

TEORIA CONTEMPORÂNEA DO ESTADO: ESTADOS CONSTITUCIONAIS SOLIDARISTAS E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

*Valdir Ferreira de Oliveira Junior**

**Professor Assistente de Direito
Constitucional da UESC**

Sumário. 1. INTRODUÇÃO. 2. COMPREENSÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL SOLIDARISTA. 2.1. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Estado Constitucional. 2.2. O lugar constitucional do Pensamento solidarista **3. IMPACTOS DO PENSAMENTO SOLIDARISTA NA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO** 3.2. Reflexos da Solidariedade no modelo Federalista – Federalismo Cooperativo. 3.3. Solidariedade e Democracia – da cidadania solidária. 3.4. O papel dos órgãos de soberania na construção do Estado Solidário. 3.5. Princípio da Cooperação – O Estado Constitucional Solidarista na ordem internacional – constitucionalismo multinível. 3.6. Solidariedade enquanto fundamento da República – uma nova proposta. **4. O ESTADO CONTEMPORÂNEO E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL.** 4.1. O mínimo existencial. 4.2. Jurisdição e realização dos direitos fundamentais na perspectiva do mínimo existencial. **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

1. INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional chega ao século XXI numa trajetória ascendente, absorvendo conquistas das mais diversas ciências e consciências. Os programas normativos (dispositivos) constitucionais referentes aos direitos fundamentais situam-se num contexto de centralidade no sistema jurídico. A Jurisdição Constitucional torna-se guardiã (cri)ativa das conquistas históricas da sociedade. Os Órgãos Estatais passam a compreender o seu caráter instrumental no processo de realização do programa político fundamental estabelecido na constituição – eles constituem o meio para realização da finalidade constitucional e desta realização retiram a sua legitimidade.

* Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos e Fundamentais da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) e líder da linha de pesquisa: Teoria Contemporânea dos Direitos Fundamentais. Mestre em Direito Público pela UFBA. Professor Convidado nas pós-graduações da UFBA, LFG, Juspodivm, FAINOR, UESB e UNIME. Professor de Direito Constitucional da FTC – Vitória da Conquista. Sócio-membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

Por maior que seja o esforço em revelar novas possibilidades de concretização dos direitos fundamentais e compreender o fenômeno constitucional, toda tentativa será vã sem a clara percepção de que a solidariedade constitui a identidade e principal fundamento do direito no terceiro milênio.

A natureza humana revela dois instintos básicos – obter prazer e evitar a dor. O sistema de garantias e direitos fundamentais, enquanto criação humana, jamais poderia divergir da sua própria natureza. Saúde, lazer, moradia, liberdade, dignidade, educação, alimento, família, segurança, propriedade-função social, trabalho, vida, igualdade, paz, meio ambiente sadio e sustentável e os demais bens jurídicos fundamentais, constituem, de maneira interdependente, o núcleo existencial mínimo de necessidades básicas de qualquer ser humano. A maximização dos seus efeitos constitui o projeto de vida dos integrantes das mais diversas culturas.

O maior de todos os equívocos que a sociedade contemporânea poderia cometer seria compreender os direitos fundamentais isoladamente (visão cartesiana). Tais direitos existem num contexto de solidariedade objetiva e subjetiva. Os direitos fundamentais apenas existem solidariamente, a negação de determinado direito fundamental acarreta a negação de todos os demais (solidariedade objetiva). Afastar qualquer indivíduo da simples possibilidade de viver dignamente ou ter acesso a qualquer direito fundamental, nos afasta da nossa própria condição humana. A universalidade através dos direitos fundamentais e humanos constitui a possibilidade de realização do sonho kantiano de uma ética universal (solidariedade subjetiva).

A idéia de solidariedade trás, dentre outros aspectos que serão oportunamente aprofundados ao longo do texto, dois grandes impactos no pensamento constitucional. O primeiro deles diz respeito aos direitos fundamentais e sua inserção no constitucionalismo global através de cartas constitucionais supranacionais ou da recepção dos direitos humanos incorporados em tratados internacionais através de cláusulas constitucionais de abertura (art. 5º, § 2º e § 3º da Constituição Federal do Brasil). O segundo impacto cria novo paradigma na compreensão da Organização do Estado Constitucional, tanto no aspecto externo (princípio da cooperação, interdependência, interconstitucionalidade, interculturalidade, democracia inclusiva e cidadania supranacional) quanto interno (princípio da capacidade de servir, pluralismo, felicidade, multiculturalismo, tolerância, cidadania multidimensional, democracia negativa).

Revelar possibilidades de compreensão e concretização do pensamento solidarista constitui o principal objetivo do nosso texto, que de maneira imperfeita e incompleta busca traçar caminhos para que as escolhas constitucionais (legislativas, judiciais, executivas, orgânicas ou populares) se aproximem da idéia de justiça, fomentando e realizando a felicidade humana.

O presente trabalho tem por finalidade estabelecer mecanismos propiciadores do contexto de cidadania inclusiva, em que se respeitem as diferenças e liberdades fundamentais a partir da conexão intrínseca e indissociável entre tais liberdades e a diretriz fundamental de construção de uma sociedade justa e solidária.

Assim, a interpretação e concretização dos direitos fundamentais, principalmente nos países em que os direitos essenciais à realização da condição humana são constitucionalizados em virtude de sua carência no plano fático, devem passar por critérios diferenciados de compreensão do que aqui se denomina Estado Constitucional Solidarista.

A concretização constitucional e o pensamento solidarista caminham juntos. Onde um está separado do outro, cessam as possibilidades de construirmos uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, CRFB).

A realização do ideal de solidariedade traduz-se no maior de todos os desafios da Ciência do Direito, sempre buscando a reaproximação do programa normativo (*sollen* – dever ser - texto) do âmbito ou domínio normativo (*sein* – ser – contexto). Penso nesse novo paradigma científico como o caminho a ser necessariamente percorrido por nossos juristas, buscando a prevalência dos valores éticos e do compromisso social com a realização dos direitos fundamentais e a construção do Estado Constitucional Solidarista.

A Teoria do Estado e a Teoria dos Direitos Fundamentais produzirão as reflexões necessárias à construção do Estado Contemporâneo. A vinculação dos órgãos estatais à concretização dos direitos fundamentais é motivo suficiente para estabelecer uma interconexão entre as duas teorias.

Esse estudo busca demonstrar que não existe outro caminho para a humanidade concretizar a dignidade humana, que não seja o da realização dos seus direitos fundamentais através da nova realidade constitucional denominada Estado Solidarista. *Este Estado não é simplesmente algo que sentimos. É algo em que, processualmente nos transformamos.*

Deixemos em aberto o caminho para a concretização do pensamento solidarista¹, compreendendo a historicidade das idéias-força que o impulsionaram, sem, no entanto, nos anularmos para que a história se revele em nosso lugar, mas refletindo dialeticamente sobre a historicidade da própria compreensão, apresentando a visão de solidariedade tanto útil quanto necessária à realização do objetivo fundamental de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

2. COMPREENSÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL SOLIDARISTA

2.1. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Estado Constitucional

Quando se fala em *Estado de Direito*, *Rechtsstaat*, *L'État légal*, ou *Rule of Law*, está a se referir ao que Canotilho chama de Estado de Direito democrático-constitucional², ou simplesmente Estado Constitucional³, todos eles alicerces da *juridicidade estatal*.

As formações conceituais aqui apresentadas refletem não apenas o real, o já seguramente alcançado. O Estado Solidarista não é apenas possível forma (futura) de desenvolvimento do tipo “Estado Constitucional”⁴; ele já assumiu conformação na realidade e é, necessariamente, a forma necessária de estatalidade legítima do amanhã, de reafirmação da justiça social, do pluralismo e dos direitos fundamentais.

¹ Para estudo mais profundo do pensamento solidarista ver nosso: *Estado Constitucional Solidarista – pensamento solidarista e concretização constitucional*. Dissertação de Mestrado defendida no programa de pós-graduação da Universidade Federal da Bahia em março de 2008. Versão revista e ampliada, analisando as novas conquistas do constitucionalismo contemporâneo, encontra-se em vias de publicação, prevista para Agosto de 2009 (no prelo).

² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002. p. 97

³ Aristóteles, em “*igualdade e justiça*”, Montesquieu, na “*separação dos poderes*”, J.J. Rousseau, em “*o contrato social*”, e Kant, em “*dignidade humana*”, J. Rawls, em “*justiça*”, e H. Jonas, no “*princípio de responsabilidade*”. Esses textos, pelos maiores pensadores, compreendem o desenvolvimento da idéia de Estado Constitucional. Nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Primeira parte.

⁴ Parafraseando Peter Häberle. *Estado Constitucional Cooperativo*. Tradução: Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 5

Muito mais importante que fortalecer a solidariedade no âmbito estatal é fortalecê-la na (e a partir da) sociedade, compreendendo a sua complexidade e o seu pluralismo. Complexidade que não se reduz à falaciosa dicotomia Estado-Sociedade. Pluralismo que se afirma na idéia de tolerância, respeito às diferenças, luta pelas minorias excluídas do acesso aos mais diversos direitos fundamentais, diversidade de idéias e expectativas de vida e, acima de tudo, pelo fortalecimento dos laços de solidariedade social. Toda mudança institucional será vã se não partir dessas premissas.

O Estado possui razão de existir, fundamento que lhe confere legitimidade e permanência. O Contratualismo, em termos gerais, afirma que o Estado é produto da decisão racional do homem em face da necessidade social. Dentre os filósofos políticos que seguem tal corrente de pensamento estão: Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778).

Em Hobbes tal razão será a *paz* e a *segurança* que deve o Estado garantir perante a sociedade beligerante, afinal, em sua concepção, “o homem é o lobo do próprio homem”. Sem a espada os pactos não são senão palavras, dirá Hobbes. Na sua concepção, os termos do contrato se darão da seguinte forma: o Estado assume estrutura institucional que na prática se apresentará virtualmente *auto-suficiente*, pela magnitude das suas atribuições, *auto-referencial* pelos fundamentos do seu poder, *hermética* por sua impermeabilidade aos reclamos dos súditos, *incondicional* porque o cumprimento dos seus fins é incompatível com a formulação de reservas por parte dos contratantes no momento de contratar, *impune*, pois, toda sanção pretendida aplicável ao soberano seria uma sanção do súdito contra si mesmo, e *irreversível* devido aos perigos de retorno à situação pré-contratual⁵. Seu produto institucional é o Estado absolutista⁶.

⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatán*. Trad. Antônio Escotado. Madrid: Ed. Nacional, 1983, p. 223 *et. seq.*

⁶ Nesse sentido: ROSATTI, Horacio Daniel. Teorías sobre el origen y justificación del Estado. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 35, 2001, p. 55.

Locke fundamenta a existência do Estado na garantia da liberdade, propriedade e igualdade entre os indivíduos. Os homens em estado de natureza são *livres* para ordenar seus atos e para dispor de suas *propriedades* conforme sua própria vontade, dentro dos limites da lei natural, sem necessidade de pedir permissão e sem depender da vontade de outra pessoa e são *iguais*, posto que não haja coisa mais evidente que o fato de seres da mesma espécie e idêntica natureza, nascidos para participar sem distinção de todas as vantagens da natureza e para servir-se das mesmas faculdades sejam também iguais entre si, sem subordinação ou sujeição⁷. Seu modelo de Estado é o liberal (mínimo) e o homem é por natureza um ser egoísta que quer apenas o seu progresso pessoal. O Estado deve fixar as regras (legislação), difundir seu conhecimento (educação), evitar sua violação (segurança) e castigar seu descumprimento (justiça)⁸. Locke também afirma o direito de resistir à opressão do governante que descumpra os termos estabelecidos no contrato⁹.

Rousseau afirmará a incompatibilidade entre igualdade e propriedade, pois é nesta última que se encontra a origem da desigualdade¹⁰ entre os homens, no momento em que um deles cercou determinado espaço territorial e afirmou: “isso é meu” e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo, foi esse o fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassínios, misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas, tivesse gritado aos seus semelhantes: “Defendam-se de ouvir esse impostor; estarão perdidos se esquecerem que os frutos são de todos e que a terra não pertence a ninguém”. Serão, portanto, a liberdade e a igualdade, os fundamentos do Estado para Rousseau, em sua percepção, o homem é bom por natureza¹¹, e cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo, a si mesmo, daí que a lei, na concepção de Rousseau, é a *expressão da vontade geral*¹². Obedecendo à lei que se prescreveu a si mesmo o homem torna-se livre.

⁷ LOCKE, John. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Trad. Amando Lázaro. Madrid: Ed. Aguilar, p. 5

⁸ *Ibidem*, p. 73 *et seq.*

⁹ *Ibidem*, Capítulo XVIII (“De la tiranía”), p. 155.

¹⁰ Originariamente Rousseau percebe dois tipos de desigualdade: a primeira, natural ou física, decorre da diferença de idade, da saúde, das forças do corpo ou qualidades do espírito, esta não lhe interessa em nada; a segunda, moral ou política, parece estar estabelecida com o consentimento dos homens, após uma espécie de convenção e é a única que merece que sejam descritos a sua origem e seu processo. Nesse sentido: PISIER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. Trad. Maria Alice Farah Calil. Barueri: Manole, 2004, p. 82.

¹¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 6.

¹² Conforme Pisier, interpretando Rousseau: A vontade geral dá a vida ao corpo político: a soberania é o seu exercício, e a legislação, seu movimento. *Op. Cit.*, p. 86.

Os contratualistas e outros pensadores políticos dos séculos XVII e XVIII, a exemplo de Montesquieu, Voltaire, Sieyès, contribuíram historicamente para a formação do Estado Constitucional, fruto do movimento conhecido por *constitucionalismo*, concretizado na Inglaterra após a Revolução Gloriosa de 1688 e que resultou na Monarquia Constitucional daquele país; reafirmado no movimento de Independência das Treze Colônias Inglesas em 1776 que deu origem aos Estados Unidos da América e a primeira constituição escrita do mundo em 1787; e, por fim, a Revolução Francesa de 1789, marco histórico do final de uma era, que se inicia sob novos ideais e novas esperanças, que se fizeram presentes na Declaração Universal de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, incorporada à Constituição da França de 1791.

Com o fim do absolutismo na Inglaterra e França, com a incorporação da teoria da tripartição dos poderes estabelecida por Montesquieu¹³ nos diversos textos constitucionais do mundo, as sociedades modernas partem em busca da liberdade através limitação do poder do Estado em face do indivíduo, liberdade expressada nos direitos e garantias individuais. O modelo de Estado que se seguirá, após o absolutismo, será o Estado Liberal – *laissez faire laisser passer que le monde va de lui même* (deixai fazer deixai passar que o mundo se autogoverna), seu marco teórico no campo econômico será a obra *A riqueza das nações* de Adam Smith, onde ficou afirmado que a maior contribuição que o indivíduo poderia oferecer ao Estado seria a contribuição do seu egoísmo pessoal (o liberalismo econômico é uma das grandes conquistas da burguesia).

O Estado Constitucional passará por nova mudança de paradigma. Após as duas grandes guerras mundiais, revoluções ocorridas no México (1910) e na Rússia (1917), o capitalismo encontrará seus primeiros limites, expressos na segunda geração de direitos fundamentais (sociais, econômicos e culturais) e nesse momento o Estado precisava fortalecer-se para atender essas novas demandas sociais que agora lhe impunha obrigação de fazer e não apenas abster-se de interferir na liberdade dos indivíduos. Os indivíduos passam a titularizar direitos fundamentais sociais, exigindo do Estado prestações positivas.

A “grande depressão” dos EUA (1929), por outro lado, apontará a falência do liberalismo econômico, em seu lugar surge o intervencionismo estatal. Verifica-se a falência do modelo Liberal. O Estado passa a ser dualista: busca o desenvolvimento econômico para garantir o bem-estar social.

¹³ *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. As idéias de Montesquieu, expressas no Livro XI de *O espírito das leis*, sobre as funções de legislar, administrar o Estado e aplicar as leis, já se faziam presentes em Aristóteles e Locke. O que ele trouxe de novidade foi a execução destas três funções por órgãos distintos, como forma de evitar abuso do poder, através da desconcentração do poder num único órgão.

O Estado afirmar-se-á enquanto Estado Constitucional Social, buscando a sua legitimidade na realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, na conquista da igualdade material, superando a mera igualdade formal, afinal, como já nos advertia Anatole France¹⁴, *a lei, em sua igualdade majestosa, pune ricos e pobres de vadiarem, dormirem debaixo da ponte e furtarem o pão.*

Agora o Estado é chamado a intervir na sociedade para garantir a igualdade, afinal, os direitos de segunda geração constituem direitos a uma prestação positiva (*status positivo* de Jellinek¹⁵). A primeira constituição do mundo a incorporar os direitos de segunda geração (econômicos, sociais e culturais) foi a Constituição do México de 1917, seguida da Constituição da Alemanha de 1919.

