

Como evidenciado no caso a seguir exposto, não se admite no Estado brasileiro práticas discriminatórias, atentatórias a dignidade da pessoa humana. Assim com o fundamento da máxima efetividade das normas constitucionais e cominado com a carga valorativa do diploma que privilegia as crianças, mostra-se o julgado uma interpretação que busca na unidade

do ordenamento uma prestação favorável ao demandante, lhe protegendo a dignidade, além de possibilitar uma cidadania inclusiva.

No respeito às diferenças, combate as práticas discriminatórias conjugado ao princípio da atenção integral as crianças, que impõe coercitividade nos casos onde, figura a pessoa da criança ou adolescente, TJ-DF - Apelação/Reexame necessário APO 20140111966763 (TJ-DF). Data de publicação: 09/03/2016.

**CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO. MATRÍCULA EM CRECHE PÚBLICA NAS PROXIMIDADES DO TRABALHO DA GENITORA. CRIANÇA PORTADORA DE SÍNDROME DE DOWN. DEVER DO ESTADO. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO.** 1. A Constituição Federal, nos artigos 6º e 205, garante o direito à educação, enquanto que o inciso IV do artigo 208 assegura acesso em creche e pré-escola às crianças de até cinco anos de idade. De igual maneira, o ECA, em seu artigo 53, inciso V, assegura à criança e ao adolescente frequência à escola pública e gratuita próxima a sua residência. Por sua vez, a Lei n. 9.394 /96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, no artigo 4º, incisos I, II e X, impõe ao Poder Público o dever de viabilizar o acesso dos infantes à educação pré-escolar. 2. A criança portadora de síndrome de down, assim como as demais crianças excepcionais, tem direito a ser atendidas em escola pública que melhor atenda as suas necessidades especiais, de acordo com suas particularidades. 3. A existência de fila de espera não pode se sobrepor ao dever constitucional de prestação universal da educação. 4. A disponibilização de vaga em creche, por se apoiar diretamente na Lei Maior, não traduz qualquer tipo de vulneração à independência dos Poderes ou aos primados da isonomia e impessoalidade. 5. Apelação e remessa necessárias conhecidas e desprovidas. grifo nosso

A ementa colacionada nos demonstra como a Constituição se bem interpretada, ou na melhor das hipóteses, sendo faticamente aplicada materializa-se de forma incontroversa em instrumento de erradicação de preconceitos, de inclusão, exercício da cidadania e de respeito à dignidade da pessoa humana, indo para além do respeito ao princípio da proteção integral a criança.

#### 4.1.3 *Direito subjetivo à Educação*

Já neste caso em especial, temos o caso da judicialização da educação enquanto direito subjetivo. Com substrato no princípio da dignidade da pessoa humana, é na educação que se busca uma autodeterminação do sujeito em uma projeção futura. Fundamenta-se no direito à educação seu aspecto subjetivo, não como uma política em que se houver provisão orçamentária compromete-se o ente federado através da lei orçamentária.

A educação projeta-se para além da discricionariedade, onde pelo texto constitucional sua exigência apresenta-se como algo concreto, quer por ação comissiva do governo e

legislativo, ou de forma coercitiva para que os sujeitos de direitos tenham esta expectativa alcançada. Pois, como expressamente declarado no corpo da Constituição, representa um direito, algo não disposto para ser negociado ou obstaculizado, ainda mais no caso em que figura em um dos polos sujeitos especiais detentores de direito e da máxima proteção.

STJ reconhece a competência da Justiça da Infância e da Juventude para processar e julgar mandado de segurança destinado à efetivação de direito individual à educação, como pressuposto ao exercício da cidadania, em cominação com o princípio da dignidade da pessoa humana, STJ. 1ª T. Resp. nº 1199587/SE. Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima. J. em 21/10/2010.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SISTEMA DA PROTEÇÃO INTEGRAL. CRIANÇA E ADOLESCENTE. SUJEITOS DE DIREITOS. PRINCÍPIOS DA ABSOLUTA PRIORIDADE E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. INTERESSE DISPONÍVEL VINCULADO AO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO. EXPRESSÃO PARA A COLETIVIDADE. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. RECURSO PROVIDO.

