

A concretização da dignidade humana na interpretação da Constituição brasileira de 1988.

The implementation of human dignity in the interpretation of the Brazilian Constitution of 1988.

Enio Walcácer de O. Filho¹

RESUMO

O presente artigo busca levantar uma crítica acerca da interpretação dos direitos fundamentais da Constituição de 1988 no Brasil. Inicialmente tecemos um histórico acerca dos momentos internos e externos que levaram o Brasil à redemocratização de 1988. Em seguida buscamos identificar a existência de um núcleo fundamental na Constituição brasileira, rompendo com as teorias atuais que defendem a inexistência de hierarquia sobre as normas constitucionais, mostrando que, à medida em que existe um núcleo essencial duro, que não pode ser alterado, existe sim hierarquia entre as normas. De outra banda, levantamos uma crítica acerca da necessidade de se identificar um mínimo exigível dos dispositivos constitucionais, mormente no que concerne à dignidade humana, sem que o intérprete constitucional fique preso excessivamente na ideia de uma constituição programática, consolidando direitos mínimos para o agora para que, efetivando-se este mínimo fundamental se possa chegar a um máximo do ideal em um futuro.

Palavras-chave: dignidade humana; direitos fundamentais; hermenêutica.

ABSTRACT

This article seeks to raise a criticism on the interpretation of fundamental rights of the Constitution of 1988 in Brazil. Initially we weave a history about the internal and external moments that led to the democratization of Brazil 1988. Then seek to identify the existence of a critical nucleus in the Brazilian Constitution, breaking with current theories that defend the lack of hierarchy between constitutional norms, showing that the extent to which there is an essential core, which can not be changed, but there is hierarchy between these standards. Is also raised about the critical need to identify a required minimum constitutional standards, especially with regard to human dignity, without the constitutional interpreter get stuck on the idea of an overly programmatic constitution, strengthening minimum rights for now so that, it is this fundamental effecting least one can reach a maximum in a future ideal.

Keywords: human dignity; fundamental rights; hermeneutics.

¹ Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT – Linha de pesquisa: Instrumentos da Jurisdição, Acesso à Justiça e Direitos Humanos. Especialista em Ciências Criminais, pós-graduado em Direito Administrativo, bacharel em Direito e em Comunicação social, todos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT.

1. INTRODUÇÃO

Não subsistem dúvidas acerca do papel central que a constituição compõe em um ordenamento jurídico. É tema pacífico que todas as normas de um sistema devem estar em consonância com os princípios ditados pela norma central do ordenamento, bem como deve ser a atuação de toda a Administração Pública em suas variadas funções. A função Constitucional é então, no Brasil, demarcar uma linha que guia a Administração Pública a um dever ser, um ideal a ser seguido e consolidado, mas que deve garantir um mínimo o ser no agora, sob pena de tornar-se apenas um símbolo morto de esperança em um futuro que nunca chega.

São diversas as classificações dadas às normas constitucionais, na concepção clássica adotada no Brasil por José Afonso da Silva (2010), a Constituição se divide basicamente em três grupos: normas de eficácia plena, de eficácia limitada e normas de eficácia contida.

Nesta classificação, embora muito utilizada, existem grande lacunas que devem ser supridas por um conceito que não busque apenas a força normativa da constituição, mas que busque um mínimo a ser concretizado no agora por ela, um núcleo essencial de direitos ali inscritos que permitam um ponto de partida de igualdade entre os brasileiros.

De outro lado existe a necessidade de, ao mesmo tempo em que se garanta uma concretização mínima a um núcleo de direitos fundamentais insculpidos na Constituição, que não se permita a estagnação do texto constitucional. A hermenêutica constitucional, como trabalho necessário à própria evolução do direito, é fundamental para que se evite a fossilização do ordenamento jurídico de um país, em consonância com o desenvolvimento natural que segue uma sociedade, diante da constante mutação de fatores que decorrem da própria sistemática da vida social humana.

Quanto aos critérios clássicos que aqui pontuamos, e que ainda são muito utilizados pela jurisprudência e doutrina nacional, é necessário ampliar-se este conceito para que, entendendo-se a estrutura funcional da Constituição brasileira se possa partir, após este entendimento, a uma forma de interpretação que seja ao mesmo tempo adequada à intenção do legislador constituinte e também às necessidades da sociedade

brasileira e as evoluções acerca do entendimento, na comunidade internacional, dos direitos humanos.

Comum no Brasil é a importação de sistemas interpretativos, principalmente alemães, para que se faça a hermenêutica constitucional brasileira, o que é plenamente válido para a tentativa de dar efetividade ao texto constitucional. Contudo, muito mais importante do que os postulados interpretativos de uma realidade social completamente diversa à nossa, como a alemã, importante é se criar mecanismos de interpretação próprios à nossa conjuntura social e política de acordo com as nossas necessidades internas.

Além do mais, a importação de doutrinas e jurisprudências alemãs para o Brasil, mesmo que seja interessante em sede de estudo comparado, torna-se insuficiente e incompleta, tendo-se que se adaptarem teorias e métodos diferentes, já que foram estes criados em situações fáticas, sociais e culturais diferentes, não sendo, portanto, possível a sua perfeita implementação no sistema jurídico brasileiro.

Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva (2010) faz uma profunda crítica ao sincretismo metodológico importado utilizado no Brasil quanto à interpretação constitucional. A utilização do que se é considerado, como argumento de autoridade, como moderno, em termos de interpretação constitucional, é a primeira dentre as críticas que faz o autor, quando critica a utilização da sistemática interpretativa de Konrad Hesse para o modelo constitucional brasileiro.

Pondera de forma interessante as divergências entre a própria teoria de Hesse na Alemanha, que sequer naquele país é utilizada pela jurisprudência daquela corte constitucional. Em seguida o autor ainda mostra as falhas teóricas no modelo utilizado de interpretação nos critérios, que hoje no Brasil são parte majoritária da doutrina e até da jurisprudência, que são: a unidade da constituição, ausência de hierarquia entre as normas constitucionais, concordância prática, conformidade constitucional, efeito integrador, máxima efetividade, força normativa da constituição e interpretação conforme a Constituição.

Neste trabalho não nos alongaremos quanto às críticas da utilização destes métodos interpretativos, mas sim a sua insuficiência para a concretização das normas constitucionais brasileiras, pois não discutem, por exemplo, a mínima efetividade dos

princípios constitucionais e ainda, com o princípio da falta de hierarquia entre normas constitucionais, coloca na mesma linha o direito à vida e o direito econômico de uma empresa, o que permite justificativas hermenêuticas que impossibilitam a consolidação da igualdade material no direito brasileiro.

Aqui o que buscamos é um trabalho proativo no sentido de identificar uma possibilidade de se buscar um método de interpretação constitucional que primeiramente identifique um núcleo hierárquico na constituição brasileira, rompendo com tradições que inviabilizam, por exemplo, decisões judiciais que afetem políticas públicas do executivo ou mesmo decisões que forcem o legislativo a dar concretude a princípios constitucionais. Ou seja, o que se busca é um núcleo essencial constitucional para que então seja este concretizado em todos os níveis sociais, sob pena da manutenção da sociedade brasileira, como hoje está, em níveis distintos de simbolismo/concretização dos direitos fundamentais existentes em nossa Constituição.