Os principais avanços em termos de constitucionalismo social foram incorporados na nossa Constituição de 1934, como a nova dinâmica aplicada às relações de trabalho, saúde, educação, família etc.

Na Constituição de 1946, ao disciplinar a ordem econômica, o constituinte prescreveu a sua organização de acordo com o postulado da justiça social, promovendo a conciliação da livre iniciativa com os valores sociais do trabalho¹⁶.

É chegado o momento do Estado Constitucional Solidarista. Em nossa concepção, o legítimo fundamento do Estado encontra-se na solidariedade e na dignidade humana, envolvidos por práticas de cidadania multidimensional e pluralista voltadas para a concretização dos direitos fundamentais. Encontra-se também no caminhar constante e eficaz rumo ao cumprimento dos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação.

¹⁴ Apud: MORAES, Maria Celina Bodin. *O princípio da Solidariedade*. Rio de Janeiro: Volume comemorativo do 60º Aniversário do Departamento de Direito da PUC-Rio, p. 5.

¹⁵ Teoria dos quatro status de Jellinek (*Teoria General del Estado*, p. 306 *et seq*): Negativo (fazer tudo que a lei não proíbe); Positivo (exigir do Estado aquilo a que está obrigado); Ativo (participar das ações do Estado); Passivo (acatar as ações do Estado). Tese que também é seguida por José Carlos Vieira de Andrade em relação aos direitos fundamentais: Direitos de defesa; Diretos a uma prestação; Direitos de participação.

¹⁶ Nesse sentido: SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 56.

O Estado cumpre fins constitucionalmente determinados e deve organizar-se racional e eficazmente para cumpri-los. Daí a sua natureza processual e dinâmica tão bem afirmada por Posada¹⁷ - *O Estado é processo*. Mas que também caminha na direção de uma República construída como povo que se governa a si próprio, que decide seus destinos e contribui solidariamente nas decisões políticas fundamentais do Estado¹⁸.

O Estado Constitucional é conformado pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 1º ao 4º, bem como nos demais dispositivos referentes ao direito constitucional organizatório, legitima-se na exata medida que consegue garantir e tornar eficazes os direitos fundamentais. Seus limites, diretrizes, possibilidades e funções institucionais estão todos vinculados ao fortalecimento dos laços de solidariedade social. Porém, compreendê-lo em sua essência, é compreendê-lo como o móvel das aspirações políticas, sociais, culturais, econômicas e normativas do povo. Ele se concretiza através do novo marco teórico e filosófico do constitucionalismo solidário, alcançando o que passamos a denominar Estado Constitucional Solidarista.

Não se trata de elaborar uma lista sofisticada de *direitos fundamentais*, mas repensar o papel das Instituições, da sociedade, do Estado e da Ciência do Direito, em torná-los efetivos. Propostas como a máxima efetividade, o mínimo existencial, as proibições de retrocesso e de excesso, os deveres de proteção e de progresso, a vinculação dos setores público e privado aos direitos fundamentais, a eficácia horizontal direta e a teoria da ponderação, constituem possibilidades de afirmação dos direitos fundamentais na realidade social brasileira¹⁹.

2.2. O lugar constitucional do pensamento solidarista

A solidariedade, em teoria política, é às vezes invocada como princípio de coexistência democrática. É nesta qualidade que ela é retomada nos textos constitucionais (p. ex. a Constituição espanhola de 1978, art. 2)²⁰.

¹⁷ *La Idea Pura del Estado*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 11 *et seq.*

¹⁸ Nesse sentido, Claude Nicolet, em *L'Idée republicaine en France (1789-1824)*. Broché: Gallimard, 1995, afirma que a república não se constitui em se deixar governar por um 'dono', uma 'casta' e, a *fortiori*, um 'Estado diferenciado'. A República é povo que governa a si próprio. p. 398 *et seq.*

¹⁹ Ver nosso: *Neoconstitucionalismo: centralidade dos direitos fundamentais e deveres de proteção*. (no prelo)

²⁰ ARNAUD, Jean, *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução: Patrice Charles, F. X. Willlaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 769.

A *solidariedade* é termo plurissignificativo. Em ética, é compreendida como “sentimento do grupo que supõe simpatia mútua e disposição para combater e lutar uns pelos outros” (Ibn Khaldoun, em *Moccad-dimat-Prolégomènes*, citado por Bell). Em teoria política, é “consciência acrescentada de direitos e de responsabilidades” (Cerroni). Em teoria do direito privado, é categoria específica de relações de obrigação, caracterizada pela unidade-integridade do vínculo obrigatório e a pluralidade de sujeitos. Em sociologia, é consenso entre unidades semelhantes que somente pode ser assegurado através do sentimento de cooperação que deriva necessariamente da similitude e da divisão do trabalho (Comte, *Curso...* L. XLVIII); é fato social que consiste no consenso espontâneo das partes do todo social (Durkheim); traduz-se em características das relações sociais onde a ação de cada um dos participantes implica todos os outros (Weber); é a Integração institucionalizada da cooperação (Parsons)²¹.

Próxima à idéia de solidariedade, conforme sugerem Solari e Petrone, está a noção fischtiana de *Gemeinde der Iche*, que irá dar em Hegel, cuja reflexão sobre o “nós” terá influência decisiva sobre a reflexão filosófica ulterior, de Husserl a Sartre, passando por Bérghson, Scheler e Ortega. Também a noção de comunicação proposta por Jaspers relaciona-se com a solidariedade²².

A solidariedade é fato social, dirá Durkheim, seu estudo pertence ao domínio da sociologia²³, fato que só pode ser bem conhecido por intermédio dos seus efeitos sociais. O direito reproduz as principais formas de solidariedade social. Classificando as diferentes espécies de direito, o professor em Bordeaux e depois em Paris, identificará as diferentes espécies de solidariedade, em obra publicada em 1893 – *La division du travail social*.

O que faz com que, mesmo sendo mais autônomo, o indivíduo dependa mais intimamente da sociedade? Como pode ser cada vez mais individual e, ao mesmo tempo, sempre mais vinculado por laços de solidariedade? Questiona Durkheim²⁴.

A vida em sociedade não pode se estender em nenhum campo sem que a vida jurídica a siga simultaneamente nos mesmos relacionamentos. Em Durkheim, o direito é o “símbolo visível” da solidariedade social. Para analisar as diversas formas de solidariedade é que passa a analisar as diversas formas de direito²⁵.

²¹ Ibidem, p. 766.

²² Nesse sentido: ARNAUD, Jean: *Op. Cit.*, p. 767.

²³ *Da Divisão do Trabalho Social*. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 34.

²⁴ Ibidem, p. 50.

²⁵ TREVES, Renato. *Sociologia do Direito*. Tradução: Marcelo Branchini. São Paulo: Manole, 2004, p. 57.

Criticando a clássica divisão do direito em público e privado (tal divisão baseia-se numa noção tanto obscura quanto mal-analisada), Durkheim irá propor uma classificação da solidariedade social seguindo a classificação das regras jurídicas de acordo com as diferentes sanções que são ligadas a elas²⁶.

Há dois tipos de sanção. Uma consiste essencialmente numa dor ou numa diminuição infligida ao agente, privando-o de algo de que desfruta. Diz-se que são *repressivas* – é o caso do direito penal. Quanto ao outro tipo, consiste no restabelecimento das relações perturbadas sob sua forma normal, estando ligada à *reparação das coisas*. Existem, portanto, sanções repressivas organizadas ou sanções apenas repressivas²⁷.

O vínculo de solidariedade social a que corresponde o direito repressivo é aquele cuja ruptura constitui o crime. Assim, o direito penal simboliza a solidariedade por similitude, a que Durkheim denomina solidariedade mecânica. Todos os membros do grupo são individualmente atraídos uns pelos outros, por se assemelharem, mas também são apegados ao que é a condição de existência desse tipo coletivo, isto é, a sociedade que formam por sua reunião. A solidariedade, nascida das semelhanças, vincula diretamente o indivíduo à sociedade²⁸.

Afirma Durkheim que é essa solidariedade que o direito repressivo exprime, pelo menos no que ela tem de vital. De fato, os atos que ele proíbe e qualifica de crimes são de dois tipos: ou manifestam diretamente a dessemelhança demasiado violenta contra o agente que as realiza e o tipo coletivo, ou ofendem o órgão da consciência comum. Essa força que é chocada pelo crime e que o reprime é a mesma; ela é produto das similitudes sociais mais essenciais e tem por efeito manter a coesão social que resulta dessas similitudes²⁹.

Essa conexão que se estabelece entre os indivíduos, criando vínculo entre consciências individuais e consciência coletiva é fundamental para compreensão da solidariedade por similitude defendida por Durkheim e situa-se num nível mais psicológico que propriamente sociológico.

²⁶ *Da Divisão do Trabalho Social*. p. 36. Durkheim não admite a existência de direito privado, acredita que todo direito é público, porque todo direito é social. Todas as funções da sociedade são sociais. (*Op. Cit.* p. 103)

²⁷ *Ibidem*, p. 37.

²⁸ *Ibidem*, Capítulo II, p. 76-78.

²⁹ *Ibidem*, p. 80.

Já a solidariedade devida à divisão do trabalho ou orgânica corresponde à sanção restitutiva. As relações reguladas pelo direito contratual, comercial, processual, administrativo e constitucional exprimem concurso positivo, cooperação que deriva essencialmente da divisão do trabalho³⁰.

Parte do direito civil tem, pois, como objeto determinar a maneira como se distribuem as diferentes funções familiares e o que elas devem ser em suas relações mútuas; isso quer dizer que exprime a solidariedade particular que une entre si os membros da família em consequência da divisão do trabalho doméstico, exemplifica Durkheim³¹. Essa divisão do trabalho familiar domina todo o desenvolvimento da família. O direito administrativo estabelece a divisão funcional dita administrativa. O mesmo ocorre com o direito constitucional no caso das funções governamentais e o sistema de divisão de competências.

Importante observarmos que a solidariedade fundamenta a divisão constitucional de funções governamentais, divisão que é fruto da solidariedade orgânica.

A divisão do trabalho cria entre os homens todo o sistema de direitos e deveres que os ligam uns aos outros de maneira duradoura. Do mesmo modo que as similitudes sociais dão origem a um direito e a uma moral que as protegem. A divisão do trabalho social dá origem a regras que asseguram o concurso pacífico e regular das funções divididas³².

Ao final de sua obra, Durkheim faz referência à idéia de justiça, que será desenvolvida por seu discípulo, Léon Duguit. Afirma Durkheim, que não basta haver regras, elas têm de ser justas e, para tanto, é necessário que as condições externas de concorrência sejam iguais. Muitas das construções teóricas de Durkheim, em especial o seu conceito de “consciência coletiva”, serão revistas por Gurvitch³³, Hauriou e tantos outros que se orientam pelo pensamento solidarista.

³⁰ DURKHEIM, Émile. *Op. Cit.*, p. 98.

³¹ *Ibidem*, p. 99.

³² *Ibidem*, p. 429.

³³ *La Vocation Actuelle de la Sociologie. Antécédents et Perspectives*. Paris: Presses Universitaires. 2. ed. 1963. Tomos I, p. 2 et seq.

O grande mérito de Durkheim, a despeito das críticas que lhe foram dirigidas, constituiu em apresentar a concepção de solidariedade bem próxima da sociedade, constituindo quase que a identidade reflexiva da própria sociedade, fundando as bases do que se denominou *solidarismo sociológico* e que, posteriormente, Duguit desenvolveria para construir o seu *solidarismo jurídico*³⁴.

A solidariedade aparece hoje como atualização da fraternidade. Diferencia-se do solidarismo fundamentalmente por seu referencial cristão³⁵ (importância decisiva das noções de caridade e comunhão)³⁶.

A fraternidade é vista por Derrida como a amizade que reúne as vontades e oferece solidez ao poder. É também postulado não cumprido da Revolução burguesa de 1789³⁷.

O fato de Robespierre, Couthon, Saint-Just, terem, em nome da moralidade cujos segredos detinham, utilizado o terror e a guilhotina como instrumento de controle social, foi o que lhes permitiu liquidar fisicamente os seus opositores, conduzir Condorcet ao suicídio e abater mesmo o criador do tribunal contra-revolucionário – Danton. Uma moralidade exasperada que, mais tarde, encontrou estímulos no mundo entre ditadores políticos, racistas ou religiosos. “Não pode haver liberdade para os inimigos da liberdade”, proclama um deles; mas quem a define?³⁸. No Brasil, uma placa pendurada no saguão de delegacia paulista no auge dos “anos de chumbo” afirmará: “*Contra a pátria não há direitos*”³⁹.

³⁴ Apesar de Durkheim se interessar pelo fenômeno jurídico, está bastante próximo do pensamento sociológico de Comte – todo empenhado no estudo do problema do *consensus* – muito distante das concepções individualistas e contratualistas de Spencer, a quem Durkheim dirige muitas das suas críticas. Nesse sentido: Renato Treves: *Sociologia del Diritto*, p. 60; R. Aron: *Lês étapes de la pensée sociologique*, p. 372 et seq; J. Davignaud, F. Farrarotti e A. Izzo, *Individuo e società in Durkheim*.

³⁵ Pensamento presente em 1891, com a promulgação da *Rerum novarum*. Leão XIII inaugura nova época para a doutrina social cristã, fundadas sobre três pilares: justiça, amor e solidariedade. Justiça, porque ela expressa o direito básico de todo homem para o seu desenvolvimento; amor, porque ele recria as forças interiores para o exercício das virtudes; solidariedade, porque, fruto da justiça e do amor, ela impele para a doação desinteressada. (ULLMANN, Reinholdo; BOHNEN, Aloysio. *O solidarismo*. São Leopoldo: Unisinos, 1993, p.159)

³⁶ Para melhor compreensão do solidarismo cristão ver: Reinholdo Ullmann e Pe. Aloysio Bohnen: *O solidarismo*; Pe. Fernando Bastos de Ávila: *Solidarismo – Alternativa para a globalização*.

³⁷ DERRIDA, Jaques. *Politiques de l’amitié*. Paris: Galilée, 1994.

³⁸ DUVIGNAUD, Jean. *Solidariedade – laços de sangue e laços de razão*. Tradução: Vasco Casimiro. Lisboa: Piaget, 1986, p. 92

³⁹ GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

O Solidarismo oferecerá uma via diferente da dos fanáticos do individualismo exasperado que alarga a consciência de si até às dimensões de uma consciência de todos. Afirmará Duvignaud: “O sonho de Platão na *República*, onde confia aos sábios a direção da cidade, não é diferente do dos adeptos do Terror de 1793, nem do das ditaduras que encontram no princípio de uma razão ou de uma moral absolutas a legitimidade de um poder extorquido”⁴⁰. Felicidade para poucos? Somente para mim e meus comparsas? É este o Estado que queremos? Penso que não. O Estado que desejamos é o que se constrói democrática e solidariamente nos degraus do pluralismo político, este sim, conseguirá aproximar o direito da idéia de justiça (a negação da justiça é própria negação do direito).

Ser solidário é assumir responsabilidades comuns para com o outro e desse para conosco, num vigiar constante e recíproco entre parceiros da sociedade, onde cada tarefa cumprida no interesse de servir ao próximo faz parte da edificação democrática e pluralista do Estado Constitucional Solidarista.

Duguit desenvolve ampla crítica às doutrinas que sustentam o princípio da estatização do direito. Afirmar ele: “O homem concebeu o direito antes de conceber o Estado e não o Estado antes de conceber o direito, e a noção do direito, tanto em sentido objetivo como subjetivo, é, portanto, anterior e superior à noção de Estado”⁴¹. O Estado encontra-se submetido à regra de desenvolvimento da solidariedade assim como o são os próprios indivíduos, sendo a vontade dos governantes, “uma vontade jurídica capaz de impor constrição somente no momento em que se manifesta nos limites que lhe são traçados pela regra do direito”⁴².

O Estado não é outra coisa senão o produto da diferenciação natural entre os homens do mesmo grupo do qual deriva o que se chama de potência pública, que não pode, de nenhum modo, ser legitimada por sua origem, mas somente pelos serviços que presta de acordo com a regra de direito⁴³.

⁴⁰ *Op. Cit.* p. 93.

⁴¹ *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Paris: Albert Fontemoing Éditeur, 1901, p. 226.

⁴² *Op. Cit.* p. 259.

⁴³ Cf.: TRÉVES, Renato. *Sociología del Diritto*. p. 131; DUGUIT, Léon. *Trate...*, p. VII.

Muitas idéias de Duguit refletirão em Adolfo Posada, no tratamento que este último confere à concepção teleológica de Estado⁴⁴. O Estado surge idealmente da decisão consciente de estabelecer meio idôneo a serviço da realização dos fins da vida humana e, antes de tudo, para garantia da liberdade. Daí que para Posada o Estado seja constitutivamente Estado servicial, de serviços públicos oferecidos aos cidadãos. O Estado seria desse modo o reflexo da solidariedade⁴⁵. Aqui se percebe a confluência entre os pensamentos de Duguit e Posada⁴⁶.

