



<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2016.8.271-309>

A Ordem Social e sua Efetividade Constitucional

Denilson Bertolaia

Mestrando em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru (Ceub-ITE). Especializações em Direito Civil e Processual Civil e em Direito Civil com Ênfase em Empresarial, ambas pelo Centro Universitário de Votuporanga – Ceuv-Unifev. Serventuário da Justiça. <<http://lattes.cnpq.br/7976520359956160>>. dbertolaia@hotmail.com.

Massimo Palazzo

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - Área de concentração - da Efetividade do Direito - Processo Penal Constitucional. Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos - Área de concentração difuso - Processo Penal Constitucional. Professor convidado - área de concentração - Direito Penal e Direito Processual Penal na Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão - Cogeae, da PUC-SP. Professor convidado na Escola Paulista da Magistratura - EPM. Professor de Direito Processual Penal no curso de Pós-Graduação em Direito da FMU/Laureate. Professor de Direito Constitucional nas Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU/Laureate. Juiz Federal Seção São Paulo. <<http://lattes.cnpq.br/7346054213110702>>. drmaxpalazzo@gmail.com

RESUMO

O presente artigo analisa os direitos fundamentais, os direitos humanos e a ordem social, abordando-os de forma a torná-los efetivos. Os objetivos e os esclarecimentos das questões-problema serão fundamentados mediante pesquisa analítica e da utilização do método dedutivo. O orçamento auto-

rizativo e o impositivo, fontes de financiamento dos direitos fundamentais, serão detalhados sob o aspecto de sua efetividade. A atuação jurisdicional, sob a dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana, focará a dogmática na concretização dos direitos sociais, sob influência dos direitos fundamentais em rede internacional de Cortes Constitucionais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Direitos humanos. Ordem social. Mínimo existencial. Corte Internacional.

The Social Order and Your Effectiveness Constitutional

ABSTRACT

This work purports to analyse the fundamental rights, the human rights and the social order that permeate to be effectively discussed. The aims and explanations about the question-problems will be established through of an analytical research which allow understanding the practical application of the deductive method. The mandatory and imposed budget, sources of fundamental rights it will be discussed in a aspect of its effectiveness. The jurisdictional acting under of a dimenson of the dignity human, will engross the materialization of the social rights, fundamental rights with a in network international of constitutional courts.

Keywords: Fundamental rights. Human rights. Social order. Existential minimum. Constitutional Courts.

Sumário

1 Introdução. 2 Direitos Fundamentais do Homem. 2.1 Conceito. 2.2 Fundamentalidade. 3 Interligação da Dignidade da Pessoa Humana com os Direitos Sociais. 3.1 Ordem social e direitos econômicos. 3.2 Classificação dos direitos sociais. 4 Origem dos Direitos Humanos. 4.1 Regime jurídico dos tratados de direitos humanos. 4.2 Direitos fundamentais em rede. 4.3 Comissão interamericana de direitos humanos. 5 O Judiciário e a Implantação dos Direitos Fundamentais. 5.1 Reserva do possível e o ativismo judicial. 5.2 Orçamentos públicos. 5.2.1 Orçamento autorizativo. 5.2.2 Orçamento impositivo. 6 Considerações Finais. 7 Referências

1 INTRODUÇÃO

Nas origens dos direitos fundamentais encontram-se os alicerces para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nessa edificação, o princípio da dignidade da pessoa humana segue à frente, abrindo horizontes para atingir esse ideal.

O projeto dos direitos basilares, reforçado pelos Direitos Humanos, vem sofrendo constantes mutações em sua natureza jurídica devido à internacionalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Tanto que já se cogita na formação dos Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão do homem-solidário ou do gênero humano (direito à paz, desenvolvimento, comunicação, meio ambiente e patrimônio comum da humanidade).

Transcorridos mais de 300 anos da concretização dos direitos fundamentais, surge a institucionalização do Estado Social – criado pelo sistema neoliberalista por meio da globalização política. Consequentemente, sedimentando os direitos fundamentais de “quarta geração ou dimensão”, como elenca Paulo Bonavides (2004, p. 571), são o “direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”.

Assim, os trabalhos e pesquisas têm como objetivo analisar institutos, normas e princípios voltados à aplicabilidade dos direitos fundamentais, bem como focar a pessoa sob o aspecto do “dever ser”. A análise ocorrerá dentro de um Estado dominado e orientado pela sociedade estrutural (capitalista), que atua de forma predominante sob o caráter do “dever ter”.

É fundamental, porém, a compreensão da relação entre os direitos sociais e os direitos econômicos para aplicação dos direitos fundamentais, tanto que integrarão os temas dos objetos de estudos.

O mínimo vital e o instituto da reserva do possível, sob o aspecto principiológico, vêm se mostrando úteis ao Judiciário nas demandas individuais, cujas finalidades não são universalmente contempladas em políticas sociais do poder Executivo.

Nesse contexto, o orçamento impositivo, constituindo uma das fontes de financiamento dos direitos sociais, começa de forma tímida a se impor em favor desses direitos, uma vez que o Orçamento-Programa atual não vem se mostrando eficaz para contemplar a efetividade real desses direitos.

Neste artigo, além de outras questões que serão tratadas com vistas a buscar soluções ou o melhor caminho a seguir, serão respondidas também às seguintes perguntas: Qual é a origem dos direitos fundamentais e seu campo de efetividade atual? Qual é a relação entre direitos humanos e direitos fundamentais no Brasil? Quais são as dificuldades de efetivação dos direitos fundamentais numa sociedade capitalista? Qual é a abrangência do ativismo judicial nos direitos sociais sob o crivo da dignidade da pessoa humana? Qual é a influência da globalização no conceito de soberania? Qual é o papel do orçamento impositivo na efetividade dos direitos fundamentais?

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM

O pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais são as principais fontes de origem dos direitos fundamentais, conforme prevê a doutrina francesa sob a limitada ideia de liberdades públicas, as quais não envolvem, necessariamente, os direitos sociais (direitos econômicos, direitos sociais e culturais). Outras origens também surgem como inspiradoras das Declarações de Direitos,¹ tais como: o cristianismo, o jusnaturalismo, a doutrina e as concepções filosóficas.

¹ Também denominado de Direitos Fundamentais do Homem.

Sempre houve, entretanto, lutas reivindicatórias para efetivar materialmente esses direitos de interesse coletivo, porém somente quando a sociedade favorecia sua concretização é que se formulavam as condições objetivas e subjetivas para tanto.

Nesses movimentos tratava-se das *condições reais* ou *históricas* (objetivas ou materiais do século 18) do regime da Monarquia Absolutista (concentradora de poder, atrofiada e estagnada) contra a nova sociedade propensa ao desenvolvimento comercial e cultural (sociedade progressista).

