

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

WALLAS CHAVES DOS REIS

**DIREITOS SOCIAIS NA ERA DA PEC 55: POSSIBILIDADE DE
ADJUDICAÇÃO E LIMITABILIDADE**

SÃO MATEUS

2016

WALLAS CHAVES DOS REIS

**DIREITOS SOCIAIS NA ERA DA PEC 55: POSSIBILIDADE DE
ADJUDICAÇÃO E LIMITABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré,
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharelado em Direito, orientado pelo Profº
Rubens da Silva Cruz

SÃO MATEUS

2016

WALLAS CHAVES DOS REIS

**DIREITOS SOCIAIS NA ERA DA PEC 55: POSSIBILIDADE DE
ADJUDICAÇÃO E LIMITABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

**PROF. RUBENS DA SILVA CRUZ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

**PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ**

Dedico esse trabalho aos meus pais, filhas e esposa que amo tanto, aos amigos, que sempre estiveram presentes e me apoiaram em cada momento de minha vida.

Agradeço...

Primeiramente à Deus por ter me dado condições de finalizar este curso.

Aos meus Familiares pelo incentivo recebido para a conclusão deste.

Aos colegas e amigos pelo apoio na elaboração dos mesmos.

E a todos que diretamente e indiretamente contribuíram para a conclusão deste.

“posso todas as coisa naquEle que me fortalece”.

Apostolo Paulo

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é, a partir da teorização dos direitos sociais no núcleo constitucional, como integrantes dos direitos dos direitos fundamentais, demonstrar que podem e devem ser implementados pelos poderes do Estado. Assim, os direitos fundamentais são aqueles que possibilitam ao indivíduos exigir abstenção do Estado, mas também pleitear aos poderes públicos prestações positivas como saúde, educação, moradia, amparo, trabalho, dentre outros. Ocorre que, embora tais direitos façam parte do chamado mínimo existencial, ou seja, o conjunto de direitos, em os quais não é possível uma vida digna, por outro lado, a implementação de tais demandas se esbarra na limitação de orçamento e contingências do Estado. Diante dessa realidade, tendo em vista a crise econômica e política que o país se encontra, inclusive nas vésperas de colocar em vigor uma Emenda Constitucional, que é criticada por traduzir uma limitação de gasto no social, mesmo assim, é possível ao Poder Judiciário, ingressar no mérito da conveniência e oportunidade e determinar cumprimento de obrigações sociais. Veja-se que sim, conforme superada pela doutrina e jurisprudência a tese do programatização das normas que tratam dos direitos sociais, bem como, reconhecimento de que, se, num primeiro momento cabe ao Legislativo e ao Executivo, essa implementação, o Judiciário não estaria de mãos atadas, sobretudo, pois é o guardião da Constituição.

Palavras-chave: Direitos Sociais, Implementação, Mínimo Existencial, Reserva do Possível.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. NOÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	11
3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	24
4. DIFICULDADES DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	31
4.1 REPERCUSSÃO SOCIAL DA TRAMITAÇÃO DA PEC 241/PEC 55.....	31
4.2 ASPECTO DE DIREITO TRIBUTÁRIO	40
5. POSSIBILIDADE DE ADJUDICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	49
6. CONCLUSÃO	56
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

1. INTRODUÇÃO

É cediço que os direitos fundamentais estão no núcleo essencial da Constituição Federal e realizam o princípio ou fundamento da República que é a dignidade da pessoa humana.

Será então que os direitos sociais que também fazem parte dos direitos fundamentais possuem a mesma eficácia capaz de demandar ao Poder Judiciário uma implementação a revelia do Poder Legislativo e Executivo? Será que a PEC 55, a qual tanto se comenta tem essa força de sepultar os direitos sociais?.

Para responder a tais dilemas, urge lançar mão de uma pesquisa essencialmente bibliográfica, no cerce do Direito Público, sobretudo, Constitucional, Financeiro, Econômico, Tributário, e a luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal traçar uma rota mais condizente com a realidade jurídica.

Sendo assim, nos primeiros capítulos urge falar dos direitos fundamentais, sua origem e evolução nas dimensões, bem como versar sobre os direitos sociais, sua localização e positivação.

Mais a frente, torna-se imprescindível verificar as dificuldades de implementação dos direitos sociais, tocar no aspecto tributário, financeiro, econômico e ambiental, assim como ingressar nos argumentos favoráveis e contrários a adjudicação.

2. NOÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alguns teóricos da Europa, enfadados de tanta opressão por parte do Estado, desenvolveram pensamentos no objetivo de frear a intervenção arbitrária do Estado nas liberdades dos cidadãos.

Ainda que não com essa nomenclatura, Canotilho escreve que os direitos fundamentais tiveram sua gênese na Magna Carta da Inglaterra de 1215, assinada pelo rei João Sem Terra. Assevera, ainda, que tais direitos não eram encarados como direitos fundamentais inatos de todo o homem, uma vez que eram restringidos à relação de convivência que havia entre a classe da aristocracia e o próprio rei, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei, em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados na Carta Magna (CANOTILHO, 1993, p. 502).

Para o autor, tais direitos, ainda que estamentais, serviram como uma abertura para a transformação desses direitos em direitos do homem, vejamos:

Mas a *Magna Charta*, embora contivesse fundamentalmente direitos estamentais, fornecia já «aberturas» para a transformação dos direitos corporativos em direitos do homem. O seu vigor «irradiante» no sentido da individualização dos privilégios estamentais detecta-se na interpretação que passou a ser dada ao célebre art. 39.º, onde se preceituava que «Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país». Embora este preceito comesçasse por aproveitar apenas a certos estratos sociais — os cidadãos *óptimo jure* — acabou por ter uma dimensão mais geral quando o conceito de homem *livre*¹⁸ se tornou extensivo a todos os ingleses (CANATILHO, 1993, p.503).

O autor faz um paralelo entre os termos liberdade e liberdades. Diz que liberdade, expressando direito de liberdade, significa direito à liberdade física, à liberdade de movimentos, ou seja, o direito de não ser detido ou aprisionado, ou de qualquer modo fisicamente condicionado a um espaço. Já o termo liberdades expressa as variadas espécies de liberdades, como por exemplo, a de se expressar, de escolher a religião, de associar-se, etc, Canotilho (1993,p.538).

De acordo com (BULLOS,2014,P.527), “no século XVIII, com as Revoluções Americana e Francesa, representaram o instrumento de luta política da burguesia contra o Estado absolutista centralizador e os resquícios do feudalismo. Conclamavam a democracia, a educação, a liberdade, a igualdade e a fraternidade”.

Foi nesse período, então, na França, que a expressão direitos fundamentais foi utilizada pela primeira vez, num movimento político e cultural que deu origem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789 (NOVELINO,2012, p.395).

Para se referir ao surgimento ou conquistas desses direitos fundamentais, primeiramente foi utilizada a expressão “gerações de direitos fundamentais”.

Por ter se dedicado ao estudo aprofundado sobre o assunto “direitos fundamentais”, muitas pessoas pensam que o criador dessa expressão foi Norberto Bobbio. No entanto, conforme salienta Bonavides (200, p.517) tal expressão foi utilizada numa primeira vez pelo jurista tcheco-francês Karel Vasak na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo.

Grande estudioso sobre o assunto dos direitos fundamentais, Norberto Bobbio escreve:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO,1909, P.5).

Apesar dos direitos das liberdades serem inerentes ao homem simplesmente pela condição de ser humano, como por exemplo, direitos à liberdade de locomoção, de expressão, de livre associação foram conquistados às duras penas, depois de muitas mortes em várias revoluções e lutas, as quais ainda são necessárias para que tais direitos não sejam suprimidos.

Conforme pode ser constatado através de uma análise histórica, os direitos fundamentais não surgiram de uma só vez, e nem tampouco, já se esgotaram, uma vez que podem surgir de acordo com o estágio de evolução em que se encontra a humanidade. Isso significa que ainda poderão surgir novos direitos considerados fundamentais, conforme a raça humana for evoluindo.

Bobbio utiliza a expressão “geração” de direitos fundamentais para se referir à conquista desses direitos ao longo do tempo, como se vê:

Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras Declarações setecentistas (BOBBIO, 1909, p.6).

Por entender que as conquistas dos direitos fundamentais se trata de uma evolução, e que em uma evolução há o aproveitamento da “coisa” da qual se evolui, a doutrina de vanguarda não concorda com a expressão gerações.

Interessante observarmos a posição do autor *Ingo Wolfgang Sarlet*:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos (SARLET, 2007,P. 53).

Tal posição indica que o termo gerações nos passa a ideia de que os direitos conquistados em um determinado tempo da história são extintos ou esquecidos quando há a transposição para outro momento, no qual também são conquistados vários outros direitos. No entanto, o que se tem é uma complementariedade dos direitos fundamentais já alcançados com aqueles conquistados supervenientemente, dando-nos uma ideia de adição de direitos. Por isso, a maioria da doutrina atual prefere o termo dimensões, que transmite a noção de acúmulo de direitos.

