

30 Anos de Constituição e o exercício dos direitos fundamentais

*Jeferson Moreira de Carvalho*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Resumo: decorridos 30 anos da promulgação da Constituição Federal observa-se que um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana, e que o Preâmbulo Constitucional determina o alcance do bem-estar, fazendo com que o ser humano seja alçado à posição de supremacia no Estado brasileiro, para a qual a Constituição Federal estabeleceu os direitos fundamentais com aplicação imediata. Entretanto, após três décadas, o que se constata é que tais direitos não são exercitados na plenitude pela omissão dos governantes.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direitos Fundamentais. Exercício.

1. Introdução

Decorridos 30 anos da Constituição chamada de “Constituição Cidadã” por Ulysses Guimarães, então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte e, em razão do momento histórico conturbado que o país enfrenta, mostra-se apropriado aferir se a população tem meios de exercer os direitos fundamentais previstos neste Documento, que são os direitos inerentes à condição humana e que foram positivados pelos constituintes.

A pretensão que se tem neste trabalho é iniciar a partir do Poder de se constituir um Estado, com a promulgação de uma nova Constituição, até se constatar se os direitos fundamentais estão sendo exercitados, isto é, se o governante tem permitido meios para o exercício destes direitos e, deste modo, prestigiar a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República.

¹ Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Aperfeiçoado em Direito pela *École Nationale de la Magistrature* – Paris/França. Professor em Programa de Pós-Graduação na EJEPE e FADISP. Membro do Conselho da EJEPE.

O poder soberano é do povo, que através de eleição livre, com voto direto e secreto, transmitiu parcela desta soberania a representantes, para que em Assembleia Nacional Constituinte escrevesse a Constituição. Esse poder, chamado de Poder Constituinte, tem a característica de ser originário, porque é o que dá origem política e juridicamente a um novo Estado.

Mas a vida social e política continua em eterna evolução, ao menos nos Estados democráticos, fazendo com seja necessária a previsão de outro Poder, para que se possa ir adequando a Constituição, com o surgimento de novos direitos e novas exigências, não só do povo, mas da população. Para tanto, é previsto o Poder Constituinte derivado, que possui limitações, sendo que, especialmente quanto aos direitos fundamentais, só pode efetuar alterações para prestigiar a dignidade da pessoa humana, jamais com ideias reducionistas.

Portanto, tem-se que a Constituição surge da ação do Poder Constituinte originário, sendo um documento político e jurídico, na medida em que trata de questões políticas, da organização da “polis” e dos direitos de seus integrantes, bem como, de questões jurídicas, com o fim de regulamentar a vida política e social.

Deve a Constituição, como norma una, ser a Bíblia para os exercentes das funções estatais de legislar, administrar e julgar, de modo que o ser humano seja alçado ao seu posto dentro da organização social e estatal. O fim deve ser o “homem” e não o Estado.

A atual Constituição Federal, com quase 100 emendas, surgiu para romper com o passado que havia imposto um Texto Constitucional (sem preocupação em atender ou não os interesses nacionais), e que por isto carecia de legitimidade. Uma Constituição escrita por um Governo que depôs o Presidente eleito e tomou outras tantas medidas arbitrárias não pode ser aceita como legítima, mesmo que aprovada pelo Congresso Nacional, frise-se, em prazo exíguo, sem ser eleito para tal função.

Desse modo, com a participação ativa do povo, em 15 de novembro de 1986, foram escolhidos deputados federais e senadores, também eleitos como integrantes da Assembleia Nacional Constituinte e que, com atuação de 1º de fevereiro de 1987 até 5 de outubro de 1988, promulgaram a atual Constituição da República Federativa do Brasil.

Os direitos naturais, assim chamados aqueles que são inerentes à condição humana, porque o ser humano nasce para viver em estado ou em procura da felicidade, são extremamente importantes de serem percebidos, reconhecidos e observados por todos, independentemente de sexo, raça, idade ou qualquer outra diferença que possa existir. Com o

fim de dispensar tratamento igualitário e com a ideia de que se previsto formalmente é de cumprimento obrigatório, o legislador constituinte entendeu, e ainda entende, que os direitos naturais devem ser positivados.

Assim, temos o longo art. 5º da Constituição Federal, que enumera muitos direitos, agora denominados fundamentais. Tais direitos ainda são previstos e detalhados em outros artigos, no longo Texto Constitucional.

O problema que se afigura é se o Estado brasileiro, pela ação de seus Poderes, tem dado condições aos que estejam em território nacional, para que exerçam os direitos fundamentais com plenitude; isto é, com dignidade.

A dignidade da pessoa humana surge como um dos fundamentos da República, por isso mesmo, previsto no artigo inaugural, o que impõe deva sempre ser observada.

Decorridas três décadas da promulgação do texto constitucional, cabe fazer essa verificação, sem a preocupação de novas alterações constitucionais, mas apenas em dar eficácia aos direitos previstos, com ações sérias, seguras e determinadas por parte do Poder Executivo e também com legislação que torne prático e ágil o modo de se exercitar os direitos.