2. OS FUNDAMENTOS QUE LEVARAM O BRASIL À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Para que se possa entender um documento jurídico, ainda mais uma Constituição, que em tese é a somatória de vários fatores de poder de um povo em determinado momento histórico, deve-se entender o momento em que fora elaborado aquele documento. Em nosso caso, entender que a Constituição de 1988 deu-se em decorrência de um período de escuridão², como pronunciara o então presidente José Sarney em 1985, na abertura da XL sessão da Assembleia-Geral da ONU. Tal discurso é uma das tantas demonstrações de que o Estado brasileiro estava emergido para uma abertura, uma democratização do país, que veio a culminar com a promulgação da Constituição de 1988.

² O discurso ao qual nos remetemos teve o seguinte conteúdo: “O Brasil acaba de sair de uma longa noite. (...) Com confiança, trago a esta Assembléia a decisão de aderir aos Pactos Internacionais das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos, à Convenção contra Tortura e Outros Tratamentos ou penas desumanas ou degradantes, e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Com essas decisões, o povo brasileiro dá um passo na afirmação democrática de seu Estado e reitera, perante si mesmo e perante toda a Comunidade Internacional, o compromisso com os princípios da Carta da ONU e com a promoção da dignidade Humana. (FONSECA JR, Robamar. *Os direitos Humanos na idade média*. Direito Montecristo Editora. 2012)

Tal discurso deu-se em decorrência do afastamento e da ruptura que teve o Brasil, no período da ditadura, entre 1964 e 1980. Ou seja, não apenas no âmbito interno o país vivia um estado de exceção, externamente o país tinha cortado os seus laços participativos no tema direitos humanos, o que tinha sido marcante na participação assídua que o país tinha tido na ONU desde a sua criação em 1948.

Sempre o Brasil vinha sendo muito participativo, no âmbito das operações e até dos debates que giravam em torno dos direitos humanos, segundo Mahlke (2014), desde 1948 o Brasil participou de mais de 30 operações de manutenção da paz, tendo atuado em várias operações em países com problemas em suas democracias. Contudo, percebe-se que internamente, não se tinham tantos esforços assim quanto aos direitos fundamentais, e estes foram reduzidos mais ainda após o golpe militar de 1964.

A participação ativa do Brasil na instituição de mecanismos internacionais de defesa dos direitos humanos também pode ser visto no texto de Castilho (2003, p. 111) quando argumenta que:

Segundo Cançado Trindade, no decorrer dos *travaux préparatoires* da Declaração Universal (setembro a dezembro de 1948), o representante do Brasil (Austregésilo de Athayde) defendeu, na IU Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas (3^o Sessão), a adoção de garantias, de modo a assegurar a eficácia dos direitos consagrados; singularizou, ademais, a importância do direito à educação.

Havia então não apenas um distanciamento interno dos modelos de democracia que se consolidavam na Europa após a II Guerra Mundial, mas também um afastamento nas políticas de alargamento destes direitos no âmbito internacional.

A regra no regime ditatorial do período de mais de 20 anos vividos antes da redemocratização, eram marcados pela imposição do Estado através da força bruta. Dentre os elementos que constituem um Estado – soberania, território e povo – durante a ditadura se tinha um ordenamento que primava essencialmente pela soberania, e pela defesa do Estado como ser abstrato que se coloca acima da pessoa humana, podendo, e inclusive utilizando, em diversos momentos a pessoa como mero objeto para a garantia de um objetivo maior.

Mas criticamente falando, a ditadura tinha operado mais mudanças efetivas para a classe média e alta, estas que sempre detentoras de direitos no Brasil, viram-nos

solapados por um regime que nivelou a todos na exclusão de grande parte dos direitos fundamentais.

No que concerne à educação, o regime ditatorial ao longo de seus vinte anos, alterou todos os níveis de ensino, redundando no baixo nível crítico das escolas, voltadas para o tecnicismo, expansão quantitativa do ensino público, rebaixamento de sua qualidade, extinção da autonomia das universidades e a expansão do ensino superior privado. Na verdade, o que se percebeu, no que tange à educação, foi um aparelhamento do estado para a manutenção de sua ideologia, de forma a respaldar o regime então imposto. (FERREIRA JR & BITTAR, 2006)

A educação então foi uma das frentes utilizadas pelo sistema ditatorial para implantar as suas ideologias e vender as suas meia-verdades, como o mito do “milagre-econômico” e da igualdade. De certa forma a igualdade existente era, em grande escala, uma igualdade na ausência de direitos e na exacerbação dos deveres. E a igualdade no emburrecimento crítico da nação, com a implementação da política do nacionalismo exacerbado, que pode ser visto até hoje sendo utilizado pelo governo em momentos críticos da política.

Desta forma, no regime de exceção brasileiro, em suas devidas proporções, não agiu de forma diferente de qualquer outro regime de exceção que tenha o precedido, como o próprio regime nazista que tinha causado tanta repugnância à comunidade internacional, inclusive ao Brasil, após a II Grande Guerra. Narrando o ocaso do regime ditatorial, discorre Barroso (2012, p. 13) que a derrota do movimento ditatorial culminou com a convocação das eleições pelas Diretas Já, movimento que iniciou-se com o levante de milhares de pessoas às ruas de diversas capitais e que culminou com a eleição de um civil de oposição Tancredo Neves, para a presidência do país.

Contudo Tancredo Neves morreu e quem assumiu a presidência na transição democrática do país foi um dos grandes nomes que também tinham apoiado toda a ditadura, José Sarney que, diante da conjuntura que se avizinhava, tinha resolvido aderir à oposição ao regime.

Então se deve entender o documento que é a Constituição de 1988 como um depositário de todas as esperanças que se encontravam contraídas no âmbito dos direitos, de todas as dimensões. Estes direitos estavam aprisionados durante o golpe

militar, entre armas e um ordenamento jurídico que se via na contramão de toda a sociedade ocidental, seguindo os mesmos passos que havia seguido outros países, com uma diferença temporal de várias décadas.

O Estado tinha se apropriado do direito para os fins de sua violência institucionalizada. Os remendos à Constituição da época, as mudanças legislativas, a supressão dos poderes pelo executivo, e a perseguição de ideologias eram regra em um período em que a exceção eram os direitos fundamentais. Nesta contração absoluta, em que sequer falar era permitido, surgiu o expansionismo do texto Constitucional de 1988, na tentativa, pelo constituinte originário, de se estabelecer um programa de metas a ser atingido pelo Brasil, onde se mudaria o foco da nação como um fim em si para o homem como um fim que deve ser posto acima de todas as coisas.

Contudo parece-nos, ao analisar a história, que a redemocratização está acontecendo em velocidades distintas para classes distintas dentro do Brasil. Enquanto as classes médias e alta tiveram e tem um processo muito rápido de alargamento de direitos fundamentais e a concretização das previsões constitucionais, uma outra classe, maior em número e menor em poder econômico, ainda se vê as voltas com práticas exatamente iguais às do período ditatorial, em todos os sentidos, para estas parece que ainda não chegou a prometida redemocratização do Brasil.