Nas palavras de Marcelo Novelino, os direitos fundamentais e os direitos humanos são positivados em planos diferentes. Enquanto os direitos fundamentais estão positivados na constituição de cada país (plano interno), podendo seu conteúdo

e maneira de concretização variar de Estado para Estado, os direitos humanos são consagrados nos tratados e convenções internacionais (plano externo), não devendo haver variação de Estado para Estado, uma vez que estão relacionados à condição humana (NOVELINO, 2012, 396).

Superada a divergência quanto à nomenclatura mais adequada, resta-nos analisar as dimensões já aceitas de forma pacífica pela doutrina, aprofundando um pouco mais na primeira dimensão dos direitos fundamentais, que é a que interessa para o alcance dos objetivos do presente trabalho.

2.2- AS DIMENSÕES/GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dizer que um direito pertence a uma dimensão não significa que ele não evolui nas outras dimensões, ou seja, essa classificação não vislumbra os direitos fundamentais de forma estanque, mas em constante modificação e aperfeiçoamento, sendo por isso, o termo dimensão mais conseqüente com a história e evolução dos direitos mais básicos do ser humano.

2.2.1- Os Direitos de primeira dimensão

Os direitos de primeira dimensão são aqueles relativos à liberdade individual do cidadão, ou seja, a de conduzir sua vida como lhe pareça mais conveniente, sem oposição do próprio Estado ou um terceiro.

De acordo com (FERREIRA FILHO, 2010, p.92):

A análise histórica aponta que o primeiro tipo de direito reconhecido como fundamental são as liberdades. Estas são direitos subjetivos de agir segundo a própria vontade, sem impedimento de quem quer que seja. Nada reclamam do sujeito passivo, senão a não oposição. Poderiam ser reunidos num só: o direito à liberdade individual, como autodeterminação de conduta. De fato, as várias liberdades que as Declarações enunciam apenas explicitam as suas projeções: liberdade de locomoção, liberdade de opinião, liberdade de expressão do pensamento...Mesmo a propriedade pode ser vista, de certo ângulo, como uma dessas projeções: liberdade de ter bens e de (livremente) usar dos seus bens próprios. Tais direitos apresentam determinados caracteres inelidíveis. Uns são universais, próprios a todos os seres humanos. Daí serem abstratos, na medida em que não levam em conta nacionalidade ou vinculação política. Ademais, são imprescritíveis, não se perdendo pelo desuso

do tempo. Igualmente, são inalienáveis, não podendo quem quer que seja deles abrir mão. E são individuais, visto que se inserem na esfera própria e exclusiva de cada ser humano.

Enfim – vale lembrar – são basicamente direitos contra o Poder, oponíveis a este, como revela claramente o contexto em que, por primeiro, foram firmados no século XVIII.

Para que as liberdades fossem reconhecidas (compreendidas aí a liberdade e as liberdades) era exigida do Estado uma abstenção ou uma prestação negativa em relação ao cidadão, o que caracterizou a primeira dimensão dos direitos fundamentais.

Os primeiros direitos fundamentais a constarem nas constituições dos Estados que foram influenciados pela ideia de abstenção do poder estatal na vida privada do cidadão foram os direitos civis e políticos.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão surgiram tendo como foco o homem considerado individualmente, com o intuito de lhe proporcionar mecanismos e ferramentas para serem utilizados em face do Estado quando este interviesse de forma arbitrária na vida particular do cidadão. Isso é o que podemos verificar em (BONAVIDES, 2000, P.517):

Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Entram na categoria de *status negativus* na classificação de Jellinek e fazem também ressaltar na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a Sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter anti-estatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido professado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico.

Para que o leitor compreenda o significado de *status negativus* utilizado pelo filósofo do direito e juiz alemão Jellinek, lançaremos mão da sua própria definição citada pelo Procurador Federal Marcelo Novelino:

Ao membro do Estado é concedido um status, no âmbito do qual ele é o senhor, uma esfera, livre do Estado, que nega o seu *imperium*. Essa é a esfera individual de liberdade, do *status negativo*, do *status libertatis*, na qual os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo” (NOVELINO, 2012, P.399).

2.2.2- Os direitos de segunda dimensão

Diferentemente dos direitos de primeira dimensão que exigiam uma abstenção por parte do Estado, os de segunda dimensão exigem dele (Estado) uma atuação firme, na busca de garantir os direitos sociais aos cidadãos.

À primeira vista, algumas pessoas podem ter a ideia errônea de que por tratar de direito sociais, essa dimensão de direitos só se preocuparia com os direitos coletivos. No entanto, na maioria das vezes, esses direitos sociais relacionam-se com o indivíduo, como por exemplo, garantindo-lhe o emprego, a saúde, a aposentadoria, etc..

Para (BULOS,2014, p.528) os direitos de segunda geração podem ser compreendidos da seguinte forma:

A segunda geração, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistênciadigna do homem, ao amparo à doença e à velhice.

O princípio da igualdade ganha grande relevância com a conquista dos direitos dessa dimensão.

2.2.3- Os direitos de terceira dimensão

Os direitos enquadrados nessa dimensão, sim, tem uma preocupação com os direitos difusos ou coletivos, não restringindo sua observação nos direitos pertencentes ao homem individualizado, e sim, aos direitos pertencentes a todos de uma vez, ou pelo menos a um grupo de pessoas.

Nas palavras de Gilmar Mendes, tais direitos tem a seguinte peculiaridade:

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

Nas palavras de Ferreira Filho (2010, p.93), de nada adiantaria a afirmação dos direitos fundamentais se eles não fossem seguidos ou acompanhados de garantias. A Constituição, no século XVIII, tinha por escopo principal o estabelecimento dessas garantias.

Tratando das espécies de garantias, o referido autor as analisa em um aspecto restritíssimo dizendo que elas (as garantias) são instrumentos à disposição dos cidadãos para defenderem seus direitos fundamentais. Afirma que os remédios constitucionais são comprovadamente eficazes para garantia das liberdades. É o que se pode observar ao longo da história do habeas corpus como medida assecuratória da liberdade pessoal.

Esse período e o que logo lhe sucede foi preponderante para o surgimento do constitucionalismo, uma vez que as ideias liberais venceram as absolutistas, é o que podemos visualizar nos dizeres de (FERREIRA FILHO, 2010, P.86):

No curso do século XIX, houve, por um lado, o triunfo da ideia de Direitos do Homem na maior parte dos Estados europeus e nos Estados da América (o que não significa sua efetivação). Ocorreu isto à medida que venceram as ideias liberais e, pelo menos no papel, adotaram-se constituições liberais, todas elas acompanhadas de Declaração de Direitos à moda de 1789. Bom exemplo disto é a Carta Imperial de 25 de março de 1824.

De acordo com (BULLOS, 2014, p.525)“Os direitos fundamentais são conhecidos sob os mais diferentes rótulos, tais como direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas etc”.

Fazendo um estudo sobre o conteúdo que integra as constituições liberais, Gilmar Mendes o divide em duas partes, quais sejam: a parte orgânica e a parte dogmática.

De acordo com suas palavras, na parte orgânica o constituinte procurou tratar da estruturação do Estado. Estão dispostas ali, as regras de organização do Estado, dando aos órgãos que o compõe a competência necessária para a sua existência. Já na parte dogmática o constituinte trata dos direitos fundamentais, declarando e instituindo os direitos e garantias individuais, bem como os direitos econômicos,

sociais e culturais. O constituinte, então, dá um tom de “ordem” ao Estado no intuito de que este concretize tais direitos (MENDES, 2012, p.99).

Acontece que muitas pessoas pensam que os seus direitos fundamentais são absolutos, utilizando-se dessa falsa impressão para praticar certas condutas visando proveito próprio, eliminando ou reduzindo a um grau ínfimo, os direitos fundamentais dos demais semelhantes.

As pessoas que agem sob essa impressão estão totalmente enganadas, pois os direitos fundamentais não são absolutos, e sim relativos. É o que nos mostra os escritos do advogado constitucionalista brasileiro Uadi Lammêgo Bulos:

Embasado no princípio da convivência entre liberdades, a Corte concluiu que nenhuma prerrogativa pode ser exercida de modo danoso à ordem pública e aos direitos e garantias fundamentais, as quais sofrem limitações de ordem ético-jurídica. Essas limitações visam, de um lado, tutelar a integridade do interesse social, de outro, assegurar a convivência harmônica das liberdades, para que não haja colisões ou atritos entre elas. Evita-se, assim, que um direito ou garantia seja exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (BULOS, 2014, p.534).

Ainda na mesma página, no que diz respeito à relatividade dos direitos fundamentais o autor traz o entendimento sobre o conteúdo do artigo XXIX,2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 :

No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Significa dizer que existem parâmetros para o exercício de qualquer liberdade pública.

Verifica-se, assim, que os direitos fundamentais só poderão sofrer limitações trazidas/impostas pela lei.

No entanto, como praticamente tudo na vida tem suas exceções, há dois direitos fundamentais sobre os quais não há controvérsias quanto a sua natureza absoluta, são eles: o caso da proibição à tortura e do tratamento desumano ou degradante. Nesses dois casos não há dúvida alguma em relação a sua não relatividade.