Nessa seara, havia as *condições subjetivas* (ideais ou lógicas), substanciadas nas fontes filosóficas registradas pela doutrina francesa, a saber:

- a) *pensamento cristão* – cuja fonte origina-se no cristianismo primitivo de libertação do homem e da sua dignidade de pessoa humana, em que ele é formado à imagem de Deus, abrangendo a todos, sem distinção;
- b) *a doutrina do direito natural* – dos séculos 17 e 18, baseada na natureza racional do homem, no poder político e no Direito Positivo, os quais se opõem à divinização do Regime Absolutista, em que o jusnaturalismo impôs a legislação em favor do poder político, sob a alegação de os valores absolutos, universais e impessoais constituírem direitos comuns a todos;
- c) o *pensamento Iluminista* – de ordem natural, de glorificação das liberdades inglesas e dos valores individuais em detrimento dos valores sociais (culto do individualismo).

2.1 Conceito

Os direitos fundamentais, considerados ao longo da História, tiveram e têm vários termos para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos (direitos do homem), direitos individuais, direitos públicos subjetivos e liberdades fundamentais do homem. Sendo assim:

- *Direitos Naturais*: são os inerentes à natureza do homem, sendo inatos pelo simples fato de ser homem, constituindo os direitos positivos que alicerçam as relações sociais materiais.
- *Direitos Humanos*: expressão utilizada, sobretudo, em documentos internacionais, ressaltando que somente o homem é titular de direitos; entretanto, atualmente quebrando essa rigidez, vem tomando caráter de direito especial o de proteção aos animais; ou seja, vem encaminhando a proteção do ser e não do ser humano.

Neste contexto, em 2015, o Código Civil francês (Código Napoleônico de 1806), alterou o artigo 528 estabelecendo que “os animais são seres vivos dotados de sensibilidade”, isto é, capazes de sentir prazer e dor, excluindo assim a definição de animais como propriedade pessoal ou bens de consumo. Já em âmbito de justiça, a Câmara da Cassação Penal (Tribunal Penal máximo) na Argentina, no processo iniciado por ativistas dos direitos dos animais, concedeu *habeas corpus* a Sandra, uma fêmea de orangotango,² que vive no zoológico de Buenos Aires, para que seja libertada em um santuário para animais. Desta forma, foi reconhecida como “pessoa não humana”, detentora de direitos básicos como a liberdade. Logo, essas mudanças de normas e decisão judicial reconhecem que os animais são sencientes, isto é, dotados de sentimentos e devem ser sujeitos de direitos.

- *Direitos Individuais* (direitos civis ou liberdades civis): designam os direitos voltados ao individualismo (direito à vida, igualdade, segurança e à propriedade), representando um grupo na Constituição vigente.

² Após passar mais de 20 anos em um zoológico na capital Buenos Aires, Sandra foi ao Brasil para viver em um “santuário” da natureza. O pedido judicial que culminou na decisão inédita da Justiça argentina foi apresentado pela Associação de Funcionários e Advogados pelos Direitos dos Animais (Afada) perante a Câmara de Cassação Penal, argumentando que o cativeiro de Sandra era “um confinamento injustificado de um animal com comprovada capacidade cognitiva”.

- *Direitos Públicos Subjetivos*: estão vinculados ao Estado Liberal e *estão* inseridos no Direito Positivo, representam a situação jurídica subjetiva do indivíduo em relação ao Estado. Nesse sentido, o Estado autolimita-se para beneficiar setores privados, condição que vem sendo atualmente superada pela exigência de um Estado mais ativo e atuante.
- *Liberdades Fundamentais ou Públicas*: referem-se a algumas espécies de liberdades. Enquanto as liberdades públicas, muito usadas na doutrina francesa, reafirmam a liberdade de autonomia (direitos individuais), na liberdade de participação ou liberdades políticas, já há o livre gozo dos direitos políticos, destes excluídos os direitos econômicos e sociais do jusnaturalismo (positivação estatal).

Os direitos fundamentais representam os princípios da concepção do mundo e a ideologia política de cada ordenamento jurídico. Dessa forma, no plano de Direito Positivo, com prerrogativas e instituições, já concretizam as garantias para uma vida digna, livre e igual a todas as pessoas. Nesse contexto, arremata José Afonso da Silva:

[...]. Nos qualificativos fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do *homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados (2005, p. 178).

Ainda, nessa linha, Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 15) conceitua direitos fundamentais como:

[...] o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade).

Assim, direitos fundamentais constituem um sistema, na medida em que suas normas estão em constante interação, reconduzindo sempre ao mesmo objeto, que é a proteção do ser humano. Não se pode esquecer, porém, de que alguns ordenamentos jurídicos protegem o “ser”. Consequentemente, um direito implica e influencia outro.

José Joaquim Gomes Canotilho (1992, p. 47) define sistema como: “[...] um conjunto de elementos em interação, organizado em totalidade, que reage às Interações, de tal forma que, quer ao nível do conjunto, aparecem fenômenos e qualidades novas, não reconduzíveis aos elementos isolados ou à simples soma”.

Então, o sistema aberto capta os influxos da realidade e substancia seu conteúdo, integrando a norma e realidade, favorecendo a mutação constitucional,³ no sentido de alteração da realidade regulada e não do texto formal.

Enfim, integrando a ideia de sistema, direitos fundamentais constituem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores imprescindíveis à condição humana se conjugam e se completam.

2.2 Fundamentalidade

No tocante à *Fundamentalidade Formal dos Direitos Fundamentais*, há os limites formais (procedimental ou processual) garantidos na Constituição Federal (CF), que adotou um sistema rígido para sua modificação por meio das emendas constitucionais. Dessa forma, a modificação desse

³ Poder constituinte difuso: nada mais é a interpretação da norma sem mudança de conteúdo.

sistema carece de um processo legislativo especial de Emenda à Constituição, mais complexo em termos de quórum e procedimentos do que para a simples edição das leis infraconstitucionais.

Já quanto aos *limites materiais* dos direitos fundamentais, de acordo com o artigo 60, § 4º, inc. IV da CF, não será objeto de liberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Ou seja, certos elementos essenciais da Constituição não se encontram à disposição do poder de reforma, sendo protegidas pelas chamadas cláusulas pétreas (cláusula de eternidade, inamovibilidade ou núcleo duro).

Já os *limites formais* estão dispostos no artigo 60, § 2º, em que a Constituição poderá ser emendada mediante: “a discussão e votação da proposta em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”.

O legislador ordinário, sob o crivo dessa espécie de proteção, não poderá abolir os direitos fundamentais existentes, mas pode acrescentar outros. Por exemplo, o *direito à moradia*, que foi inserido por meio da Emenda Constitucional n. 26 de 2000, ampliou o rol de direitos sociais, conforme o artigo 6º.⁴ Conseqüentemente, o legislador não poderá mais tirar o direito à moradia da Constituição, por ter passado a gozar da proteção das cláusulas pétreas.

No que se refere ao nascimento dos direitos fundamentais, deve haver a presença de três requisitos: o *Estado*, que controla determinado território e impõe suas decisões por meio da administração pública, tribu-

⁴ Art. 6.º da CF. “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”

nais, polícia e educação; o *Indivíduo*, que são as famílias e as comunidades com direitos próprios; e o *Texto normativo*, que regula a relação Estado e Indivíduo (Constituição no sentido formal).