Isso porque, em um Estado no qual a dignidade da pessoa humana não é prestigiada, o ser humano é sempre desrespeitado e não alcança a felicidade, que é a busca de todos. A busca da felicidade terá êxito, além dos valores espirituais e sentimentais, com o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, que se pretende assegurar, como consta do Preâmbulo Constitucional.

2. Poder Constituinte

O ser humano, de início, vive apenas no seio de sua família e, a partir daí, passa a viver em grupos e, por consequência, em sociedade, portanto, no Estado, no qual o ser humano desenvolve suas atividades, exerce seus vários papéis sociais, fixando seu modo de ser e de seus semelhantes, cria-se a vida social, que dá origem a algo jurídico, que é o Estado.

Conforme Rousseau (1991, p. 23) “O evoluir do homem confunde-se com a formação da sociedade” e é desta evolução que surge a necessidade de organização, da formação do que se chama Estado, que, como sabemos, é formado por três elementos objetivos – povo, território e governo – e um elemento subjetivo, que é o bem comum.

Para a organização da sociedade, o povo põe em prática o poder que tem de constituir, ou seja, o Poder Constituinte, que neste trabalho apresento, de maneira singela, apenas duas espécies: Poder Constituinte Originário e Poder Constituinte Derivado.

2.1 Poder Constituinte originário

De início, é bom lembrar que, segundo Sieyès (1997, p. 94), “A nação existe antes de tudo, ela é a origem de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural”.

Já escrevemos (CARVALHO, 1998, p. 28) que o

[...] Poder Constituinte Originário está fora da ordem vigente, está longe da ordem jurídica, está sim na mente de cada cidadão, portanto preexiste qualquer ordem jurídica estabelecida, preexiste qualquer Constituição, logo, trata-se de um fato social. Entretanto, sofre uma pressão jurídica.

Então, o poder de constituir o Estado está encarnado na vontade popular que, sem qualquer limitação jurídica ou de ordem constitucional, sente o anseio de constituir algo organizado estabelecendo direitos, a própria organização, os poderes e deveres.

Interessante a afirmação de Paulo Bonavides (2014, p. 143) no sentido de que

Esse poder novo, oposto ao poder decadente e absoluto das monarquias de direito divino, invoca a razão humana ao mesmo passo que substitui Deus pela Nação como titular da soberania. Nasce assim, a teoria do poder soberano conferindo expressão jurídica aos conceitos de soberania nacional e soberania popular.

Tal entendimento demonstra que é o povo pela razão quem vai constituir a organização jurídica denominada Estado.

A partir dessa ideia se concretiza o Poder Constituinte originário, que é o poder de fazer uma constituição, o poder de organizar a sociedade o poder fundante de um Estado.

É um poder de direito, no sentido de que a Nação tem o direito de se organizar. O poder de fato e de direito, em determinado momento,

cria as regras políticas e jurídicas, e isto se dá a partir do momento em que o exercício se inicia até quando a Constituição é posta em vigor, pela sua promulgação.

Portanto, a função do Poder Constituinte originário se resume na criação de um Estado através de uma Constituição.

Ao criar o Estado, o legislador constituinte positiva os direitos que entende como fundamentais, independentemente da denominação que possa dar; estabelece os direitos políticos e sociais para que se possa bem viver em sociedade, como um modo de alcançar o bem comum.

2.2. Poder Constituinte Derivado

O evoluir do homem confunde-se com a evolução da sociedade. Essa evolução é dinâmica, na medida em que desde que a Terra está habitada pelos seres humanos, seja pelo *Homo rudolfensis* (África Oriental); *Homo erectus* (Ásia Oriental) e *Homo neanderthalensis* (Europa e Ásia Ocidental), que surgiram há cerca de 2,5 milhões de anos (HARARI, 2017, p. 13-14), a evolução se concretiza a todo tempo, por isso a necessidade de se prever na Constituição a existência de um Poder Constituinte derivado, com seus limites, sendo estes necessários para que não se confunda com o Poder originário.

As normas constitucionais devem refletir a vontade da Nação e esta vontade vai se alterando de acordo com a evolução do homem, o que obriga a reforma das normas estabelecidas, porque em qualquer época elas devem corresponder à vontade dos cidadãos.

Em razão dessa necessidade, a Constituição criada pelo Poder Popular ou Poder Constituinte originário, institui um outro Poder, o poder de reformar suas próprias normas, que deriva do originário, com competência exclusivamente para reforma e com limites expressos.

O Poder derivado é instituído pela Constituição junto com outros poderes, que normalmente seguem a tripartição de Montesquieu, que os divide em Legislativo, Executivo e Judiciário, criados para exercerem as atividades básicas do Estado. Esse Poder derivado, “é o poder que se destina a rever e a modificar a própria Constituição. Numa palavra, é o poder de revisão da Constituição.” (FERREIRA FILHO, 1985, p. 102).

Claro então que a função desse poder que deriva é a reforma da Constituição, mas esta reforma sofre limites que são impostos pelo próprio Texto Maior. São as denominadas cláusulas pétreas.