Uma pergunta que muitos têm dúvida quanto à sua resposta é a seguinte: quem são os destinatários dos direitos e garantias fundamentais?

Para responder tal pergunta, ainda nos aproveitaremos dos ensinamentos do mesmo advogado constitucionalista, o qual diz que os destinatários diretos ou imediatos são os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário quando no exercício de suas funções. Quando os citados poderes aplicam os dispositivos da Carta Maior a situações concretas, são efetivados os direitos e garantias fundamentais. E é nesse momento em que os cidadãos se tornam os destinatários indiretos ou mediatos desses direitos ou garantias (BULOS,2014,p 535).

Por isso, é que se engana quem pensa que os destinatários imediatos dos direitos e garantias fundamentais são os cidadãos. É necessário termos em mente que os destinatários imediatos desses direitos e garantias fundamentais são os Poderes do Estado que deverão utilizá-los para tornar concretos os direitos que constam na parte dogmática das constituições liberais. Porque sem providência concreta, nenhuma liberdade pública sai do papel.

2.3 A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

No período conhecido como Ditadura Militar no Brasil, compreendido entre os anos de 1964 e 1985, os direitos fundamentais praticamente foram aniquilados, sendo cometidas várias barbáries por parte do Estado contra os cidadãos, sempre advindas de uma intervenção arbitrária de sua parte nas liberdades individuais, como por exemplo, a entrada em domicílios sem mandados judiciais, prisões sem fundamentações.

Na redemocratização do país, a Assembleia Nacional Constituinte procurou resguardar os direitos fundamentais, positivando-os na Constituição Federal de 1988 com o objetivo de atender aos anseios da população e evitar o retorno de um estado de exceção tão duradouro quanto ao período citado acima.

Dissemos tão duradouro porque a própria Constituição Federal prevê algumas hipóteses de restrições de alguns direitos fundamentais, como por exemplo, no Estado

de Defesa e no Estado de Sítio, previstos respectivamente nos artigos 136 a 139 da Constituição Federal de 1988, como o leitor pode ver:

Artigo 136, §1º:

O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de duração, [...], as medidas a vigorarem, dentre as seguintes:

I- restrições aos direitos de:

- a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
- b) sigilo de correspondência;
- c) sigilo de comunicações telegráfica e telefônica.

Artigo 136, §2º:

O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram sua decretação.

Artigo 136, §2º, III:

A prisão de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário.

Artigo 137, §1º da Constituição Federal de 1988:

O estado de sítio, no caso do artigo 137, I, não poderá ser prorrogado por mais de trinta dias, nem prorrogado, de cada vez, por prazo superior; no inciso II, poderá ser decretado por todo o tempo que perdurar a guerra ou agressão armada estrangeira.

Da análise dos dispositivos constitucionais, observamos que mesmo no estado de exceção algumas regras devem ser observadas e respeitadas, diferentemente do período conhecido como Ditadura Militar no Brasil, uma vez que a própria Constituição determina o período de duração de cada estado de exceção, além de apontar quais direitos poderão ser restringidos.

Em síntese bem apertada, faremos um apontamento de como estão estruturados os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão, que só para lembrar, caracterizam-se pela abstenção do Estado frente às liberdades individuais dos cidadãos, estão em sua maioria no artigo 5º da Constituição, sendo exemplos a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de associação para fins lícitos, a liberdade de locomoção, a garantia de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (conhecido como princípio da inocência ou da não culpabilidade), dentre outras.

Pode exemplificar esses direitos nas chamadas liberdade públicas, protegendo o cidadão contra interferências arbitrárias do Estado na vida particular dos indivíduos, conforme os seguintes exemplos:

Art. 5º 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 igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

Deve-se observar que muitos dos direitos fundamentais afetam a área criminal:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

a) a plenitude de defesa;

b) o sigilo das votações;

c) a soberania dos veredictos;

d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por

eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; ([Regulamento](#))

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei; ([Regulamento](#)).

LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, aqueles que exigem uma atuação por parte do Estado buscando a igualdade entre os cidadãos estão distribuídos basicamente nos artigos 6º que trata dos direitos à educação, à saúde, à moradia, dentre outros; 7º que trata dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, como também os direitos pulverizados no TÍTULO VIII - DA ORDEM SOCIAL- compreendidos entre os artigos 193 a 219.

Já os direitos de terceira geração, que tratam dos direitos difusos e coletivos, podem ser encontrados no artigo 5º, XXXII, no qual consta uma determinação para que o Estado promova a defesa do consumidor; e no artigo 225, o qual diz que todos tem direito ao meio ambiente equilibrado.

Percebe-se a valorização dada pelo constituinte a esses direitos, ao lermos o artigo 5º, §1º do mesmo diploma legal, o qual diz que as normas definidoras dos direitos fundamentais terão aplicação imediata.

Ao lado dos chamados direitos, tem-se também garantias ou ferramentas para implementar, buscar e proteger esses direitos fundamentais, a exemplo do habeas corpus, do mandado de segurança e do habeas data:

LXVIII - conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

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;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

LXXII - conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor,

salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Após um breve estudo histórico do surgimento dos direitos fundamentais do homem, e de sua positivação nas constituições influenciadas pelas ideias iluministas, principalmente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no próximo capítulo nos aprofundaremos na análise dos direitos sociais insculpidos na Carta Política.

3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Indo além de uma Constituição Federal apenas garantista, a Constituição Federal logrou êxito na positivação de diversos direitos sociais que integram o catálogo dos direitos fundamentais.

Para tanto, vale traçar um breve contexto histórico nas constituições alienígenas que também prestigiaram tais direitos, na linha de Marcelo Novelino (2016, pág. 459):

[...] A declaração de direitos sociais nos textos das constituições se inicia no primeiro quartel do século XX, com as Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919. O atendimento a direitos como educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e a infância e assistência aos desamparados (CF, art.6º) exige dos poderes públicos, na maior parte dos casos, prestações positivas (direitos de promoção ou direitos prestacionais)[...].

Veja-se que somente no início do século passado é que os textos constitucionais começaram a dar ênfase aos direitos sociais. Até então se entendia que o Estado deveria ficar longe da interferência na vida particular e social dos indivíduos. É o que se denominou de dimensão negativa, ou seja, havia uma abstenção do Estado em ingerências na vida privada.

Mas os direitos sociais trazem prestações positivas:

Art. 6º 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Entretanto, conforme o próprio Marcelo Novelino anota, os direitos sociais inauguram uma nova fase de prestações positivas, na qual, exige-se do Estado maior participação na vida particular do indivíduo.

Torna-se necessário, contudo, verificar que tais direitos sociais, possuem também um aspecto negativo, conforme observa Canotilho (apud NOVELINO, 2016):

[...] o direito ao trabalho não consiste apenas na obrigação do Estado de criar ou de contribuir para criar postos de trabalho, ...antes implica também a obrigação de o Estado se abster de impedir ou limitar o acesso dos cidadãos ao trabalho (liberdade de acesso ao trabalho); o direito à saúde não impõe ao Estado apenas o dever de atuar para constituir o Serviço Nacional de Saúde e realizar as prestações de saúde, ...antes impõe igualmente que se abstenha de atuar de modo a prejudicar a saúde dos cidadãos [...].

Assim, o Estado possui duplo dever, sendo inicialmente proibido de prejudicar o acesso do cidadão a esses importantes patamares de cidadania, no momento seguinte e paralelamente deve o Estado promover e implementar as políticas necessárias a alcance efetivo dos direitos sociais, pois a Constituição tem força normativas e a interpretação deve ser no sentido de sua máxima efetividade.

Nessa esteira, Marcelo Novelino (2016) mostra o caminho do Estado:

[...] A implementação de tais direitos ocorre mediante políticas públicas concretizadoras de certas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna. O custo da implementação e as limitações orçamentárias do Estado são fatores que contribuem para a menor efetividade dos direitos prestacionais (status positivo) em comparação com os direitos de defesa (status negativo), para os quais o fator custo não costuma ser invocado como elemento impeditivo à plena concretização [...].

Todavia, ousa-se discordar que para se abster o Estado gasta menos, já que a abstenção exige que o Estado também não permita que outros cidadãos possam livremente mitigar direitos fundamentais dos seus pares a revelia da Lei, como por exemplo, no tema segurança pública, onde o Estado deve gastar muito do orçamento para permitir uma vida tranquila e a ordem pública.

Tanto é verdade que o foco dado pela Constituição Federal foi nos direitos sociais trabalhistas:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

- I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
- II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

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

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; (Vide Del 5.452, art. 59 § 1º)

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)

a) (Revogada). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)

b) (Revogada). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 72, de 2013)

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical

e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

Dessa maneira, se os investimentos em segurança pública forem adequados, e as estratégias corretas, fatalmente o Estado terá que intervir em menor escala na vida do indivíduo e ainda deixar que as relações privadas ocorram de forma livre e harmônica.