A pessoa e o Estado, por sua vez, são os *sujeitos* na relação jurídica dos Direitos Fundamentais, isto é, sob o aspecto da verticalidade dos Direitos Fundamentais. Não se pode, entretanto, olvidar a influência dos Direitos Fundamentais em sua horizontalidade, que se efetiva na relação de indivíduo a indivíduo.⁵ O *objeto* dos Direitos Fundamentais é a proteção do ser humano em todas as suas dimensões. Por fim, a sua *finalidade* destina-se a preservar a liberdade individual.

Ressalte-se que para interpretação da cláusula da rigidez absoluta (artigo 60, § 4º), há que considerar a existência de um texto constitucional genérico e abstrato, conseqüentemente causando a dependência da interpretação pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Nessa linha, o ministro Gilmar Mendes, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 33-5,⁶ identificou os preceitos fundamentais explícitos da CF, mencionando, como exemplo, os direitos e garantias individuais e os princípios protegidos pela cláusula pétrea (a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; os direitos e garantias individuais). Referiu-se, ainda, aos princípios sensíveis (artigo 34, inciso VII), em que a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

⁵ Exercício do devido processo legal, por exemplo, a exclusão de filiado do quadro associativo (artigos 54, II, e 57 do Código Civil Brasileiro).

⁶ STF. ADPF 33-5 Pará. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 7/12/2005.

- a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
- b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Assim, o ministro do STF considera os preceitos constitucionais como princípios basilares de sustentação do sistema constitucional.

Os direitos fundamentais são ainda caracterizados pela *abstração e generalidade*, gerando o fenômeno constitucional da “baixa densidade normativa”. Em consequência, é difícil decidir qual das partes envolvidas num conflito está com a razão, visto que a interpretação conflitante é autorizada por um texto constitucional extremamente genérico.

Mesmo, no entanto, gozando de aplicação imediata (artigo 5º, § 1º da CF), alguns direitos sociais carecem de regulamentação (legislação infraconstitucional) a fim de que sua explicação seja efetivada. Exemplo disso é a garantia do direito de propriedade (artigo 5º, inc. XXII da CF), porém é o Estatuto da Cidade, o Código Civil e o Estatuto da Terra que formatam o conceito de propriedade e suas múltiplas funções, bem como regulamentam seu uso.

Há ainda o *dúplice caráter* dos direitos fundamentais, sendo formado pelos *direitos subjetivos* que determinam e asseguram a situação jurídica do particular como homem e cidadão, garantindo um instituto jurídico ou liberdade de um âmbito de vida (dimensão individual), bem como pelos elementos de *ordem objetiva* (dimensão), os quais são determinantes, limitadores e asseguradores de *status* que integram o particular na ordem da coletividade.

Dessa forma, a *natureza* dos direitos fundamentais do homem são situações jurídicas objetivas e subjetivas, instrumentalizadas no Direito Positivo, visando à dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. São também de natureza constitucional e se fundamentam no princípio da soberania popular.

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 181), os direitos fundamentais podem ser classificados (estudados e tipificados) com base em alguns critérios, a saber:

- *historicidade* – nascidos sobre o alicerce do direito natural (essência do homem ou natureza das coisas), cresceram com a Revolução Burguesa e se ampliaram no decorrer do tempo;
- *inalienabilidade* – são intransferíveis por constarem na ordem constitucional em favor de todos; indisponíveis por não poderem ser desfeitos, e inegociáveis por não terem valor econômico e patrimonial;
- *imprescritibilidade* – são imprescritíveis por não terem caráter patrimonial ou econômico. Essa previsão constitucional é por tempo indeterminado e mesmo o seu não exercício mantém o seu caráter de exigibilidade;
- *irrenunciabilidade* – podem até não ser exercidos, mas não podem ser renunciados.

Pode-se dividi-los também de forma clássica em cinco grupos, conforme a Constituição: direitos individuais (artigo 5º); direitos de nacionalidade (artigos 12 e 13); direitos políticos (artigos 14 a 16); direitos sociais (artigos 6º e 193); direitos coletivos (artigo 5º) e direitos solidários (artigos 3º e 225).

A propósito da limitação do poder estatal, o primeiro documento apontado no mundo pela doutrina nesse sentido é a Magna Carta de Liberdades, do rei John Lackland, datada de 15 de junho de 1215 e escrita em

latim. John Lackland, ou João Sem-Terra, era assim conhecido porque sendo o filho mais novo, ao contrário de seus irmãos mais velhos, não recebera terras em herança.

Naquela época, João Sem-Terra cometeu vários erros e abusos em seu reinado. Ele não conseguiu reconquistar os territórios tomados por Felipe Augusto, da França; interferiu na nomeação pelo Papa do Arcebispo da Cantuária e, como agravante, não tinha a confiança de seus súditos por ter tomado o poder após a morte do rei Ricardo Coração de Leão.

Em junho de 1215 os barões, revoltados com os fracassos do rei, apossaram-se de Londres e forçaram John a aceitar um documento conhecido como os “Artigos dos Barões”, aos quais o grande selo real foi aposto em 15 de junho do mesmo ano. Em troca, os barões renovaram seu juramento de fidelidade ao rei.

O documento, composto por 63 artigos ou cláusulas, foi selado pelo rei John para a outorga das liberdades da Igreja e do reino inglês. Estabelecia, entre outros, que o rei deveria seguir a lei e não podia mais reinar como bem lhe aprouvesse, de forma absoluta.

Deu-se, assim, garantia às liberdades políticas inglesas; tornou-se a Igreja livre da ingerência da Monarquia; regulamentou-se o comportamento dos funcionários reais; garantiu-se o direito das mulheres ou crianças herdarem propriedades e instituiu-se que ninguém poderia ser punido por um crime antes de ser legalmente condenado como culpado no devido julgamento legal (artigo 39). Além disso, a 61.^a cláusula, conhecida como “cláusula de segurança”, estabelecia um comitê de 25 barões com poderes para reformar qualquer decisão real, até mesmo pela força, se necessário.

Enfim, essa carta serviu de base para muitas Constituições, inclusive para a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América.

3 INTERLIGAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COM OS DIREITOS SOCIAIS

O poder é uno, mas para uma melhor organização, suas funções foram divididas (Teoria da Tripartição de Poderes,⁷) sendo uma delas formada pelos direitos sociais, que são atribuições específicas ou compartilhadas entre os entes da Federação.

Os direitos sociais constitucionais são dotados de abstração e generalidade e, por essa razão, carecem de leis infraconstitucionais para se tornarem efetivos. Assim, nesse caráter programático de alguns dos direitos sociais, há que se considerar o *conceito* de dignidade humana como:

O postulado ético que, incorporado ao ordenamento jurídico, consubstancia o princípio segundo o qual o ser humano, quer nas suas relações com seus semelhantes, quer nas suas relações com o Estado, deve ser tomado como um fim em si mesmo, e não como um meio, o que o faz dignitário de um valor absoluto, donde exsurge um regime jurídico que apresenta uma feição negativa e outra positiva. A primeira impõe aos demais e ao Estado o dever de respeito à sua incolumidade física, psíquica e social (entendida aqui como a liberdade para se autodeterminar e para, junto com os demais, participar da autodeterminação da comunidade na qual se integra). A segunda consubstancia a exigência de prestações do Estado que afiancem os pressupostos materiais mínimos para a preservação da vida e a inclusão na sociedade, bem como a proteção em relações privadas em que se saliente sua situação de vulnerabilidade (por ex., relações de trabalho, consumo, etc.) (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 219).