Impede a nossa Constituição Federal que não seja objeto de deliberação, entre outros, a emenda constitucional tendente a abolir o voto

direto, secreto, universal e periódico e os direitos e garantias individuais, nos termos do art. 60.

Em outras palavras, e em interpretação destinada ao ser humano, cristalino está que os direitos fundamentais estão fora da ação do Poder Constituinte derivado, significando que deputados federais e senadores, no exercício da função revisora, não têm competência alguma para tratar desta matéria, com exceção, evidentemente, de ampliação de direitos ou, em tese, de uma melhora em suas condições.

Os direitos fundamentais previstos pelo constituinte originário estão salvos de serem extirpados ou menosprezados pelo legislador constituinte de revisão e muito mais pelo legislador ordinário, com qualquer manobra que se possa pensar. Devem, portanto, serem efetivos, para que todas as pessoas possam exercitá-los diuturnamente.

Nesse quadro, temos os direitos fundamentais, os quais, a sociedade exige e necessita que sejam obedecidos sempre, a fim de se atingir o bem comum e prestigiar a dignidade da pessoa humana.

3. Constituição

Reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, os representantes do povo têm como função única elaborar a Constituição, pois como leciona Javier Pérez Royo, citado por Ingo Wolfgang Sarlet (2016, p 98), “a noção de constituição escrita, está unida à noção de um poder constituinte, visto que tanto de um ponto de vista lógico, quanto de uma perspectiva histórica, o poder constituinte é uma necessidade para a constituição escrita”.

“O Estado sendo pessoa moral, só pode existir como tal em virtude de um estatuto. O estatuto do Estado é sua Constituição. Com exceção quando o poder ser encarna inteiramente em um homem, todo Estado tem por isso uma Constituição.” (CHANTEBOUT, 2014). Então, como estatuto do Estado, cabe aos exercentes dos Poderes, fazer sempre cumprir os mandamentos constitucionais, porque não se trata de mero documento formal e teórico, mas, sim, de um documento que emana comandos a serem observados e realizados.

O Estado só se justifica e é vivo quando seus habitantes exercem na plenitude os direitos previstos pela Constituição.

Constituição é estatuto, é regra, é norma una, e segundo leciona Paulo Hamilton Siqueira Júnior (2017, p. 34),

[...] é regra fundamental do Estado; estrutura o poder e assegura os direitos fundamentais, a Constituição como o próprio nome designa, constitui o Estado, trazendo em seu bojo, os fatores, os anseios e os valores da sociedade.

Portanto, como traz os anseios e os valores da sociedade, não há justificativa para os governantes se afastarem da ideia constitucional, porque de fato é a ideia da sociedade, é o anseio demonstrado documentalmente.

Constituição, em sentido absoluto, segundo Carl Schmitt (1934, p. 8), pode significar uma regulação legal fundamental, é dizer um sistema de normas supremas e últimas (Constituição = norma de normas).

Então, temos uma norma que é suprema. Uma norma Una, porque se forma por várias normas, devendo ser cumprida e prestigiada sempre.

3.1 Função

O Poder Constituinte originário tem a função de escrever uma Constituição, fundando um Estado e o Poder Constituinte derivado tem como função reformar a Constituição em vigor, de modo a possibilitar que ela represente, de fato e de direito, os anseios e os valores da sociedade. A Constituição também tem sua função, que pode ser extraída do conteúdo do Preâmbulo Constitucional e dos Princípios Fundamentais insertos no Título da nossa Constituição.

O Preâmbulo Constitucional, acompanhando a tese de que seu texto integra a Constituição, expressa que a instituição do Estado é para assegurar o “bem-estar”. Em seguida, o artigo inaugural, que prevê os Princípios Fundamentais, elege a “dignidade da pessoa humana” como um deles. Depois, temos o art. 3º, expressando os objetivos fundamentais, entre eles: constituir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Para se alcançar o bem-estar de todos e atingir os objetivos expressos no mencionado art. 3º, é evidente que o fundamento na dignidade da pessoa humana seja observado em todas as ações do governo e até mesmo pelas condutas privadas.

A função da Constituição é fazer valer seus fundamentos, pois só assim o ser humano será o centro dentro do Estado.

Não se trata de uma preocupação somente do Estado brasileiro ou da Constituição, pois fundado na história da América do Norte e na sua Constituição, temos o discurso de posse do então Presidente dos Estados Unidos, John Kennedy (“Inaugural Address” - 20/1/1961), afirmando ao final “não pergunte o que seu país pode fazer por você - pergunte o que você pode fazer por seus país”. A interpretação integral do discurso remete-nos a entender o vocábulo “país” como a nação, como o todo, como as pessoas e não como o Estado.

Da leitura do discurso, encontramos a pretensão de não testemunhar ou permitir a lenta destruição dos direitos humanos, com a ideia de apoiar qualquer amigo e não se opor ao inimigo, forte apoio à liberdade, que deve ser celebrada. Também com a vontade de lutar para romper a miséria em massa, porque isso é o certo. Com a promessa de converter boas palavras em ações e que se comece a busca pela paz e luta contra os inimigos comuns do homem: tirania, pobreza, doença e guerra em si.