1. A Constituição Federal alterou o anterior Sistema de Situação de Risco então vigente, reconhecendo a criança e o adolescente como sujeitos de direitos, protegidos atualmente pelo Sistema de Proteção Integral.

2. O corpo normativo que integra o sistema então vigente é norteado, dentre eles, pelos Princípio da Absoluta Prioridade (art. 227, caput, da CF) e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

3. Não há olvidar que, na interpretação do Estatuto e da Criança "levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento" (art. 6º).

4. Os arts. 148 e 209 do ECA não excepcionam a competência da Justiça da Infância e do Adolescente, ressalvadas aquelas estabelecidas constitucionalmente, quais sejam, da Justiça Federal e de competência originária.

5. *Trata-se, in casu, indubitavelmente, de interesse de cunho individual, contudo, de expressão para a coletividade, pois vinculado ao direito fundamental à educação (art. 227, caput, da CF), que materializa, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.*

(STJ. 1ª T. Resp. nº 1199587/SE. Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima. J. em 21/10/2010).

Não entrando na seara da saúde, nos dispusemos a colacionar alguns casos emblemáticos, que alinham-se ao nosso pensamento. Que pontuam com a máxima apropriação de que a constituição e respectivamente suas normas são eficazes, e que a Constituição é possível de ser realizada.

Talvez aquilo que, à primeira vista, possa parecer utópico, talvez não seja, mas se todos se propuserem a fazer valer a vontade da Constituição, o cenário sócio-político do País mude. Ficamos com a Constituição, ficamos com o Estado Democrático de Direito, ficamos com a possibilidade de que em breve este tópico de se justicializar direitos fiquem como este trabalho, somente na materialidade do papel. Sendo no máximo uma triste recordação de um país que demorou a encontrar seu rumo.

Pois, as futuras gerações não precisam provar do remédio amargo que milhões experimentam e experimentaram, acreditando que um futuro melhor é possível e esconde-se logo ali, no horizonte próximo.

## 5 CONCLUSÃO

Demonstramos, com fundamento na Constituição, serem os direitos fundamentais dotados de eficácia e assim aplicáveis de plano, mas sua realização depende de dispêndios materiais, materializados em dotação orçamentária, pecúnia, dinheiro que possibilite o seu exercício. Os fundamentos do Estado brasileiro, seus objetivos encontram-se alinhados com a dignidade pessoa humana, sendo vedado qualquer retrocesso que inviabilize sua realização, por encontrar-se sob a tutela da clausula pétreia, evidenciando sua máxima eficácia e aplicabilidade necessária e urgente.

Em face do exposto em referência às normas de dignidade, objeções para a sua concretização representam contorcionismos retóricos com o propósito do seu esvaziamento, algo temerário para uma sociedade cheia de contrastes não conceber a sua Constituição eficaz.

Em detrimento dos direitos de dignidade, alegam-se algumas objeções, que encontram fundamentação sedimentada na doutrina, marcos impeditivos para direitos que necessitam de dispêndios financeiros se materializarem. Em franca oposição ao que prescreve a Constituição, como pontuado toda a nossa análise contida neste trabalho, procurou inicialmente destituir a recepção de uma teoria cunhada em um regime de uma ordem constitucional, já extinta que como demonstrado não guarda nenhuma relação lógico-jurídica com os ditames constitucionais vigentes.

Um exemplo citado neste trabalho em relação aos aspectos caraterísticos da referida teoria reside na sua classificação. Classificação esta que prima pela eficácia das normas e sua correlação à sua aplicabilidade. Dentro deste cenário, tivemos a exclusão de uma norma de eficácia plena. Onde demonstrava-se claramente pelo texto constitucional, nenhum obscuramento ou aspecto contraditório.

Apresentamos neste trabalho, inclusive um relato do próprio autor que declarava expressamente da impossibilidade de norma ulterior, além da exatidão textual contida no dispositivo. Este foi um dos elementos demonstrados, que colocava a teoria como algo que sempre colocava os malabarismos semânticos a favor dos interesses do capital, com maior vigor neste episódio sobre a taxaço de juros a ser praticada no país.

Além da tão aguardada criação do IGF, que possibilitaria uma incrementação na arrecadação tributária, tendo como destinação o produto auferido o Fundo de Combate à Pobreza. Sob a ótica da Constituição, a criação deste imposto representa materialmente, a persecução do Estado no combate a miséria e a eliminação das desigualdades sociais, como corolário

do princípio da solidariedade e da fraternidade como objetivos do Estado democrático de Direito do qual fala a nossa Constituição.