Para Posada a forma de Estado constitucional social refletiria a implicação constitucional e ética na realização da justiça social e na harmonização jurídica da esfera individual e social do homem em seus diversos papéis sociais, estabelecendo sistema de garantias dos direitos e liberdades essenciais, com vistas a mais ampla realização dos fins humanos. Sua “idéia pura de Estado” reflete seu compromisso com o regime de Estado de Direito comprometido com os direitos humanos⁴⁷, sendo a substância condicionante de sua forma jurídica.

No mesmo sentido, Duguit afirmará a reforma social como tarefa central do Estado, revisando o constitucionalismo liberal individualista⁴⁸, fornecendo as bases para o constitucionalismo social e solidário.

Chegará o dia em que a solidariedade humana absorverá as solidariedades locais, regionais ou nacionais; dia em que o homem se considere cidadão do mundo? Duguit observa que “em todas as formas de agrupamento humano existe uma única realidade, a pessoa humana, isto é, a consciência e a vontade do indivíduo” e conclui afirmando que “essa individualidade parece mais viva e mais ativa quanto mais coerente, complexo e compreensivo é o grupo social”⁴⁹. Construir esse ideal universal passa necessariamente por três fenômenos relacionados à nossa concepção de solidariedade: o pluralismo, a cooperação interconstitucional e a interculturalidade, assunto que visitaremos em tópico específico.

A solidariedade concretizada é que confere identidade e força normativa aos textos constitucionais contemporâneos, constituindo seu novo marco teórico.

⁴⁴ POSADA, Adolfo. *La crisis del Estado y el Derecho Político*. Madrid: C. Bermejo, 1934, p. 25: “sumergido en el derecho, y más ceñido al hombre” se defiende una Política y un Derecho político *de contenido social*, de cimentación histórica y realista, pero volcados hacia el ideal y las exigencias éticas.

⁴⁵ Nesse sentido: José Luis Monero Pérez e José Calvo Gonzáles. *La Teoría Jurídica de León Duguit*. In: DUGUIT, Leon. *Manual de Derecho Constitucional*. Tradução: José G. Acuña. Granada: Editorial Comares, 2005, estudio preliminar, p. XLII.

⁴⁶ Adolfo Posada, em boa medida, foi um dos introdutores do pensamento “deguitiano” na Espanha.

⁴⁷ *La Idea Pura del Estado*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935

⁴⁸ José Luis Monero Pérez e José Calvo Gonzáles. *La Teoría Jurídica de León Duguit*, p. XLIX.

⁴⁹ *L'État, le droit objectif et la loi positive*. Paris: Albert Fontemoing Éditeur, 1901, p. 80.

A Constituição Federal Suíça de 1998 consagrou em seu preâmbulo: “Independência e Paz em solidariedade e abertura para o mundo”.

A crítica da razão constitucional obriga-nos a perguntar pela relevância do conteúdo da teoria para o mundo real. O desenvolvimento constitucional toma em consideração o arranjo de novas formas de organização, de novos processos político-sociais e de novas soluções para os problemas nascidos dentro dos sistemas ou subsistemas sociais. Se quisermos captar em poucas palavras a dança molecular da teoria da constituição diríamos que ela tem de lidar com problemas de complexidade dinâmica, adaptabilidade, auto-organização, emergência e evolução⁵⁰.

A ponte evolutiva da teoria da constituição reside no constitucionalismo solidarista.

O fundamento do direito é solidariedade ou a interdependência social, todos os membros da sociedade, pela regra de direito, são obrigados a nada fazer em contrário à solidariedade social e fazer tudo o que está em sua capacidade para que assegure a sua realização⁵¹.

A solidariedade pertence ao nível constitucional. É o seu referencial e primeiro fundamento, experiência presente e nunca acabada, em constante construção.

A constituição italiana de 1948 refere-se à solidariedade em seu artigo 2º:

*A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formas pelas quais se desenvolve a sua personalidade e exige o cumprimento de deveres inderrogáveis de **solidariedade política, econômica e social.***

O constituinte italiano afirmou o dever de solidariedade como político, econômico e social. A distinção dimensiona os possíveis reflexos do princípio solidarista nos mais diversos campos da vida em sociedade.

Como se lê no relatório da Comissão Econômica da Assembléia Constituinte italiana, sobre a *prestação tributária*, foi dito que: “o critério lógico preferível é fazer referência à pertinência do sujeito à entidade impositora, declarando esta pertinência nos seus três aspectos: político (cidadania), econômico (produção, comércio e/ou consumo de bens) e social (participação na vida da sociedade nacional)”⁵².

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1315-1316.

⁵¹ DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Éditions E. de Boccard, 1930, p. 640.

⁵² VANONI, Ezio. *Opere Giuridiche*, vol. II. Milão: Giuffrè, 1962, p. 475. No mesmo sentido: Felice Giuffrè, *La solidarietà nell'Ordinamento Costituzionale*. Milão: Giuffrè, 2002, p. 1: “o estudo dos princípios fundamentais da Constituição permanece sempre atual, pois eles parecem representar, se não a dogmática

O artigo 3º da Constituição italiana nos ajuda a compreender o papel do Estado na construção desta festejada solidariedade multidimensional:

*É tarefa da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato, a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva **participação de todos** os trabalhadores na organização política e econômica e social do país.*

Trata-se de objetivo inafastável de qualquer Estado que se queira Constitucional e Solidarista. Nesse mesmo sentido caminhou a Constituição Portuguesa.

A atual Constituição portuguesa faz expressa referência ao princípio da solidariedade em seu artigo 66.º, 2, d, que trata do *Ambiente e Qualidade de Vida*, estabelecendo o seguinte:

*Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo **princípio da solidariedade** entre gerações.*

A afirmação de proteção e defesa do meio ambiente é direito fundamental de terceira geração, expressão do ideal de fraternidade da revolução francesa, atualmente concretizado através do princípio da solidariedade.

Foi em artigo específico (art. 71º, 2) sobre a proteção dos cidadãos portadores de deficiência que a Constituição portuguesa reafirmou o princípio da solidariedade ao dispor:

*O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e **solidariedade** para com eles e a assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores.*

política do Estado ou o ceticismo político do cidadão, ao menos a fisionomia sintética da instituição soberana, portanto a organização essencial das relações entre cidadãos e o Estado” citando G. Dossetti nos trabalhos preparatórios da Assembléia Constituinte italiana.

A preocupação com a pessoa deficiente deve ser objeto de políticas públicas e ações afirmativas concretas de realização da suas necessidades sociais. Rampas de acesso aos transportes coletivos e a todo e qualquer local de acesso público, reserva de vagas em concurso público e programas de inserção no mercado de trabalho, integração com a sociedade, tudo isso, quando efetivamente realizado, caracteriza a concretização do princípio da solidariedade e constitui direito fundamental do cidadão deficiente.

É no capítulo III (dos direitos e deveres culturais), artigo 73º (da educação, cultura e ciência) que a Lei Fundamental (Constituição da República) portuguesa avança no tratamento do princípio da solidariedade reafirmando aquela que pensamos ser a melhor via de concretização do princípio da solidariedade: a educação. Assim dispôs o texto constitucional:

*O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de **tolerância**, de **compreensão mútua**, de **solidariedade** e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva.*

A escola, a universidade ou qualquer instituição de carácter formativo (família, igreja, trabalho etc.) deve educar para a solidariedade. A personalidade do ser humano inicia o seu desenvolvimento na infância e desde já a criança deve ser inserida em práticas educacionais solidaristas, a exemplo da proteção ao meio ambiente, cuidado com o idoso e o deficiente, respeito às diferenças, tolerância, compreensão mútua, amor à vida e a liberdade, num contexto humanístico e plural, enfim, concretizar a educação voltada para a cidadania, afirmando-a como cidadania solidária e multidimensional.

Afinal, como já dizia Nelson Mandela: *ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele, por sua origem ou ainda por sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender; e, se podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar*⁵³.

A Constituição Federal de 1988 não se filiou a nenhuma concepção específica de solidariedade, aproxima-se, no entanto, da tese defendida por Duguit. A solidariedade a ser concretizada no texto constitucional demonstra infinitas possibilidades de aplicação, afinal, a nossa Constituição é texto vivo, aberto e plural, reflexivo das esperanças de uma sociedade atualmente em crise.

⁵³ Referido no texto: *Diversidade religiosa e Direitos Humanos*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Governo Federal – Presidência da República.

O preâmbulo constitucional brasileiro de 1988⁵⁴ (programa normativo dotado de eficácia jurídica) faz referência à *sociedade fraterna*, enquanto o art. 3º, I preceitua como objetivo expresso da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária*. Afirma o pluralismo no art. 1º, IV como fundamento da República Federal e Democrática.

Sociedade solidária, em nossa concepção, constitui o centro de gravidade de desenvolvimento e efetividade do direito⁵⁵. Unindo a perspectiva sociológica à perspectiva jurídica podemos defini-la como a instituição determinante das condições de possibilidade da vida social que serão tão amplas quanto maiores forem os laços de solidariedade que unem seus indivíduos para o cumprimento do projeto político fundamental estabelecido em nossa Constituição.

A sociedade solidária se constrói na percepção de que os vínculos de solidariedade que a mantém é que determinam o seu grau de desenvolvimento e, conseqüentemente, o fortalecimento do seu subsistema social, político, jurídico, econômico, cultural, psicológico, filosófico e científico.

A sociedade solidária possui seu aspecto mais significativo na sua vinculação com a sociedade livre e justa.

A vinculação entre liberdade, justiça e solidariedade não é gratuita. Liberdade sem justiça social é ilusória e opressora. A Justiça que se afirma na ausência da liberdade impõe o medo e o descrédito. *A sociedade que se constrói egoisticamente, refratária às idéias e concepções solidaristas, não é justa, tampouco livre, porque a liberdade pressupõe que o outro igualmente o seja.*

Assim, a busca pelo equilíbrio e reciprocidade entre justiça, liberdade e solidariedade é essencial para concretização do projeto constitucional de sociedade estabelecido no art. 3º da CRFB.

⁵⁴ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma *sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

⁵⁵ Cf.: E. Ehrlich, em prefácio de seu *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München u. Leipzig: [s.e.], 1913, p. 3, afirma: “Nos tempos atuais, como em qualquer outra época, o centro de gravidade do desenvolvimento do direito não se situa nem na legislação, nem na ciência jurídica, nem tampouco na jurisprudência, porém na própria sociedade”.

Numa sociedade marcada pela exclusão social, denegação de justiça, desigualdades, pessoas que vivem em situação de subsistência, a solidariedade, muito mais que o novo marco teórico do pensamento constitucional, constitui a nova possibilidade de afirmação da dignidade humana e concretização do Estado Constitucional Solidarista. Estado que deve, necessariamente, estar a serviço dos pobres, vítimas do atual sistema ecológico, social, cultural, político e econômico, vítimas do Estado que clama por transformações institucionais. É preciso solidarizar a nossa Democracia, nossa República, nossa Federação.

Já com relação aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, eles refletem o equilíbrio de dois subsistemas: o liberal e o social. Duguit acreditava firmemente que as sociedades modernas estivessem evoluindo para este projeto solidarista⁵⁶.

No entanto, a concepção individualista de liberdade, que motivou a construção da doutrina sobre o fundamento do direito e à limitação do Estado, com grandes repercussões na Revolução de 1789, tem lugar de relevo na história das idéias políticas, com reflexos na atual sistema político brasileiro. Essa concepção é ainda a base da legislação, ainda que esta seja cada dia mais convergindo para o solidarismo – veja o princípio da socialidade no novo Código Civil brasileiro. Permanece, por vezes, o erro de alguns teóricos e dos legisladores em considerar a liberdade individual como dogma intangível e definitivo, universal. A propriedade muito mais que direito é função social.

A solidariedade que hoje se constrói já superou a mera fraternidade da Revolução liberal burguesa, é a sua evolução. Não obstante o grande lema da revolução francesa estar expresso na trilogia *liberté, égalité et fraternité* (liberdade, igualdade e fraternidade), este último termo não se fazia presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Ela irá reaparecer em 1948, quando da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, que em seu art. 1º dispôs: *Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Eles são dotados de razão e de consciência e devem agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade.*

⁵⁶ *Fundamentos do Direito*. p. 11 et seq. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Éditions E. de Boccard, 1930, p. 640.

Estamos em época de transição na qual o fundamento individualista de limitação ao poder é substituído pelo fundamento solidarista. Na doutrina individualista se o Estado pode fazer certas leis é porque o indivíduo tem certos direitos subjetivos contra ele, que se conservam na medida em que se fazem leis que limitando o direito de uns, preservam a liberdade de todos. Exemplo disso é o direito de propriedade. Ao contrário, na concepção solidarista da liberdade, o indivíduo não tem nenhum direito, ele tem deveres sociais, e o Estado não pode fazer nada que o impeça de cumprir estes deveres, notadamente o dever de realizar livremente suas atividades. Não há aqui direito subjetivo do indivíduo contra o Estado⁵⁷.

Esta diferença teórica tem reflexos na prática. Na concepção individualista cada um tem o direito de agir, trabalhar, atuar em todos os domínios, mas não está obrigado a isso. Esta concepção não pode prosperar na consciência moderna. O homem que tem capacidade física e idade para trabalhar não pode restar inativo, sob pena de ser inútil à sociedade⁵⁸.

O projeto político fundamental estabelecido no artigo 3º da nossa Constituição Federal de 1988 é dever de todas as instituições sociais e do próprio indivíduo imbuído do seu dever de solidariedade decorrente da divisão social do trabalho.

Se o homem é obrigado a trabalhar ele não está, no entanto, obrigado a trabalhar no que está além de suas forças. Se um homem abusa do outro na exploração de seu trabalho compromete os valores sociais. Aqui reside a legitimidade de todas as leis da época moderna de todos os países que organizam o exercício do trabalho⁵⁹.

Convergindo para a concretização do pensamento solidarista, o constituinte originário estabeleceu no art. 4º, IX da Constituição Federal de 1988 o princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Aqui o Brasil passa a integrar o conjunto dos Estados Constitucionais Cooperativos.

Mas é preciso ir além. A idéia expressa no supracitado dispositivo constitucional demanda a existência de novo constitucionalismo, que busca manter o equilíbrio entre três fenômenos: a interconstitucionalidade, a interculturalidade e a solidariedade traduzida em cooperação internacional, esse tema será revisitado em tópico específico referente ao constitucionalismo multinível.

⁵⁷ DUGUIT, Léon . *Traité de Droit Constitutionnel*. Cit., p. 642

⁵⁸ *Ibidem*, p. 643.

⁵⁹ *Op. Cit.* p. 645. Conclui Duguit: se o indivíduo tem o dever de trabalhar, de se instruir, o Estado deve garantir a todos um mínimo de instrução gratuita e deve enfrentar o problema do desemprego. Se o indivíduo tem ainda o direito a assistência, o Estado deve intervir para lhe proporcionar esta assistência.

Solidariedade, fraternidade e cooperação são termos que o legislador constituinte utilizou para conferir maior densidade fenomenológica ao pensamento solidarista.

Constituindo a solidariedade o fundamento do próprio direito, podemos perceber em todos os dispositivos constitucionais a influência do pensamento solidarista. Afinal, a solidariedade é via de concretização de muitos dispositivos constitucionais, principalmente aqueles que reafirmam a solidariedade por similitude, atribuindo deveres de proteção a toda sociedade.

É com fundamento no pensamento solidarista que Manoel Jorge e Silva Neto supera a literalidade estabelecida no *caput*⁶⁰ do art. 5º da Lei Fundamental brasileira, para, com base no princípio da proteção isonômica, estender as garantias e direitos nele estabelecidos, também aos estrangeiros não residentes no país⁶¹. Questiona o autor: Que espécie de sociedade solidária é esta que desrespeita as garantias mínimas da pessoa humana pelo mero e simples fato de ser estrangeiro sem residência no país? Responde com a seguinte colocação: (...) o estrangeiro não residente é, sem dúvida alguma, destinatário das garantias individuais mencionadas no art. 5º da Constituição, (...) se tivermos em conta o fato de o constituinte originário, por alguma razão, um dia, ter inscrito como objetivo fundamental do Brasil a construção de uma *sociedade solidária*⁶².

Percebeu o citado autor, o primeiro aspecto da solidariedade, a *preocupação com o outro*, criando entre pessoas de contextos sócio-culturais estranhos entre si (nacional e estrangeiro), espécie de coesão solidária, decorrente do fato comum que lhe atribui a sua simples condição humana.