3. UM HORIZONTE A SE BUSCAR: O MÍNIMO DO SER E O MÁXIMO DO DEVER SER

O Brasil, historicamente como sendo uma democracia que ainda não se consolidou, é composto de estratos sociais muito desiguais e, portanto o direito que é previsto nos textos legais, e aqui nos atemos à Constituição, tem valor de concretude diverso para as diversas camadas.

Se for fácil falar que hoje em dia existe um amplo acesso ao judiciário, isso pode valer para um grande centro em medida diversa de uma cidade isolada, ou uma comunidade que não conta com serviços mínimos de assistência jurídica.

Se o direito à moradia é assegurado a todos, formalmente, não se pode explicar o porquê milhares de pessoas ainda moram debaixo de pontes e viadutos

enquanto são gastos bilhões de reais com estádios para se receber um evento esportivo no país.

Se o direito à saúde é outra garantia fundamental, não se consegue compreender a necessidade de se buscar, via judiciário, que seja dada gratuidade em tratamentos quando quem se nega a fornecê-la é o próprio Estado.

As discrepâncias que existem entre o mundo normativo previsto na Constituição e a sua efetividade para todas as camadas sociais pode ser explicado quando entendemos a nossa Carta como um documento programático, do dever ser, com a mesma facilidade não se pode explicar a discrepância entre a concretização distinta para distintas camadas sociais.

Se para algumas fatias da sociedade grande parte destes direitos são garantidos, outras ainda tem muito pouco destes direitos consolidados. Existe então um mínimo auto executável de direitos previstos na Constituição ou apenas um horizonte do deverá ser ali previsto? A interpretação constitucional pode avançar com um ativismo judicial vindo a implementar um mínimo do ser no caminho do dever ser no Estado Brasileiro? Estas são questões que, ao fim, após analisar a sistemática de nossa constituição, buscaremos responder, ou pelo menos causar uma reflexão sobre elas.

Para tentar entender esta dicotomia que apresentamos é interessante falar-se da forma como a Constituição foi escrita. Vimos que ela foi o ponto culminante de uma libertação que o povo brasileiro tinha conseguido, após muitas lutas, ou seja, é uma carta de esperança, uma carta de promessas, como uma aliança que agrupa os anseios do povo após anos de opressão.

Claro que o constituinte originário, na representação de diversos setores sociais, sabia que não poderia acabar com os diversos problemas existentes à época apenas com um texto formal, uma carta de papel, deveria então criar um texto em que fosse explicitadas metas a curto, a médio e a longo prazo, metas das mais diversas para se alcançar ou se reestabelecer direitos diversos que haviam sido suprimidos inteiramente da grande maioria da população.

Sendo a Constituição de 1988 o ápice do movimento de redemocratização, ele deveria trazer elementos simbólicos, para garantir o seu papel de trazer esperança à nação, além de trazer efetividade, ou seja, o texto legal constitucional deveria romper

com a tradição da parca relação entre as previsões de outras Cartas anteriores e a realidade que era vivida no país. Deve se buscar dar efetividade as normas constitucionais, sendo este o maior desafio, que cabe dizer, ainda é enfrentado hoje no Brasil.

Vale a pena a transcrição de Aduz Barroso (2012, p. 35) sobre o tema quando afirma que:

É bem de ver que o próprio reconhecimento de força normativa às normas constitucionais é conquista relativamente recente no constitucionalismo do mundo romano-germânico. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico-acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade. Tal movimento procurou não apenas elaborar as categorias dogmáticas da normatividade constitucional, como também superar algumas das crônicas disfunções da formação nacional, registradas acima, que se materializavam na insinceridade normativa, no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da ação e da jurisdição –, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais.

Contudo, não obstante o desenvolvimento da doutrina da efetividade, largando-se a doutrina tem-se ainda muito pouco da efetividade, que é o que se busca na transformação social. Se a doutrina tem evoluído neste sentido, muito pouco tem se visto desta evolução no judiciário, que seria o esperado em um Estado Democrático de Direito. Lênio Streck (2014, p. 48) afirma sobre a questão nos seguintes termos:

Não esqueçamos o que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, *que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador*, na esteira daquilo que, contemporaneamente se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera, pois, sua especificidade e seu acentuado grau de autonomia. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática – *deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas*.

Como se consolidou a carta como um horizonte a se buscar, as normas começaram a ser divididas entre as que poderiam ser efetivadas desde já, e as que deveria ser efetivadas à medida em que fossem ajustadas as possibilidades sociais e econômicas do país. Esta diferença na aplicabilidade imediata do texto constitucional

irradiou-se em teorias que explicitaram a diferença entre as normas de eficácia³ plena, eficácia contida e de eficácia limitada, na classificação de José Afonso da Silva. Buscou-se com essa teoria, ao que parece, uma justificativa para o não ser efetivo de várias normas constitucionais, e não uma busca de um cumprimento efetivo de um mínimo necessário a todos, o que deveria ser o objeto central de um direito fundamental.

Portanto, a concepção clássica de José Afonso da Silva⁴ já não se adequa a realidade atual diante dos avanços atingidos quanto aos debates e implementações dos direitos humanos. Essa dicotomia entre normas de eficácia plena (autoexecutáveis), normas de eficácia contida (restringíveis por lei) e de eficácia limitada (com auto execução mínima prevista mas passível de ampliação), serve como um debate dos limites de possibilidade de busca, por meio de remédios jurídicos, da consolidação prática de direitos previstos na Carta, portanto de fundamental importância, em um Estado que se nomina Democrático de Direito, na efetivação para toda sociedade de direitos mínimos, e na busca da máxima efetividade destes direitos no horizonte do dever ser.

Defende Lênio Streck (2014) que por este motivo que se mantiveram os institutos jurídicos importantes, como o Mandado de Injunção e a substituição processual tanto tempo ineficazes em sede de aplicabilidade pela Suprema Corte brasileira. Vamos além e dizemos que ainda há uma parca efetividade, mormente quanto ao mandado de injunção, na consolidação de políticas públicas para concretização deste núcleo mínimo de direitos. A discricionariedade da Administração Pública ainda reina soberana sobre os mandamentos constitucionais, o arbítrio reina, em berço esplêndido, albergado sobre a ótica ultrapassada da separação absoluta dos poderes, pisoteando o quanto pode, a dignidade da pessoa humana no Brasil.

³ Efetividade (eficácia social) ocorre quando a norma cumpre a sua finalidade, atinge o objetivo para o qual ela foi criada (sempre associada ao caso concreto). Eficácia (jurídica) é a aptidão da norma para cumprir os efeitos que lhes são próprios (toda norma constitucional possui eficácia, mas nem toda possui efetividade), é diferenciada em dois sentidos: eficácia positiva, que é a aptidão da norma para ser aplicada ao caso concreto independentemente de outra vontade intermediadora; eficácia negativa, que consiste na aptidão da norma para invalidar outras normas que lhes sejam contrárias. Validade trata da relação de conformidade de uma determinada norma com aquelas que estabelecem o seu procedimento de elaboração e limitam o seu conteúdo. (deve se ter a ideia de relação entre norma superior e inferior, como a Constituição e as leis, já que estas dependem da previsão daquela, e para ser válida, a lei precisa estar em conformidade à Constituição.)