Demonstramos residir no §1º do art.5º da Constituição, um comando que imprime a máxima observância as normas de dignidade, com o fito de não suprimir a eficácia dos direitos fundamentais, pois o desrespeito ao princípio da pessoa humana, implica em sanção, gerando intervenção federal ou estadual como delimitado no texto constitucional. Demonstrando não serem as normas de dignidade um amontoado de intenções, sem nenhum aspecto coercitivo, não impondo dever de observância por parte dos poderes constituídos

Impedindo que se adote a teoria, ora sob análise por considerar normas do mais alto grau de eficácia, como elementos soltos, isolados do sistema normativo constitucional. Meros conselhos destinados a atos discricionários, onde o legislador ou gestor não possuem um dever de obediência ou que as disposições contidas podem ser postergadas sem que sofram nenhuma sanção.

Outro aspecto de inegável relevância reside na nova corrente interpretativa da Constituição, que busca atribuir-lhe eficácia e aplicabilidade. Possibilitando sua efetivação, assim como possibilitar acesso aos meios para o exercício dos direitos de dignidade. O ativismo judicial se mostra uma possibilidade de coagir os poderes a legislar, ou possibilitar a materialização destes direitos para o exercício da cidadania, dispondo os meios de acesso aos direitos fundamentais.

Críticas feitas por grande parte da doutrina, não encontramos no ativismo judicial, a tão alegada intromissão, ou usurpação de competência. Já que o âmbito de atuação, encontra-se amparado na mais restrita legalidade, além da margem de discricionariedade não preenchida pelos os outros poderes. Que no exercício de suas prerrogativas poderiam limitar tal atuação por intermédio de leis ou dispondo os meios para a população usufruir destes direitos.

Como detentor da prerrogativa de guardar a Constituição, cabe ao judiciário fazer as normas constitucionais ganharem robustez e eficácia, diante da omissão dos demais poderes. O agir do poder judiciário, adotando uma postura de pró-atividade coloca para a sociedade, que o querer constitucional é perseguido ao menos por um dos poderes, não se frustrando o consciente coletivo, mostrando que a democracia, o Estado de Direito, podem realizar aquilo que encontra-se como garantias ao exercício da cidadania na aplicação dos direitos fundamentais.

Assim, buscamos apresentar, uma linha de pensamento em favor da otimização das normas de direitos fundamentais. Tendo como paradigma, a teoria do ínclito doutrinador José

Afonso da Silva, onde seus estudos representaram para a época um grande avanço. Pois a atenção dada a Constituição era insignificante, assim como era insignificante o papel do poder legislativo, e o respeito às leis e a figura da pessoa humana.

Apesar da importância da teoria, longe de nós impor uma crítica contundente, visando desconstruir o trabalho de tão importante doutrinador. Apenas discordamos quanto ao teor da postergação da eficácia das normas programáticas. Já que encontra-se revestida de uma ideologia liberal, destoante da ordem jurídica vigente, onde parece passar despercebida por muitos intérpretes do direito.

Evidencia-se que a doutrina em comento, não se encontra despida de ideologia, pois o favorecimento aos ideais burgueses mostra-se evidente, como um balizamento para impor à sociedade que os direitos sociais, não possuem eficácia necessária para impor aos poderes uma atitude coercitiva.

A implementação da Constituição representa, a valoração de um trabalho em conjunto de toda a sociedade para a construção de uma nova ordem jurídica. Sua inaplicabilidade se mostra como a desconstrução do esforço de um País, possibilitar aos seus cidadãos o acesso aos meios de exercer os direitos mais elementares em uma sociedade.

Sob o ideal de uma maior participação, de dotar a sociedade de direitos constitucionais de dignidade, foi implementado toda a estrutura da Lei Maior. A concepção de Estado Democrático de Direito, simboliza um respeito aos direitos de cidadania, não representando adereços ou ornamentos, encontram-se dispostos para o exercício, não sendo concessões estatais mais o resultado de lutas históricas.