Importante trabalho analisando as tendências do direito justo na atualidade e sua constitucionalização, estabelecendo profunda análise de casos paradigmáticos da dignidade da pessoa humana foi realizado por Ricardo Maurício Freire Soares. Diz o citado autor:

⁶⁰ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

⁶¹ *O princípio da máxima efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 37.

⁶² *Ibidem*, p. 39.

*Com a superação dos pilares do constitucionalismo moderno em direção ao movimento do neoconstitucionalismo, tornou-se a Constituição uma expressão viva e concreta do mundo dos fatos, adquirindo uma inegável tessitura axiológica e teleológica, que se revela na posituação de princípios constitucionais. Isto porque a principiologia de cada Lei Fundamental se converte no ponto de convergência da validade (dimensão normativa), da efetividade (dimensão fática) e da legitimidade (dimensão valorativa de um dado sistema jurídico). É neste último aspecto que se revela a íntima conexão entre principiologia constitucional e a realização do direito justo.*⁶³

Muitos autores atribuem à terceira geração ou dimensão⁶⁴ dos direitos fundamentais o ideal de solidariedade (realidade que definimos como constitucionalismo solidarista). Outros afirmam a existência da quarta geração em que também se percebe a influência do pensamento solidarista, todos estão igualmente corretos. Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

*“O direito a integridade do meio ambiente — típico direito de terceira geração — constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o **princípio da solidariedade** e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.” (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 17/11/95)*⁶⁵.

Os direitos fundamentais no Estado Solidarista devem ser compreendidos em suas múltiplas dimensões⁶⁶ (são multidimensionais), conferindo-lhes unidade e sistematicidade, sem, no entanto, abandonar a densidade epistemológica que a correta classificação em gerações oferece para a compreensão da historicidade dos direitos fundamentais.

⁶³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direito, Justiça e Princípios Constitucionais*. Salvador: Juspodivm, 2008.

⁶⁴ Quanto à utilização do termo dimensões ou gerações dos direitos fundamentais, ver nosso Capítulo IV.

⁶⁵ No mesmo sentido: "Meio ambiente — Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) — Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade — Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade. ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03/02/06.No mesmo entendimento: RE 134.297, 22/09/95.

⁶⁶ Dentre as possíveis dimensões dos direitos fundamentais podemos destacar: espacial, temporal, eficaz, procedimental, institucional, discursiva, positiva, negativa, ativa, passiva, axiológica, ontológica, deontológica, teleológica, filosófica e existencial.

A solidariedade não cessa onde começam os direitos individuais e vice-versa, os cruzamentos e condicionamentos recíprocos são por demais intensos para que se dê tal abandono.

A liberdade de expressão pressupõe o acesso à educação, ela se vincula diretamente à idéia de sociabilidade e interação com o outro através da comunicação. A livre manifestação do pensamento nada representaria sem as garantias de existência digna, sem as quais o ser humano estaria muito mais preocupado com a sua sobrevivência do que com a afirmação da suas opiniões.

Os laços de solidariedade se fortalecem quando as opiniões se manifestam num ambiente democrático, pluralista, culturalmente fortalecido, tolerante, livre de discriminações, num debate livre e racional capaz de fortalecer a própria idéia de cidadania.

3. IMPACTOS DO PENSAMENTO SOLIDARISTA NA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

3.1. Reflexos da Solidariedade no modelo Federalista – Federalismo Cooperativo

O Estado Federal teve seu marco inicial em 1787 com a famosa Convenção da Filadélfia, que, como solução proposta à superação das dificuldades inicialmente encontradas pelas treze colônias inglesas ao se libertarem, formaram uma confederação de Estados soberanos através de um tratado celebrado em 1776 e ratificado em 1781, conhecido como “Artigos de Confederação”.

Apresentou a adoção de organização política verdadeiramente nova que transcendeu os limites do pensamento político anterior e passou a representar alternativa para o modelo de autoridade política centralizada, desenvolvido durante a Revolução Francesa⁶⁷.

Assim, a Confederação transmudou-se em Federação. Este foi o primeiro e grande passo para a consolidação da forma de Estado Federal. O segundo e não menos importante foi a materialização dos acordos e compromissos firmados na Convenção de Filadélfia, através da substituição dos *Artigos de Confederação*, pela Constituição dos

⁶⁷ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2005, p. 19 *et seq.*

Estados Unidos de 1787, a primeira constituição escrita do mundo, um dos marcos do constitucionalismo liberal.

Durante os memoráveis debates então travados na Convenção de Filadélfia, os artífices do novo modelo tiveram oportunidade de apontar os defeitos da Confederação. Fizeram-no em muitos discursos e artigos, valendo mencionar os que, sob o pseudônimo coletivo de *Publius*, foram regidos por ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON e JOHN JAY, posteriormente reunidos na obra *O Federalista*, com preciosas lições sobre o pensamento político e constitucional da América⁶⁸.

A constituição é, pois, a base jurídica do sistema federativo, consolidadora do acordo firmado e repositório das regras essenciais da convivência entre a unidade e as entidades componentes⁶⁹. A Constituição Federal é o pacto federativo do tipo de Estado Federal.

São características do federalismo: o bicameralismo⁷⁰ (existência de uma câmara – Senado Federal – que representa os interesses dos respectivos Estados-membros e que participa da formação da vontade nacional através do processo legislativo ao lado dos representantes do povo – Câmara de Deputados); a proibição de secessão (é vedado ao Estado-membro separar-se da União, declarar-se independente, afinal, a Federação é indissolúvel); a autonomia dos entes federados (os entes são dotados de autonomia política, administrativa, financeira e normativa); a repartição de competência (toda federação pressupõe certa partilha de competências que se orienta de acordo com o princípio da predominância do interesse); a cláusula de proteção (aqui pressupomos a super-rigidez constitucional que mantém o pacto federativo afastado de reformas constitucionais tendentes a aboli-lo, constituindo verdadeira cláusula-pétrea, que se completa pela existência de órgão encarregado do controle de constitucionalidade).

⁶⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁶⁹ MONTERIO, Yara Darcy Police. Partilha de competência na Constituição de 1988. Normas Gerais: Características e elementos configuradores. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – 21*. São Paulo: RT, 1999, p. 148.

⁷⁰ Louis Le Fur. *État Federal et Confédération d'États*. Paris: Marchal et Billard, 1896, p. 679. Com relação às comunidades locais afirmar-se-á: “elles son appelées à prendre part à la volonté de l'État, participant ainsi à la substance même de la souveraineté fédérale”.

Numa seqüência necessária à compreensão do federalismo cooperativo, passaremos a tratar inicialmente da repartição de competências no Estado Federal, para posteriormente adentrarmos na repartição de competências na Constituição Federal de 1988, matéria própria do que Canotilho denomina “Direito Constitucional Organizatório”⁷¹, para, em seguida, apontar novos reflexos jurídicos da incidência do princípio da solidariedade no atual federalismo cooperativo brasileiro.

A repartição de competências é a pedra angular do sistema federativo, daí a necessidade de compreendermos inicialmente o modelo federativo e sua evolução para que possamos compreender as conseqüentes mudanças no sistema de repartição de competências.

Por competência entender-se-á o poder de ação e de atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de perseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos⁷².

A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de ação (poderes) necessários para sua persecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de atuação de uma unidade organizatória relativamente à outra.

No modelo federativo vigora a descentralização política, ou seja, a competência legislativa conferida às unidades parciais (União – Leis Federais, Estados – Leis Estaduais, Distrito Federal – Leis Distritais e Municípios – Leis Municipais), coexistindo com a competência legislativa constitucionalmente conferida à unidade total (República Federativa do Brasil – Leis Nacionais)⁷³.

A descentralização implica, como se pode observar, em divisão de competências. Para que a descentralização não descaracterize o Estado federal, há que ser mantida a unidade do todo. Assim, a República Federativa do Brasil (Estado Federal) é dotada de **soberania**⁷⁴, ao contrário das unidades parciais que possuem apenas **autonomia** (administrativa, política, financeira e normativa).

⁷¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.573.

⁷² *Ibidem*, p. 943 e 944.

⁷³ Não devemos confundir União (ente da federação) responsável em matéria legislativa pelas *Leis Federais* (ex: Lei 8112/90 – Estatuto dos Servidores Públicos Federais; Lei dos Juizados Especiais Federais etc.) com a República Federativa do Brasil (Estado Federal) responsável em matéria legislativa pelas *Leis Nacionais* (ex: Código Civil, Código Penal, Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente etc.). Muitos confundem devido ao fato de tanto a União quanto o Estado Federal possuírem o mesmo órgão legislativo (Congresso Nacional). Tecnicamente, a distinção se justifica.

⁷⁴ Relembrando que, na concepção solidarista, a noção de soberania não se fundamenta no poder de mando, mas na capacidade de servir, passando necessariamente pela noção de serviço público.

Neste sentido, apresenta-se o federalismo como modo de preservar a particularidade no âmbito de uma união estatal maior, mantendo o equilíbrio entre a soberania da nação como um todo e a autonomia dos entes federados, concomitantemente à sua interdependência, que em nosso entendimento é fortalecido pelos laços de solidariedade que deve existir entre os entes.

A solidariedade constitui a base do pacto federativo. Não foi por acaso que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, estabeleceu o objetivo fundamental de redução das desigualdades entre as diversas regiões do país.

O art. 43 da CFRB preceitua que, para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das *desigualdades regionais*.

No mesmo sentido, concretizando o pensamento solidarista, a CFRB em seu art. 159, I, c estabeleceu:

A União entregará, do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, quarenta e sete por cento na seguinte forma: três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer⁷⁵.

O modelo federativo nasceu inicialmente da necessidade da integração de campos de poder exclusivos e limitados, conformadores de uma unidade detentora, igualmente, de um campo de poder exclusivo e restrito. Trata-se do **federalismo dual**.⁷⁶ Aqui existia uma igualdade absoluta, em matéria de competência, entre as esferas governamentais estaduais e a União, nesse momento não se falava em competência comum ou concorrente, apenas em exclusiva (enumeradas ou remanescentes) – daí o seu modelo horizontal de divisão de competências – o que fosse competência do Estado-membro não seria da União.

⁷⁵ No mesmo sentido, CFRB, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: Art. 42. Durante 25 (vinte e cinco) anos, a União aplicará, dos recursos destinados à irrigação: I - vinte por cento na Região Centro-Oeste; II - cinquenta por cento na Região Nordeste, preferencialmente no semi-árido.

⁷⁶ MONTERIO, Yara Darcy Police. *Op. Cit.*, p. 150.

Contudo, acentua a professora Fernanda Almeida que, com a substituição do liberalismo clássico do *État-Gendarme* pelas concepções intervencionistas do *Welfare State* (Estado do bem-estar social), o sistema de repartição de competências adquiriu uma nova conformação que redundou no fortalecimento do poder central à custa do enfraquecimento do poder dos Estados passando-se ao **federalismo cooperativo**. Conclui-se dessa forma que é o modelo de partilha de competências adotado que imprime a feição do Estado federal.⁷⁷

Registrando o exemplo dos Estados Unidos, que por força do momento histórico vivido durante a Grande Depressão em 1929, verificou a imperiosa necessidade de fortalecer o poder central, podemos perceber a tônica do federalismo cooperativo, marcado pela interferência do poder federal em esfera de atribuições antes consideradas exclusivas dos Estados⁷⁸.

Essa experiência cooperativa já se fazia presente na Constituição alemã de Weimar de 1919, e Austríaca de 1920, que já traçavam um modelo de federalismo cooperativo e que serviram de modelo para a nossa Constituição Federal de 1934. Em momentos constitucionais anteriores, vínhamos seguindo o clássico modelo federalista norte-americano de um federalismo dualista rígido.

No federalismo cooperativo, não ocorre o completo abandono da técnica de repartição de competência horizontal, apenas surge nova técnica, denominada vertical, onde se prevê uma área de competências que pode ser compartilhada – competências comuns ou concorrentes⁷⁹.

⁷⁷ Ibidem, p. 150.

⁷⁸ Nesse sentido: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2000, p. 36.

⁷⁹ Nesse sentido: MELLO, Rafael Munhoz de. Características essenciais do federalismo. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 4, 2002, p. 151.

Apesar da tendência centrípeta⁸⁰ desse último modelo de federalismo, Fernanda Almeida, citando Berard Schwartz⁸¹, ressalta que, embora essa expansão seja uma realidade, é muito *improvável* que num futuro previsível o sistema federativo seja substituído por uma forma unitária de governo, com a eliminação da autonomia estadual. É que remanesce profundamente arraigada na sociedade norte-americana a tradição federalista, formada exatamente à base da preservação da autonomia das entidades federadas, de cuja importância há uma consciência, à medida que a manutenção de governos estaduais fortes confere ao sistema americano uma força democrática não encontrada na administração centralizada, monolítica⁸².

No federalismo norte-americano percebe-se claramente a colaboração intergovernamental recíproca de base consensual, com conseqüente preservação da higidez dos princípios e práticas da federação.

No que cabe à Federação brasileira, embora tenha ela se formado diversamente da matriz norte-americana, já que aqui houve um processo de formação centrífugo, espelhou a nossa Federação, que nasceu com a República (Constituição de 1891), no modelo americano, inicialmente no *dual federalism*. Foi com a Constituição de 1934 que fomos buscar inspiração no federalismo cooperativo alemão da Constituição de Weimar de 1919 e austríaco de 1920.

Porém, os caminhos da Federação brasileira orientaram-se por novo norte, em que se verifica a coexistência da União, Estados, Distrito Federal e *Municípios*, tal qual não ocorre no modelo norte-americano, tampouco no modelo alemão. Por tal fato atribui-se ao federalismo brasileiro o termo *federalismo de segundo grau*⁸³ - tipo de federalismo em que o município é ente da federação dotado de autonomia e competências próprias derivadas diretamente do pacto federativo (CFRB).

⁸⁰ Não devemos confundir tendência centrípeta, com federalismo centrípeta, enquanto o primeiro traduz-se na tendência que possui a federação em atribuir um maior número de competências ao ente central (centralização), o segundo refere-se à origem do federalismo, dito centrípeta por ter se originado “de fora para dentro”, ou seja, os Estados, antes soberanos abrem mão de suas respectivas soberanias para formar um único Estado soberano: o Estado Federal (exemplo: EUA), opõe-se a esta última concepção, o federalismo centrífugo, onde um Estado Unitário desmembra-se em vários estados autônomos para formar a federação, conservando a sua soberania (exemplo: Brasil).

⁸¹ American Constitutional Law.

⁸² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Op. Cit.*, p. 36, *et seq.*

⁸³ Contrariamente, entendendo que município não é ente da Federação: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101.

Entre nós o sistema do federalismo dual só encontrou acolhida no Texto Constitucional de 1891, já que a Carta de 1934 recepciona as influências dos movimentos que levaram ao surgimento do intervencionismo estatal, iniciando o deslocamento centrípeto de competências e poderes, passando ao modelo cooperativo.

As Constituições de 1967 e 1969 alargaram o processo de centralização de tal forma que autores como Fernanda Almeida, chegam a considerar a transformação do sistema federativo em “quase um estado redividido”⁸⁴.

A tarefa que se seguiu com a assembléia nacional constituinte, instalada em 01.02.1987, no que se refere à partilha de competências e a umbilicalmente ligada restauração da Federação foi algo de extraordinário, e tendo sido cumprida veio a dar uma nova feição a nossa Federação.

O principal aspecto do federalismo cooperativo brasileiro, retomado pela Constituição Federal de 1988, é a absorção do pensamento solidarista na busca da redução das desigualdades regionais, conforme afirmamos.

Entretanto, temos que buscar o federalismo cooperativo de equilíbrio (solidarista), onde as regiões menos favorecidas desenvolvam seu potencial produtivo para saírem da situação de dependência, contribuindo para o desenvolvimento econômico do país. Portanto, as políticas públicas, em todos os níveis, quando, ingenuamente, distribuem recursos sem contraprestação produtiva, são fraternalistas (mínimo existencial), jamais solidaristas (máximo potencial). Para concretizar o princípio solidarista é necessária a existência de contraprestação, idéia reforçada pelo princípio constitucional da eficiência e do dever de progresso (CFRB, respectivamente: art. 37, *caput* e art. 3º, II).

Outro aspecto relevante é a solidariedade educacional, científica e tecnológica que deve existir entre os entes da federação, tanto em nível vertical (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) quanto horizontal (Estados ou Municípios entre si), através de “protocolos de cooperação”, algo que também deve ser estendido à Administração Pública Direta e Indireta de cada ente.

Imaginemos que o município que fosse destaque nacional em saúde pública assumisse o dever solidarista de celebrar “protocolo de cooperação” com o município com maiores dificuldades neste setor. Estaríamos concretizando o que denominamos *federalismo solidarista de equilíbrio*.

⁸⁴ op. cit. p. 44.