⁴ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

Neste sentido podemos falar que existem duas frentes de luta com relação à consolidação dos direitos fundamentais no Brasil: (a) uma luta por um mínimo essencial à dignidade humana, para todas as pessoas indistintamente, operada por grupos marginalizados, de um lado uma maioria (106,94 milhões de brasileiros⁵ ou seja, mais de 55% da população brasileira) e as minorias socialmente fragilizadas (mulheres, GLBTS, negros, indígenas, etc.); (b) uma luta pela expansão dos direitos, erguida pela minoria que já tem consolidados uma série de direitos fundamentais. Portanto, parte-se do pressuposto que, para uma certa camada social, existem já consolidados os direitos mínimos que a Constituição previu, e para este grupo existe uma luta de ampliação de direitos. Para um segundo grupo, sequer os direitos mínimos foram assegurados ainda, e para este existe uma luta pela própria dignidade como pessoas, em geral é este grupo marginalizado e oprimido socialmente, o grupo que sobrevive de bolsas na tentativa de se implementar a igualdade de pontos de partida, entre este grupo e àquele mais abastado socialmente, que sempre foi o objeto de direitos⁶.

Além de ser um programa do dever ser, uma obrigação de meta a ser seguida pela Administração Pública, a Constituição de 1988 também foi feita com um caráter simbólico, o que é necessário para a consolidação do documento como um horizonte do dever ser. No entanto, na definição dada por Marcelo Neves (1994), para que haja essa constituição (unicamente) simbólica deve haver a hipertrofia do caráter político-simbólico da norma constitucional em face da força jurídico-normativa da mesma. Cita o autor que, a exemplo de espécies de constitucionalização simbólica, a constitucionalização álibi vem para atender a exigência de um público depois de regimes ditatoriais, incorporando-se no texto legal, tudo o que é o anseio social, não sendo ponderado se o ordenamento jurídico, e o aparato estatal, comporta todas aquelas normas para a sua plena eficácia. Acontece, que da forma como hoje está a sociedade brasileira, há uma hipertrofia simbólica seletiva do documento, à medida que para uns grupos ele tem plena efetividade, mas para outros é ainda apenas uma Carta distante de direitos que são assegurados mas que dificilmente são alcançados.

⁵ Segundo o Ipea, estes estão divididos entre: extremamente pobres, pobres e vulneráveis, ou seja, pessoas que recebem menos do que R\$ 300,00 por mês. Neste gráfico trazido pelo Instituto, é delineada a família típica, que tem renda média abaixo de 1189,00 por mês, representando 184, 81 milhões de pessoas, ou seja, 93% da população. (fonte: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110915_comunicadoipea111.pdf)

⁶ Interessante notar que no Brasil, não obstante o grupo que está apartado da maioria dos direitos, é o alvo selecionado para a maioria das condutas classificadas como criminosas. É um grupo que não consegue acessar os direitos fundamentais mais que é afetado, constantemente, pelo direito penal.

Isso não significa que essa hipertrofia, em alguns aspectos da Constituição de 1988 tenha sido intencional, pois o ilusor torna-se também o iludido, acreditando que o simbolismo é algo que vá efetivamente funcionar. Cita Neves (1994) que, a exemplo da Constituição Brasileira, que apesar de ter muitos aspectos que positivamente funcionam em seu caráter jurídico-normativo, outros tantos ainda tem uma acepção hipertrofiada do caráter político-simbólico. Quando, neste caso, tratamos da estrutura política do Estado, esta funciona de acordo com as normas, com, a exemplo, eleições, a composição dos tribunais superiores, mas não funciona de forma efetiva, no contexto jurídico-normativo no que concerne aos direitos fundamentais e sociais. É interessante notar, por exemplo, o inciso XI do art. 5º, que é um direito de primeira dimensão, com respeito à liberdade, ou seja, uma ação abstencionista do Estado. Este inciso assegura a inviolabilidade do domicílio e as exceções a esta inviolabilidade que são permitida. Para uma pessoa da classe média ou alta da sociedade, este inciso é concretamente respeitado, não se observa eventos de invasões de policiais, por exemplo, em casas de bairros de classe média ou alta, a não ser (e raramente) com mandados de prisão ou nos demais casos permitidos. Contudo, nas favelas, como se costuma ver em jornais, revistas e na imprensa em geral, é comum a invasão coletiva em casas, com a justificativa de se estar agindo em prol da sociedade. Ou seja, existe um nível de concretização do direito assegurado no inciso XI para cada camada social, e um nível simbólico cada vez maior à medida da menor efetividade do direito. Se se falar deste direito a uma pessoa da favela ela provavelmente sorrirá da piada, enquanto para uma pessoa de classe média ou alta este dará razão a efetividade deste.

Neste sentido que foi criada a Constituição de 1988, como um horizonte idealizado do dever ser e um nível a ser imediatamente concretizado. Por certo acaso buscássemos a concepção sociológica de Lassalle, definiríamos a Carta Magna brasileira como a consolidação de fatores reais de um poder que se quereria ter, ou seja, à época o documento refletia os anseios de uma nova ordem de fatores de poder que se quereria ver consolidadas no Brasil, mas que ainda não eram de fato reais, ou seja, nesta concepção, seria então a Constituição uma folha de papel que pretendia (e ainda pretende) se consolidar em uma constituição real. Mas caberia se perguntar: existe uma Carta no Brasil que é ao mesmo tempo uma folha de papel e um documento fundamental? Ou refazendo a pergunta: Existem dois Brasis diferentes?

Cabe então uma reflexão, à partir do entendimento do que é a nossa Constituição, de seu papel simbólico e o seu papel efetivo, de como se consolidar um instrumento de interpretação que assegure uma eficácia mínima dos direitos fundamentais que foram consagrados neste documento no agora, no momento presente, e ao mesmo tempo seja mantido um horizonte do dever ser. Da mesma forma, como fazer com que haja concretude na efetivação da constituição a todos, assegurando um mínimo essencial de forma igualitária à todas as camadas sociais?

A modificação do centro de onde orbitam as principais metas do governo, tendo sido modificado desde a ditadura, passando de uma soberania do ente abstrato do Estado para a concretude dos direitos da pessoa humana. Tendo sido consagrada a dignidade da pessoa humana como fundamento máximo o Estado brasileiro torna-se evidente que é necessário que se estabeleça um critério interpretativo que leve em consideração a máxima efetividade para todos de um mínimo essencial da Constituição, no que tange aos direitos fundamentais. É neste núcleo constitucional, que define os direitos e garantias fundamentais, que se deve focar o Estado para a consolidação da igualdade material e não apenas formal conforme estampada no texto legal. A consolidação da igualdade perpassa, necessariamente, pela igualdade de pontos de partida que é a concretização mínima destes direitos ao acesso de todos e não apenas de uma camada.

A discussão atual sobre a ampliação de direitos humanos, ou internamente de direitos fundamentais, deve-se pautar inicialmente para a consolidação de um mínimo a todos, não se pode ampliar o que ainda não está consolidado à medida que esta ampliação iria apenas fomentar as desigualdades. Não se pode ampliar um direito aos que já tem a consolidação de diversos deles sem que se nivele à sociedade em um núcleo constitucional mínimo de direitos efetivos.