Esse resumo do conteúdo do discurso de posse presidencial, com juramento perante o povo e Deus (como consta), mostra que a ideia da Constituição Americana é de proteção integral às pessoas, de prestígio à dignidade da pessoa humana, como o único meio de se alcançar o bem comum e possibilitar vida merecedora.

A função, portanto, de toda Constituição em regime democrático é prever e possibilitar o exercício dos direitos fundamentais, único modo de observar a dignidade da pessoa humana, que no Brasil aparece como um dos fundamentos da República, importando concluir que a realização da Constituição na vida das pessoas e de todo sistema normativo tem de se fundar na dignidade da pessoa humana.

O não cumprimento da função da Constituição significa que o governante está à margem do que foi estabelecido pelo povo, por intermédio do legislador constituinte originário.

3.2 Durabilidade

A Constituição trata-se de uma norma que tem pretensão de ser durável e não temporária, evidentemente. Entretanto, como já exposto em linhas anteriores, a evolução do homem se confunde com a própria sociedade. Essa conclusão mostra que a Constituição deve sofrer modificações de acordo com a evolução da sociedade.

No tocante aos direitos fundamentais e sua efetividade, é possível também que o texto possa ser alterado, tornando a durabilidade

modificável. Mas, repito, admitindo-se apenas uma alteração que possa crescer direitos fundamentais e/ou facilitar o exercício de tais direitos.

A Constituição é promulgada para ter vida permanente, mantendo intactos os direitos fundamentais. No entanto, essa permanência não significa imutabilidade de modo algum. Toda mudança será aceitável e bem-vinda quando prestigiar a vida humana no seio social e político.

4. A Constituição de 5 de outubro de 1988

Vivia o país sob o manto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967, imposta pelo Regime Militar, inaugurado em 31 de março de 1964. Entretanto, os Militares já haviam entregado o Poder aos civis, através de eleições livres.

Com governo civil, cresce a necessidade de dotar o país de uma Constituição legítima, através de uma Assembleia Nacional Constituinte.

4.1 Legalidade

Em 27 de novembro de 1985 foi promulgada a Emenda Constitucional n. 26 à Constituição Federal de 1967, convocando a Assembleia Nacional Constituinte.

Estabelece o art. 1º que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Esse comando da emenda constitucional determinou que entrassem em atividade, em 1º de fevereiro de 1987, como Poder Constituinte Originário, os deputados federais e senadores, eleitos em 15 de novembro de 1986.

O art. 3º determinou a promulgação do texto constitucional, depois de sua aprovação, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional Constituinte.

A legalidade, portanto, da atual Constituição está fundada na Emenda Constitucional à Constituição de 1967 e na aprovação do Texto pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Constituinte, como exigiu a mencionada Emenda.

4.2 Legitimidade

Em De Plácido e Silva (1978) encontramos que legitimidade é derivado de legítimo, exprimindo a qualidade do que é legítimo ou se

apresenta apoiado na lei. A legitimidade pode se referir a atos, que se apresentam segundo as prescrições legais ou consoante requisitos impostos.

A legitimidade decorre da legalidade.

Nos termos do art. 147 da Constituição Federal de 1967, eram eleitores aqueles que tivessem dezoito anos ou mais, com sufrágio universal e voto direto e secreto, conforme o artigo seguinte.

Essas pessoas compareceram às urnas em 15 de novembro de 1986, data em que se realizavam as eleições no Brasil, e com voto direto e secreto elegeram aqueles que então escreveram a Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988, após intenso trabalho da Assembleia Nacional Constituinte.

A legitimidade da Constituição assenta-se no fato em que as pessoas que a idealizaram e promulgaram o Texto final não se impuseram na função constituinte, mas, sim, foram escolhidos livremente pela Nação, ou seja, pela maioria do povo brasileiro.

Assim, com todas as críticas que a Constituição Federal possa receber, o que é fundamental é que está marcada pela legitimidade, sendo, de fato, uma Constituição Popular.

4.3 Ideologia

A Constituição foi escrita pelos eleitos pelo povo, que evidentemente sofreram pressão dos grupos sociais organizados de direita, de esquerda e de centro, bem como, de outros grupos sem inclinação político-partidária.

Do trabalho dos constituintes e das influências de tais grupos é que se fundou o Estado, com uma Constituição que mostra uma direção a ser seguida, para se chegar a um ponto de satisfação.

Leitura do Texto mostra a ideia constitucional, sua ideologia, que, conforme significado pelo Dicionário de Política (BOBBIO, 2000) designa “o *genus*, ou a *species* diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de ideias e valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos.”, como se extrai dos ensinamentos de Norberto Bobbio.

Do Texto se percebem-se os valores respeitantes à ordem pública, as crenças políticas e as ideias, de modo claro e preciso. Encontra-se um viés capitalista, mas também um viés socialista.