3.2. Solidariedade e Democracia – da cidadania solidária

Por que hoje um conceito tão antigo, como o de cidadania, atrai novamente a atenção dos constitucionalistas e dos filósofos práticos? Esse conceito tem sido central no âmbito da filosofia moral e política. *Cidadão* é aquele que pertence a uma comunidade política moderna, cujas instituições pretendem ser justas e precisamente adquirem sua legitimidade dessa pretensão de justiça⁸⁵. Exercer cidadania é participar ativamente desse processo de construção.

O sonho grego da cidadania cosmopolita é concretizado no novo modelo de cidadania adotado na Europa – a cidadania multicultural, onde se busca conciliar a diversidade de culturas com a necessidade de uma ética universal.

A partir do mundo filosófico, foram empreendidos três caminhos para construir uma ética universal com *força normativa* ou, ao menos, para refletir sobre a possibilidade de construí-la⁸⁶:

1) Tomar como ponto de partida uma determinada cultura e tentar estender as suas hipóteses éticas às restantes (Liberalismo Político⁸⁷).

2) Detectar nas diferentes culturas os valores e princípios éticos que já compartilham e construir, a partir deles, uma ética global (Crítica Social Imanente⁸⁸).

3) Tomar como ponto de partida um fato e descobrir, mediante reflexão transcendental, um núcleo racional normativo que não possa negar-se sem entrar em contradição (Pragmática transcendental⁸⁹).

Partindo para construção do modelo de ética cívica na sociedade pluralista, Adela Cortina, se aproxima mais da idéia de cidadania solidária. O direito na perspectiva pós-positivista deve pretender estar justificado dentro de um referencial moral e ético.

As características dessa ética cívica são, resumidamente, as seguintes⁹⁰:

⁸⁵ CORTINA, Adela. Ética e Cidade Cosmopolita. Trad. Cláudio Molz. In: *Direito e Legitimidade*. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. São Paulo: Landy, 2003, p. 275.

⁸⁶ Ibidem, p.278. A classificação que segue é proposta por Adela Cortina.

⁸⁷ John Rawls, em *The Law of Peoples*, tenta aplicar no âmbito internacional o procedimento de contornar as diferenças entre doutrinas que abrangem o bem, construindo uma concepção moral de justiça, extensiva a países não liberais (*Op. Cit.*, p. 279).

⁸⁸ Michael Walzer, em *Thick and Thin*, identificando as moralidades densas (thick morality), encarnadas em cada sociedade particular, e a moralidade tênue (thin morality), extensível além das fronteiras, afirma ser possível, através dessa última, chegar a um conjunto de mandamentos negativos, que poderiam ser estendidos a todas as sociedades. (*Op. Cit.*, p. 280)

⁸⁹ Nesse ponto se reconhece o caráter dialógico da razão, através da argumentação se discute as possibilidades da moralidade tênue, fundamentando a obrigatoriedade de uma ética universal (p. 281).

⁹⁰ CORTINA, Adela. *Op. Cit.*, p. 284 *et seq.* Ver também, da mesma autora: *Ética mínima*. Madrid: Tecnos, 1986; *Ética aplicada y democracia radical*. Madrid: Tecnos, 1993.

1) É uma realidade social e não construção filosófica; faz parte do mundo vital de uma sociedade pluralista. Conjunto de valores e princípios que os grupos dessa sociedade, que propõe modelos de uma vida boa, já compartilham;

2) É o tipo de ética que vincula as pessoas como cidadãos e não como súditos nem vassalos;

3) É dinâmica. Constitui a cristalização dos valores compartilhados por diversas propostas de vida boa;

4) A ética cívica é uma ética pública (de se fazer conhecida ao público através da opinião pública, com razões compreensíveis e admissíveis);

5) É uma ética dos cidadãos, portanto própria dos membros da sociedade civil, não uma ética estatal;

6) É uma ética laica, que não aposta em nenhuma determinada confissão religiosa, mas também não se propõe a eliminá-las.

A cidadania solidária é produto do compromisso ético e humanístico com a efetividade dos direitos fundamentais pela via solidarista, que realiza o sonho kantiano de comunidade ética cosmopolita na exata medida que a cidadania tende a ser mundial.

Existindo maior integração entre os Estados Constitucionais Cooperativos, onde os princípios possibilitadores da efetividade dos direitos humanos constituem a sua base ética, o direito internacional público deixa de ser o conjunto de normas e princípios que regulam as relações entre as nações para adquirir o contorno de um “direito internacional dos direitos humanos”, garantindo *status* específico aos cidadãos dos diversos países⁹¹.

A democracia na perspectiva solidarista se materializa, em termos gerais, quando o conteúdo dos atos dos representantes faz-se justo em face dos cidadãos⁹² possibilitando o desenvolvimento integral da condição humana em termos sociais, econômicos e culturais, respeitando as liberdades fundamentais e fortalecendo os laços de solidariedade.

⁹¹ Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ricardo Lobo Torres (organizador). 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 310.

⁹² Nesse mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Cit., p. 294.

A existência de mecanismos deslegitimadores (impeachment, recall, responsabilidade política, destituição, moção de censura⁹³), como instrumento necessário ao exercício da cidadania em favor da efetividade dos direitos fundamentais, está diretamente relacionada ao fortalecimento da democracia.

Nas palavras de Bobbio: “Enquanto as liberdades civis são uma condição necessária para o exercício da liberdade política, a liberdade política – ou seja o controle popular do poder político – é uma condição necessária para, primeiro, obter e depois, conservar as liberdades civis”⁹⁴.

A possibilidade de exercício e o efetivo exercício dos direitos fundamentais é uma condição necessária da democracia: isto significa que os direitos humanos não substituem a democracia; mas uma democracia digna desse nome se baseia nos direitos humanos⁹⁵.

A cidadania solidária também se concretiza na forma de participação política reivindicatória das condições básicas de vida digna para todos, garantindo o acesso aos bens indispensáveis ao mínimo existencial. Efetiva-se na satisfação das expectativas dos menos favorecidos, proporcionando-lhes uma justa igualdade de oportunidades, pois, onde a exclusão social se faz presente, a liberdade e a justiça não se manifestam, senão para poucos.

3.3. O papel dos órgãos de soberania na construção do Estado Solidário

Já afirmara Montesquieu, um dos formuladores da doutrina da separação dos Poderes:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

⁹³ Canotilho denomina tais mecanismos de procedimentos constitucionais deslegitimadores, reconhecendo-lhes a sua importância em termos iguais ou maiores que os procedimentos eleitorais legitimadores. A fórmula de Popper é a expressão mais sugestiva deste modo de conceber o princípio democrático: “*A democracia nunca foi a soberania do povo, não o pode ser, não o deve ser*”. A justificação da democracia em termos negativos e basicamente procedimentais, pretende por em relevo que a essência da democracia consiste na estruturação de mecanismos de seleção dos governantes e, concomitantemente, de limitação prática do poder, com instituições políticas adequadas e eficazes para um governo sem tentações tirânicas. (*Op. Cit.*, p. 292)

⁹⁴ *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 65.

⁹⁵ MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: *Direitos Humanos e Democracia*. Clemerson Merlin Clève et. al (organizador). Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 50.

Seguindo o mesmo entendimento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁹⁶, em seu art. XVI, afirma: *Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.*

A separação de funções estatais comporta a interdependência funcional instrumental aliada à harmonia substancial, ambas subordinadas aos objetivos e finalidades constitucionais do Estado, especificamente ao regime jurídico constitucional de bem-estar social e desenvolvimento econômico. Resumidamente, o Estado se organiza para realizar os direitos fundamentais.

O art. 2º da nossa Lei Fundamental estabelece como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Independência e harmonia conduzem à interdependência. A interdependência funcional é instrumentalizada pela Constituição Federal para que o Estado alcance, com fundamento nos preceitos nela estabelecidos, os seus objetivos fundamentais, quais sejam: a construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*; a garantia do *desenvolvimento nacional*; a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e por fim, a *promoção do bem de todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O princípio da separação e *interdependência* dos Poderes possui a função de garantia da Constituição, conforme leciona Canotilho⁹⁷, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os Órgãos de Soberania transformam-se em relevantes fatores de observância da Lei Fundamental.

É na observância da Lei Fundamental que deve residir a harmonia substancial dos Poderes, conducente ao princípio da conformidade dos atos do Estado com a Constituição. Pois mesmo os atos não normativos diretamente densificadores de momentos políticos da constituição – atos políticos – devem sujeitar-se aos parâmetros constitucionais e ao controle (político ou jurídico) da sua conformidade com as normas constitucionais⁹⁸.

⁹⁶ Texto original: Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen du 26 août 1789, Article 16: Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des puvoirs déterminée, n'a point de constitution.

⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 881. O uso do termo *interdependência* é nosso (reforça a idéia de solidariedade entre os poderes). O professor de Coimbra utiliza o termo *independência*.

⁹⁸ Nesse sentido, Canotilho vai mais além e afirma que o princípio da constitucionalidade não é apenas uma exigência de que atos dos poderes públicos não violem por ação as regras e princípios constitucionais; também a omissão inconstitucional, por falta de cumprimento de deveres jurídicos de legislar contidos em normas constitucionais, constitui violação do princípio da constitucionalidade. *Op. cit.* p. 246.

O princípio da separação dos Poderes constitui *cláusula pétrea* (art. 60, § 4º, III, CFRB), não pode ser objeto de emenda tendente a aboli-lo, pode, entretanto ser ampliado⁹⁹, passando alguns órgãos a adquirirem *status* constitucional de novo Poder a exemplo da autonomia conquistada pela Defensoria Pública após a Emenda Constitucional 45/2004.

Os problemas de integração, que todas as sociedades altamente complexas precisam superar, só podem ser resolvidos por meio do Direito moderno, se esta integração, e aqui me refiro à integração entre os órgãos de soberania, for gerada a partir de um Direito legítimo constituído por aquela forma abstrata de solidariedade política, cuja continuidade ou ruptura dependerá da concretização de direitos fundamentais¹⁰⁰.

Ao Judiciário atribui-se papel mais (cri)ativo para que sua função se identifique solidariamente com a concretização dos direitos fundamentais e que a jurisdição se afirme como novo elemento de inclusão social¹⁰¹, contribuindo diretamente na consecução dos objetivos fundamentais da República.

Ao Ministério Público cabe maior participação na proteção dos interesses das minorias carentes, passando de fiscal da lei a construtor do projeto constitucional de uma ordem jurídica justa, esse o sentido solidarista a ser atribuído ao art. 129, III da CFRB¹⁰².

A Defensoria Pública na defesa dos necessitados, com os novos instrumentos que as recentes reformas infraconstitucionais lhe proporcionaram (legitimidade para propor ação civil pública, comunicação em no máximo vinte e quatro horas das prisões em flagrantes de pessoas que não possam pagar advogado, etc.) tem acompanhado a nova tendência das reformas constitucionais no sentido de fortalecer a dimensão institucional dos direitos fundamentais.

⁹⁹ As cláusulas pétreas não são imodificáveis, o que se proíbe é o seu retrocesso, a sua evolução e ampliação é tão correta quanto necessária. São as cláusulas pétreas que fundamentam constitucional e discursivamente a construção da teoria da *proibição de retrocesso*.

¹⁰⁰ Cf.: HABERMAS, Jürgen. Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos. *In: Direito e Legitimidade*. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. São Paulo: Landy, 2003, p. 81.

¹⁰¹ Sobre o último aspecto, identificando a Jurisdição como elemento de inclusão social: MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. São Paulo: Manole, 2002.

¹⁰² Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Ao Legislativo cabe a tarefa de concretizar, em nível político-legislativo, a partir do texto da norma constitucional, através de decisões políticas com densidade normativa, os atos legislativos, os preceitos da Constituição¹⁰³. Posteriormente lhe incumbe o dever democrático de produzir leis simples e acessíveis às camadas sociais mais carentes, num diálogo aberto à participação ativa de todos os destinatários da norma, em suma, é preciso legislar objetivando atingir o interesse público primário (do povo) e fundamentalmente em defesa das comunidades carentes.

Destarte, realizar os direitos fundamentais partindo de atividade legislativa torna-se possível com uma maior democratização dos processos legislativos e do próprio direito, mas acima de tudo, em não havendo participação popular no diálogo formativo das leis, respeitando adequadamente a autonomia dos cidadãos individuais, fortalecendo os laços de solidariedade. Afinal, os juristas podem certamente contribuir para a realização da razão e da justiça, mas não podem fazer isso sozinhos. Isto pressupõe uma ordem racional e justa¹⁰⁴.

Em nível executivo, com base no texto da norma constitucional e das subseqüentes concretizações desta a nível legislativo (também a nível regulamentar, estatutário), desenvolve-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos¹⁰⁵.

Nossa Constituição é notadamente dirigente, portanto, grande parte da concretização dos seus preceitos se dá através de políticas públicas ou programas de ações governamentais desenvolvidas pelo Governo¹⁰⁶. Política pública (preceito normativo que estabelece fins, objetivos ou programas) é espécie do gênero norma jurídica e pode ser objeto de controle judicial, atribuindo-se ao Legislador o dever de estabelecer normatividade suficiente para concretização das políticas públicas fundamentais (art. 3º da CFRB e demais normas programáticas) sob pena de incorrer em omissão inconstitucional.

¹⁰³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Cit., p. 1206.

¹⁰⁴ *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 281.

¹⁰⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Cit., p. 1206.

¹⁰⁶ Karl Loewenstein possui interessante obra sobre esse assunto: *Political Power and the Governmental Process* publicado em 1957 pela University of Chicago Press, onde ressalta a substituição da lei pela política pública, mantendo-se a mesma separação entre a declaração, a execução e o controle. Em Ronald Dworkin, a política pública é espécie do gênero norma jurídica (nota 29).

É preciso corrigir o equívoco ainda presente em nossas Instituições que é o fato de não estarem, com raras exceções, a serviço das camadas sociais menos favorecidas. Realizando o que Rawls denomina princípio de igualdade de oportunidades equitativas, reforçado por um princípio de redistribuição ou *princípio de diferença*, segundo o qual as únicas desigualdades aceitáveis são aquelas que beneficiam aos mais desfavorecidos¹⁰⁷.

3.4. Princípio da Cooperação – O Estado Constitucional Solidarista na ordem internacional – constitucionalismo multinível

A justificativa que se apresenta a esta abordagem, de forma mais direta, é a de submeter a Teoria do Estado ao desafio de desvendar fenômenos que hoje se encontram em processo de conformação e compreensão, como o novo modelo de Estado que se chama União Européia, e talvez num futuro bem próximo, o MERCOSUL.

A soberania já não é algo absoluto, as fronteiras entre os países não mais representam limites à atuação do Estado, o povo como elemento constitutivo do Estado, ao adquirir a dupla cidadania¹⁰⁸, passa a ser também elemento constitutivo da ordem supranacional.

Inicialmente será estudado o conceito de soberania, sua construção nos diversos momentos históricos até a sua conformação atual, para em seguida adentrarmos na sua fundamentação constitucional, já que a época moderna tem como corolário no plano jurídico-político a doutrina constitucional, como organizadora das condições institucionais da vida em sociedade¹⁰⁹.

¹⁰⁷ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, §§ 11-13 e 46.

¹⁰⁸ Estamos a nos referir à dupla cidadania do europeu que a exerce tanto no âmbito do seu país quanto na União Européia (nos casos dos países que a integram).

¹⁰⁹ WILSON, David de Abreu Prado, Caminhos do constitucionalismo no Ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 7, n° 28. São Paulo: RT, 1999, p. 107.

Num segundo momento analisaremos o fenômeno da globalização econômica como fator de relativização da soberania dos Estados¹¹⁰, culminando com a formação de blocos comunitários de cunho econômico, social e político tendo como principal característica a supranacionalidade e a interconstitucionalidade¹¹¹ realidades próprias do constitucionalismo multinível.

Por fim, serão identificados os reflexos da globalização econômica e da relativização da soberania na nossa realidade social, apontando propostas direcionadas ao resgate da dignidade da pessoa humana, a qual por mais distante que possa estar o alcance da sua plenitude, jamais poderá deixar de ser buscada.

O conceito de soberania está condicionado à história e espelha as circunstâncias de cada época histórica, suas idéias, seus sucessos, enfim, os fatos acontecidos no tempo e no espaço¹¹².

No final da Idade Média, a vontade dos monarcas não sofria qualquer limitação, ninguém lhes disputava o poder, eram eles senhores da vida e da morte dos seus súditos, tal fato condicionou a percepção da soberania em seu aspecto absoluto e completo, tal qual introduzido pelos teóricos do Estado.

É Jean Bodin¹¹³, por volta de 1576, na sua obra “*Les Six Livres de la République*”, quem primeiro busca conceituar a soberania, esclarecendo que esta representa o poder absoluto e perpétuo da República¹¹⁴, não sofre limitações, nem tampouco interrupções temporais. Deixou, o citado autor, de mencionar a característica da inalienabilidade, o que outros teóricos fariam posteriormente.