4. O NÚCLEO IRRADIANTE DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, A BUSCA DE UM NÚCLEO MÍNIMO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS NO BRASIL

Fugindo um pouco da clássica teoria piramidal do ordenamento jurídico, que nos parece restrita apenas a duas dimensões – do acima e do abaixo -, entendemos

que é necessário que se estenda essa visão a uma terceira dimensão, tendo em vista que o ordenamento jurídico não apenas se submete, no mundo atual, a uma ordem interna, mas guarda uma necessária relação com o cenário internacional, que chamaremos aqui de a terceira dimensão do direito, posto que não submete a ordem interna em uma cadeia hierárquica mas guarda uma necessária relação com ela.

Se o sistema kelseniano piramidal pode funcionar bem no âmbito das normas de um Estado, externamente, quando se vislumbra o direito internacional, isso pode gerar problemas, e como consequências das lacunas dentro da pirâmide normativa, fazer com que a doutrina e jurisprudência crie remendos mal feitos, como é o caso do julgamento do RE 466.343 pelo STF, onde à Corte chegou ao entendimento de que os Tratados que versem sobre direitos humanos, internalizados antes da emenda constitucional 45 de 2004, seriam considerados como supralegais e infraconstitucionais, ou seja, um remendo sem tamanho no ordenamento jurídico nacional, à medida que ignora o princípio do direito internacional do *pacta sunt servanda* e ao mesmo tempo ignora os mandamentos trazidos no §1º e 2º do art. 5º da CF/88. Interessante notar que neste julgado o que se discutia ao fundo era a o sopesamento entre um direito econômico e uma empresa ver um devedor sendo preso para pagar uma dívida e o direito à liberdade, um direito econômico de uma empresa em face de um direito à dignidade da pessoa humana. Neste caso, não obstante as evoluções trazidas pela nossa Constituição de 1988, ainda persistia (e persiste com um remendo mal feito) à possibilidade de o direito de liberdade ser extirpado em face de uma dívida monetária.

Foi por conta destas possibilidade de estagnação de nossa constituição que fora criado, pelo constituinte ordinário, a sistemática dos §1º e 2º de nossa CF/88, para que os direitos humanos pudessem ser expandidos à medida em que os debates internacionais fossem se consolidando neste sentido.

Inobstante a clareza interpretativa dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição de 1988, que sistematicamente falam da adoção imediata e a incorporação, como emenda constitucional dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil for parte, o Supremo, seguindo uma tradição já descontextualizada na história do Brasil, preferiu evoluir simbolicamente, avançando muito pouco em relação ao entendimento que a corte vinha tendo desde 1977.

Neste julgado, em que se esperava uma evolução da hermenêutica constitucional da Suprema Corte, fora criada esta tese, tendo como base o voto de Gilmar Mendes que se baseou, mormente na doutrina interpretativa constitucional alemã (não obstante tenha sido contraditória à moderna legislação e jurisprudência alemã mais aberta aos direitos humanos internacionais). Ou seja, só se pode pensar em uma crise interpretativa, mas que defendemos aqui ser uma crise nas bases que fundamentam a teoria interpretativa da Constituição brasileira.

O estudo da constituição de forma tridimensional acabaria com uma série destes problemas, à medida que permitiria uma interpretação da constituição brasileira conforme a própria sistemática criada pela Carta, internamente e externamente conectava às evoluções no que tange aos direitos humanos. Para tanto é necessário inicialmente que se inicie uma abordagem que nos leve a conhecer o núcleo central desta constituição, a sua essência, o seu fundamento máximo, ou os metaprincípios que nela residem.

Dizer que há hierarquia dentro da própria constituição pode parecer destoante do que hoje se está praticamente pacificado na doutrina constitucionalista nacional, mas é necessário que repensemos essa estrutura. Não é por se repetir sistematicamente uma “verdade” que se deve tomar ela como absoluta, isso ensejaria em um antagonismo hermenêutico à medida que sedimentaria uma forma, um modelo de interpretação, que levaria sempre a um limite interpretativo sedimentado. Ora, se se fossilizam os métodos de interpretação, os passos para uma determinada interpretação, se sedimentará também os limites de onde chegar com essa interpretação.

Ao falarmos em hierarquia quanto ao processo legislativo de criação de normas constitucionais, existe sim um claro escalonamento entre elas. Vejamos, existem textos constitucionais que, para serem mudados, precisam passar pelo processo legislativo previsto no art. 60 em seus incisos I a III e parágrafos 1º a 3º. Desta feita, todas as normas constitucionais que podem ser alteradas por este processo legislativo, tem o mesmo nível hierárquico, formalmente falando.

No entanto, existem normas constitucionais que por serem a própria essência da Constituição, o seu núcleo duro, não são sequer passíveis de serem alteradas, estas estão elencadas no mesmo art. 60 em seu parágrafo 4º e está dividida em: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a

separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais. Não se pode negar, e seria um imenso contrassenso dizer que não existe hierarquia entre estas normas constitucionais e as demais, que podem ser livremente alteradas. Essa hierarquia é clara e inequívoca, o que, de plano, já afasta a possibilidade de aplicação de um dos postulados de Konrad Hesse, o da *ausência de hierarquia*.

Virgílio Afonso da Silva (2010) ainda afirma que sob a ótica da hierarquia material pode-se também encontrar uma contradição que não permite a aplicação de tal princípio interpretativo à Constituição do Brasil. Cita o autor que mesmo que não se possa, aprioristicamente, determinar sob certos princípios constitucionais, no âmbito material, uma hierarquia – como no caso de se falar em superioridade entre o direito de propriedade e o de igualdade –, pois neste caso se enfrentaria um debate ideológico. Contudo, sob outros aspetos tal hierarquia é totalmente possível, como seria o caso de se verificar a hierarquia material entre a norma do art. 242 §2º (que prevê o Colégio Don Pedro II como órbita federal) e o direito à liberdade, por exemplo. Neste caso, é ululante a presença de uma hierarquia.

Podemos ir além, sob a ótica de nossa Constituição existem regras claras, explícitas, que criam uma ordem de precedência entre os direitos que são positivados em nossa Lei Fundamental. Tal ordem de precedência é dada nos artigos 1º a 3º, no âmbito interno, que são os definidores dos *fundamentos, distribuição dos poderes e objetivos do Brasil*. São estes os pontos centrais dos quais não se pode afastar o país, e estão ali estampados, de forma clara, quais são os pontos fundamentais a serem observados, como metaprincípios que foram ali estabelecidos como linhas guia de atuação do poder público.

Entender a possibilidade de hierarquia entre normas constitucionais é permitir que se consolide os direitos mais essenciais para a dignidade humana, é permitir o entendimento da existência de um mínimo a ser efetivado que seria o próprio centro normativo do documento constitucional.