Apesar da Constituição gozar de soberania hierárquica, este aspecto não é levado em conta por quem deve a máxima observação aos comandos constitucionais. Já quem deveria render-lhe reverência são os que mais lhe negligenciam. A doutrina delimita sua eficácia em face de classificações em que nada acrescentam ao Constitucionalismo brasileiro, aleijando a Constituição, lhe retirando sua carga de eficácia, inibindo seu aspecto de sistema onde todas as normas se condicionam em um só corpo, para que a Constituição seja realizada.

Não podemos deixar de pontuar que mesmo diante dos inúmeros obstáculos, a própria Constituição apresenta instrumentos processuais para sua implementação, são as garantias constitucionais, apresentadas em um rol taxativo para serem manuseadas, na busca por satisfação do exercício da cidadania, tendo como a última grande conquista a regulamentação do Mandado de Injunção.

A eficácia das normas constitucionais encontra-se fortemente declarada no texto constitucional, o seu esvaziamento representa um interesse do mercado em não encontrar no

Estado um concorrente, em função de que muitos dos direitos sociais encontram-se dispostos para a exploração da atividade empresária. Ao sofrer mitigação não perde somente a Constituição por ter algumas de suas ramificações aleijadas, sofre muito mais a sociedade em se tornar órfã daquilo que juridicamente lhe pode proporcionar um sentimento de acolhimento pelo Estado.

A aplicação da dignidade humana, como princípio que gravita toda a densidade normativa da Carta Cidadã, é o que possibilita uma sociedade mais justa, fraternal onde a justiça ganha contornos de medida preventiva, antecipando-se aos conflitos, pois justiça é a convivência saudável com a maior possibilidade de inserção dos sujeitos na sociedade. Na observação dos comandos constitucionais de cidadania reside a possibilidade de diminuição dos índices de exclusão.

Onde despontam altos de violência urbana, falta de leitos para o atendimento das pessoas, aumento de desempregados, evasão escolar, trabalho infantil, trabalho análogo a escravo, tráfico de pessoas. Um panorama que não se molda aos objetivos do Estado, representando o descaso com a políticas públicas previstas na Constituição. Demonstra o atestado de uma sociedade doente, que não leva o outro em consideração, onde a dignidade da pessoa humana não se mostra da forma como deveria ou como foi juridicamente proposta.

Isso são os sintomas da frustração, ao que prescreve a Constituição, apesar de não parecer, as violências propagam-se, atingindo a todos. A (des) regulação infraconstitucional, deixa que comandos constitucionais sejam represados, negando a sociedade toda uma gama de direitos dispostos para serem exercitados. Tornando a vida em sociedade prejudicada em função da omissão dos poderes constituídos, que podem dotar de eficácia material aquilo que a Constituição já sedimentou da máxima eficácia formal, residindo na vontade de alguns a aplicabilidade das normas constitucionais.

As potencialidades do país nos mostram o quanto a má distribuição de riquezas, consome cotidianamente as esperanças da maior parte da população. Como um dos maiores expoentes econômicos do mundo, não se admite que no Brasil se conviva com altos índices de mortalidade infantil, pessoas abaixo da linha da miséria, desigualdades sociais abissais, crianças fora da escola e um crescente número de pessoas fora do mercado de trabalho.

São estes aspectos que demonstram um grande descompasso entre o que preceitua a Constituição, o que os poderes com suas respectivas competências promovem em termos de aplicabilidade das normas constitucionais, para se alcançar o status de otimização constitucional, em total alinhamento na busca por satisfazer as necessidades vitais básicas do cidadão,

como algo possível de se materializar, apenas ficando na dependência da fomentação das políticas constitucionais expressas no texto constitucional, que primam pela inclusão, acesso, disponibilidade dos direitos de dignidade.

Este posicionamento apresenta-se como algo longe de uma utopia, apresenta-se como possivelmente realizável desde que seja levado em conta a necessidade de fazer valer os comandos constitucionais, fechar os olhos para os problemas e reclames da sociedade, poderá trazer uma situação insustentável de convivência em sociedade. A justiça social, demonstra-se como aquilo que realmente se busca, enquanto a real essência da palavra “*justiça*”, pois aquilo que é produzido pelo judiciário como já anteriormente pontuado representa apenas deslindes, quando o resultado –sentença- mostra-se favorável a implementação das normas de dignidade temos então o restabelecimento da ordem constitucional vigente.