Dois séculos mais tarde, no ano de 1762, Rousseau em sua obra “*O Contrato Social*”, ao tratar do tema da soberania, transfere a titularidade do seu exercício da pessoa do governante para o povo. Além de reconhecer as características da inalienabilidade e indivisibilidade como fundamentos da soberania¹¹⁵.

¹¹⁰ Estamos a nos referir a relativização da soberania dos **Estados**, já que a soberania das Uniões entre os Estados (União Européia, União Africana) tende, ao contrario, a se fortalecer como veremos no transcórre do trabalho.

¹¹¹ Expressão utilizada por Gomes Canotilho em seu Direito Constitucional e teoria da Constituição. p. 1407. E, recentemente, em sua nova obra: “Brançosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

¹¹² Sobre o assunto consultar: AZEVEDO, Oldemar. *Soberania (noções e fundamento)*. São Paulo: Lex, 1958, p. 63. *et seq.*

¹¹³ BODIN, Jean, *Lês Six Livres de la République*, Chez Jacques du Puis Libraire Iuré, à la Samaritaine, avec du Roy, Paris, 1583.

¹¹⁴ A expressão República equivale ao moderno significado de Estado, conforme ressalta DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2000, p. 77.

¹¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. Cit.* p. 78.

Nos séculos seguintes várias abordagens e concepções farão a conformação do conceito de soberania que a seguir apresentaremos de forma bastante sintética.

A soberania é a expressão da vontade de uma ordem, qualidade ou elemento essencial do Estado, que expressa a plena eficácia do poder em conformidade com o ordenamento jurídico, fazendo valer dentro do seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência, tendo o povo como titular do seu exercício, que a exerce através dos órgãos de soberania do Estado na forma que a constituição fundamenta e o momento histórico e a realidade social lhe condiciona¹¹⁶.

A questão da soberania, em face da nova ordem mundial apresenta-se das mais complexas e controversas, tanto em termos de Direito interno, quanto internacional, começando pela multiplicidade de concepções a respeito.

Charles de Visscher¹¹⁷ em 1962 já assinalava que as sucessivas concepções jurídicas de soberania representavam o reflexo das transformações históricas do poder político, considerado tanto na sua organização interna como nas suas relações com o exterior:

“Lo que la doctrina se resiste aún a admitir es la persistencia en la realidad de la vida internacional de una concepción de la soberanía que, en ciertos aspectos, contradice la suya. Sin duda alguna se han exagerado los contrastes, pues el hombre político no desconoce por lo general los límites que la libertad de acción del Estado impone la coexistencia con otros Estados y, en circunstancias normales, acepta los deberes y los cargos derivados de tal estado de cosas. Bien es verdad que, en lo que afecta al Derecho, el Estado mantiene con reserva la excepción de soberanía. Al Estado, como unidad de poder, le repugna ser solamente un sujeto de derecho. Considera que no solo le incumbe definir por si mismo aquellos de sus intereses que considera vitales, sino también protegerlos por todos los medios de que dispone, incluso mediante el empleo de la fuerza armada, que en el orden externo es la negación de la ley común de la coexistencia”.

Albuquerque Mello refere-se à soberania dos Estados como o *direito à liberdade ou à independência, dentro dos limites fixados pelo Direito Internacional, para realizar os atos que lhe aprouver sem necessitar do consentimento de qualquer outro Estado*¹¹⁸.

¹¹⁶ Para aprofundar no assunto, Dalmo de Abreu Dallari em *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p.79. indica: Miguel Reale, *Teoria do Direito e do Estado*, p.177; Oreste Raneletti, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Parte Geral, p. 78; Georg Jellinek, *Teoria General Del Estado*, p. 365; Constantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, p. 58; Herman Heller, *La Soberania*, p. 214; Hans Kelsen, *Teoria General Del Estado*, p. 133; Marco Tullio Zanzucchi, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, p.20;

¹¹⁷ VISSCHER, Charles, *Teorias y realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1962, p. 108 et seq.

¹¹⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 357.

Verdross, citado ainda por Albuquerque Mello, assinala que a soberania significa competência territorial, bem como competência sobre os indivíduos nesse território. Acrescenta, todavia, que a soberania ou independência do Estado é encarada atualmente no seu sentido relativo, isto é, feixe de competência territorial, bem como uma das competências que os Estados possuem, mas outorgado e limitado pela ordem internacional¹¹⁹.

O reconhecimento da soberania dos Estados tem sido feito em inúmeros textos internacionais, como a carta da ONU cujo art. 2º, alínea 7.^a, estipula: “Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assunto que dependa essencialmente de qualquer Estado”.

Conforme leciona Canotilho, *a soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano Internacional. A soberania no plano interno, traduzir-se-ia no monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a efetividade das suas regulações e dos seus comandos. Nesse contexto se afirma também o carácter originário da soberania, pois o Estado não precisa recolher o fundamento de suas normas noutras normas jurídicas*¹²⁰.

Quanto à *soberania internacional* (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de independência), o citado autor a considera, por natureza, *relativa*, posto que existe sempre o *alter ego* soberano de outro Estado, ressaltando que, ainda assim, significa a igualdade dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (*superiorem non recognoscem*).

Partindo agora para a fundamentação constitucional da soberania, passaremos a analisar como ela é contemplada no nosso ordenamento jurídico constitucional e como devemos interpretá-la.

¹¹⁹ Ibidem. p. 357 *et seq.*

¹²⁰ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 90.

A Constituição Federal de 1988 trata inicialmente da soberania no seu art. 1º, apresentando-a como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; em seguida, o art. 5º, LXXI, concede mandado de injunção quando inviável o exercício dos direitos e liberdades condicionais e prerrogativas inerentes à *soberania*, cidadania e nacionalidade, diante da falta de normas para amparo expresso a tais direitos; já o art. 14 estabelece que a *soberania popular* deve ser exercida pelo instrumento do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto com igual valor para todos; por fim, o art. 170, I, dispõe sobre a *soberania* como princípio da ordem econômica.

Embora difusas as disposições normativas, o texto constitucional brasileiro mostra que a soberania não é mais regulada como qualidade intrínseca e exclusiva do Estado, este é que se legitima através dela. Por isso preferimos substituir ou converter a noção de soberania em “capacidade de servir”, passando a solidariedade a substituí-la enquanto fundamento da República, permanecendo a soberania como elemento constitutivo do Estado.

Canotilho argumenta que a constituição confere legitimidade à ordem política e dá legitimação aos respectivos titulares do poder político. Precisamente por isso se diz que a constituição se assume como *estatuto jurídico do político* (Castanheira Neves) num duplo sentido – o da legitimidade e da legitimação. O esforço de constituir a ordem política segundo *princípios justos* consagrados na constituição confere a esta ordem indispensável bondade material (legitimidade) e, ao vincular juridicamente os titulares do poder, *justifica* o poder de “mando”, de “governo”, de “autoridade” destes titulares (legitimação)¹²¹.

Aqui se registrou o significado moderno que assumiu a soberania no seu ciclo histórico de buscar na sociedade, muito antes que no Estado, a fonte de sua própria existência, eficácia e legitimidade jurídicas.¹²²

Também é importante ressaltar que a tendência atual para a abertura internacional pressuporá, indissolavelmente, a abertura da constituição que, segundo Canotilho¹²³, deixa de ter a pretensão de fornecer esquema regulativo exclusivo e totalizante assente num poder estatal soberano para aceitar os quadros ordenadores da comunidade internacional.

¹²¹ Ibidem, p. 1421.

¹²² LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e Mercado Mundial – A crise jurídica das economias nacionais*. 2. ed.- São Paulo: Editora de Direito, 1999, p. 35.

¹²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 367.

Esse entendimento busca oferecer maior efetividade ao texto constitucional no que se refere à soberania, já que este fenômeno encontra-se em constante mutação. A soberania deve ser lida a partir da Constituição e, se esta não apresentasse abertura no conteúdo de suas normas, tal leitura se tornaria impraticável.

A crise no conceito de Estado em face da relativização da soberania implica necessariamente na reformulação da ordem jurídica constitucional que é o instrumento jurídico fundamental conformador do Estado, instituição reflexiva da identidade cultural, social, normativa e política do seu povo. O Estado é processo, já nos ensinava Adolfo Posada¹²⁴ em 1935. Nessa mesma perspectiva, afirma Canotilho¹²⁵ que a identidade da constituição não significa a continuidade ou permanência do “sempre igual”, pois, num mundo sempre dinâmico, a abertura à evolução é elemento estabilizador da própria identidade.

A globalização é fenômeno social, consistente na aproximação de distâncias geográficas e na homogeneização das expectativas de consumo, de práticas políticas decorrentes da globalização econômica¹²⁶.

A globalização econômica consiste na progressiva internacionalização dos mercados de bens, serviços e créditos, induzida pela redução de tarifas de exportação, de obstáculos aduaneiros e pela padronização das operações mercantis¹²⁷.

Para Guidens, a globalização é a intensificação das relações sociais em escala mundial que liga localidades distantes de maneira que eventos longínquos modelam acontecimentos locais e são por eles modelados¹²⁸.

Existe frase de Guy Sormon, economista francês, que retrata bem o fenômeno da globalização das economias: “*O deslocamento de ar provocado pelo batimento da asa de uma borboleta em Pequim pode provocar um furacão na Califórnia*”¹²⁹. Trata-se de metáfora que podemos verificar na nossa realidade global, em que situações ou eventos ínfimos provocam desdobramentos de grandes proporções.

¹²⁴ *La Idea Pura del Estado*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935. p. 10-11.

¹²⁵ *Op. Cit.*, p. 1057.

¹²⁶ RIBEIRO, Maria de Fátima. O Euro e as perspectivas de implantação de uma moeda única no MERCOSUL. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 8. Nº 31. São Paulo: RT, 2000, p. 10.

¹²⁷ FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues. *Globalização, Mercosul e crise do Estado-Nação – perspectivas para o direito numa sociedade em mudança*. São Paulo: LTr, 1997, p. 64.

¹²⁸ *As conseqüências da modernidade*. Tradução: Raul Filker, São Paulo: UNESP, 1991, p. 69.

¹²⁹ GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das Economias – Análise do pensamento de Guy Sormon. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 8, Nº 33. São Paulo: RT, 2000, p. 46.

Numa sociedade tão “conectada” em si mesma, como jamais existiu, em que desestabilizações de economias nacionais, fluxos instantâneos de capitais, queda acentuada em bolsas de valores, especulações financeiras, enfim, situações fáticas temperadas pela *realidade virtual* e o *tempo real* integram o cotidiano, o pensamento de Guy Sorman torna-se cada vez mais atual.

A globalização se consolidou com tamanha rapidez e profundidade que muitos já a tratam como processo irreversível, isso por diversos motivos. O PIB de determinado país, por exemplo, deixou de depender apenas de fatores internos¹³⁰.

À medida que aumentam as exportações e importações, novos elementos são inseridos no cômputo dos números da economia. A importância, para a economia nacional, do comércio internacional cresceu vertiginosamente; isso com certeza reflete na soberania do estado, que se relativiza proporcionalmente ao aumento do grau de dependência econômica que lhe afeta.

É certo que a soberania lida sob a ótica dos antigos teóricos do Estado não mais se aplica ao mundo globalizado. É importante refletirmos, principalmente por ser a globalização processo dinâmico e em constante transformação, se o que estamos a observar é realmente a relativização da soberania ou se apenas houve transferência do âmbito do exercício da soberania do Estado para o ente supranacional, que por seu turno seria capaz de exercer soberania plena no seu âmbito de atuação.

A relativização da soberania em face da globalização econômica deve ser lida sob dois aspectos. O primeiro deles diz respeito à relativização da soberania dos Estados que integram as chamadas Comunidades ou Uniões Internacionais. O segundo refere-se à relativização da soberania dos Estados economicamente dependentes.

É patente que a relativização da soberania dos países ditos subdesenvolvidos não é fenômeno atual, portanto seria ingenuidade atribuir esta relativização à globalização. Esta última, conforme lição de Canotilho¹³¹, torna as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a interdependência política e econômica cada vez mais estruturantes. Porém, em nossa opinião, não determina a relativização da soberania desses países, esta está ligada a fatores determinantes de ordem histórica, sejam eles sociais, políticos, culturais e /ou econômicos.

Apesar de não ser fator determinante, é a globalização econômica, um dos principais fatores não só de aumento da relativização da soberania, como também do acréscimo das desigualdades sociais.

¹³⁰ Ibidem, p. 53.

¹³¹ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1351.

Com relação à soberania dos países que integram ordens supranacionais, a exemplo da União Européia, e que abrem mão de fatias importantes da sua soberania nacional, entendemos que, em tais casos, não existe relativização da soberania desses Estados. Ao contrário, sua soberania encontra-se fortalecida em decorrência da constelação de *fatores reais de poder*¹³² em torno de objetivos comuns. Há, aqui, transferência do exercício da soberania para órgãos supranacionais. Os doutrinadores que insistem em caracterizar a soberania desses países como relativa, adotam conceito de soberania limitado, nos termos que a tratavam os antigos teóricos do estado, e que não condiz com a realidade atual.

Se for certo que a União Supranacional constitui novo tipo de Estado soberano, não é menos correto afirmar que o faz com o objetivo de recuperar o poder, em especial o poder econômico que tem perdido para as grandes corporações (em estudo feito por Hertz e publicado pela Harper em 2003, *das cem maiores economias do mundo, cinquenta e uma são empresas enquanto quarenta e nove são Estados*)¹³³. Porém, ambos, poder público e poder privado¹³⁴, retiram a sua legitimidade da efetiva proteção-concretização dos direitos fundamentais (aspecto interno) e direitos humanos (aspecto externo).

Nessa busca frenética por crescimento econômico (dimensão quantitativa), não deve o Estado ignorar a sua finalidade constitutiva que é manter a centralidade dos direitos fundamentais do ser humano num equilíbrio capaz de proporcionar desenvolvimento econômico (dimensão qualitativa) com bem-estar social¹³⁵.

O crescimento econômico liga-se aos *aspectos quantitativos* da economia, de incremento da produção e exportação, entrada de ativos financeiros, aumento do superávit etc., sem a correspondente vinculação aos *aspectos qualitativos*, tais quais: aumento do índice de desenvolvimento humano, redução das desigualdades sociais, mobilidade social etc., essenciais à existência do desenvolvimento econômico.

¹³² Expressão utilizada por Ferdinand Lassale em sua obra *A Essência da Constituição*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juirs, 2001. Aqui ela foi empregada no sentido de força projetada por uma unidade estatal.

¹³³ HERTZ, Noreena. *The Silent Takeover - Global Capitalism and the Death of Democracy*. New York: Harper, 2003.

¹³⁴ Sobre vinculação do setor privado aos direitos fundamentais ver item sobre a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais.

¹³⁵ Para maior compreensão da diferença entre desenvolvimento econômico e crescimento econômico consultar nosso trabalho: *Relação jurídica constitucional das normas de conteúdo econômico: o sistema constitucional de planos e a autonomia dos entes federados, em face da globalização econômica e da legitimidade do “superávit” primário mínimo com vistas à realização do bem-estar social e do desenvolvimento econômico*. Monografia. Salvador: UFBA, 2005.

Não existe desenvolvimento econômico com retrocesso ou estagnação do bem-estar social. Pode até existir desenvolvimento econômico sem crescimento econômico, e vice-versa. Veja o exemplo da Argentina, que em novembro de 2005 registrou crescimento econômico de 9% e ainda assim a política econômica conduzida pelo governo sofreu severas críticas por parte de integrantes da Igreja Católica daquele país, por não perceberem esse crescimento econômico refletido no bem-estar social da população.

O Estado Solidarista também é reflexo de uma rede de contribuições na ordem internacional, da abertura cooperativa para o mundo. Essa abertura implica num fenômeno denominado *constitucionalismo multinível*, no qual a interconstitucionalidade e a interculturalidade fazem-se presentes.

A teoria da interconstitucionalidade¹³⁶ estuda as relações entre as diversas constituições dentro do mesmo espaço político, a convergência, concorrência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes nesse mesmo espaço.

No panorama jurídico constitucional brasileiro podemos citar como exemplo, a articulação da Constituição Federal com as Constituições Estaduais (vide art. 25 da Constituição Federal e art. 11 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, normas de direito interconstitucional). Isso não traz nada de novo.

O que há de especificamente novo, conforme Canotilho, é a existência de rede de constituições de estados soberanos; as turbulências produzidas na organização constitucional dos estados constitucionais por outras organizações políticas (ex: comunidades políticas supranacionais); a recombinação das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de grandeza superior; a articulação a *coerência constitucional* estadual com a diversidade de constituições inseridas na rede interconstitucional; a criação de esquema jurídico-político caracterizado por grau suficiente de *confiança condicionada* entre as várias constituições imbricadas na rede e entre a constituição revelada pela organização política de grandeza superior¹³⁷.