Topograficamente, no art. 1º são definidos os fundamentos da própria ordem constitucional atual. Buscando uma análise puramente semântica do termo fundamento temos como seus sinônimos⁷: base principal, prova, causa, motivo, fundação. Não é

⁷ "fundamento", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/fundamento> [consultado em 12-07-2014].

forçoso entender que aqui se encontra o núcleo, a essência da constituição, o motivo pelo qual ela subsiste, logo, destes fundamentos encontram-se as bases para a ordem de precedência quando se colidem direitos dentro da ordem constitucional. Por exemplo: quando se colide algum direito que decorre da dignidade da pessoa humana com algum outro direito deve-se priorizar a dignidade da pessoa humana. Em alguns pontos a própria Constituição já faz esse sopesamento e já cria regras quando estes direitos estão em conflito, como no caso do inciso X do art. 5º, que faz um sopesamento entre a liberdade de expressão (direito decorrente do princípio da liberdade) e a dignidade da pessoa humana, em nossa Carta eleita como fundamento da República Brasileira.

Sob esta ótica, estaríamos diante de um núcleo imutável da constituição, por serem cláusulas pétreas, todos os art. 1º a 5º e grande parte dos incisos neles dispostos. Deve-se, no entanto, não fazer apenas uma verificação espacial dos artigos constitucionais para se avaliar qual é o seu núcleo imutável e, portanto central, deve-se analisar de forma sistemática o art. 60 §4º da CF/88 juntamente com todos os artigos da própria constituição, definindo-se, dentre os dispositivos constitucionais, os que representam: *a forma federativa do Brasil, o exercício da cidadania por meio do voto, a separação de poderes*⁸ e *os direitos e garantias individuais*⁹. Uma análise sistemática da constituição permite que se defina o que é direito e garantia individual, sendo estes aqueles que podem ser invocados individualmente ou coletivamente para satisfação de um direito.

Entendemos que há uma hierarquia constitucional clara, conforme já apresentado, pode se perceber, da mesma forma, que há um núcleo, e este é o centro gravitacional de todo ordenamento jurídico, em todos os planos e é este núcleo que deve ser concretizado a todos indistintamente, este é o ponto de partida da democratização brasileira que ainda não foi, após mais de 25 anos da promulgação da Constituição de 1988, atingido.

Ao interpretar a constituição brasileira sobre esta ótica – nuclear com um mínimo a ser efetivado, e expansiva, buscando a ampliação deste núcleo no que diz

⁸ Entendemos que não se refere aqui a separação de poderes clássica da Revolução Francesa, estanque, mas sim a separação de poderes de forma a não haver ingerência entre eles, mas sim mantendo um equilíbrio, ou seja, o sistema de freios e contrapesos não é contrário à separação dos poderes e sim diretamente ligada a sua plena e fiel execução.

⁹ Aqui entendemos não serem apenas os direitos e garantias do art. 5º, mas diversos outros dispersos na constituição.

respeito aos direitos humanos -, excluir-se-á a necessidade de se manter um discurso que pode parecer bipolar, soando de uma forma aos que já tem os direitos consolidados e de outra aos que não tem sequer o mínimo assegurado. A eliminação da hipertrofia simbólica constitucional de uma grande fatia da sociedade é o passo necessário para se consolidar no Brasil um sistema verdadeiramente democrático, e para tanto não há outra forma se não a atuação de todos os poderes, em especial o judiciário, na consolidação deste núcleo essencial.

5. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O MÍNIMO ESSENCIAL COMO VALIDAÇÃO AO PROGRAMA DO IDEAL: O NÚCLEO DA DIGNIDADE HUMANA

Como já citamos, a constituição brasileira é programática, foi consolidada na busca de um ideal de direitos que haviam sido extirpados do ordenamento jurídico pelo período negro da ditadura. Contudo, havia uma consciência de que não se poderiam efetivar todos os direitos estabelecidos na Constituição de 1988 de forma imediata, mas sim em um programa a longo prazo, onde aos poucos consolidar-se-iam estas previsões.

Não obstante a este programa do dever ser, que tem o seu caráter simbólico de um horizonte que mantém a nação em uma direção do seguir, ou seja, de um futuro ainda incerto, mas visível por meio das normas, existe também um núcleo de direitos fundamentais mínimos que foi previsto para ser posto em prática de forma imediata e que para parte da população já está consolidado.

Não seria possível conceber, por exemplo, que o direito de expressão fosse uma norma programática na Lei Fundamental de 1988, ou o simbolismo hipertrofiado transformaria tal norma em um símbolo não exigível. Portanto, neste exemplo, uma decorrência do direito à liberdade, que é o de livre expressão, teve já um núcleo mínimo de concretude para o agora, que deveria ser seguido, de forma vinculada, por toda esfera da administração. Neste mesmo sentido, existem uma série de direitos fundamentais que tiveram assegurados o seu núcleo mínimo, exigível por meio de remédios

constitucionais, pois se não o fosse não seriam direitos, como defende Hannah Arendt “there is no right without remedies¹⁰”.

Importante então se faz criar uma distinção para o que são estes direitos que devem ser imediatamente concedidos e que podem ser exigidos pelos seus titulares e qual é este mínimo essencial do agora, sem o qual se torna apenas cinismo dos governantes o ideal do amanhã em uma fórmula antiga de promessas e profecias repetidas, incessantemente, nos discursos eleitorais a cada quatro anos, como se fossem metas pessoais de políticos, e não programas vinculantes de uma nação.

Não buscamos aqui um delineamento do núcleo fundamental dos direitos previstos na Constituição, mas rasamente temos como entendimento que são os direitos ligados à dignidade da pessoa humana, intimamente ligados à essência mínima para a vida de uma pessoa de forma digna. Este é um fundamento de validade que é descrito de forma expressa no art. 1º da Constituição, juntamente com a soberania da nação, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. De todos estes, o único que se refere unicamente a pessoa, acima de qualquer distinção de cidadania ou não, mesmo o imigrante ilegal, apenas por ser pessoa, é a dignidade da pessoa humana, sendo este o núcleo mínimo de proteção que deve ser assegurado.

Para tanto é importante, portanto, que se faça uma distinção breve do que seria essa dignidade humana para que pudesse ser identificado o núcleo do essencial que deve ser consolidado no agora.

O que se busca aqui então é que se faça uma discursão de aplicação prática e não teórica. O dever ser já foi por demais teorizado, temos mais de 25 anos de uma promessa que não se cumpriu ainda. Relegar o discurso e o debate da interpretação constitucional sob o aspecto de normas programáticas é importante, desde que se tenha um discurso prático de consolidação de um mínimo essencial de concretização da dignidade humana, para que não haja uma fragmentação dos ideais constitucionais mesmo antes de sua consolidação total. Antes de se debater a ampliação dos direitos, as possibilidades do dever ser, deve ser discutido o presente, a realidade vivida, e como se podem operar mudanças para agora dentro do universo das metas impostas pela Constituição.

¹⁰ Não há direitos sem remédios, em uma alusão aos necessários mecanismos para que sejam consolidados direitos que são assegurados em uma nação. Cf. HARENDT, Hannah, 2010.