A falta de implementação das normas de dignidade, que possibilitem a inserção dos sujeitos no exercício da cidadania em sua máxima efetividade, pode evitar um aumento da população carcerária, onde os indesejáveis, inadequados ao sistema, hostis e os declarados inimigos da sociedade se proliferam. Quando falamos em máxima efetividade das normas constitucionais dos direitos fundamentais, nos apegamos no fato que tais investimentos representam investimento em justiça, em apaziguamento social, na busca pela pacificação, residindo neste ideal o princípio da dignidade da pessoa humana, um super princípio que busca fundamentação na alteridade.

A constituição representa a nossa realidade, a nossa busca por autodeterminação, buscando na sociedade uma mudança de cenário, representando o resgate de muitos que margeiam a sociedade, sem condições ao acesso para satisfação de suas necessidades vitais.

Nossa realidade constitucional apresenta-se como algo muito particular, onde as soluções para nossos dilemas encontram-se documentalmente descritos. Porém, sem uma atenção da classe dirigente em realizar a Constituição, os comandos por si só não possuem a força necessária para modificar a realidade. A fomentação da aplicabilidade das normas de cunho social, são conquistas históricas da humanidade, não se cogita que as conquistas sociais sejam disponibilizadas a discricionariedade da elite dirigente, que busca sempre impor suas políticas de opressão, enquanto a Constituição representa uma conquista da população brasileira.

Não coube a uma elite dirigente toda esta construção favorável aos direitos de dignidade, desta forma não pode repousar nas mãos da classe dirigente implementar eficácia as normas constitucionais de dignidade. Por apresentarem-se justamente como o anteprojeto da sua dominação político-ideológica.

Esta construção veio das ruas, foram as vozes do povo e seu suor que a produziram, colocar à disposição de legisladores dotar de eficácia direitos de dignidade demonstra ser algo temerário. Somos nós, o povo, detentores da força constituinte originária, aqueles quem elegem os mandatários disporem-se de conquistas que representam valores significantes para a nossa sociedade.

Não à toa temos que topicamente os direitos de dignidade ganharam destaque diante das constituições anteriores, se lá estão é porque existe um motivo, desta forma uma teoria fundada em um ideal liberal, não compartilha dos ideais constitucionais vigentes. Mas, o ambiente democrático simboliza, isto, debate, diálogo, posicionamentos discordantes, mostrando-se um ambiente fértil para colocar em debate uma teoria desta envergadura.

O notável doutrinador em nenhum momento teve sua biografia arranhada, buscamos colocar apenas um posicionamento com o qual compartilhamos, tendo em vista os aspectos axiológicos, além do vetor deontológico para expor de forma lastreada algumas contradições que causam a aplicabilidade da sua teoria. Nossa indignação, assemelha-se ao ambiente no qual o citado doutrinador buscou fundamentar sua teoria, já que discordava do modo como se mostrava o ambiente social de negação de direitos.

Ademais, o próprio autor já demonstrou uma certa inclinação em rever seu posicionamento. Demonstrando desta forma que, as novas formas de interpretar a Constituição de forma integrativa, dando unidade ao ordenamento, representa a tendência mais acertada.

Após anos de academia, tendo o privilégio de adquirir toda uma bagagem de conhecimento, nos parece razoável trazer um assunto de grande pertinência ao crivo da criticidade. Talvez a abordagem não tenha sido a melhor possível, mas foi aquela que mais nos mostrou ser praticável, em função da pouca bagagem jurídica.

Permanecer inerte, não nos parece razoável depois de termos vivenciado toda uma gama de aprendizados, termos tido a oportunidade de lermos obras de notáveis doutrinadores, quer alinhados, ou não, ao nosso pensamento de ver o direito. Em função desta democracia e do ideal da dignidade que nasceu este trabalho, dos diálogos com amigos e professores, e com professores que tornaram-se amigos. Toda as lições deste caminho traçado nos foram muito válidas, buscou-se uma exposição crítica de algo que já permeia os bancos acadêmicos como unanimidade, em função deste aspecto buscou-se libertar-se das amarras desta carga dogmática de grande carga alienante.