¹³⁶ Interconstitucionalidade não é o mesmo que direito comparado, pois servem a finalidades diversas, apesar de empregarem métodos similares. Enquanto no primeiro existe uma vinculação necessária entre as constituições, no segundo, determinada constituição serve de paradigma dogmático para estudo e aprofundamento de questões jurídicas sem uma necessária vinculação. A interconstitucionalidade é fenômeno constitucional. O direito comparado é método de estudo importantíssimo para identificação das famílias de Direito e os diversos sistemas jurídicos. (nota do autor).

¹³⁷ *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. p. 1407.

É com a autodescrição¹³⁸ das identidades nacionais que as várias constituições dos variados países *reentram* em formas organizativas superiores, com vistas à manutenção do valor e função das constituições dos Estados¹³⁹.

O fenômeno da interconstitucionalidade pressupõe o fenômeno da **interculturalidade constitucional**¹⁴⁰. A intercultura realça a idéia fundamental de *partilha* de cultura, de idéias ou formas de encarar o mundo e os outros¹⁴¹.

A comunicação interconstitucional assenta em princípios comuns que, de uma forma ou de outra, apontam para a idéia de constituição cultural e Estado Constitucional cultural. Nesse contexto, por exemplo, as Constituições da União Européia converter-se-ão em instrumentos relevantíssimos de uma **hermenêutica européia** que procura articular o reconhecimento das identidades nacionais com a formação da *identidade cultural européia*¹⁴².

O Human Rights Act de 1998, a nova carta de direitos fundamentais da Inglaterra, é o maior exemplo de contribuição para o convívio interconstitucional, onde aquele país, tradicionalmente dotado de constituição flexível, começa a permitir a existência de declaração de incompatibilidade entre as leis e a carta de direitos fundamentais, criando nova espécie de rigidez constitucional através da declaração de incompatibilidade entre uma lei e os direitos previstos no Human Rights Act (ressalte-se que tal declaração não acarreta a nulidade da lei; A Corte Constitucional inglesa, criada em outubro de 2008, revela ao Parlamento a contrariedade da lei aos direitos humanos, cabendo ao Parlamento revogá-la ou modificá-la)¹⁴³. Atualmente, já pode se falar em exercício de jurisdição constitucional na Inglaterra através do controle de incompatibilidade. Tal realidade demonstra a importância dos direitos humanos e fundamentais no novo constitucionalismo global e multinível.

¹³⁸ Produção de texto com o qual e através do qual determinada organização se identifica com si própria (sentido luhmanniano).

¹³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1408.

¹⁴⁰ *Op. Cit.* p. 1409.

¹⁴¹ Existe aqui um campo fecundo para a aplicação da Tópica de Viehweg, porém, não sendo esse nosso objetivo, fica apenas a sugestão. Topoi (plural de topos) são pontos de vista, lugares comuns ou esquemas de pensamento, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto, a interpretação mais conveniente para o problema. A tópica seria, dessa forma, arte de invenção e, como tal, técnica do pensar problemático. Para maior compreensão do assunto, consultar a obra de Viehweg: *Tópica e Jurisprudência*.

¹⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1410 et seq.

¹⁴³ Nesse sentido: BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

Também a Nova Zelândia acompanhou o novo paradigma constitucional de centralidade dos direitos fundamentais ao estabelecer seu Human Rights Amendment Act em 2001. A flexibilidade constitucional (ausência de hierarquia entre norma constitucional e leis ordinárias) tem sido superada através da suprallegalidade ou análise de incompatibilidade das leis em face dos direitos fundamentais nos países de Constituição Flexível.

O fenômeno da interconstitucionalidade, trazido para o contexto do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, encontra amparo, em seu aspecto externo¹⁴⁴, no art. 4º, parágrafo único da Constituição Federal, o qual estabelece que *a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.*

Ao se fazer paralelo entre Estado e direitos fundamentais, pode-se observar que a evolução estrutural do Estado, até algumas décadas atrás, vinha acompanhando a evolução dos direitos fundamentais, cite-se o exemplo do Estado Liberal paralelo à primeira geração dos direitos fundamentais (direitos de liberdade) seguido pelo Estado Social que acompanhou o surgimento da segunda geração dos direitos fundamentais (sociais, econômicos e culturais)¹⁴⁵.

Porém, o que se viu com a terceira dimensão dos direitos fundamentais (direitos de solidariedade) foi a sua positivação no plano formal e a conformação jurídica do Estado Democrático e Social de Direito distante do alcance da concretização de tais direitos fundamentais. Isso porque sua conformação política atual é a de Estado Neoliberal que se compatibilizaria ao primeiro tipo de Estado aqui citado, jamais às demais gerações de direitos fundamentais (segunda, terceira e quarta para aqueles que reconhecem a existência desta última geração).

Fazemos referência ao *Estado Solidarista*, sendo esse, o verdadeiro Estado Constitucional, para instigar na mente daqueles que lutam pelo resgate da dignidade do ser humano, este só alcançável pela concretização de todas as dimensões dos direitos fundamentais, que passem a defender o modelo político coerente com o modelo jurídico, sob pena de termos uma Constituição puramente semântica (Karl Loewenstein) ou simples folha de papel (Ferdinand Lassale).

¹⁴⁴ Aspecto externo traduz-se por ordem jurídica internacional estabelecida entre vários Estados Soberanos. Enquanto aspecto interno identifica-se com ordem jurídica interna dos Estados Autônomos em face do Estado Soberano (Federação – art. 25 da Constituição Federal de 1988).

¹⁴⁵ Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

O Direito Constitucional Organizatório, enquanto disciplina compreensiva do Estado Constitucional, encontra-se numa relação meio-fim com os direitos fundamentais. O Estado é pensado, teorizado e estruturado organizativamente para concretizar de maneira otimizada os direitos fundamentais.

Nosso maior desafio encontra-se em estudar esse fenômeno que ainda não está claramente definido, que é a globalização - se é que algum dia se poderá defini-lo em todas as suas facetas. Porém, as suas conseqüências já se fazem sentir na realidade mundial. Canotilho¹⁴⁶ já fala em Constitucionalismo Global, que para ele é paradigma que hoje não se encontra em condições de neutralizar o constitucionalismo nacional.

Já temos o constitucionalismo supranacional como realidade concretizada, veja a Constituição Européia¹⁴⁷ e o Human Rights Act de 1998, exemplos concretos do constitucionalismo supranacional e multinível. A construção do constitucionalismo global é meta a ser alcançada através da internacionalização dos direitos humanos e universalização do desenvolvimento econômico e redução das desigualdades sociais entre as diversas nações do mundo.

Num contexto onde os fenômenos sociais, políticos e econômicos transcendem as fronteiras dos Estados Nacionais, em que se observam crescimentos extraordinários entre as grandes corporações, devemos questionar quais valores devem conformar a soberania e o fenômeno constitucional. Será a busca inconstante por lucro, do neoliberalismo? Ou será a construção do desenvolvimento econômico necessariamente vinculado ao bem-estar social e à centralidade dos direitos fundamentais e humanos para o progresso da humanidade?

A resposta parece óbvia, porém, a realidade é que o capital internacional e o poder econômico determinam muitas das decisões políticas fundamentais. Quem está no poder tende a criar cenário propício a se prolongar nesse poder. Atualmente se avalia a violação aos direitos fundamentais em termos de custo-benefício empresarial, pois a sanção pela sua violação, quando aplicada, será, na maioria das vezes, determinado valor monetário, na linguagem empresarial, uma “externalidade”.

¹⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. – Coimbra: Almedina, 2002. p. 1352.

¹⁴⁷ Sobre o assunto consultar: TEIXEIRA, Carla Noura. A constituição Européia: perspectivas e reflexões sobre o processo de integração regional europeu. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional* – nº 53. São Paulo: RT, 2005; VIEIRA, José Ribas (org.). *A Constituição Européia – o projeto de uma nova teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; NUNES, Antonio Jose Avelãs. *Constituição Européia - Constitucionalização do Neoliberalismo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

Resta ao novo paradigma da Teoria do Estado oferecer à globalização econômica, a globalização dos direitos humanos. A dimensão moral deve ser pressuposto da política mundial, tanto dos Estados quanto das Empresas, num compromisso irrenunciável com a dignidade humana e que nem Adam Smith¹⁴⁸, pai do liberalismo, ousou ignorar em seus escritos.

Podemos observar que a realidade da União Européia é tão complexa que até mesmo a geração dos direitos fundamentais, que essa estrutura supranacional propôs inicialmente a tutelar, foi a segunda (os direitos sociais, econômicos e culturais). Já existem respostas concretas se conformando em resposta à política neoliberal, não se surpreenda se esta resposta for novo modelo de Estado. Destarte, ficamos a imaginar a estrutura de Estado que um dia surgirá, talvez algo que nossos Estados em suas antigas conformações ainda não alcançaram ao longo dos séculos de existência, como o Estado de Fraternidade Social ou Estado Solidarista – Estado voltado à consecução da terceira geração dos direitos fundamentais (direitos de solidariedade) tendo por pressuposto a plena concretização da segunda geração desses mesmos direitos e o resgate da dignidade da pessoa humana como o valor fonte desse “*multilevel constitutionalism*”.

O neoliberalismo venceu todos os “ismos” que surgiram ao longo da história, seja o comunismo, socialismo, fascismo, autoritarismo, populismo etc. Porém, jamais vencerá o constitucionalismo, pois é na Constituição que reside a última trincheira de resistência à política econômica neoliberal e o fracasso social que ela representa. Assim, globalizemos os direitos fundamentais, a intransigente e efetiva defesa do meio ambiente, a erradicação da miséria e da pobreza, a consciência de que os ódios inter-étnicos que têm conduzido o ser humano à barbárie, é também resultado da atual política de globalização neoliberal, ou simplesmente, globalizemos as Constituições e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos que são os verdadeiros repositórios dos valores fundamentais das nações do mundo.

Deve-se buscar o equilíbrio hermenêutico necessário à transformação social através do direito, que a Constituição enquanto processo postula de forma quase que poética, e que um dia se dirá profética. A realização do ideal de solidariedade traduz-se no maior de todos os desafios do Estado Constitucional.

¹⁴⁸ *A riqueza das nações*. Cit.

3.5. Solidariedade enquanto fundamento da República – uma nova proposta

A solidariedade constitui verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil, já que o pensamento solidarista tem implicações diretas na Democracia, na Separação de Funções Estatais, na noção jurídica de República, no modelo federalista e principalmente nos direitos fundamentais.

Com relação à soberania, desde Duguit, esta já havia se despojado do seu poder de mando e convertida em capacidade de servir¹⁴⁹. A noção de soberania fora substituída pela noção de serviço público.

Nossa proposta é clara e objetiva: substituir o dispositivo constitucional “soberania” previsto no art. 1º, I da CF/88, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil por “solidariedade”, este, o verdadeiro fundamento do nosso Estado Constitucional.

No que se refere à ordem internacional, a soberania se afirma diretamente na in(ter)dependência nacional (art. 4º, I, CF/88)¹⁵⁰ onde os Estados Constitucionais integram a rede de cooperação internacional através da afirmação dos direitos humanos. Fenômeno que, conforme observamos anteriormente, adquire novas perspectivas decorrentes do constitucionalismo multinível e que se fortalece pela transformação da independência em interdependência solidarista (Cooperação Internacional¹⁵¹), com novos reflexos nas relações entre os Estados em decorrência da concretização do pensamento solidarista na ordem internacional.

Com relação à ordem interna, não faz sentido continuarmos insistindo numa suposta “supremacia – poder de mando” pertencente ao Estado na defesa dos interesses públicos¹⁵², pois o que deve existir enquanto fundamento da República é a “capacidade de servir” no interesse maior e solidário de concretização dos direitos fundamentais.

¹⁴⁹ Nesse sentido: *Soberania y libertad*, Op. cit., p. 24.

¹⁵⁰ Também podemos perceber como expressão da *soberania na ordem internacional* os demais princípios do art. 4º: prevalência dos direitos humanos; autodeterminação dos povos; não-intervenção; igualdade entre os Estados; defesa da paz; solução pacífica dos conflitos; repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; concessão de asilo político.

¹⁵¹ Sobre o Estado Constitucional Cooperativo ver: HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

¹⁵² Para melhor compreender essa nova visão de interesse público consultar: SARMENTO, Daniel (Organizador). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. Em nosso entendimento, inexistente prevalência “em abstrato” do interesse público sobre o interesse privado, apenas no contexto social de colisão entre estes dois interesses fundamentais é que pode ser estabelecido, através da ponderação, afastada a possibilidade de harmonização ou concordância prática entre os dois interesses em conflito, qual interesse irá prevalecer. É perfeitamente possível existir prevalência do interesse privado sobre o interesse público.

4. O ESTADO CONTEMPORÂNEO E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A dignidade do homem reside no fato de ele ser indefinível. O homem é como é, porque reconhece essa dignidade em si mesmo e nos outros homens.

Karl Jaspers¹⁵³

4.1. O mínimo existencial

O mínimo existencial possui dependência inegável do grau de desenvolvimento econômico de cada país, do avanço da cooperação internacional entre os Estados e dos laços de solidariedade social para garantia do mais fundamental dos direitos: *a vida*.

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal estabelece a inviolabilidade do direito à vida, porém, nenhum dos seus setenta e oito incisos e três parágrafos, expressa qualquer garantia desse direito (rigorosamente, as clássicas garantias e os remédios são também direitos, embora nelas se percebesse o *caráter instrumental* de proteção dos direitos¹⁵⁴). Entretanto, a cláusula de abertura¹⁵⁵ presente no seu § 2º, permite afirmarmos o *mínimo existencial* como garantia do direito à vida, tendo o direito de petição¹⁵⁶ e o mandado de segurança¹⁵⁷ como remédios constitucionais específicos para sua tutela.

¹⁵³ *Introdução ao pensamento filosófico*. Cit., p. 53.

¹⁵⁴ Nesse mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Cit. p. 394.

¹⁵⁵ CFRB, art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁵⁶ CFRB, art. 5º, XXXIV - *são a todos assegurados*, independentemente do pagamento de taxas: a) o *direito de petição* aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

¹⁵⁷ CFRB, art. 5º, LXIX - *conceder-se-á mandado de segurança* para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Os direitos constituem os bens jurídicos individuais, sociais, difusos ou coletivos que serão objeto de proteção (vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, intimidade, saúde, lazer, salário mínimo, meio ambiente equilibrado etc.), as garantias constituem formas de proteção aos direitos, podendo ser jurídica (mínimo existencial, devido processo legal, proibição de prisão ilegal, inafastabilidade da apreciação judicial, inviolabilidade do domicílio, etc.) ou institucional (autonomia universitária, serviços públicos, separação de funções estatais, autonomia dos entes federados, vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos etc.), por fim, os remédios (ou garantias instrumentais para alguns autores) constituem instrumentos jurídicos postos à disposição da coletividade em face da lesão ou ameaça a direito, quando a garantia não foi suficiente para a sua proteção, são eles: o direito de ação, direito de petição, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública etc.

Todos possuem o direito fundamental à liberdade, tendo como garantia a proibição de prisão ilegal (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, etc.), entretanto, se ainda com tais garantias, o indivíduo, por ilegalidade ou abuso de poder, tiver a sua liberdade violada ou ameaçada, terá o remédio constitucional denominado *habeas corpus* para tutela da sua liberdade.

Remédio Constitucional (writ) que é posto ao alcance do cidadão para oferecer proteção suficiente à garantia do mínimo existencial é o direito de petição. O direito de petição nasce na Inglaterra através do *right of petition* – Rev. Inglesa 1628. Em 1689 passa a compor o *Bill of Right*. Na França surge na Constituição Francesa de 1791 e de 1793. Nas palavras de Robespierre (seção de 09 de maio de 1791 na Assembléia constituinte): “*O Direito de petição é o direito imprescritível de todo homem em sociedade. Os déspotas mais absolutos jamais ousaram recusar formalmente esse direito a quem eles chamavam seus súditos*”.

Nossa primeira Constituição de 1824 reconhecia expressamente o direito de petição no inciso XXX do art. 179: Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infracção da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores. (sic).

Na Constituição de 1988, o direito de petição vem expresso no art. 5º, XXXIV, a: são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder¹⁵⁸.

O exercício do direito de petição em matéria de mínimo existencial converte-se em remédio heróico de proteção à vida, podendo qualquer do povo encaminhá-lo aos órgãos de soberania em nome próprio ou de terceiro, possuindo prioridade sobre toda apreciação executiva, legislativa e principalmente judicial (entendemos esta última via como a mais adequada para efetivar a garantia do mínimo existencial quando se afigura situação ameaçadora de lesão).