3.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E PRINCIPIOLÓGICOS DOS DIREITOS SOCIAIS

Nos artigos iniciais da Constituição Federal de 1988, encontram-se os fundamentos dos direitos sociais.

Inicialmente verifica-se a base constitucional no preâmbulo:

PREÂMBULO

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.

Assim, nota-se que, mesmo antes de começar a escrever e detalhar o que o espírito revolucionário desejava, o Legislador Constituinte Originário plasmou que o objetivo

era instituído um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais.

Em que pese, o Supremo Tribunal Federal e a doutrina majoritária entenderem que o preâmbulo (pre ambulare, isto é antes de caminhar), não possui o condão de permitir a realização do controle de constitucionalidade, em outras palavras: o preâmbulo constitucional não possui total eficácia, é claro que é muito útil no mínimo para permitir a interpretação dos casos concretos.

Por outro lado, o artigo 1º, ao estatuir os fundamentos, ou seja, as vigas mestras que sustentam a República Federativa do Brasil, o Constituinte trouxe a baila, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e assegurou que todo o poder emana do povo, senão vejamos:

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

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

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

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ora, em um Estado Democrático de Direito, exige-se um Estado que vai além de normas positivas que possam limitar o poder do Estado e trazer segurança, sobretudo, importa que essas leis sejam de conteúdo democrática, para alcançar os fins proveitosos para os titulares do poder, isto é, a sociedade, o povo, a nação, em sentido mais amplo.

Também extrai-se que o exercício da cidadania pressupõe que no âmbito das cidades, os indivíduos possam desfrutar o mínimo de condições que lhes possibilitem o exercício de direitos, dentre os quais, claro está os direitos sociais. De sorte, que sem os direitos sociais é praticamente impossível falar-se em Estado Democrática, logo é condição imprescindível para a existência da República.

No outro giro, a Dignidade da Pessoa Humana está no centro dos Direitos Fundamentais, incluídos os sociais, que estão no centro da Constituição que está no centro do Estado. Logo, a Constituição é o centro do centro do centro, sem a qual não existe vida humana na nação.

A Dignidade Humana exige um mínimo de condições sociais de educação, saúde, moradia, trabalho, e assistência, sem as quais, o ser humano não está no centro jurídico e sim passa a ser um objeto ou instrumento do Estado e das Leis, mas não, o ser humano é o fim de todas as coisas na República, seja o fim da lei, o fim do governo, o fim das políticas públicas.

4. DIFICULDADES DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

São vários os aspectos que podemos abordar sobre as dificuldades de implementação dos direitos sociais, inclusive a própria limitação de gastos, a exemplo do que se propõe com a PEC 55 aprovada recentemente em primeiro turno no Senado Federal e que já foi aprovada em dois turnos na Câmara dos Deputados.

Dessa maneira, vale a pena, destacar alguns importantes aspectos a seguir.

4.1 REPERCUSSÃO SOCIAL DA TRAMITAÇÃO DA PEC 241/PEC 55

Embora não tenha certeza sobre os reflexos da aprovação do conjunto de medida que estão no bojo da PEC 55, nome que se dá a proposta de Emenda Constitucional que teve iniciativa do Presidente da República e que sob o nome de PEC 241 foi aprovada na Câmara dos Deputados em dois turnos de votação, vale ressaltar o que se tem pensado a respeito.

Inicialmente tem-se que refletir sobre a rigidez constitucional e o procedimento para se formular e efetivar uma reforma constitucional através de Emenda à Constituição.

A Emenda à Constituição está prevista no artigo 59 da Constituição Federal de 1988 e é uma espécie normativa primária que tem o condão de inovar o ordenamento jurídico, criando o direito novo, bem como é retira o seu fundamento de validade diretamente da Carta Constitucional, passando por um processo legislativo constitucional, conforme define Nathalia Masson (2016, pág. 788):

[...] Processo legislativo é o conjunto de atos pré-ordenados tendentes à elaboração das espécies normativas primárias (aquelas que retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição e que podem inovar o ordenamento jurídico), previstas no art. 59, CF/88. Para Marceo Caetano, a locução “processo legislativo” compreende a “sucessão ordenada dos trâmites a observar na elaboração dos atos normativos pelos órgãos colegiados constitucionalmente competentes para legislar, e das formalidades complementares [...].

Veja-se que a feitura de quaisquer normas do artigo 59 da Constituição Federal de 1988 possui um trâmite regulado pelo próprio texto constitucional.

A esse propósito, Marcelo Novelino (2016, pág. 614), aponta limites e remédios que podem ser utilizados em caso de abuso dos parlamentares:

[...] Os parlamentares possuem direito público subjetivo à observância do devido processo legislativo constitucional, podendo impetrar mandado de segurança para assegurar tal direito quando desrespeitadas as normas da Constituição referentes à elaboração de atos normativos primários. É o caso, por exemplo, de propostas de emenda tendentes a abolir cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º). Ante a potencial gravidade de tais deliberações, a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da emenda, impedindo a deliberação acerca da proposta, a qual viola, a um só tempo, a Constituição e o direito dos parlamentares que participam do processo legislativo [...].

Dessa maneira, o texto Constitucional traz diversas limitações, procedimentos e legitimações a diversos atores no que tange às Emendas Constitucionais, conforme dispõe o artigo 60:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
II - do Presidente da República;
III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.
§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Logo, pelo menos no que tange ao procedimento, percebe-se certa dificuldade no processamento da emenda.

Por outro lado, e no exemplo da PeC 241 e PEC 55, várias são as críticas, sobretudo no que tange ao enfraquecimento ou diminuição nos investimentos em

recursos nas ações de saúde e educação, direitos sociais fundamentais no ordenamento constitucional.

Nesse sentido, importa destacar as 5 críticas formuladas pelo site do Centro de Referência em Educação Integral.

Primeiro argumento:

[...] #1. A PEC 55 fere a soberania e o voto popular.

Imaginemos que, nas próximas eleições, um candidato proponha medidas econômicas distintas às do atual governo Michel Temer. Caso eleito, dificilmente poderá colocá-las em prática. Em outras palavras: se o povo brasileiro quiser que a economia mude, não terá como propor essa mudança a partir das urnas. A PEC, se aprovada, valerá por 20 anos, o equivalente a 5 mandatos presidenciais, havendo uma possibilidade de revisão apenas em 10 anos, em 2027. Esse tem sido um dos argumentos para atestar a inconstitucionalidade da PEC 55. Segundo documento apresentado por senadores contrários à medida, a elaboração da peça orçamentária anual e plurianual e seu encaminhamento ao Congresso para discussão e aprovação são das atribuições mais importantes em uma República. “É na peça orçamentária que se materializam as concepções de organização e funcionamento do governo; é onde se externam o papel do Estado e os mecanismos de articulação com a sociedade. É nesse instrumento que as políticas públicas, programas e projetos de governo ganham forma”, afirma o documento lido na CCJ nesta quarta-feira (9/11) por Roberto Requião (PMDB-PR).

Segundo esse entendimento, a proposta tira a possibilidade de o chefe do Poder Executivo – legitimamente eleito pelo povo, por intermédio do voto direto, secreto, universal e periódico – definir o limite de despesas de seu governo. “Em última análise, significa impedi-lo de exercer, em sua plenitude, o mandato que lhe foi conferido pela soberania popular, prevista no parágrafo único do art. 1º da CF [...]”.

Esse argumento, data máxima vênia aos elaboradores, embora faça certo sentido, não prospera juridicamente, pois a soberania popular é também exercida através dos representantes do povo e conforme se verifica no artigo 60, mudando o cenário, é perfeitamente possível uma nova proposta de Emenda à Constituição. Se rígida, o que é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não implica, todavia, em ser uma Constituição imutável ou semi-imutável.

Segundo argumento do site:

[...] Nenhum país do mundo definiu, por lei, limite de gastos públicos. De acordo com estudo, disponível em inglês, do Fundo Monetário Internacional (FMI), alguns poucos países no mundo adotam um limite para os gastos. A modalidade em que ocorrem obedecem a regras e funcionamentos particulares. Na maior parte dos casos, esses tetos são definidos em acordos políticos entre as forças que compõem o governo, e não por lei. Em nenhum caso esse limite está posto na Constituição ou possui prazo que extrapole um período de um mandato, como é o caso da PEC 55.

A maior parte dos países que adota um teto são nações ricas, com reconhecidos estados de bem estar social que não apresentam os mesmos desafios históricos que o Brasil em áreas como saúde e educação. Holanda, Dinamarca, Finlândia e Suécia são alguns exemplos. Nos países estudados pelo FMI, os acordos de teto de gastos são renovados – ou não – a cada mandato, observando a autonomia e soberania do governo eleito por voto popular que, em muitos casos, altera os acordos anteriores.

Vale lembrar que, no caso da Holanda, foi também imposto um limite ao pagamento de juros da dívida pública. Essa tem sido uma proposta alternativa levantada pelos críticos à PEC, mas rejeitada pelo governo e sua base parlamentar.