O que defendemos é uma teoria com contornos práticos que se volte para o hoje, em uma mitigação de conceitos arcaicos como a discricionariedade do poder público, já que resta claro que existe uma imposição de cumprimento de deveres, para que sejam asseguradas as promessas da Constituição de 1988. As políticas públicas não devem ser programas de políticos, ou de governos, devem ser programas de uma nação que se propôs, com a constituinte de 1988, a alcançar metas que vão além de partidos ou de pessoas. Concretizar tais deveres é uma obrigação o que torna as políticas públicas vinculativas e não discricionárias, é o cumprimento do contrato social pelo Estado, é o esperado cumprimento deste contrato, bem como se espera o cumprimento dele por parte de cada cidadão, na construção de uma teia social harmônica de convívio.

Neste ponto tem papel crucial o judiciário, principalmente a Corte Constitucional, no Brasil o STF, na concretização de políticas públicas em possibilidades que hoje são afastadas, inclusive no controle de constitucionalidade do orçamento público, já que este define os gastos e as metas de governo, que devem ser, sempre vinculadas à constituição e não discricionárias a um projeto de poder ou de governo. A concretização das promessas constitucionais, em pelo menos seu mínimo essencial, é papel essencial de todos os poderes, acima da escusa da separação de poderes, com o objetivo de se consolidar as promessas do amanhã em um mínimo do hoje.

5.1 – A DIGNIDADE HUMANA COMO NÚCLEO CONSTITUCIONAL: ASSEGURANDO-SE O MÍNIMO EXISTENCIAL

Contudo é importante buscar o verdadeiro sentido da dignidade humana. À medida em que se busca a essência do que é dignidade humana se permite que não seja esvaziado o sentido do termo, o que geraria o seu inevitável esvaziamento. O emprego da dignidade humana a tudo, como justificativa ampla para todas as coisas no ordenamento constitucional, pode trazer, como efeito, a utilização do termo como “...guarda-chuva ideológico, legitimador de teorias e práticas as mais diversas¹¹.”

¹¹ BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas*. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2013. p. 63

Primeiramente, em interessante distinção, Vicente de Paulo Barreto¹² faz um distinção entre direitos humanos e dignidade humana, afirmando que os dois estão em planos epistemológicos distintos, sendo diferenciados em sentido e aplicação. Segundo o autor, embora os termos tenham como referência a pessoa humana, a dignidade humana se situa em plano mais profundo, mais central. Conforme aqui defendemos, é portanto o núcleo de onde, inclusive, devem emanar os direitos humanos. O autor ainda afirma que os direitos humanos encontram seus substratos em um valor moral, que surgiu no âmbito jurídico após os fenômenos sociais e políticos relacionados, principalmente ao nazismo. Já a dignidade humana é algo a se designar para todo ser humano, algo imanente do ser, “...a marca da humanidade diante da barbárie¹³.” Em contraponto os direitos humanos seriam a decorrência de lutas contra o despotismo do Estado.

Logo, enquanto os direitos humanos são um construído histórico, nos dizeres de Hannah Arendt (2012), a dignidade humana situa-se no plano no cerne da defesa contra a desumanização da pessoa. Desta forma, a dignidade humana não é algo que se define em oposição ao poder do Estado, mas sim em oposição à próprio utilização do homem pelo homem, pelo sistema produtivo, pela ciência, pela degradação do desenvolvimento.

Desta forma podemos entender a dignidade humana como um corolário do princípio da igualdade, em que se há o entendimento que todos os homens merecem um nível mínimo de humanização, pois são dotados da mesma dignidade simplesmente por existirem como seres humanos. Edelman cita que “...se a liberdade é a essência dos direitos humanos, a dignidade é a essência da humanidade.” (EDELMAN *apud* BARRETO, 2014, p. 66)

Em nosso ordenamento constitucional, como já defendido, a dignidade humana está no centro normativo, fonte irradiadora de todos os princípios, já que é a essência atual das democracias modernas o homem como centro, e fim pelo qual existe o próprio Estado. Contudo, a identificação do núcleo central a ser concretizado no agora, perpassa pelo entendimento do que emana diretamente deste núcleo constitucional. Ora, nem todas as regras constitucionais emanam deste núcleo, mas

¹² Idem.

¹³ Ide ibdem. p. 65

nenhuma delas pode contrariá-lo, então, entender o núcleo central é tarefa interpretativa que deve ser feita para a consecução dos fins primeiros desta ordem constitucional, que é fundada nesta própria dignidade.

Por exemplo, poderíamos citar o inciso XLIX do art. 5º, que diz ser assegurado ao preso a sua integridade física e moral. Este é indubitavelmente uma norma que decorre diretamente do atendimento do fundamento principiológico constitucional da dignidade humana, já que tenta preservar, mesmo diante do *jus puniendi* estatal, a dignidade humana do condenado, que deve ser punido, mas de forma a não ser instrumentalizado, ou seja, não perder a sua essência humana. De outra banda não seria cabível dizer que há emanção direta da dignidade humana a norma constitucional do inciso XXX do art. 5º, que assegura o direito à herança. Inobstante este seja um direito fundamental, topograficamente no mesmo artigo do inciso anterior, este não emana do princípio da dignidade humana, mesmo sendo um direito válido e essencial. Existe então um núcleo essencial, nestes exemplos, que precisa ser executado no agora (e que não é, não vemos dignidade física e moral em presídios, há sim a coisificação do ser humano ali, degradação). Enquanto no que concerne ao direito de herança, é um direito do cidadão, ligado à cidadania, e a um universo patrimonial.

Cabe destacar o texto de Vicente de Paulo Barreto (2014) quando afirma que:

O conteúdo do princípio da dignidade humana pode desdobrar-se em duas máximas: *não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana*. Ambas as máximas deitam suas raízes na teoria moral de Kant e podem servir como bases para justificar a natureza jurídica da dignidade humana. Com isto, contornamos a armadilha na qual se aprisionam alguns juristas ao tratar o princípio da dignidade humana como simples *petitio principii*, que se justifica por si mesmo, pois empregado como argumento de autoridade sem qualquer justificativa que demonstre como e porque o princípio da dignidade humana se aplica a determinado caso.

Como vemos, utilizando-se desta classificação, que acreditamos ser bem ponderada, podemos identificar o núcleo duro e irradiante de nossa constituição ao detectarmos, em cada norma, a presença de um dos dois fatores explicitados pelo autor, ou seja: negativamente um direito de abstenção à coisificação do homem, tanto vertical quanto horizontal; positivamente um direito prestacional que assegure as necessidades *vitais* da pessoa humana. Desta feita, identificamos tanto direitos de primeira quanto de

segunda dimensão, contudo, que essencialmente devam ser guiados em seu mínimo à não coisificação humana e a dignidade mínima, ou humanização do ser humano.

Se buscássemos exemplos de cada um, quanto ao direito de abstenção, teríamos o inciso III do art. 5º, que veda a tortura e o tratamento desumano ou degradante, este é claramente um direito de abstenção, de primeira geração, relacionado à dignidade da pessoa humana que exige imediata concretização, por ser relacionado ao núcleo de nosso ordenamento constitucional.