Dessa forma, os direitos sociais, sob a dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana, traduzem todo o desejo de amplitude e contemplação dos direitos humanos acordados nos tratados internacionais, dos quais toda pessoa é merecedora.

⁷ Consagrada pelos pensadores Aristóteles, John Locke e Montesquieu.

Ressalte-se que após a Segunda Guerra Mundial foi reconhecido que o próprio Estado violava os direitos fundamentais, então, por meio do Tratado de Versalhes,⁸ foi criada a Liga das Nações para promover a paz e a prevenir conflitos entre seus membros.

3.1 Ordem social e direitos econômicos

A ordem social adquiriu dimensão jurídica na ordem econômica no começo do século 20, sendo seus protagonistas a Constituição Mexicana (1917) e a Alemã, de Weimar. O Brasil, em 1934, também aderiu a essa nova dimensão e inseriu um título sobre a Ordem Econômica e Social na Constituição daquele ano, pois a Constituição de 1824 estava apegada ao Estado Liberal e Individual.

Já na Constituição de 1988 especificaram-se essas ordens sob títulos próprios: Dos Direitos Sociais (Cap. II, Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e Ordem Social (Título VIII). Ambas as ordens, entretanto, estão interligadas, conforme artigo 6.º da CF, que reza sobre os direitos sociais de educação, de saúde e de previdência social, e por sua vez são regrados no Título da Ordem Social.

Há, no entanto, certa interligação entre direitos sociais e direitos econômicos; por exemplo, o trabalho (direito social) pode integrar tanto a relação de trabalho (ordem social) como a de produção, que tem dimensão econômica.

Ressalte-se que, enquanto os direitos sociais são situados como subjetivos, pessoais ou grupais de caráter concreto, isto é, sob a forma de tutela pessoal, o direito econômico determina a política econômica, visando à disciplina jurídica do mercado para orientação na direção do interesse social.

⁸ Tratado de Paz que pôs fim oficialmente à Primeira Guerra Mundial, assinado em 28 de junho de 1919 na cidade de Versalhes, antiga residência do monarca da França.

A ordem social, portanto, é pressuposto ou essencial para a existência e execução dos direitos sociais. Nesse sentido, José Afonso da Silva conceitua direitos sociais

[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais (SILVA, 2005, p. 286).

Dessa forma, a instituição dos direitos sociais está totalmente vinculada à existência do princípio da igualdade, que busca dar aos direitos individuais o alcance da igualdade real. Nesse contexto, também se efetiva o valor liberdade, tão essencial quanto a igualdade, que dá vida aos direitos sociais.

3.2 Classificação dos direitos sociais

Os direitos sociais positivados na Constituição dividem-se em seis classes, compostas pelos direitos relativos aos trabalhadores; à seguridade (direito à saúde, previdência e assistência social); educação e cultura, moradia, família, criança, adolescente e idoso e ao meio ambiente.

Há, ainda, outras classificações, tais como: do homem como produtor e como consumidor. Os direitos sociais do *homem produtor* enquadram as modalidades previstas nos artigos 7º a 11, que é a liberdade de instituição sindical, direito de greve, de pactuar o Contrato Coletivo de Trabalho, de cogestão na empresa e o direito de obter emprego. Já quanto aos direitos sociais do *homem consumidor*, há o direito à saúde, segurança social, acesso à instrução e formação profissional, cultura e garantia do desenvolvimento da família.

4 ORIGEM DOS DIREITOS HUMANOS

Teoricamente, os direitos individuais da pessoa humana têm origem no Egito e na Mesopotâmia, em que já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado. O Direito egípcio já possuía em larga escala decisões judiciais, contratos e testamentos, envolvendo os direitos das pessoas e seus bens. Conforme o Papiro de Berlim da 4ª dinastia, falava-se em tribunais, nos quais os juízes julgavam em nome do faraó, orientados por um funcionário do Estado, que dirigia o julgamento.

Mais recentemente, a grande dimensão das barbaridades e atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial – o Estado como violador de direitos –, é que fomentou a internacionalização dos direitos humanos, assim resgatando a ideia de direitos naturais do ser humano, que tem importância transnacional e supraconstitucional, dos quais todos são merecedores de respeito.

Os direitos humanos são revestidos pelas seguintes *características*: *universalidade*: são universais na medida em que abrangem todos os indivíduos em todas as partes do mundo; *igualdade*, são iguais para todos, visto que ninguém é mais ou menos humano que o outro, e por isso todos devem ter os mesmos direitos; *inalienabilidade*: são, também, inalienáveis, pois, da mesma maneira que ninguém pode deixar de ser humano ou tornar-se mais ou menos humano, tampouco pode perder esses direitos.

Constituem, ainda, *funções essenciais* dos direitos humanos, a *normogênica* e a função *translativa*. Na *normogênica*, os direitos humanos servem de fundamento para a consagração de direitos fundamentais nas ordens internas, ou seja, quando há a substanciação dos direitos fundamentais pela incorporação ou reconhecimento na ordem interna dos tratados. Já a função *translativa* ocorre quando um Estado é insuficiente no

reconhecimento e na proteção dos direitos essenciais ao ser humano, fazendo com que a questão se desloque da ordem interna para o cenário internacional.

4.1 Regime jurídico dos tratados de direitos humanos

O regime jurídico dos Tratados de Direitos Humanos e os diversos ordenamentos jurídicos, referentes ao conflito das legislações doméstica e internacional, imperam sob a luz das seguintes teorias:

- *monista*: prega a existência de um único Direito ou com primazia do Direito Interno ou do Direito Internacional;
- *monismo radical* de Kelsen: elaborado em Viena, o qual desenha a pirâmide de normas, em que uma norma tinha sua origem e retirava a sua obrigatoriedade de outra que lhe é imediatamente superior;
- *monismo moderado*, teoria de Verdross: admite o conflito entre as duas ordens jurídicas, mas prega que deve prevalecer o Direito Público Internacional (superior);
- *dualista*: prega que o Direito Interno e o Direito Internacional são sistemas independentes e distintos, e ambos não condicionam uma sintonia entre si. Essa teoria, no entanto, está caminhando para a extinção ou desuso, exceto na doutrina italiana, na qual há o entendimento de que a aplicação dessa teoria fará com que o Direito Internacional atropelasse o Direito costumeiro (Direito Interno).

Ainda sobre o *status* do Tratado Incorporado de Direitos Humanos, há quatro correntes:

- Primeira: a de *natureza supranacional*, defendida pelo professor Celso Duvivier de Albuquerque Mello (1999, p. 25), em que a norma internacional é preponderante diante do conflito com a Constituição, e que depois de incorporada não pode ser alterada por força de Emenda Cons-

titucional. Ainda vendo a perspectiva de subordinação do Direito Internacional sob o aspecto de natureza política, entendendo que o Estado tem, nesse caso, uma soberania relativa.