Nas experiências de outros países também foram definidos gastos com percentuais acima da inflação, garantindo aumento real, e não apenas uma correção segundo a inflação, como quer a PEC 55 [...]

Independentemente do conhecimento das legislações de outros países, sabe-se que, conforme inclusive já decidiu o Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade, os gastos em direitos sociais estão limitados ao orçamento, a capacidade financeira dos entes, o que resulta na aplicação do princípio da reserva do possível.

Terceiro argumento:

3. A PEC 55 irá aprofundar a desigualdade e injustiça social.

Embora o governo federal e parlamentares de sua base afirmem que as verbas para a saúde, educação, assistência social e cultura não diminuirão ao longo de 20 anos, vários estudos, notas técnicas e outros documentos atestam que as perdas são certas.

Se o argumento central do governo é que se gastou mais do que o país podia na última década, e que a PEC tem o objetivo de limitar gastos, como argumentar que as despesas não diminuirão, se esse é justamente o principal objetivo da PEC?

Alguns defensores da medida, mais sinceros, admitem o corte. Em entrevista ao Estado de S. Paulo, em abril deste ano, Roberto Brant, que coordenou a elaboração do documento “Uma Ponte para o Futuro”, que reúne as propostas do PMDB, afirmou que a proposta é impopular e jamais passaria ao crivo das urnas. “Esse documento não foi feito para enfrentar o voto popular. Com um programa desses não se vai para uma eleição”, vaticinou.

Ainda ontem (8/11), o representante do Ministério da Fazenda, em audiência pública na CCJ, afirmou que o Plano Nacional de Educação foi aprovado “porque as pessoas não acreditam no realismo orçamentário, ao votar isso, não acreditavam que se iria colocar efetivamente 10% do PIB na educação”, desdenhou.

Na verdade não se tem como fazer uma estimativa fidedigna e além disso, a própria Constituição Federal de 1988, ao elencar os seus objetivos evidencia a desigualdade social e regional:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

por outro lado, ainda dentro desse terceiro argumento, a doutrina afirma que deve-se prestigiar o chamado constitucionalismo do futuro, no qual a Constituição deixa as promessas vazias e passa a ser mais realista e sincera, o que, salvo melhor juízo, caminha a péc em comento:

[...] Em artigo elaborado para uma obra coletiva resultante de diversas conferências realizadas sobre as perspectivas do direito público nos fins do século XX, José Roberto Dromi (1997) tenta profetizar quais serão os valores fundamentais marcantes das constituições do futuro. o jurista argentino considera que o futuro do constitucionalismo está no equilíbrio entre as concepções dominantes do constitucionalismo moderno e os excessos praticados no constitucionalismo contemporâneo, e aponta sete valores fundamentais das constituições do porvir: verdade, solidariedade, consenso, continuidade, participação, integração e universalização[...] (NOVELINO, 2016, pág. 54).

Assim, vale ressaltar a ideia básica de cada um dos valores profetizados por José Roberto Dromi nas palavras de Marcelo Novelino (2016, pág. 54):

[...] em relação à verdade, as futuras constituições não deverão consagrar promessas impossíveis de serem realizadas, cabendo ao legislador constituinte fazer uma análise daquilo que realmente é possível e precisa ser constitucionalizado. As constituições do futuro serão fruto de consenso democrático e estarão mais próximas de uma nova idéia de igualdade, baseada na solidariedade entre os povos, no tratamento digno ao ser humano e na justiça social. A constinuidade da constituição, sem modificações que destruam sua identidade ou causem uma ruptura na lógica de seu sistema, também deve ser um valor fundamental, tendo em vista os riscos de uma descontinuidade com todo o sistema precedente. a democracia participativa impõe uma ativa e responsável participação do povo na vida política do Estado, afastando-se a indiferença social. A integração entre os povos dos diversos Estados é uma realidade, mas cabe às constituições futuras propiciar mecanismos de integração supranacional. Por fim, a universalização dos direitos humanos fundamentais é uma exigência decorrente do primado universal da dignidade da pessoa humana [...].

Assim, ao menos em tese, a PEC caminha pela verdade, ao afirmar que existe um limite, que aliás é mínimo, ou seja, o governo não está colocando um teto e sim um limite mínimo que condiz com uma atuação responsável, senão vejamos um trecho da PEC 55 aprovada em primeiro turno no Senado Federal:

“Art. 105. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão: I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 102 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”

O quarto argumento:

Os gastos brasileiros com saúde, educação e assistência social não estão fora de controle. Não há “gastança”.

Um argumento muito presente é que os gastos primários (saúde, educação, assistência social, cultura, defesa nacional etc) do país saíram do controle nos governos do Partido dos Trabalhadores, de 2003 a 2016. Houve, assim, uma “gastança desenfreada” e resta ao Brasil, agora, pagar uma espécie de penitência por tantos anos de irresponsabilidade orçamentária. Essa foi a tônica da maioria dos discursos de parlamentares favoráveis à medida.

Segundo o economista e docente da UFRJ, João Sicsú, em artigo escrito para a Carta Capital, “não há desequilíbrio fiscal estrutural, crônico e agudo, nas contas do setor público”.

“O governo faz dois tipos gastos: os primários e o pagamento de juros da dívida pública”, explica Sicsú. “Excetuando os dois últimos anos (2014 e 2015), os diversos governos fizeram superávit no orçamento primário. Sempre gastaram menos do que arrecadaram. Em todos os anos, sem exceção”.

Para Sicsú, a PEC diminui as despesas apenas retirando investimentos de áreas sociais, sem, no entanto, tocar no pagamento de juros da dívida que, esse sim, pressiona as contas do país para que se configure um déficit orçamentário. Ainda assim, o professor argumenta que, quando há crescimento, o Estado consegue fazer os gastos primários e pagar os juros. Portanto, o centro da discussão, agora, deveria ser como voltar a crescer economicamente e superar a crise, sem deixar de investir na educação e saúde.

Em audiência no Senado no dia 1/11, Orlando do Amaral, da Andifes, afirmou que os recursos para as despesas primárias se mantiveram constantes desde 2002. “Do ponto de vista do PIB, as despesas não estão fora do controle”, sustentou, apresentando dados.

Despesas primárias do governo não tiveram aumento “fora do controle” em relação ao PIB.

Crédito: Orlando / Andifes

Em audiência na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), Felipe Rezende, professor associado do Departamento de Economia da Hobart and William Smith Colleges, apontou que apenas 11 países no mundo mantêm, hoje, seus gastos primários abaixo de 16% do PIB, como a PEC propõe que o Brasil esteja em 10 anos: Guatemala, Irã, Bangladesh, Sudão, Turcomenistão, Nigéria, Singapura, Macao, Madagascar, Congo e República Centro Africana. Os três últimos estão presentes na lista dos 15 mais pobres do mundo.

Os autores desse argumento podem até terem razão, mas sabe-se que na prática os serviços públicos são péssimos, não há gerenciamento público na maioria dos municípios brasileiros e as verbas da saúde e educação são destinadas para outras áreas, assim como para a grande corrupção que assola o país.

Por outro lado, ajudando a rebater esse argumento, a Constituição Federal traçou um modelo de Estado Mínimo, conforme se verifica quando fala da ordem econômica:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Veja-se que a livre concorrência se coaduna como o fundamento da República Federativa do Brasil da livre iniciativa, ou seja, o Estado deve intervir o mínimo necessário na vida das pessoas, ainda que seja no campo econômico e produtivo.

O ideal é garantir o emprego/trabalho e a partir daí, o cidadão obtém demais direitos sociais.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 ainda traz outras regras que ajudam a esclarecer o contra argumento:

Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Verifica-se dos dispositivos acima, sobretudo que o Estado não deve intervir na ordem econômica, nem participar dela. Essa participação Estatal na ordem econômica deve ser excepcional, em caráter de exceção e nos casos legitimamente previstos na Carta maior.

Mesmo assim, o papel do Estado na atividade econômica é de gerente, fiscal, controlador e não de executor, conforme os dispositivos abaixo:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

§ 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Veja-se, ao final do texto constitucional exposto que o trabalho do Estado não é prestar, *a priori* o serviço público, o qual deve ser concedido para a iniciativa privada, devendo o Estado atuar como fiscalizador, através de Agências Reguladoras e outros órgãos.

O quinto argumento:

Há alternativas. Mexer na estrutura tributária é uma delas. E é urgente. Para diversos economistas, o problema atual na economia é um problema de receita e não de gastos excessivos. Precisamos arrecadar mais e não gastar menos. Como o Estado pode arrecadar mais? Por meio de impostos. Mas quem pagaria mais impostos? Os ricos e, principalmente, os muito ricos.

Segundo diversos estudos, a estrutura tributária brasileira é desigual e recai mais sobre os pobres e a classe média que sobre os mais abastados. De acordo com o Ipea, os mais pobres destinam 32% da renda para impostos, enquanto os mais ricos pagam apenas 21%.