Muitos foram os obstáculos, porém a vontade de produzir este trabalho foi maior, foram inúmeros incentivos negativos, vários conselhos para se falar sobre algo mais simples,

que o mais importante era o diploma. Que o tema é uma utopia já demarcada pela inércia legislativa, desconhecimento da sociedade, pela falta de interesse e a pressão do Capital sobre o Estado. A realização deste trabalho representa a nossa contribuição para aqueles que de forma indireta patrocinaram nossa formação, o povo brasileiro.

Através dos seus impostos, que deveriam patrocinar uma educação de qualidade para todos, lhes possibilitasse um melhor atendimento à saúde, sem a vinculação mercantil, mas alinhada ao exercício da cidadania e em função do respeito ao ser humano.

Por isso, que nos insurgimos diante da realidade, pois a visão pós-moderna de cidadania exige inclusão. A negação dos direitos sociais de dignidade, representa sob o contexto histórico social do país, um projeto de manutenção de privilégios imposto a séculos por uma classe dominante.

É a opressão da classe burguesa, o instrumento estatal, para manter o status de inércia social, de impedir a mobilidade de vários grupos da sociedade. Desencadeando desta forma a *morte social*, pois uma vida fundada em uma visão pós-moderna, de inclusão ao mercado de trabalho e conseqüentemente de consumo representa isto.

Sendo geralmente a sorte reservada aos egressos do sistema carcerário, que como depósito de seres humanos destituídos de dignidade, onde em algum momento lhes foi aviltada, como o acesso aos direitos sociais. Em um país de miseráveis, a negação ao mercado fere frontalmente a cidadania, por conseguinte o objetivo fundamental quanto a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais.

A morte social, significa um contingente de cadáveres que se negam a morrer de fato, que teimam na luta por seguir sobrevivendo, não medindo esforços na busca por satisfazer suas necessidades vitais básicas. Direitos à alimentação, água potável, habitação, cuidados à saúde, segurança à integridade física e a educação apropriada.

Apesar do viés mercantilista, estes direitos ou mercadorias devem ser disponibilizados de forma a atender o que preceitua a Constituição. Não se quer negar o direito ao exercício da atividade empresária em um mundo globalizado, mas uma forma racionalizada nos ideais dispostos na Constituição. É o que ao nosso ver, representa o ativismo judicial, uma nova maneira de adequação ao princípio da separação harmônica dos Poderes, objetivando realizar o sentimento Constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2º. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AMARAL, G. **Direito, Escassez e Escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, V. R. P. **Sistema Penal Máximo versus Cidadania Mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANISTIA Internacional Brasil. **Anistia Internacional**, 2016. Disponível em: <[www.anistia.org.br](http://www.anistia.org.br)>. Acesso em: 28 janeiro 2017.

ARENDT, H. **A Condição Humana**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BARROSO, L. R. A efetividade das Normas Constitucionais: Por que não uma Constituição pra valer? In: BARROSO, L. R. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, v. Único, 2014. Cap. 1, p. 57:95.

BARROSO, L. R. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Consitucional Brasileiro: pós-modernidade, teoria critica e pós-positivismo. In: BARROSO, L. R. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção tórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 1º. ed. São Paulo: Fórum, 2014. Cap. 2, p. 99; 136.

BARROSO, L. R. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, L. R. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 1º. ed. São Paulo: Fórum, 2014. Cap. 3, p. 137; 185.

BARROSO, L. R. O constitucionalismo Democrático no Brasil : crônica de um sucesso imprevisto. In: BARROSO, L. R. **O Novo Direito Constitucional Brasileiro**: contribuições para a construção teorica e pratica da jurisdição constitucional no Brasil. São Paulo: forum, 2014. Cap. Introdução, p. 25 ; 53.

BAUMAN, Z. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Câmara dos Deputados**, 1988. Disponível em: <[www2.camara.leg.br](http://www2.camara.leg.br)>. Acesso em: 05 março 2017.

BRASIL. Presidência da República. **Palácio do Planalto**, 2016. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 04 abril 2017.

BRASIL, G. D. Presidência da República. **Planalto**, 1964. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 3 fevereiro 2017.

BRASIL, G. D. Presidência da República. **Planalto**, 1968. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 4 fevereiro 2017.

BRASIL, G. D. Presidência da República. **Planalto**, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 09 janeiro 2017.