Do mesmo Dicionário de Bobbio et al., extraímos o capitalismo como um agir econômico, ou modo de produção; um conjunto de com-

portamentos individuais e coletivos, atinentes à produção, distribuição e consumos de bens; desse modo podemos entender o capitalismo no Estado, como aquele que valoriza o trabalho, a propriedade privada, a livre iniciativa, o consumo; enfim, todo conjunto de ações para um comportamento econômico, que vai influir na vida de cada ser dependendo de sua atividade privada.

Por sua vez, para o socialismo não basta a igualdade legal, deve haver uma igualdade social (ROUVILLOIS, 2005, p. 298),

[...] com a ideia de que os homens têm todos os mesmos direitos, isto compreende um plano social (igualdade de sexos, direito à saúde, ao repouso, às escolhas, à instrução e à cultura), econômica (direito a um trabalho, direito de greve, liberdade sindical, participação na gestão das empresas) e política (direito de asilo e direito de autodeterminação [...]).²

Temos agora um Estado que deve estabelecer um plano social para garantir direitos iguais a todos, sem qualquer forma de discriminação, mas de modo concreto, e não somente inserida na ideia coletiva.

A ideia é garantir e tornar concreta uma vida social com dignidade, para isso é necessário que o Estado atue com políticas públicas que tornem efetivos os direitos fundamentais.

O teor do Preâmbulo Constitucional nos mostra a ideologia socialista, quando expressa que pretende assegurar os exercício dos direitos sociais e individuais, a segurança e o bem comum.

O art. 1º apresenta como um dos fundamentos a “dignidade da pessoa humana” (III), que só é conseguida se o que consta do Preâmbulo se tornar real. Mas, esse mesmo artigo apresenta também como fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, mostrando aqui que o trabalho e a livre iniciativa também têm valor social.

Nos termos do art. 6º, os direitos sociais, isto é, aqueles direitos para se viver em sociedade e em igualdade social, são a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a

² “[...] à l’idée que les hommes ont tous les mêmes droits, y compris sur un plan social (égalité des sexes, droit à la santé, au repos, aux loisirs, à l’instruction et à la culture), économique (droit à l’emploi, droit de grève, liberté syndicale, participation à la gestion des entreprises) et politique (droit d’asile, droit à l’autodétermination [...]).

previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

A partir do art. 193, é estabelecida a Ordem Social, como um modo de tornarem efetivos os direitos sociais, com ações positivas por parte do Estado; portanto, um Estado socialista.

Expressa a base da ordem social o primado do trabalho, com objetivo de bem-estar e justiças sociais.

A Constituição compromete o Estado no sentido de criar um plano de justiça social, de dar tratamento social igual para todos, pois o Estado deve organizar a seguridade social e também financiar parte. A saúde é dever do Estado. Também assegura aposentadoria com reajuste de todos os benefícios, em caráter permanente, para manter o seu valor real. A assistência social deve ser prestada a quem necessitar. A educação, cultura e desporto também são deveres do Estado, que deve, ainda, promover a ciência e a tecnologia. A Constituição garante a manifestação de comunicação social, assume a defesa do meio ambiente e impõe proteção à família, à criança, ao adolescente, ao jovem, ao idoso e ao índio.

Enfim, temos uma Constituição legítima que assegura o trabalho e a livre iniciativa, mostrando certo viés capitalista, porque pelo trabalho e pela livre iniciativa se dão condições de propriedade privada, de consumo, de movimentação econômica, acúmulo de riquezas, etc.; mas, ao mesmo tempo, o Estado assume para si o dever de dispensar a todos igualdade social, de modo que todos os direitos sociais previstos pelo art. 6º não sejam apenas garantidos teoricamente.

O Texto Constitucional, em seu todo, prestigia o fundamento da República de dignidade da pessoa humana. A conclusão é que temos uma Constituição impregnada de ideias capitalistas e socialistas, colocando o ser humano no ápice.

5. Dignidade da pessoa humana

5.1. Fundamento da República

Como já expresseo, a dignidade da pessoa humana aparece no art. 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. E, como lembra Luis Felipe Salomão (2018, p. 14):

[...] Nossa atual Constituição foi a primeira (das sete que tivemos) que considerou o respeito à dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e revelou expressamente os objetivos da República Federativa do Brasil, entre eles o de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Se é fundamento republicano, deve ser observado em toda ação estatal, sem exceção, até mesmo por particular em relação a outro particular. Segundo José Afonso Silva (2007, p. 35),

[...] aqueles fundamentos da República Federativa do Brasil são as bases as quais ela assenta, enquanto Estado Democrático de Direito. Faltando um daqueles fundamentos indicados no art. 1º, a República Federativa não se caracterizará como Estado Democrático de Direito.

De se lembrar, conforme ensina Fábio Konder Comparato (2006, p. 622), que

[...] Os direitos humanos em sua totalidade – não só os direitos políticos, mas também os econômicos, sociais e culturais; não apenas os direitos dos povos, mas ainda de toda a humanidade, compreendida hoje como novo sujeito de direito no plano mundial – representam a cristalização da dignidade da pessoa humana.