Nesse contexto, observa ainda Fábio Comparato (2010, p. 74) que as normas de direitos fundamentais e direitos humanos no campo internacional exprimem a consciência ética universal, estando acima do ordenamento jurídico de cada Estado.

- Segunda: a de *natureza constitucional*, que advém da interpretação da cláusula de abertura ou de recepção material constitucional dos tratados de direitos humanos, do artigo 5º (Dos direitos e deveres coletivos), § 2º, em que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte. Significa dizer que não só os direitos expressos em seu Título II (dos direitos e garantias fundamentais) têm caráter de direitos fundamentais, mas também aqueles implícitos (regime e princípios) e os decorrentes de tratados internacionais, assim existindo um rol exemplificativo de direitos fundamentais.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 reforçou a teoria de natureza constitucional dos direitos humanos, acrescentando⁹ o § 3º ao artigo 5º; isto é, passam a ser materialidade constitucionais, mas não o são no aspecto formal.

Até a prescrição veiculada na EC n. 45/04 (artigo 5º § 3º) já havia entendimento jurisprudencial da natureza dos direitos humanos com base nas liberdades decorrentes devido à prescrição no artigo 5º, § 2º. Nesse

⁹ Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

sentido, o relator, ministro Celso Peluso (RE 466.343-1 SP)¹⁰ afirma que o alcance e a procedência dos direitos fundamentais ocorrem devido ao crescente processo de internalização dos direitos humanos.

- Terceira: a de *natureza de lei ordinária*, pois os tratados incorporados ao Direito Interno situam no sistema jurídico brasileiro, no mesmo plano de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias (mera paridade administrativa). Caso haja situação de conflito com o ordenamento doméstico, será aplicado o critério cronológico *lex posterior derogat priori* ou, quando possível, o critério da especialidade. Ressalte-se que, nessa teoria, os tratados não podem versar sobre matéria de reserva constitucional (Lei Complementar), incluindo os já incorporados. Nessa natureza, entendia-se que os tratados internacionais não possuíam a devida legitimidade para confrontar ou complementar o preceituado pela Constituição em matéria de direitos fundamentais.

O STF, entretanto, sempre tomou um posicionamento no sentido de que cabe a prisão civil do devedor nos contratos de alienação fiduciária. Mesmo na vigência do Pacto de San José da Costa Rica, seria possível a prisão civil do depositário decorrente do contrato de alienação fiduciária em garantia. Devido ao entendimento de que o tratado de direitos humanos tem status de Lei ordinária, a prisão civil por dívidas não foi revogada pelo Pacto de San José da Costa Rica, conforme o já referido RE 466.343-1 SP do STF, cuja ementa segue:

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San

¹⁰STF. RE 466.343-1 SP. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso Peluso. Julgamento: 3/12/2008.

José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Assim, a *tese da legalidade ordinária* dos tratados internacionais passou a ser adotada pelo STF, ainda sob a égide da Constituição anterior. Após a promulgação da Constituição de 1988, já no ano de 1995 o Plenário do STF voltou a discutir a matéria no HC nº 72.131 RJ.¹¹ Na ocasião reafirmou-se o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional adentrariam o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária, ainda que eventuais conflitos normativos fossem resolvidos pela regra *lex posterior derogat priori*.

- Quarta: a de *natureza supralegal*, ocorrida em 2008, em que o STF julgou o Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP, por meio do voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes, realçando que os “Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm *status* normativo supralegal, lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna”.

Ressalte-se, a propósito, que pela atual posição do STF, por meio da tese defendida pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, os tratados internacionais de direitos humanos (quando não aprovados na forma do § 3º do artigo 5º da CF) ingressam no ordenamento jurídico com *status supralegal*, ou seja, acima das leis e abaixo da Constituição. Essa corrente, no entanto, admite dar a eles *status* de constitucionalidade, caso votados pela mesma sistemática das emendas constitucionais (ECs) no Congresso Nacional, ou seja, maioria de três quintos em dois turnos de votação, conforme previsto no parágrafo 3º, acrescido ao artigo 5º pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

¹¹ STF HC 72.131-1 Rio de Janeiro. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 23/11/1995.

Nesse contexto, pode-se observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional às ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, sendo mais consistente no Estado Constitucional Cooperativo.

Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, acrescenta-se o atributo da supralegalidade. Dessa forma, os tratados não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas têm lugar especial reservado no ordenamento jurídico.

Ainda sobre a natureza jurídica dos tratados de direitos humanos, o STF já modificou a forma de interpretação desse *status*, devido à forma de ver a (in)compatibilidade de internalização desses direitos com a CF. Por exemplo, quanto à *prisão civil*, a CF/88, no art. 5º, inciso LXVII, reza que “Não haverá prisão civil por dívida, salvo responsabilidade pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Nessa seara, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos estabeleceu (artigo 11) o seguinte: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”. Por sua vez, reforçando a tese, o Pacto de San José da Costa Rica dispôs (artigo 7º, 7), editando que: “Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça, há muito tempo, pacificou o entendimento de que se aplica a tese da supralegalidade nos tratados de direitos humanos. Consequentemente, não cabe a prisão civil do devedor fiduciário por equiparação, sob o fundamento de que as hipóteses de depósito atípico não estão inseridas na exceção constitucional restritiva

de liberdade, inadmitindo-se a respectiva ampliação. Dessa forma, a Lei nº 4.728/65 (Contrato de alienação fiduciária) não foi recepcionada pela CF/88, não mais estando autorizada a prisão civil no caso do depositário.

4.2 Direitos fundamentais em rede

Nos dias atuais não há como falar em Constituições sem o estudo da Teoria da Interconstitucionalidade, que envolve a coerência, convergência, justaposição e o conflito de muitas Constituições e poderes constituintes no mesmo espaço político. Assim, há uma rede de Constituições de Estados soberanos e suas respectivas Constituições estaduais (Estados Federados e confederações) (CANOTILHO, 2003).

O Direito Internacional e o doméstico vêm num progressivo entrelaçamento nos Estados modernos. Assim, as Cortes constitucionais vêm operando numa zona mista – nem totalmente nacional nem totalmente internacional – refletindo tendências de adeptos de internacionalistas e constitucionalistas.

No cenário internacional, no entanto, vem ganhando corpo as organizações internacionais (União Europeia, ONU, OEA, etc.), cujas normas pactuadas acarretam uma interorganização política e social dos Estados-membros, mesmo ante os princípios da hierarquia e da competência de cada Estado. Nesse meio deve-se respeitar a diversidade da cultura local instrumentalizada na Constituição de cada Estado soberano, sem desprezar as pequenas comunidades em processo de inclusão social. Nessa seara, Canotilho (2003, p. 1427) cita como exemplo a ideia do projeto de elaboração da “Constituição Europeia”, tendo como precedente a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

O processo de internacionalização do Direito doméstico vem ganhando espaço com as recentes decisões do STF, tais como: sobre a inconstitucionalidade da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), que enten-

dia ser crime de apologia¹² a divulgação do uso de entorpecentes pelas passeatas públicas conhecidas como “Marcha da Maconha”. O relator buscou jurisprudências da Corte de Ontário, Canadá, e da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, para concluir que o direito de reunião protegido pela Constituição Brasileira autoriza manifestações ou debates públicos sobre a descriminalização do uso de drogas.