Quanto ao direito de prestação poderíamos citar o art. 196 da Constituição¹⁴. Inobstante não esteja topograficamente no artigo sobre os direitos e deveres individuais é clara a sua decorrência do atendimento ao núcleo constitucional da dignidade humana, já que se trata de um direito prestacional que assegura ao ser humano à redução dos riscos de doenças e outros agravos e a *universalidade* do atendimento de proteção à saúde. Neste sentido, este artigo exige uma ação estatal, de todos os poderes, para assegurar a incolumidade física do homem, ou seja, a mínima prestação para que se possa assegurar a dignidade de vida (o que não vemos com frequência nas filas de hospitais, nas mortes por falta de atendimento, etc.).

Poderíamos também citar os genéricos direitos sociais que são expostos no art. 6º da Constituição¹⁵, estes direitos devem ser lidos, estritamente em dois parâmetros distintos: inicialmente quanto à concretização do mínimo essencial no agora, ligados diretamente à dignidade humana, e posteriormente quanto ao ideal prometido em nossa Carta Constitucional. Quanto ao mínimo, toda leitura hermenêutica deve ser pautada sob a ótica da dignidade, a exemplo a alimentação. É certo que existe uma necessidade mínima de alimentação para a dignidade da pessoa, que muitas vezes não vemos cumprida. Subnutrição e mortalidade infantil ainda estão presentes em vários rincões do Brasil, isto é um descumprimento claro da dignidade humana, permitir, em um estado com uma Carta de promessas como a nossa, a mortandade de pessoas pela fome é desvirtuar a própria humanidade. Mas isso é ululante, de uma obviedade absurda, e por ser tão óbvio deveria estar superado, mas não está!

¹⁴ 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.

¹⁵ São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Contudo não é só a alimentação, a saúde, as necessidades fundamentais do homem deveriam ser vistos sob a ótica dos entes queridos de cada membro do legislativo na elaboração de uma lei, de cada membro do executivo na execução de políticas públicas e de cada membro do judiciário nas lides coletivas que visam interferência nas políticas públicas. Pensar assim, o outro como a mim mesmo, ou meus entes queridos, poderia trazer uma revolução na interpretação real da dignidade humana, pois esta dignidade reside na igualdade da humanidade, no mínimo do ser que cada pessoa deve ter para não se desumanizar. “A pessoa é um ser encarnado em um corpo com necessidades, que necessitam serem atendidas para livrá-la da situação e da degradação. Neste contexto, a dignidade da pessoa exige para sua preservação o acesso a um trabalho decente, à moradia e aos cuidados relativos à saúde.” (BARRETO, 2014, p. 75)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho interpretativo da Constituição deve ser humanizado no sentido não de se buscar classificações mortas interpretativas, importadas de modelos de países em que se atingiu já um limiar ótimo de atendimento à dignidade humana, mas sim criar uma forma interpretativa de dar máxima concretude à normativa constitucional, iniciando-se pela concretização de um presente que possa dar dignidade humana a cada pessoa, em limites mínimos de existência digna e da mesma forma que oriente, rompendo com antigos paradigmas da separação de poder, os poderes públicos a se guiarem para os ideais de promessas concretizados formalmente no texto constitucional.

Os debates teóricos de ampliação de direitos humanos tornam-se vazios à medida que a essência humana não é respeitada em um ordenamento jurídico. A crise de dupla identidade no Brasil, decorrente de uma população diversa, em que mais de 55% da população vivem em condições de pobreza refletem as falhas dos poderes públicos em concretizar um mínimo existencial para estas pessoas, rompendo-se o próprio ideário constitucional.

Argumentar que a Constituição é inteiramente programática, e escusar-se de sua mínima execução por detrás de argumentos teóricos da “medida do possível” é

esconder debaixo do tapete uma realidade que está à nossa frente. Não se pode permitir que na aplicação de políticas públicas se possa, por exemplo, gastar bilhões de reais com uma Copa do Mundo enquanto ainda milhões de brasileiros passam fome, não tem moradia, saúde, segurança, não tem direitos fundamentais assegurados. Legislar e executar o orçamento desta forma pode até estar assegurando direitos, mas apenas a uma parcela da sociedade que já tem atendidos os direitos mínimos, e que parecem querer mais, sem pensar naquela grande parcela que sequer saiu da situação de subumanização que vemos em toda esquina de nossas cidades.

A Corte Constitucional brasileira deve inovar, e assegurar que a teoria das separações de poderes deve ser mitigada quando o que se deseja atingir é o princípio maior, a consecução da dignidade humana a todas as pessoas, e com isso começar a mitigar a jurisprudência permitindo interferências em políticas públicas, orçamentos, na imposição da criação de leis pelo legislativo e de seu cumprimento pelo executivo, não apenas em questões pontuais, como na saúde, mas deve ir além. Em causas como são repetitivas em toda as esferas, na falta de médicos, atendimentos, leitos e remédios, deve o judiciário ir além, e impor a realização de políticas públicas, realocação de recursos, modificação do próprio orçamento, e para tanto os organismos estatais devem ser atuantes.

A teorização excessiva da temática dignidade humana e até dos direitos humanos, deve deixar de ser uma salvaguarda teórica e passar a ser um postulado prático de atuação estatal, dando concretude às promessas de nossa Constituição e operando a verdadeira transformação de nossa nação.

Referências

AGAMBEM, Giorgio. **Estado de Exceção**. Tradução: Iraci D. Poleti. Boitempo. São Paulo, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. Malheiros. São Paulo, 2012.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. tradução: Roberto Raposo. Companhia das Letras. São Paulo, 2012.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A Constituição brasileira de 1988: uma introdução. **in: Tratado de direito constitucional**, v. 1. Coord: Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. Saraiva. São Paulo, 2012.

CASTILHO, Leonardo Soares da Cunha. Política externa brasileira em direitos humanos: a infeliz descontinuidade. **Fronteira: revista de iniciação científica em Relações Internacionais**. v. 2 n. 4. PUC. Belo Horizonte, 2003.

FONSECA JR, Robamar. **Os direitos Humanos na idade média**. Direito Montecristo Editora. 2012

HAAG, Carlos. **A justiça da impunidade**: Ineficiência da polícia e do judiciário quebra crença nas instituições democráticas. Pesquisa Fapesp, São Paulo. v. 209, n. 209, p. 72-77, jul. 2013.

MAHLKE, Helisane. Política externa brasileira em relação aos direitos humanos: necessidade de correção de rumo?.. **In: 3º ENCONTRO NACIONAL ABRI 2011**, 3., 2011, São Paulo. Associação Brasileira de Relações Internacionais, Instituto de Relações Internacionais - USP, disponível em: <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000122011000200022&lng=en&nrm=abn>. acesso: 30 July. 2014.

KANT, Immanuel. **Resposta a pergunta: que é esclarecimento?** Textos seletos. Tradução: Floriano de Sousa Fernandes. 3 ed. Editora Vozes. Petrópolis, RJ, 2005.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Companhia das Letras. São Paulo, 1988.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. Editora Acadêmica. São Paulo, 1994.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. **A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais**: a dignidade da pessoa humana. In Temas de Direitos Humanos (org. Flávia Piovesan). P. 396 – 424. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. Saraiva. São Paulo, 2012.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional**. org. Virgílio Afonso da Silva. Editora Malheiros. São Paulo, 2010.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista Direito do Estado**. v. 4, n. 4. p. 23-51. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 2014.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Editora Revan. Rio de Janeiro, 2010.