O tratamento que todos esperam e são titulares é o de respeito aos direitos inerentes à condição humana que cristalizam a dignidade. E, “a essência comunitária da verdadeira república exige que ninguém seja excluído do acesso aos serviços que a consciência ética coletiva, em dado momento histórico, considera indispensáveis a uma vida digna.” (634-635)³

³ (Condicionar a prestação desses serviços ao pagamento de uma contrapartida pecuniária, como se se tratasse de um contrato bilateral de direito privado, significa, na prática, denegar a uma parcela substancial da população, sobretudo em países subdesenvolvidos, a dignidade da pessoa humana. [...] é indispensável reafirmar que nenhuma atividade econômica, num regime autenticamente republicano, deve servir os interesses dos poderosos, mas voltar-se sempre, à satisfação das justas necessidades e utilidades de todos. Ainda sob esse aspecto, o regime capitalista, que subordina a vida econômica ao interesse maior de produção de lucros e de concentração de capital, com desrespeito aos trabalhadores e consumidores, revela-se frontalmente anti-republicano).

Desse modo, não há como fugir da ideia de que todas as ações elevam a dignidade da pessoa humana ao patamar em que foi alçada pelo legislador constituinte.

Trata-se de um fundamento que deve ser observado, sob pena de a República esfacelar-se.

5.2. Conceito

Mesmo assim, o conceito de dignidade da pessoa humana não nos parece simples, em razão da extrema abstração, da evolução do homem e dos direitos que vão surgindo em razão desta evolução.

Podemos entender que ter uma vida com dignidade é possibilitar à pessoa exercer todos os direitos inerentes à condição humana, como um meio de alcançar ou influir na tão esperada felicidade.

Dignidade da pessoa humana é o atributo que todos devem experimentar, com permanência, como um modo de colocar o ser humano no centro da vida social e estatal.

Deve ser próprio do ser humano viver com dignidade.

Após advertir quanto às dificuldades do conceito, Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 60), leciona que

[...] Numa primeira aproximação, superando a noção (ainda extremamente influente no pensamento filosófico e jurídico contemporâneo) de que a dignidade constitui uma qualidade inata (natural) do ser humano, como algo inerente à própria condição humana, parece correto afirmar, já em outro sentido, que a dignidade representa um valor especial e distintivo reconhecido em cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, proteção e promoção. Além disso, não se deverá olvidar que a dignidade constitui atributo reconhecido a qualquer ser humano, visto que, em princípio, todos são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas integrantes da comunidade humana, ainda que se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes ou consigo mesmos.

Com o intuito de universalidade, como se extrai de artigo de Ediana di Franco Matos da Silva Santos, na obra “Montesquieu – neoconstitucionalismo, ativismo judicial e dignidade da pessoa humana” (2017, p. 62), surge em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, indicando a dignidade da pessoa humana como inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, “por si, este reconhecimento deveria nortear questões ligadas à liberdade, justiça e a paz no mundo, considerando os desastres causados pelas duas grandes guerras mundiais.”

De maneira objetiva, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como a “igualdade dos cidadãos, expressa na mesma *dignidade social e na igualdade de tratamento normativo*” (CANOTILHO, 1995, p. 363).

É isto, vida social com as mesmas oportunidades e direitos e tratamento legal com igualdade para todos.

Como leciona André Ramos Tavares (2015, p. 443), mesmo havendo posicionamentos de que não há princípio absoluto,

[...] hodiernamente, muitos doutrinadores convergem em seus pensamentos, considerando-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio absoluto do direito, que faz com que todos os outros a ele devam obediência irrestrita.

Evidentemente, respeitando posicionamento contrário de renomados juristas, temos que o princípio-fundamento da dignidade da pessoa humana se apresenta como “absoluto”, na medida em que todos os direitos decorrem do ponto nuclear do significado de dignidade humana.

6. Direitos fundamentais

Já se afirmou que direitos fundamentais podem ser direitos naturais ou direitos humanos positivados, diante da crença de que se positivados, serão mais respeitados pelo Estado e pela sociedade.

Para Alexy (2012, p. 50-51) “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito” e ainda, “[...] toda pretensão à existência de um direito fundamental pressupõe a validade de uma norma de direito fundamental [...]”.

Desse modo, cristalino está que a existência de um direito fundamental pressupõe uma norma constitucional que dá validade ao determinado direito, e, por consequência, deve garantir sua eficácia.