Influência jurídica essa devido ao fenômeno da consolidação de redes presenciais de Cortes e juízes. Num diálogo jurisdicional de direitos humanos, que segundo Dias e Mohallem (2014, p. 371) constitui numa construção de um sistema global de precedentes. Nessa seara, saiu na frente com internacionalização ampla o direito fundamental à vida denominado de direitos humanos.

4.3 Convenção Interamericana de Direitos Humanos

Em 1969, os países-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) adotaram a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), constituindo um tratado internacional multilateral denominado “Pacto de San Jose da Costa Rica”, fruto de uma conferência da OEA realizada na Costa Rica. A ratificação do Brasil na CIDH ocorreu apenas em 1992, pois coincidiu com o retorno do país à tradição democrática.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem sede em San José da Costa Rica, ao passo que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem sede em Washington, Estados Unidos, cada uma com seu próprio regimento de funcionamento.

A CIDH é integrada por sete comissários provenientes de países integrantes da OEA, que são eleitos a título pessoal, não representam seus países de origem ou mantêm qualquer tipo de vínculo governamental,

¹²STF. ADI n. 4.274-DF de 23.11.2011 Rel. Min. Ayres Britto.

cabendo-lhes apenas o papel de assegurar o respeito aos direitos humanos pelos Estados-membros. Esses comissários são eleitos pela Assembleia Geral da OEA para um mandato de quatro anos, renovável por igual período.

A Convenção é o órgão que recebe as petições individuais e relata a violação a algum dos artigos da CIDH ou de outros tratados de alcance regional. A Convenção não possui competência para emitir sentenças, mas elabora *relatório final* com recomendações ao Estado infrator, visando ao “*status quo ante*” ou para fazer cessar imediatamente a violação denunciada e indenizar a vítima por todos os prejuízos sofridos, bem como para assegurar, ao prejudicado, o gozo de seu direito ou liberdade violada.

5 O JUDICIÁRIO E A INSTITUIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado foi constituído para melhorar a distribuição de riquezas, promovendo a justiça social por meio da promoção da igualdade formal e se possível a material. O Poder Executivo na sua função típica é o responsável pela política de instituição dos Direitos Fundamentais e em seu mínimo existencial, com a utilização do orçamento público, atuando via de regra, de forma discricionária, isto é, por conveniência e oportunidade.

O Governo, entretanto, às vezes, visa aos interesses políticos e econômicos a fim de se manter no poder, focando em alguns interesses públicos secundários¹³, dessa forma afastando-se do seu dever institucional de promover os interesses públicos primários¹⁴ da coletividade.

¹³ Interesse público secundário do Estado é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. Por exemplo, quando o Estado demora no pagamento de precatório é por que está defendendo seu próprio interesse.

¹⁴ Interesse público primário do Estado constitui em suas finalidades institucionais como a de promover a justiça, segurança e bem-estar-social.

Consequentemente, não se pode ficar à mercê do administrador público, que decide, por si só, como e onde aplicar as verbas públicas, com total liberalidade, ante a operacionalidade dos direitos fundamentais, carentes de regulamentação, em sua maioria, embora não destituídos de fatos jurídicos. Nesse ínterim, é que o Judiciário tem agido para correção dessas distorções na efetivação dos direitos sociais.

Nesse atrito entre a operacionalidade dos direitos fundamentais e a discricionariedade, em sua instituição, pelo poder executivo, é que o poder Judiciário tem agido para corrigir eventuais distorções na execução dos direitos sociais.

5.1 Reserva do possível e o ativismo judicial

O poder Legislativo é quem autoriza as despesas públicas, englobando a dos direitos fundamentais, a fim de que o poder Executivo possa administrá-las por meio da Lei Orçamentária de créditos especiais e de créditos suplementares. Nesse contexto, deve-se entender que, para haver despesa é necessário haver previsão legal. Para realizar essa despesa, contudo, entra o poder discricionário do Executivo, uma vez que, mesmo estando aprovada a despesa na lei orçamentária, ele não está obrigado a realizar os programas e projetos nela previstos.

Nessa seara entra o *instituto da reserva legal* e do *mínimo vital*, tornando obrigatório, ao Executivo, efetivar o mínimo de prestação social para atender à sociedade, em setores como educação, saúde, etc. Mesmo que o recurso orçamentário seja pequeno, é fundamental assegurar provisão orçamentária para esse mínimo considerado essencial.

O instituto da reserva legal é invocado a título de exceção na efetivação dos direitos fundamentais, quando o Estado se mantém omissivo ou precário nessa prestação social. O Judiciário tem atendido algumas deman-

das nesse sentido ao determinar, por exemplo, a concessão de remédios de alto custo e de fraldas geriátricas para idosos. Assim, exige-se o mínimo vital em direitos essenciais à dignidade.

Nesse caminho, mesmo diante da questão da limitação orçamentária, surgem os meios judiciais para efetivar o mínimo de prestação num determinado setor essencial da população, constituindo, assim, uma das bases da aplicação do princípio do mínimo vital.

- observância, intransigente e incondicionada, do mínimo vital;
- realização de outros direitos sociais condicionada às possibilidades do orçamento, desde que comprovado o esforço proporcional do Estado em dar resposta à respectiva demanda social (Nunes Júnior, 2009, p. 176).

A título exemplificativo fica claro que o Executivo não pode ficar gastando quantias exorbitantes em publicidade, sem assegurar o mínimo no que se refere à educação e saúde. A Constituição prevê a aplicação mínima, sob forma de percentuais, para educação e saúde e sua inobservância poderá ensejar intervenção federal no Estado, e do Estado no município. Nesse sentido, ainda há direito social que não foi regulamentado para real execução, por exemplo, o direito à alimentação.

Também sobre a instituição de *direitos fundamentais de educação infantil* (creche e pré-escola), relativos à matrícula da criança em unidade de ensino próxima à residência ou ao local de trabalho de seus responsáveis legais, assegurados na Constituição, o ministro Celso de Mello – Relator da ARE 639.337¹⁵ AgR/SP –, pronuncia-se sobre o descumprimento desse direito, que pode gerar pena de multa diária por criança não atendida na rede de ensino:

¹⁵ STF. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 São Paulo. Segunda Turma. Relator: ministro Celso de Mello. Publicação: 15/9/2011.

[...] – *Embora inquestionável* que resida, *primariamente*, nos Poderes Legislativo e Executivo, *a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente* nas hipóteses de políticas públicas *definidas* pela própria Constituição, *sejam estas implementadas, sempre* que os órgãos estatais competentes, *por descumprirem* os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, *vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade* de direitos sociais e culturais *impregnados* de estatura constitucional. **DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL.** [...].