O mínimo existencial possui regime jurídico previsto na Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Em seu art. 1º estabelece: A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os *mínimos sociais*, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

A teoria do mínimo existencial, na visão de muitos autores, encontra-se corretamente relacionada às condições de liberdade¹⁵⁹. Sem a garantia do núcleo mínimo garantidor de sua existência o ser humano não exerce qualquer liberdade. Negar o mínimo existencial é negar o próprio direito à vida, pressuposto lógico do exercício de qualquer outro direito fundamental.

Qualquer cidadão possui legitimidade para buscar proteção judicial à sua vida ou de terceiro quando se apresentar quadro de ameaça de lesão. O princípio da solidariedade demanda que tal proteção se efetue em níveis substanciais.

¹⁵⁸ ARGENTINA: Artículo 14 - Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: c) de peticionar a las autoridades; BOLÍVIA: Artículo 7 - Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: h. A formular peticiones individual o colectivamente; ALEMANHA: Art. 17 - Todos terão direito individualmente ou em grupo a dirigir petições ou queixas por escrito às autoridades competentes e a representação do povo.

¹⁵⁹ Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimos Existenciais. In: *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Na filosofia de Rawls (Teoria da Justiça, p. 60), o primeiro princípio corresponde a liberdade, enquanto o segundo corresponde à justiça distributiva. O próprio filósofo deixou claro que as necessidades básicas (basic needs), isto é, os mínimos sociais, integram o primeiro princípio – da liberdade – e por isso são fundamentos constitucionais e não se confundem com as questões de justiça básica (basic justice)

Destarte, o argumento da *reserva do possível*¹⁶⁰ em matéria de mínimo existencial é falacioso e viola o sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, pois, aceitar o argumento de carência de recursos financeiros ou qualquer dificuldade institucional para proteção da vida significa condenar o indivíduo à morte. Um país que possui recursos suficientes para pagar a sua dívida externa, que se estrutura como Estado Federal Cooperativo, deve garantir o mínimo existencial a toda e qualquer pessoa humana que transite em seu território (nacional ou estrangeiro) como forma de concretização do princípio da solidariedade.

Nenhum juiz, participante de uma ordem jurídica justa e racional, seria capaz de negar tutela e efetiva proteção ao mínimo existencial referente ao direito à vida, pois, negar tal proteção, resultaria em verdadeira *sentença de morte*.

Ana Paula de Barcellos consegue perceber um convívio produtivo entre mínimo existencial e reserva do possível, mas ressalta, no mesmo sentido que defendemos, que a reserva do possível somente é cabível depois de atingir o mínimo existencial, o que, em termos práticos, resulta em conclusão idêntica a que chegamos:

*Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o **mínimo existencial**), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O **mínimo existencial**, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível*¹⁶¹.

¹⁶⁰ Também defendem a inaplicabilidade da reserva do possível ao mínimo existencial: Manoel Jorge e Silva Neto. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 513 *et seq*; Dirley da Cunha Junior. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 712 *et seq*.

¹⁶¹ *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 245-246

Vale destacar a importante advertência de Ricardo Lobo Torres, ao afirmar que os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade. A idéia de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a de direitos fundamentais sociais *stricto sensu*. Os direitos fundamentais originários, ao contrário, são válidos e eficazes em sua dimensão máxima¹⁶².

Apesar de discordar do pensamento de Ricardo Lobo Torres, expresso na citada obra, quando o mesmo afirma que os direitos sociais não são fundamentais, senão numa parcela mínima e apenas para os que vivem em estado de pobreza, entendemos e louvamos o objetivo deste grande defensor dos direitos fundamentais, que é a busca pela efetividade dos direitos fundamentais sociais nas comunidades carentes. No entanto, para nós, os direitos sociais são fundamentais em sua dimensão tanto mínima, quanto máxima para todos os cidadãos (inclusive estrangeiros não residentes no país) que transitem em território nacional brasileiro.

A determinação do núcleo mínimo dos direitos fundamentais pode ser definido legislativamente, com ou sem critérios normativos ou sócio-políticos (exemplos: salário mínimo, ensino fundamental público e gratuito, moradia). Porém, apesar de expressamente positivados, os direitos fundamentais se constroem na realidade social de cada país e dependem, inegavelmente, do seu nível de desenvolvimento econômico. No Brasil já podemos afirmar que o mínimo existencial em termos de direito fundamental à educação pública e gratuita (direito público subjetivo – art. 208, § 1º da CRFB) não é mais o ensino fundamental e sim o ensino médio, administrativa, legislativa e judicialmente exigível, e futuramente o ensino universitário (atualmente fomentado através de políticas públicas que democratizam o acesso ao ensino universitário), tal perspectiva decorre das cláusulas de vedação de retrocesso social e do dever de otimização e de progresso dos direitos fundamentais, alcançando, cada direito fundamental a sua dimensão máxima em termos de efetividade.

É no âmbito dessa dimensão máxima que pode se inserir o debate sobre a *reserva do possível (mutatus mutandis)*, tanto em nível econômico, técnico-científico, institucional, quanto solidarista, onde todos os setores unidos pelos laços de solidariedade social buscam possibilitar a máxima efetividade dos direitos fundamentais. A criação (legislativa), execução (administrativa), controle (judicial) e fiscalização (Ministério Público, cidadãos) do orçamento público e a eficiência no gasto público representam a dimensão do economicamente possível no âmbito de proteção aos direitos fundamentais.

¹⁶² Ibidem, p. 2.

Na ADPF – 45¹⁶³ o STF trata do mínimo existencial e da reserva do possível:

(...) Notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. *Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais*, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

A garantia do mínimo existencial, embora esteja conectada mais diretamente ao direito à vida, deve ser compreendida também em relação a outros direitos fundamentais, a exemplo da moradia, lazer, educação, formação profissional, assistência médica, salário mínimo (este último já constitui mínimo existencial) etc.¹⁶⁴

Afinal, como assevera Ana Paula Barcelos, para quem vive no absoluto desamparo e ignorância, a distância que o separa da dignidade, ainda que em seu conteúdo mínimo, é todo caminho de volta à sua própria humanidade¹⁶⁵.

¹⁶³ ADPF 45 MC/DF* RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "**RESERVA DO POSSÍVEL**". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "**MÍNIMO EXISTENCIAL**". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

¹⁶⁴ Nesse sentido: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Cit., p. 466 et seq.

¹⁶⁵ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2. Ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2008, p. 355.

O projeto político fundamental estabelecido no artigo 3º da Constituição Federal de 1988 é dever de todas as instituições sociais e do próprio indivíduo imbuído do seu dever de solidariedade decorrente da divisão social do trabalho.

Interpretando sistematicamente o art. 5º, XLVII, c, da Constituição Federal, que proíbe a pena de trabalhos forçados, em face do princípio solidarista, percebemos a possibilidade do Estado oferecer *obrigatoriamente* a **oportunidade** de desenvolvimento de atividades laborativas *remuneradas* no interior do cárcere, alternativamente ou cumulativamente com atividades profissionalizantes e/ou educacionais, como forma de cumprir com seu dever solidarista e “ressocializador”. Afinal, a proibição de trabalho forçado é de atribuir-lhe o caráter de pena, no que propomos, o trabalho deve ser escolha livre e orientada do indivíduo que cumpre pena privativa de liberdade. Em nossa concepção e de todos que se orientam pelo pensamento solidarista, trabalho não é pena, é dever decorrente do princípio constitucional da solidariedade, sua concretização. A prisão deixaria de ser a “escola do crime” para converter-se em “escola solidária de integração social”.

A integração social (inserção do indivíduo ou grupo numa comunidade mais ampla) jamais ocorrerá no contexto de “marginalização” (termo oposto à socialização) que se encontra o atual sistema prisional brasileiro¹⁶⁶. As penas transcendem a privação da liberdade alcançando a privação da dignidade humana – esta é a realidade nua e crua do atual Estado (In)Constitucional brasileiro. A universalidade, enquanto característica dos direitos fundamentais, se concretiza através da universalidade de acesso e fruição por parte de todo ser humano, homens ou mulheres, cidadãos livres ou limitados em sua liberdade, nacionais ou estrangeiros, residentes ou não residentes no país.

¹⁶⁶ Acompanhando essa nova tendência podemos citar as pesquisas desenvolvidas por Helvécio Giudice de Argôllo, professor de processo penal da Universidade Estadual de Santa Cruz e por Fábio Félix Ferreira, professor de direito penal da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, sobre sistema prisional brasileiro e o processo penal, entendendo o sistema de garantias constitucionais penais e demais direitos fundamentais enquanto limite ao poder punitivo. Idéias também presentes no garantismo de Luigi Ferrajoli, novo marco teórico nas pesquisas sobre o “Direito Penal Garantidor” (linha de pesquisa desenvolvida pela UFBA no grupo: Repensando o Direito Penal Contemporâneo e que tem como líderes Maria Auxiliadora Minahim e Alessandra Rapassi Mascarenhas). Numa perspectiva interdisciplinar, ver: Paulo Cezar Borges Martins em estudos desenvolvidos no núcleo interdisciplinar de estudo e pesquisa sobre violência e poder na contemporaneidade no âmbito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia.

Não pode existir pena privativa da dignidade humana. Todos os cidadãos submetidos à pena privativa de liberdade devem ter seus direitos fundamentais básicos assegurados (saúde, educação, integridade física e psíquica, ressocialização) inclusive o direito fundamental a um local digno, e caso não se lhes ofereça tal local, cabe a qualquer do povo impetrar *Habeas Locus ou Habeas Dignitate ou Habeas Conditio Humanitate* (o nome pouco importa, importante é a fundamentalidade e abertura do instituto para que qualquer do povo possa propô-lo, em defesa de interesse próprio ou de terceiro) ¹⁶⁷ – tal remédio constitucional decorreria do princípio constitucional da dignidade humana para tutela do direito fundamental a um local digno para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Jamais se produzirá a redução da violência num contexto de “violência institucionalizada”.

Sociedade sem crimes, jamais existirá. Entretanto, uma sociedade com respostas político-criminais sérias para as questões da violência e da criminalidade, não seria apenas possível, mas também realizável. Sua concretização encontra-se no novo constitucionalismo solidarista, pós-social (afirmo pós-social por concretizar os direitos sociais por via específica que é a via solidarista), onde a sociedade livre, justa e solidária é chamada a intervir. Momento em que a precaução (políticas solidaristas) substitui a falaciosa prevenção geral e abstrata que a ameaça de pena produz.

As políticas públicas fundamentais de redução das desigualdades sociais e regionais, erradicação da pobreza e da marginalização, garantia do desenvolvimento nacional, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promoção do bem de todos (art. 3º da CRFB – norma jurídica do tipo política pública) constituem o marco constitucional determinante da atividade estatal e parâmetro de aferição de (in)constitucionalidade das políticas públicas infraconstitucionais.

¹⁶⁷ Cumpre ter em mente que o papel do Juiz ao receber uma ação de *Habeas Locus Dignus*, não é por em liberdade o seu paciente, pois sua tutela não se refere à liberdade, relaciona-se ao direito fundamental a um local digno, assim, cabe ao Judiciário fomentar, possibilitar e em alguns casos determinar a execução de políticas públicas no sistema prisional brasileiro, prevenindo a supressão da dignidade ou restaurando-a.

A inconstitucionalidade por ação ou omissão decorrente do retrocesso e da ausência de progresso ou otimização de várias políticas públicas no Brasil (fome zero, bolsa família, bolsa escola et.) dá-se no momento em que o poder público não percebe o significado da cláusula vedativa de retrocesso (o que já foi assegurado deve continuar sendo protegido em face das possibilidades fáticas e jurídicas) e da cláusula impositiva de progresso e otimização (as políticas públicas devem progredir para alcançar a máxima efetividade possível dos direitos fundamentais).

4.2. Jurisdição e realização dos direitos fundamentais na perspectiva do mínimo existencial

Na perspectiva neoconstitucionalista, o Poder Judiciário possui papel (cri)ativo¹⁶⁸. Não existem questões insuscetíveis de apreciação Judicial, quando está em lide algum direito fundamental e a apreciação de acordo com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, deve conduzir a processo decisório de efeito substancial, em que a concretização do direito fundamental lesionado ou ameaçado de lesão seja colocada sob o manto de proteção do Poder Judiciário, poder este capaz em sede de controle de constitucionalidade tanto difuso, quanto concentrado (STF), impor aos demais Poderes os efeitos concretizadores das suas decisões.

O Judiciário, na perspicaz observação de Alexy, não exerce representação política, esta é exercida pelo parlamento e pelo executivo. Ao judiciário cabe a representação argumentativa do cidadão¹⁶⁹. Os representantes políticos se legitimam através do voto; os representantes argumentativos através da fundamentação racional construída discursivamente, num debate aberto e acessível ao povo, dos seus atos e decisões.

¹⁶⁸ O papel criativo dos intérpretes da constituição no neoconstitucionalismo, refere-se a criação de novas possibilidade de efetivar e harmonizar direitos fundamentais em conflito perante a realidade (possibilidades fáticas – adequação e necessidade; possibilidade jurídicas – proporcionalidade em sentido estrito). Não se confunde com discricionariedade em sentido forte (fruto do positivismo ainda impregnado na Lei de Introdução ao Código Civil), onde na ausência da lei o juiz cria o direito aplicando analogia, costumes e princípios gerais do direito (como se princípio não fosse lei-norma). No neoconstitucionalismo, a discricionariedade é aplicada em seu sentido fraco, existe maior segurança jurídica, pois, o juiz e os demais intérpretes da constituição devem decidir com base nos princípios estabelecidos normativamente na Constituição.

¹⁶⁹ *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. p. 66.

Adverte Alexy que a vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem os acontecimentos, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal estado de coisas não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político¹⁷⁰.

Assim, conforme ensina Dirley da Cunha Junior, a expansão do papel do Juiz é exigência da sociedade contemporânea, que tem dele reclamado, mais do que mera e passiva inanimada atividade de pronunciar as palavras da lei, um destacado dinamismo ou ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, e na defesa dos direitos fundamentais, em especial, freqüentemente inviabilizados por inação dos órgãos de direção política¹⁷¹.

São nas grandes crises que a Constituição atravessa suas maiores provações e percebe-se claramente o seu grau de força normativa. Deve-se buscar o equilíbrio hermenêutico necessário à transformação social através do direito, oferecendo à sociedade o constitucionalismo convergente à realização dos direitos fundamentais.

Nossas vidas são oportunidades em que nossas escolhas determinam toda a nossa existência e aquilo que somos. As experiências que conquistamos através da arte, da leitura, dos laços de solidariedade, dos diálogos constantes entre nossas dúvidas e a busca constante por respostas, nos ajudam a prosseguir com segurança.

Precisamos perceber e acreditar que o mundo construído na idéia de solidariedade, não é apenas possível, é necessário.

¹⁷⁰ Op. Cit. p. 66.

¹⁷¹ Controle Judicial das Omissões do poder público. p. 336.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sociedades de grande escala, especializadas numa complexa divisão do trabalho social e criadas numa cultura solidarista, estabelecem a comunidade na qual os indivíduos podem descobrir a textura da vida moral, compreender a verdadeira solidariedade ou transcender à anomia do individualismo sem essência, em que se faz presente a seguinte máxima kantiana: “*Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio*”¹⁷².

O Estado Constitucional Solidarista é aquele racionalmente organizado para realizar os objetivos e direitos fundamentais, protegendo os seus cidadãos de toda e qualquer lesão ou ameaça a tais direitos e objetivos inseridos em seu projeto político fundamental denominado Constituição.

As perspectivas e novas propostas para o Estado Constitucional Solidarista encontram-se na nova dinâmica de concretizar os direitos fundamentais pela via solidarista, de reafirmar sob novas bases o pacto federativo de índole cooperativa, aproximar o direito da idéia de justiça, oferecendo novos mecanismos de redução das desigualdades sociais e regionais.

Favorecendo a realização do objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, numa realidade pluralista que caminha em direção ao novo constitucionalismo, aproximando as comunidades carentes da afirmação da sua cidadania solidária, efetivando os direitos fundamentais, conferindo ampla proteção às minorias, estaremos proporcionando as novas bases de construção do Estado Constitucional Solidarista.

Percebendo que é a condição humana, o móvel do Estado Constitucional Contemporâneo, encerramos o presente estudo com os versos de John Donne: *Homem nenhum é uma ilha de si mesmo; cada um é uma peça do continente, uma parte do todo: a morte de qualquer homem me diminui porque faço parte da humanidade e, assim, nunca mandes perguntar por quem os sinos doam, eles doam por ti*¹⁷³.

¹⁷² KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*, segunda seção, p. 59.

¹⁷³ *Devotions upon Emergent Occasions*, Meditation XVII. (1623).

E sendo o ser humano o móvel do constitucionalismo contemporâneo, o Direito Constitucional Organizatório, a Teoria do Estado e a Jurisdição Constitucional constituem, numa ótica plural, aberta e humanista, a dimensão institucional-instrumental-possibilista de concretização dos direitos humanos e fundamentais no Estado Constitucional Solidarista...

Ilhéus-BA, 05 de maio de 2009