“No orçamento brasileiro cabem todos os direitos previstos na Constituição de 1988”, escreveu Grazielle David, na Carta Capital. “O que não cabe no orçamento são as ‘bolsas milionários’, a ampliação das desigualdades fiscais e sociais, os privilégios, as manobras para transferir renda para os ricos, um Robin Hood às avessas. O que definitivamente não cabe no orçamento são as receitas que deviam chegar a ele, mas que são sonegadas, evadidas, inscritas na dívida ativa e nunca pagas. A alternativa é a Justiça Fiscal.”

Os próprios idealizadores da PEC 241, o Presidente da República e os Ministros de Estado reconhecem que há necessidade de outras reformas, o que não inviabiliza a reforma que se pretende com essa Emenda à Constituição.

De outro lado, verificar-se-á no tópico a seguir que também instituir tributos não é uma solução que isoladamente trará retorno, até porquê, os tributos possuem características jurídicas, muitas vezes redundando na não vinculação a este ou àquele programa social.

4.2 ASPECTOS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Inicialmente importa destacar o conceito de tributo, pois é imprescindível para entender suas características.

Assim, vale as lições de Hugo de Brito Machado (2007, pág.83 e 84), o qual observa que a lei, de forma excepcional trouxe o conceito do que venha a ser tributo:

[...] sabe-se que, em princípio, não é função da lei conceituar. A lei deve conter uma regra de comportamento. Entretanto, em face de controvérsias, às vezes deve a lei estabelecer conceitos. Isto aconteceu com o conceito de tributo, que é atualmente, no Brasil, legalmente determinado. O legislador, afastando as divergências da doutrina, disse que tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (CTN, art. 3º) [...].

Vale a pena entender melhor o significado desse conceito, partindo-se do que se entende por prestação pecuniária:

[...]Toda prestação pecuniária. Cuida-se de prestação tendente a assegurar ao Estado os meios financeiros de que necessita para a consecução de seus objetivos, por isto que é de natureza pecuniária. Não há mais nos sistemas tributários modernos o tributo em natureza, pago em serviços ou em bens diversos do dinheiro. Destaca-se, todavia, a existência de opiniões em contrário, pelas quais toda e qualquer imposição do Estado tem o caráter de tributo, sendo, assim, forma de tributo o serviço militar obrigatório, a participação no tribunal do júri, a entrega de bens requisitados pelo Estado, e tantas outras imposições do Poder Público [...] (MACHADO, 2007, pág.84).

Observa-se então que, pelo menos em princípio, se um dos objetivos do Estado é a promoção de direitos sociais, a tributação também pode ter essa fundamentação

e não há o que se argumentar na falta de recursos para tanto. Mas, deve ser advertido que dinheiro é recurso limitado.

Passa-se então a expressão compulsória (MACHADO, 2007):

[...] Pode parecer desnecessário qualificar-se a prestação tributária como compulsória. Não é assim, todavia. Embora todas as prestações jurídicas sejam, em princípio, obrigatórias, a compulsoriedade da prestação tributária caracteriza-se pela ausência do elemento vontade no suporte fático da incidência da norma de tributação. O dever de pagar tributo nasce independentemente da vontade [...].

Dito isto, importante verificar o que seja a expressão: “em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir” (MACHADO, 2007):

[...] A prestação tributária é pecuniária, isto é, seu conteúdo é expresso em moeda. O Direito brasileiro não admite a instituição de tributo em natureza, vale dizer, expresso em unidade de bens diversos do dinheiro, ou em unidade de serviços. Em outras palavras, nosso Direito desconhece os tributos in natura e in labore [...].

Vale também verificar o que significa a expressão: “Que não constitua sanção de ato ilícito”:

[...] O tributo se distingue da penalidade exatamente porque esta tem como hipótese de incidência um ato ilícito, enquanto a hipótese de incidência do tributo é sempre algo ilícito [...]. (MACHADO, 2007, pág. 86).

Quanto a ser instituída por lei:

[...] Só a lei pode instituir o tributo. Isto decorre do princípio da legalidade, prevalente no Estado de Direito. Nenhum tributo será exigido sem que a lei o estabeleça, conforme assegura o art. 150, inciso I, da Constituição Federal [...] (MACHADO, 2007, pág. 86).

Quanto a expressão “cobrada mediante atividade plenamente vinculada”, Hugo de Brito Machado (2007, pág. 87), diferencia a atividade arbitrária, da discricionária, da vinculada:

[...] Atividade arbitrária é aquela em cujo desempenho a autoridade não sofre qualquer limite. Sua liberdade é absoluta. Não deve obediência a qualquer regra jurídica. Esse tipo de atividade é evidentemente incompatível com o Estado de Direito e nele, quando é praticada, representa violação da ordem jurídica... Atividade discricionária é aquela em cujo desempenho a autoridade administrativa dispõe de liberdade para decidir sobre a conveniência e a oportunidade de agir e sobre como agir. A lei estabelece um fim a ser alcançado, a forma a ser observada e a competência da autoridade para agir... Atividade vinculada é aquela cujo desempenho a autoridade administrativa não goza de liberdade para apreciar a conveniência nem a oportunidade de agir. A lei não estabelece apenas um fim a ser alcançado, a forma a ser observada e a competência da autoridade para agir. Estabelece, além disso, o momento, vale dizer, o quando agir, e o conteúdo mesmo da atividade. Não deixa margem à apreciação da autoridade, que fica inteiramente vinculada ao comando legal [...].

Vencida questão do conceito, sabe-se que a corrente majoritária na doutrina e na jurisprudência compreende que são cinco as espécies tributárias, ou seja, adota-se a posição quinquipartida.

Dessa maneira, vale examinar, mesmo que de passagem, quais são as espécies tributárias e um breve conceito, de acordo com Hugo de Brito Machado (2007, pág. 92 a 95):

[...] Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte (CTN, art. 16). Diz-se, por isto, que o imposto é uma exação não vinculada, isto é, independente da atividade estatal específica...Taxa. De acordo com o estabelecido no art. 77 do CTN, taxa é tributo que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte. Distinguindo-se, por isto, nitidamente, do imposto...Contribuição de Melhoria. É o tributo cuja obrigação tem como fato gerador a valorização de imóveis decorrentes de obra pública. Distingue-se do imposto porque depende de atividade estatal específica, e da taxa porque a atividade estatal de que depende é diversa...Contribuições sociais. São aquelas que a União Federal pode instituir nos arts 149 e 195 da Constituição. Dividem-se em três subespécies, a saber: as do art. 149, que são as contribuições de intervenção no domínio econômico, e as contribuições de interesses de categorias profissionais ou econômicas, e as do art. 195, que são as contribuições de seguridade social...Empréstimos compulsórios. A natureza jurídica do empréstimo compulsório tem sido tema de profundas divergências, mas a maioria dos tributaristas brasileiros tem afirmado ser o empréstimo compulsório um tributo [...].

Para entender melhor a teoria dos tributos com os direitos sociais, vale trazer a baila duas classificações dos tributos, de acordo com Hugo de Brito Machado (2007, pág. 95):

[...] Quanto à vinculação com a atividade estatal, os tributos são: a) vinculados – as taxas, as contribuições de melhoria e as contribuições sociais; b) não vinculados – os impostos... Quanto à função, os tributos são: fiscais, extrafiscais e parafiscais [...].

Assim, vemos que os tributos, especialmente os impostos possuem outras funções, além de fornecer recursos para o Estado bancar programas que resultem na implementação dos Direitos Sociais.

O que este trabalho defende são os esforços do Estado para promover o trabalho e o emprego, daí o cidadão, juntamente com a base de direitos sociais fornecidos pelo aparelho estatal conseguir extrair os ideais da Constituição.

Veja-se que os tributos possuem funções que vão além do fim arrecadatório, a exemplo das lições de Edvaldo Nilo de Almeida (2011, pág. 144 e 145):

[...] O tributo fiscal tem como objetivo exclusivo a arrecadação de recursos financeiros para o Estado. São exemplos: O IR, o IPVA e o IPTU...O tributo extrafiscal tem como função principal a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da exclusiva arrecadação de recursos financeiros, podendo ter como função o desenvolvimento de determinadas atividades ou setores específicos da economia. Em outras palavras, a extrafiscalidade dos tributos influi sobre a conjuntura econômica do Estado. São exemplos: o II, o IE, o IPI e a CIDE...O tributo parafiscal é aquele arrecado e fiscalizado por terceira pessoa, dotada de autonomia administrativa e financeira, diferente do ente federativo competente para instituir o tributo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), buscando uma finalidade ou interesse público e esta terceira pessoa passa a dispor da receita compulsória para atingir os seus objetivos. São exemplos as contribuições arrecadadas e fiscalizadas pelo SESC, SENAC, Conselhos Regionais de Medicina (CRM), Conselhos Regionais de Odontologia etc. [...].

Assim, a tributação é instrumento para que os direitos sociais sejam implementados, mas não deve ser a única ferramenta para tanto.