Nessa linha, nota-se também o ativismo judicial quando o Judiciário intervém junto ao Executivo para aplicação de direitos fundamentais tais como o fornecimento de medicamento de alto custo para o tratamento de doenças. Conforme voto do relator, ministro Marco Aurélio no RE n. 195.192-3/RS:¹⁶

MANDADO DE SEGURANÇA – ADEQUAÇÃO – INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental – direito líquido e certo – descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal.

SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolva criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

[...]. No caso, restou constatada enfermidade rara e que alcança cerca de vinte crianças em todo o Estado do Rio Grande do Sul com sérios riscos para a saúde e o desenvolvimento das mesmas. *O Estado deve*

¹⁶ STF RE n. 195.192-3 Rio Grande do Sul. Segunda Turma. Relator: ministro Marco Aurélio. Publicação: 31/3/2000.

assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que é previsto constitucionalmente (grifo nosso).

Ressalte-se que as reivindicações de Direitos Fundamentais, sob o crivo da proporcionalidade e da razoabilidade, estão vinculadas às disponibilidades orçamentárias, no entanto, no Estado Social que visa à equidade e às partilhas desses benefícios produzidos pela sociedade, devem integrar o processo evolutivo.

5.2 Orçamentos públicos

5.2.1 Orçamento autorizativo

Não há como falar em instituição dos direitos fundamentais sem que alicerce nas respectivas fontes de financiamento. Nesse contexto, entra o *orçamento público clássico*, que era composto por uma peça contábil prevendo, apenas, a estimativa de receitas e a fixação de despesas.

Nessa linha sob a forma mais evoluída, tem o *orçamento-programa* de ação do Executivo, composto por três peças orçamentárias: o Plano Plurianual (PPA), um dos instrumentos do orçamento público, definindo os objetivos e metas, ou seja, as estratégias governamentais para quatro anos, sob um plano abstrato; a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que seleciona as estratégias a serem executadas, e a Lei Orçamentária Anual (LOA) que fixa os projetos e programas a serem postos em prática.

Ainda no aspecto do orçamento público, a LOA deve conter *Reserva de Contingência*, que é a dotação de recursos de forma global, não destinada a nenhum órgão ou projeto específico; sua finalidade é atender aos passivos contingentes e outros riscos fiscais imprevistos. Já a LDO, por meio de seus anexos, estabelece o montante e a forma de utilização da

reserva de contingência, conforme determina a LRF em seu artigo 5º, inciso III. Essa reserva é uma exceção ao princípio da especialização do orçamento.

Um bom exemplo, no âmbito do Orçamento Fiscal da União, pode ser dado pela LOA, que é composta por três orçamentos. Um deles envolve os órgãos públicos, a administração direta e indireta, os fundos e as fundações públicas. O outro envolve o Orçamento de Investimentos das estatais compatíveis com o PPA com a finalidade de reduzir as desigualdades inter-regionais. Por fim, há o Orçamento da Seguridade Social.

A LOA tem natureza jurídica de lei no sentido formal.¹⁷ Sendo uma lei de efeito concreto, sua execução se exaure em si mesma, estando sujeita ao controle via Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Ressalte-se que o orçamento público está sob a égide do *princípio da legalidade*, em que toda despesa carece de autorização orçamentária por meio de lei específica. Quando a dotação orçamentária for insuficiente, o Executivo solicita autorização legislativa para abertura de crédito adicional suplementar. Em caso de necessidade de não haver dotação pública, será solicitada abertura de crédito adicional especial (princípio da fixação das despesas públicas). Há também o caso de guerra, em que deve ser solicitada abertura de crédito extraordinário (empréstimo compulsório) ou imposto extraordinário, este somente na esfera federal.

No orçamento autorizativo do caso brasileiro, por exemplo, o Executivo não está obrigado a esgotar as despesas fixadas, sendo considerada uma mera peça de ficção. A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), porém, em seu artigo 19, fixou limites para pagamento de funcionários e servi-

¹⁷ O STF tem questionado a não observância das leis orçamentárias sob o controle abstrato.

dores públicos. Assim, a própria lei já autoriza, de forma genérica (artigo 66 da Lei n. 4.320/64), o Executivo a remanejar verbas de uma unidade orçamentária para outra.

Nessa espécie de orçamento-programa o Executivo detém, praticamente, o monopólio, atuando como única fonte real de poder, pois acumula a iniciativa privativa legislativa das Leis Orçamentárias, bem como a respectiva execução. Dessa forma, não há respeito aos *princípios da democracia*, uma vez que o da maioria, da igualdade e da liberdade podem estar comprometidos. Conforme ensina José Afonso da Silva (2005, p. 131), a democracia sedimenta-se sobre dois princípios fundamentais ou primários:

[...] (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação [...].

O Executivo, no entanto, por meio do orçamento autorizativo, estabelece os direitos fundamentais que quiser, ou às vezes nem executa o mínimo vital desses institutos, usando o poder discricionário para impor sua política que, frequentemente, não corresponde ao desejo do povo que o elegeu. Na verdade, trata-se de um governo democrático, mas o seu exercício não o é.

Toda essa concentração de poder ocorre porque o Direito está ligado à força que provém do poder originário ou das forças políticas; no entanto, o poder originário repousa um pouco sobre a força e um pouco sobre o consenso, pois a norma fundamental está na base do direito como ele é (direito positivo) e não do direito como ele deveria ser (direito justo).

Bobbio (1995) observa que aqueles que detêm o poder o exercem por meio da força, dando-lhe uma legitimação jurídica, e não em razão de ser a causa justa ou moralmente correta: o direito emerge como expressão dos mais fortes e não dos mais justos.

Dessa forma, as normas orçamentárias como conjunto de regras para o exercício da força são classificadas em razão de seu conteúdo, visto que essas espécies de normas não se detêm pelo conteúdo e, sim, por pertencerem ao ordenamento jurídico. Assim, deveriam ser vistas como uma unidade normatizada em lei fundamental, que relacionasse de forma direta e indireta todas as normas sob a forma de um sistema jurídico, porém isso não ocorre.

Num Estado capitalizado, típico da sociedade estrutural, de fato ficaria desvinculado de suas funções institucionais, no entanto diante da valoração imprescindível à condição humana não pode desatrelar-se das suas funções institucionais entre ela e os direitos sociais. Dessa forma, o Estado compromete-se com as empresas capitalistas que patrocinam as campanhas eleitorais de seus parlamentares, desviando-se das finalidades estatais quando estas conflitam com os interesses empresariais. A única força, segundo Alves et al. (2004), capaz de combater o poder do capitalismo selvagem que causa as injustiças sociais e o desemprego estrutural é a democracia participativa, que reduz ou neutraliza os efeitos perversos do mercado, consequentemente efetivando uma melhor distribuição de riquezas entre os cidadãos. Se se pensar, entretanto, que o Brasil tem democracia política semidireta, o que legitima um governo democrático, o seu exercício pode não ser democrático; isto é, pode estar atrelado aos valores impostos pelo mercado econômico globalizado.

Observa-se que a globalização é um fenômeno internacional moderno com conceitos divergentes. Segundo Bedin¹⁸ (2001, p. 21), o processo de globalização envolve diversas dimensões e terminologias, tais como: sob a dimensão econômica relaciona-se à globalização em sentido estrito; na dimensão política já é designada de planetarização; sob a dimensão cultural, a globalização é denominada de mundialização.