CAIRO JÚNIOR, J. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

CHRISTOPOULOS, B. G. C. Orçamento e Efetivação dos Direitos Sociais. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, setembro/ outubro/ novembro 2009. 19.

CIDADÃ, A. Auditoria Cidadã da Dívida. **auditoriacidada.org.br**, 2010. Disponível em: <<http://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2012/08/Principais-Investiga%C3%A7%C3%B5es.pdf>>. Acesso em: 20 março 2017.

DALLARI, D. D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 25ª. ed. São Paulo: Atlas, v. único, 2012.

FATORELLI, M. L. Auditoria Cidadã da Dívida. **auditoriacidada.org.br**, 2016. Disponível em: <<http://www.auditoriacidada.org.br/blog/2016/11/09/explicacao-sobre-o-grafico-do-orcamento-elaborado-pela-auditoria-cidada-da-divida/>>. Acesso em: março 20 2017.

FIGUEIREDO, L. V. **Lições de Direito Econômico**. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FOCO, C. E. UOL. **congresso em foco**, 2016. Disponível em: <[www.congressoemfoco.uol.com.br](http://www.congressoemfoco.uol.com.br)>. Acesso em: 15 junho 2017.

GALEANO, E. **As Veias Abertas da América Latina**. Porto Alegre: L&PM, 2012.

GONÇALVES, C. M. D. C. **Políticas dos Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988: releitura de uma constituição dirigente**. Universidade Federal do Maranhão. São Luís, p. 254. 2005.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: [s.n.], 1991.

JESUS, T. A. C. D. A Dignidade da Pessoa Humana como Substratum dos Direitos Fundamentais: aos direitos sociais cabe a proteção do artigo 60.º, IV da constituição federativa do Brasil? **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 24, p. 16, dezembro/ janeiro/ fevereiro 2011. ISSN 1981-1888.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 7ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARQUES NETO, A. R. **A Ciência do Direito: Conceito, Objeto, Método**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. Único, 2001.

MASCARO a, A. L. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, v. Único, 2015.

MASCARO b, A. L. **Estado e Formula Política**. 1ª. ed. São Paulo: Boi Tempo, 2013.

MASCARO c, A. L. **Filosofia do Direito**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MERELES, C. Politize. **Politize**, 2017. Disponível em: <[www.politize.com.br](http://www.politize.com.br)>. Acesso em: 15 junho 2017.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

NASCIMENTO, M. L. Conteúdo Jurídico, 2013. Disponível em: <[www.conteudojuridico.com.br](http://www.conteudojuridico.com.br)>. Acesso em: 04 maio 2017.

PEREIRA, P. A. **Necessidades Humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. São Paulo: Cortez, 2011.

PINTO, C. R. J. **A Banalidade da Corrupção: uma forma de governar o Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

PRIORI, M. D.; VENÂNCIO, R. O Fim da Ditadura Militar e a Abertura Política. **História Hoje**, 31 março 2014. Disponível em: <[www.historiahoje.com](http://www.historiahoje.com)>. Acesso em: 27 abril 2017.

RAMOS, E. D. S. **Ativismo Judicial: parâmetros Dogmáticos**. 1º. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, M. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito de Ideologias**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. Único, 2005.

ROCHA, C. L. A. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista da Comissão de Estudos Judiciários**, Brasília, v. 1, n. 3, set/dez 1997.

ROSENFELD, M. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, v. Único, 2003.

ROSENFELD, M. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, v. unico, 2003.

SALIBA II, J. C. M. Jus.Com.BR. **Jus.com.br**, 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 04 dezembro 2016.

SILVA a, J. A. D. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, v. Único, 2009.

SILVA b, J. A. D. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª. ed. São Paulo: Malheiros, v. Único, 2010.

SILVA JÚNIOR, H. C. A polêmica da auto-aplicabilidade do parágrafo 3º do art. 192 da constituição federla de 1988. **Debate Virtual**, Salvador, v. 17, outubro 2001. ISSN 1808-4435.

SIMÕES, C. **Teoria e Crítica dos Direitos Sociais: o estado social e o estado democrático de direito**. 1ª. ed. São Paulo: Cortez , 2013.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. único, 2010.

VADE MECUM. **Vade Mecum Saraiva**. 22ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.