Nessa linha, interessante a visão de Edvaldo Nilo de Almeida (2011, pág. 40 e 41), que vislumbra uma função socioeconômica dos tributos:

[...] A função socioeconômica dos tributos tem relação com a justa alocação dos recursos arrecadados pelo Estado com os tributos. Assim, é concretizada com a promoção da redistribuição da renda arrecada, bem na atuação positiva do Estado para a satisfação dos direitos sociais do cidadão (alimentação, saúde, vestuário, moradia, educação, acesso ao trabalho, livre iniciativa etc). A doutrina aponta também como forma de concretização função socioeconômica dos tributos: (i) a tributação justa, com respeito aos princípios tributários constitucionais; (ii) a democratização dos orçamentos, com o incentivo a participação popular na gestão pública [...].

Além desses aspectos tributários, os direitos sociais sofrem para sua implementação dos desdobramentos financeiros, sobretudo advindos da receita pública e a responsabilidade fiscal.

A esse propósito, basta verificar a positivação estabelecida pela Lei Complementar 101/200 – Lei de Responsabilidade Fiscal:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

§ 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras,

dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

§ 2º As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Veja-se que deve haver responsabilidade na gestão fiscal e essa responsabilidade corresponde a uma ação planejada e transparente, bem como a Lei traz obrigações para todos os entes da Federação, indistintamente.

Esse planejamento passa a todo tempo pela previsão de receitas e despesas, senão vejamos o que ordena o próprio texto legal:

DA RECEITA PÚBLICA

Seção I

Da Previsão e da Arrecadação

Art. 11. Constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação.

Parágrafo único. É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no *caput*, no que se refere aos impostos.

Art. 12. As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas.

§ 1º Reestimativa de receita por parte do Poder Legislativo só será admitida se comprovado erro ou omissão de ordem técnica ou legal.

§ 2º O montante previsto para as receitas de operações de crédito não poderá ser superior ao das despesas de capital constantes do projeto de lei orçamentária. (Vide ADIN 2.238-5)

§ 3º O Poder Executivo de cada ente colocará à disposição dos demais Poderes e do Ministério Público, no mínimo trinta dias antes do prazo final para encaminhamento de suas propostas orçamentárias, os estudos e as estimativas das receitas para o exercício subsequente, inclusive da corrente líquida, e as respectivas memórias de cálculo.

Art. 13. No prazo previsto no art. 8º, as receitas previstas serão desdobradas, pelo Poder Executivo, em metas bimestrais de arrecadação, com a especificação, em separado, quando cabível, das medidas de combate à evasão e à sonegação, da quantidade e valores de ações ajuizadas para cobrança da dívida ativa, bem como da evolução do montante dos créditos tributários passíveis de cobrança administrativa.

Seção II

Da Renúncia de Receita

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar

acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: (Vide Medida Provisória nº 2.159, de 2001) (Vide Lei nº 10.276, de 2001)

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§ 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

§ 3º O disposto neste artigo não se aplica:

I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º;

II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.

Não só as receitas, mas no campo despesas, a Lei de Responsabilidade Fiscal foi muito feliz, buscando evitar atitudes e ações irresponsáveis que quebrem a máquina pública, conforme verifica-se do texto legal:

CAPÍTULO IV DA DESPESA PÚBLICA

Seção I

Da Geração da Despesa

Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma

espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do caput constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.

Veja-se que para implementação de qualquer despesa há que se realizar um estudo do impacto, prevendo também de onde virá a receita para tais despesas. Assim, não se pode implementar programas, mesmo que com boas intenções de realizar os direitos sociais, a que se ter prioridades, planejamento e consciência gerencial.

Urge também como limitador da efetivação de determinados direitos sociais, o direito ao meio ambiente, pois quaisquer empreendimentos, a pretexto de realizar tais direitos também deve ser contidos quando afetarem o meio ambiente equilibrado e assim colocarem em risco as futuras gerações, nos termos constitucionais:

CAPÍTULO

VI

DO MEIO AMBIENTE

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Veja-se que a Constituição Federal pensou nas futuras gerações, adotando uma responsabilidade objetiva e solidária àqueles que de alguma forma interagirem com o meio ambiente.

Nesse viés ecológico, Frederico Amado (2015, pág. 60 e 61), traz a tona o princípio do desenvolvimento sustentável ou ecodesenvolvimento:

[...] tem previsão implícita na cabeça do artigo 225, combinado com o artigo 170, VI da Constituição Federal e expressa no Princípio 04 da Declaração do Rio: “Para se alcançar um desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada separadamente”, tendo sido plantada a sua semente mundial na Conferência de Estocolmo de 1972 [...].

Nesse mesmo sentido, segundo Edis Milaré (apud AMADO, 2015, pág. 61), são princípios da vida sustentável, conforme a União Internacional para a Conservação da Natureza, em Cuidando do Planeta Terra: uma estratégia para o futuro da vida:

- 1) respeitar e cuidar da comunidade dos seres vivos;
- 2) melhorar a qualidade da vida humana;
- 3) conservar a vitalidade e a diversidade do planeta;
- 4) minimizar o esgotamento de recursos não renováveis;
- 5) permanecer nos limites da capacidade de suporte do planeta Terra;
- 6) modificar atitudes e práticas pessoais;

- 7) permitir que as comunidades cuidem de seu próprio meio ambiente;
- 8) gerar uma estrutura nacional para a integração de desenvolvimento e conservação;
- 9) construir uma aliança global.

Logo, o que se deve levar como estratégia no desenvolvimento e implementação dos Direitos Sociais é o equilíbrio.

5. POSSIBILIDADE DE ADJUDICAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Diante de toda a teoria exposta vem a indagação sobre a possibilidade de implementação das políticas públicas por parte do Poder Judiciário.

Pode-se inferir alguns argumentos contrários como a limitação de orçamentos, pois o dinheiro é escasso.

Por outro lado, pode-se afirmar também em sentido contrário a esta implementação que o judiciário estaria interferindo na atribuição do Poder Executivo e portanto violando o princípio da separação dos poderes.

Também se poderia aduzir a relatividade dos direitos fundamentais e sociais, somada ao aspecto meramente programático dos direitos sociais.

Já por outro lado, notadamente em favor da possibilidade, mesmo que excepcional do Poder Judiciário implementar, no caso concreto, os direitos sociais, vem a inafastabilidade da jurisdição, princípio insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Política.

Também em sentido favorável a implementação vem o princípio da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, máxima efetividade das normas constitucionais e força normativa da Constituição.

Para arematar, se de um lado tem-se o princípio da reserva do possível, de outro surgem os princípios do mínimo existencial e da vedação do retrocessosocial, conforme lições de Marcelo Novelino (2016, pág. 461 a 465):

[...] A reserva do possível pode ser compreendida como uma limitação fática e jurídica oponível, ainda que de forma relativa, à realização dos direitos fundamentais, sobretudo, os de cunho prestacional... A expressão mínimo existencial surgiu na Alemanha, em uma decisão do Tribunal Federal Administrativo de 1953, sendo posteriormente incorporada na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional daquele país. Deduzido a partir de princípios da dignidade da pessoa humana, a liberdade material e do Estado Social, o termo designa um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis a uma vida humana digna. No âmbito dos direitos sociais, Ana Paula de Barcellos (2002), aponta a saúde, a educação, a assistência aos desamparados (alimentação, vestuário e abrigo) e o acesso à justiça como direitos integrantes do mínimo existencial e que, por conseguinte, deve ter prioridade na formulação e execução das políticas públicas... O princípio da vedação de retrocesso, o qual proíbe a redução injustificada do grau de concretização alcançado por um direito fundamental prestacional, tem sido objeto de inúmeras controvérsias doutrinárias [...].

Sobre tal dilema escreveu Marcelo Novelino (2016, pág. 460 e 461).

[...] A implementação e proteção de qualquer espécie de direito fundamental requer, direta ou indiretamente, significativa alocação de recursos materiais e humanos. No caso dos direitos sociais, contudo, o custo especialmente oneroso e a escassez de recursos orçamentários dificultam a concretização em níveis desejáveis e impõem escolhas trágicas (Guido Calabresi e Philip Bobbit), por cada decisão alocativa de recursos envolver, implicitamente, uma dimensão desalocativa (SARMENTO, 2009). Em sociedades democráticas, é usual a consagração de parte dos direitos sociais em normas de textura aberta ou de caráter principiológico, a fim de possibilitar diferentes níveis de concretização. Ante a impossibilidade desse atender satisfatoriamente todos os direitos contemplados no texto constitucional, no caso de demandas igualmente legítimas, o princípio democrático impõe seja conferida primazia às prioridades definidas pelo Legislativo e pelo Executivo, poderes públicos cujos Membros foram eleitos para esse fim. Isso não significa, entretanto, a impossibilidade de adjudicação dos direitos sociais. Mesmo porque, a democracia não se esgota na manifestação da vontade da maioria, na realização de eleições periódicas, no sufrágio universal e na possibilidade de alternância de poder. A formação de uma vontade verdadeiramente livre pressupõe a fruição de direitos básicos por todos os cidadãos [...].

Veja-se então, do pensamento do autor que *a priori*, a implementação dos direitos sociais é dever do Poder Legislativo, criando leis e regulamentando a forma de implementação e do Poder Executivo, executando as políticas públicas. Todavia, não se descarta que o Poder Judiciário, excepcionalmente possa ser acionado.