6.1. Conceito

Na doutrina vamos encontrar duas correntes sobre os direitos fundamentais, como ensina Paulo Bonavides, em análise à tese de *A Constituição aberta* (2004, 186):

[...] de um lado os que empenham em demonstrar que os direitos de oposição ao Estado – os clássicos direitos da liberdade nas formulações do liberalismo – se conservam ainda vivos e eficazes, de aplicação inabdicável, podendo e devendo executar nos sistemas jurídicos a mesma função protetora que sempre se lhes reconheceu; doutro lado, os que se determinam a alargar o campo dos direitos básicos mediante o reconhecimento de novas e desconhecidas funções atribuídas a esses direitos, assinalando-se dentre outras, a função social e democratizante que tais direitos executam.⁴

Detalhando o tema, encontramos em Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2016, p. 31), que:

[...] a doutrina dos direitos fundamentais revelou uma grande capacidade de incorporar desafios. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as *liberdades públicas*, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os *direitos econômicos e sociais*, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade de vida humana e outras mazelas, com os *direitos de solidariedade*.

⁴ *A Constituição aberta*. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 186. (O ensaio de Paulo Lopo Saraiva não é somente um estudo atualizado dos elementos teóricos que compõem a estrutura do Estado social brasileiro na dimensão das liberdades humanas, mas, por igual, uma reflexão que investiga a fundo a garantia dos direitos sociais, ou seja, a necessidade do reconhecimento de sua eficácia imediata, de seu controle pelos tribunais, bem como da disposição de meios processuais ou instrumentais - como é o mandado de garantia social - para concretizar a proteção àqueles direitos).

Então, com segurança, pode-se afirmar que direitos fundamentais são os direitos humanos positivados que se afirmam como liberdades públicas, que devem possibilitar o exercício dos direitos individuais. São os direitos econômicos e sociais para possibilitar vida com dignidade no seio social e, por fim, os direitos de solidariedade, para permitir uma vida fraternal entre todos.

O respeito pelo Estado e o real exercício dos direitos fundamentais ou direitos básicos, observam o princípio-fundamento da dignidade da pessoa humana.

6.2. Exercício dos direitos fundamentais

Exercitar os direitos fundamentais é concretizar a Constituição. É receber do Estado um comportamento negativo, que permita que os direitos individuais sejam praticados na íntegra, com toda sua eficácia; mas, é também ter condições de realizar condutas que tornem efetivos os direitos sociais, atingindo toda a sociedade, sem exceção.

Para que seja possível que os direitos sociais tenham eficácia, sendo concretizados e exercitados por todos, é necessário que o Poder Público tenha planos verdadeiros, e não demagógicos, de políticas públicas em todas as áreas sociais.

Deve impor políticas públicas que qualifiquem a educação, possibilitem trabalho com rendimento justo e suficiente, deem segurança a todos que vivam no território nacional, permitam moradia digna, protejam a maternidade, a criança e o adolescente e o idoso. São indispensáveis políticas públicas que permitam aposentadoria justa, com valor de benefício com poder aquisitivo garantido, pois os males da inflação são iguais aos trabalhadores e aos aposentados, bem como, políticas públicas que atendam a saúde pública, em contraponto com os planos de saúde particulares, que ganham fortunas em razão da omissão Estatal.

Enfim, o exercício dos direitos fundamentais depende muito de uma conduta séria e justa por parte dos governantes.

Consoante determina o art. 5º, § 1º da Constituição Federal “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que obriga interpretar que cabe aos Poderes do Estado e, de modo especial ao Legislativo e Executivo, tomar todas as medidas para aplicação imediata das normas definidoras destes direitos.

Em havendo omissão legislativa e executiva, cabe ao interessado propor ação judicial, a fim de que o Poder Judiciário garanta o exercício

do direito fundamental, dando eficácia à norma constitucional. É o chamado ativismo judicial constitucional, ou seja, quando o Poder Judiciário determina o cumprimento de uma norma constitucional que não se consegue aplicar ante a omissão dos outros Poderes.

Essa conduta não pode ser entendida como Poder Judiciário legislando ou se sobrepondo aos demais Poderes, mas apenas que está determinando o cumprimento de direitos já previstos na Constituição Federal.

Na obra de Ingo Wolfgang Sarlet, na qual vários outros autores têm seus pensamentos transcritos, encontramos que:

[...] em nosso direito constitucional o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível.

Os Poderes devem dar efetividade à norma, sendo proibida qualquer norma que atente contra aquela que seja definidora de direito fundamental que, portanto, deve ser a baliza para todo ato estatal.

Sendo a dignidade da pessoa humana fundamento da República e os direitos fundamentais princípios informadores, não há como os Poderes se apartarem do conteúdo; ao contrário, em toda ação deve ser possibilitado o exercício de tais direitos com eficácia real.

Na obra “A eficácia dos direitos fundamentais” (2015, 382-392), no que diz respeito ao Poder Executivo, que pratica atos de administração que devem propiciar o exercício de tais direitos, encontramos que

[...] No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, no qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas leis que àqueles estejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional [...] a não observância destes postulados, poderá, por outro lado, levar a invalidação dos atos administrativos [...].

Isto é, os atos administrativos devem possibilitar o exercício dos direitos fundamentais, devem estar conforme tais direitos estão preceituados na Constituição Federal.