Em tempos passados já se teve no Brasil a figura do ditador militar criando as regras para a nação, porém hoje o ditador é o mercado econômico. O governo não tem poder para enfrentar a Bolsa de Valores, que movimenta bilhões diariamente, nem os banqueiros e os capitais internacionais. Mesmo a democracia representativa, com eleições a cada quatro anos, tem se mostrado insuficiente, entretanto a democracia participativa, por meio de conselhos e grupos sociais articulados, pode de forma consciente combater as forças do mercado.

Já a noção de soberania surgiu da luta histórica por autonomia política contra o Papado, a Igreja e os Senhores Feudais, que se concebiam como um poder próprio e autônomo, resultando em reinos dos Reis e Imperadores com o poder e a soberania absoluta em seus respectivos territórios. Nos dias de hoje, no entanto, diante do constante crescimento das instituições supraestatais e das empresas ou grupos econômicos multinacionais, com poder econômico capaz de influenciar diretamente as decisões políticas do Estado, limitam a soberania na defesa dos interesses coletivos.

Desta forma, no âmbito internacional, a soberania foi limitada também pelos imperativos da coexistência de Estados soberanos e pelo cumprimento das normas e princípios de Direito Internacional, cujos valores são universais e indivisíveis, objetivando a proteção do ser humano, da

¹⁸ Bedin, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI*: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

paz e da justiça entre as nações com um todo. Observa-se que as nações cederam parte de sua soberania para criar a sociedade global necessária às atuais exigências de proteção dos direitos humanos, do meio ambiente e de manutenção da paz.

5.2.2 Orçamento impositivo

O orçamento impositivo de forma parcial nasceu por força da EC n. 86, de 17 de março de 2015, a fim de realmente executar as dotações oriundas de emendas individuais de parlamentares, porém sua execução não caiu na mera liberalidade do Executivo.

Conforme o artigo 166, § 9º da CF, fixou-se o teto de 1,2% da receita corrente líquida do Projeto de Lei do Orçamento encaminhado pelo Executivo, vinculando metade dessa verba para custeio de ações e serviços de saúde, sendo vedada sua utilização para despesa com pessoal e encargos sociais. Ressalte-se que o chefe do Executivo que não cumprir o orçamento impositivo ou compulsório está sujeito a crime de responsabilidade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais necessitam retomar a interpretação de suas fontes de origem, da ótica da moral e da ética a fim de encontrar a verdadeira satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, esses direitos terão como real objetivo a proteção do ser humano em todas as suas dimensões: de liberdade em direitos e garantias individuais; de necessidade de direitos sociais, econômicos e culturais e de preservação sob o aspecto da solidariedade.

Os direitos fundamentais, dotados de limites formais e materiais, refletem a verdadeira importância da existência e do cumprimento das reais finalidades institucionais do Estado.

Para tanto o cidadão tem de atuar como sendo a principal fonte real de poder por meio da aplicação do Princípio Republicano de Alternância de Poder, bem como pelo exercício da democracia participativa, a fim de retomar o poder dos empresários e políticos descomprometidos com os direitos fundamentais.

Nessa linha, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como forma de auxiliar na efetividade dos objetivos dos Estados, vêm se mostrando uma importante força contra os Estados soberanos que não respeitam os direitos fundamentais. A internacionalização dos direitos humanos em rede das Cortes Constitucionais vem se mostrando cada vez mais eficaz, plantando assim um direito universal, a fim de que sejam atingidos todos os seres humanos do planeta sem qualquer tipo de discriminação.

Os animais vêm ganhando espaço na legislação internacional por meio dos ativistas que defendem a fauna. Assim, esses seres deixam de ser mera propriedade e bens de consumo e são caracterizados como sujeitos de direito.

O STF tem demonstrado, sobre o aspecto da internalização, a ocorrência de mudanças no entendimento da natureza jurídica dos tratados de direitos humanos. Essa insegurança jurídica talvez reflita o conflito dos ministros ao atuar como reais agentes de poder ou de proteger os interesses políticos e empresariais envolvidos.

Ressalte-se que Estado e ordem social estão totalmente ligados aos direitos econômicos. Nesse regime capitalista os empresários, investidores e banqueiros (fontes reais de poder) defendem seus interesses privados nas políticas públicas, inclusive no orçamento público, que é a fonte de financiamento dos direitos fundamentais.

Combatendo essa pressão do poder econômico, os institutos da reserva do possível e do mínimo existencial têm surgido como importante ferramenta, no sentido de que o Judiciário promova a efetivação dos direitos fundamentais que ainda não atingiram a característica da universalidade.

Já o inovador orçamento impositivo (excepcional e limitado) pode reforçar a instituição a contento desses direitos, sendo a semente que irá medir forças com o Executivo e o poder econômico a fim de imperar nos programas orçamentários as verdadeiras e reais necessidades da população.

A democracia participativa também é um importante instrumento para que os direitos fundamentais do cidadão tornem-se realidade. Será necessário, contudo, que a sociedade adquira consciência da grande importância de sua participação no processo político e que o exercício da cidadania não se resume a somente participar ativa ou passivamente das eleições públicas.

Enfim, a ordem social vem se tornando cada vez mais realidade ante o princípio da dignidade da pessoa humana, defendida e impulsionada pelas Organizações e Cortes Internacionais. As redes de Cortes constitucionais vêm impondo a internacionalização dos direitos fundamentais diante da resistência das Constituições dos Estados e da globalização econômica das multinacionais.

7 REFERÊNCIAS

- ALVES, Alaôr Caffé et al. *O que é a filosofia do direito?* Barueri: Manole, 2004.
- BARROSO, Luiz Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI*: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Ed. Unijuí, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2016.

_____. *Emenda Constitucional nº 26*, de 14 de fevereiro de 2000a. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. *Emenda Constitucional nº 45*, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. *Emenda Constitucional nº 86*, de 17 de março de 2015. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm>. Acesso em: 18 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 São Paulo*. Segunda Turma. Voto (Vista) Min. Celso de Mello. Publicação: 15/09/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33-5 Pará*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 07/12/2005. Publicação: 27/10/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=389426&pgI=1&pgF=50>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 72.131-1* Rio de Janeiro. Tribunal Pleno. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 23/11/1995. Publicação: 01/08/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 466.343-1 SP*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso Peluso. Julgamento: 03/12/2008. Publicação 05/06/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 195.192-3 Rio Grande do Sul*. Segunda Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Publicação: 31/03/2000b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo183.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

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

_____. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes internacionais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 8, p. 371-402, 2014.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

OPERAMUNDI. *Justiça argentina estende noção de “direito humano” para libertar orangotango*. 22/12/2014. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/38938/justica+argentina+estende+nocao+de+direito+humano+para+libertar+orangotango.shtml>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

SANTIAGO, Emerson. *Tratado de Versalhes*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/tratado-de-versalhes/>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

Recebido em: 13/4/2016

Aprovado em: 13/9/2016