Em suma, o exercício dos direitos fundamentais com eficácia constitucional deve ser possibilitado pelo Poder Legislativo elaborando normas infraconstitucionais que permitam a aplicação da norma constitucional; pelo Poder Executivo, implantando políticas públicas concretas e viáveis que permitam às pessoas terem a consciência e o sentir que estão exercitando os direitos fundamentais; e, na ausência de condutas concretas destes Poderes, cabe ao Poder Judiciário possibilitar o exercício pleno de todos os direitos base previstos pela Constituição Federal.

7. Situação da população após 30 anos de Constituição Federal

Decorridos 30 anos da promulgação da Constituição Federal a situação da população é de enorme desconforto, porque os governantes não cumprem as disposições lá previstas, não sendo esta omissão deste ou daquele Governo, deste ou daquele partido político, mas, sim, de todos que estiveram no comando do destino da Nação nestas três décadas.

Vejamos.

Com uma população de 207 milhões de habitantes (2016), temos 13,7 milhões de desempregados em 2018.

Mais de 11 milhões de pessoas vivem em favelas ou moradias sem infraestrutura, sofrendo com problemas como má distribuição de água, falta de rede de esgoto, coleta de lixo, energia, pavimentação, etc.

Mais de 32 mil pessoas vivem em situação de rua.

São 12 milhões de analfabetos. 25 milhões de pessoas entre 14 a 19 anos estão fora da escola e 51% da população não concluiu o ensino fundamental.

Na segurança pública há uma crise. No Estado de Pernambuco, em 2017, houve mais de 5 mil homicídios, o que corresponde a um número de mortes em guerras. No ano de 2016, foram assassinadas 61.619 pessoas no país. Basta ver os jornais e toda rede de comunicação para perceber a grande insegurança pública.

Quantos aos aposentados, 80% recebem apenas um salário mínimo, o que obriga o idoso, em regra, continuar trabalhando após a concessão da aposentadoria, a fim de conseguir sobreviver.

Cerca de 40% das crianças vivem em estado de pobreza, sendo que 2,6 milhões entre 5 a 17 anos já estão trabalhando. Entre os adolescentes, 4 em cada 10 vivem em situação de pobreza.

O sistema de saúde é um caos. A despeito disso, um levantamento do Ministério da Saúde informa que numa escala de 0 a 10, a qualidade deste sistema seria 5,5. Entretanto, esse levantamento não é confiável, simplesmente porque realizado pelo próprio Governo. Basta ver a situação dos locais de atendimento público, a grande quantidade de ações judiciais objetivando a garantia do direito gratuito à saúde e a necessidade de alto gasto mensal para pagamento de planos de saúde.

Enfim, após 30 anos de Constituição Federal os direitos fundamentais ainda são relegados ao segundo plano pelos Governos, eleitos pelo povo.

8. Conclusão

A conclusão é triste e coloca o Brasil como um país pobre e muito longe de ser desenvolvido ou em desenvolvimento, como por vezes ouvimos dizer. A situação não avança, não há melhoria e a vida do brasileiro continua sofrida.

Não há como negar que após a implantação do Plano Real houve melhora, mas durou menos do que se esperava, e hoje a situação é de tristeza.

Em um país onde os direitos fundamentais, como mostrado anteriormente, em fontes do IBGE e Fundação Abrinq, não são observados, diante da inércia dos governantes, a conclusão que chegamos é que a Constituição Federal está mais para uma simples folha de papel, o que não pode ser aceito. A partir da ideia de Lassalle (2001, p. 17), podemos afirmar que incorporados a uma folha de papel os direitos fundamentais não são apenas ideias, mas, sim, verdadeiros direitos base a serem exercitados, e quem atentar contra deve ser punido.

Enfim, temos uma Constituição Federal, chamada de Constituição Cidadã, porque apresenta como um dos fundamentos da República a dignidade da pessoa humana, e por consequência alça o ser humano ao ponto central do Estado, que reconhece direitos da natureza humana como direitos fundamentais; mas, por outro lado, temos uma situação real em que a eficácia de tais direitos não acontece como previu o constituinte, mantendo o povo brasileiro impossibilitado de exercer direitos expressamente garantidos pela Norma Maior.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília, DF: UnB, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- _____. *A Constituição aberta*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.
- CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Poder constituinte – funções e limites*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.
- CHANTEBOUT, Bernard. *Droit constitutionnel*. Paris: Sirey-Dalloz, 2014.
- COMPARATO, Fabio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar José. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1985.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. Porto Alegre: L&PM, 2017.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- ROUVILLOIS, Frédéric. *Droit constitutionnel*. Paris: Flammarion, 2015. (Collection: Champs Université).
- SANTOS, Ediana di Francco Matos da Silva. A dignidade da pessoa humana dos deficientes com transtorno do espectro do autismo. In: CARVALHO, Jeferson Monteiro de. *Montesquieu – neoconstitucionalismo, ativismo judicial e dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Moreira & Carvalho, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: DE PRETTO, Renato Siqueira; KIM, Richard Pae; TERA-

OKA, Thiago Massao Cortizo (Coord.). *Interpretação constitucional do Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Revista de Derecho Privado, 1934. v. VIII.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est ce-que le tiers état?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.