Também, de acordo com o autor, a tese de ser norma programática os direitos sociais, caiu por terra, conforme se verifica:

[...] O entendimento de que as normas de direito sociais, portarem caráter meramente programático, são insuscetíveis de conferir direitos subjetivos adjudicáveis encontra-se superado [...] (NOVELINO, 2016, pág. 460).

Nesse mesmo sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE393.175 AgR/RS, relatoria do Ministro Celso de Mello em 12/12/2006:

[...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado [...].

Logo, o gesto de não implementar direito social é irresponsabilidade do Membro do Poder Público, seja ele de quaisquer esferas de governo.

Também vale lançar mão de trecho da ADPF 45 MC/DF, da relatoria do Ministro Celso de Mello:

[...] 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 [...].

Assim, não se descarta a reserva do possível, mas não se pode utilizar, o pretexto das limitações orçamentárias, de forma mentirosa, para enganar a população e não implementar determinada política pública.

Esses institutos são característicos de uma adaptabilidade do Direito Penal que se presta a criar mecanismos de equilíbrio, de modo a evitar, penas desproporcionais e manter a finalidade do instituto, qual seja, a manutenção das relações sociais evitando a autotutela e os possíveis excessos que dela decorram, ou seja, de modo a garantir que o encarceramento seja a “última ratio” e a prisão mantenha-se como exceção e não uma regra. Nessa esteira, apresenta-se a concessão de indulto como forma positiva de impedir encarceramentos excessivos e promover a inclusão social do apenado.

O indulto, assim como a graça e a anistia, segundo relatos teriam origem na Grécia, durante o governo de Sólon que acabou por implementar um regime de natureza democrática de modo a conceder o perdão a todos perseguidos, resguardadas pequenas exceções e paralelamente, em Roma, vigorava a chamada “*generalis abolitio*”.

Na época medieval havia concessão de benefícios de acordo com a liberalidade do senhor feudal, porém, na Revolução Francesa (1791), os institutos da anistia, graça e indulto foram positivados no texto da constituição, sendo certo que sua concessão era privativa do Presidente da República.

Conforme Greco apud Maggiore (2009, p. 713):

[...] uma das mais antigas formas de extinção da pretensão punitiva é a indulgência do príncipe, que se expressa em três instituições: a anistia, o indulto e a graça. A indulgentia principis se justifica como uma medida equitativa endereçada a suavizar a aspereza da justiça (*supplementum iustitiae*), quando particulares circunstâncias políticas, econômicas e sociais, fariam esse rigor aberrante e iníquo. Desse modo, atua como um ótimo meio de pacificação social, depois de períodos turbulentos que transtornam a vida nacional e são ocasião inevitável de delitos.

No Brasil, assim como a anistia e a graça, o indulto possui longa história, tendo origem na época colonial, quando existiam as capitanias hereditária e o critério para sua utilização cabia exclusivamente aos donatários bem como as formas para sua obtenção.

No ano de 1824 o indulto, bem como a anistia, passam a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro já que insculpidos na Constituição, sendo certo que eram de responsabilidade do Imperador.

Nos dias atuais, conforme já delineado, o indulto, que pode ser total ou parcial, é causa de exclusão da punibilidade (artigo 107 II do CP) que busca conceder benefício coletivo a apenados em análise que se pauta em critérios objetivos e subjetivos, sendo de competência exclusiva do Presidente da República na forma do artigo 84 inciso XII da CRFB. Importante ressaltar que não raro, é estabelecida relação entre saídas temporárias e o indulto o que acaba gerando grande contrariedade da sociedade em aceitar tal instituto, já que não raro há notícias de apenados que foram beneficiados pelas saídas temporárias e não retornaram ou até mesmo cometeram novos delitos (FRANCO 2000, p. 76).

Ocorre que tal entendimento encontra-se equivocado, já que, conforme demonstrado a concessão de indulto é decorrência lógica da evolução do direito penal, buscando, portanto, a ressocialização do preso e reforçando a ideia da dignidade da pessoa humana.

As modificações observadas, portanto, são fruto de um amadurecimento racional, que levou a sociedade a abandonar penas pautadas em violência e se dirigiu a atuar na origem do problema de forma a conferir punição consciente e eficaz ao indivíduo delituoso. Os institutos da anistia, graça, e em especial o indulto, discutido no presente trabalho, embora elencados na parte geral, possuem relação indiscutível com a execução penal, já que sua aplicação ocorre quando da aplicação da pena (GRECO apud MAGGIORE 2009, p. 197).

Assim, a sentença transitada em julgado que poderia parecer uma inviabilidade total de reintegração do prisioneiro, representa também novas oportunidades para que esse durante o cumprimento de sua pena e até mesmo através de benefícios vá reconquistando sua condição de cidadão.

São medidas como o benefício ora discutido que permitem a continuidade do equilíbrio social e buscam efetivamente a satisfação de um ideal maior sem a utilização de métodos meramente profiláticos e que de fato não trazem resultados práticos.

No ano de 2011, mostra-se desnecessário dizer que a violência, de forma indelével, gera violência e que esse não é o caminho para a solução de nossos problemas sociais, de modo que medidas menos gravosas podem ser mais efetivas no combate ao crime, quando evitadas de meios de incentivo ao desenvolvimento dos indivíduos criminosos (GRECO apud MAGGIORE 2009, p. 198).

Nesse diapasão das mudanças sociais, o judiciário vem ponderando a possibilidade de concessão de indulto àqueles que se encontram em condições especiais, pessoas que na prática, não oferecem perigo a sociedade e que, portanto, estão presas por mera formalidade legal.

5.2 ANISTIA, GRAÇA E INDULTO

Dentre as implicações geradas pela Lei nº 8.072/90, no âmbito do direito material há que se ressaltar as relativas as causas extintivas de punibilidade, livramento condicional, penas restritivas de direitos, suspensão condicional da pena, e principalmente, um dos pontos mais discutidos, a proibição do regime progressivo.

Dispõe o no artigo art. 5º, inciso XLIII, da CRFB/88:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

A vedação de concessão de indulto, por sua vez, foi marcada pelo legislador infraconstitucional no artigo 2º, inciso I, da Lei n.º 8.072/90:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; Desse modo, os sentenciados pela prática de crimes inseridos no rol de hediondos ou equiparados a estes não podem receber indulto (seja individual ou coletivo, pleno ou parcial, ou ainda de natureza humanitária). Isto porque, a norma encontra-se positivada em nosso ordenamento jurídico e conseqüentemente amparada pelo princípio constitucional da legalidade.

São consideradas causas extintivas de punibilidade, dentre outras, a anistia, a graça e o indulto. Anistia é o ato pelo qual o poder soberano, cobre com o véu do olvido certas infrações criminais, e, em consequência, impede ou extingue os

processos respectivos e torna de nenhum efeito penal as condenações. Destarte, somente através de lei que tramitou, regularmente pelo Congresso Nacional e foi sancionada pelo Presidente da República, é que se viabiliza a anistia.

Por sua vez, Franco (2000, p. 40), possui dois significados, que segue:

Num sentido mais amplo, engloba a anistia, a graça em sentido estrito, o indulto e a comutação. Todos esses atos refletem formas de expressão da indulgência soberana, isto é, do poder do Estado de conceder clemência, de perdoar determinados criminosos ou se extinguir, da memória político-jurídico, certos crimes. Em sentido estrito, graça é a manifestação da indulgência soberana, da competência do Presidente da República e que se traduz na extinção total ou parcial da pena imposta na decisão condenatória transitada em julgado, pelo menos, pelo Ministério Público.

Validamente, o instituto do indulto, em relação a seus efeitos, é idêntico ao instituto da graça. Embora reine na legislação penal brasileira uma certa precisão na fixação dos limites entre os conceitos de graça e indulto, força é concluir que a área de significado desses conceitos pode ser devidamente demarcada.

Graça é o benefício que deve ser solicitado pelo interessado, embora o Chefe do Executivo possa concedê-la espontaneamente; já o indulto é ato de vontade discricionária do Presidente da República. Além disso, é a graça a favor individual e pessoal (determinado), que se destina a um ou mais condenados, desde que devidamente individualizados. Já o indulto é coletivo e impessoal (indeterminado), comutando penas de condenados que se encontrem na situação político-jurídico estabelecida no ato normativo.

A Constituição Federal dispõe expressamente (CF, art. 5º, XLIII) que os crimes hediondos e equiparados serão insuscetíveis de anistia e graça, tendo a legislação infraconstitucional, através do diploma legal em comento (art. 2º), efetuado o acréscimo do indulto (JESUS 2002, p. 124).

Dessa forma, o legislador ordinário foi além das causas extintivas de punibilidade mencionadas na Constituição Federal, o que vem gerando acirrados debates doutrinários acerca da inconstitucionalidade do referido acréscimo.

Damásio Evangelista de Jesus entendeu ter o art. 2º, I, da Lei nº 8.072/92 “proibido a graça, em sentido amplo, compreendendo, na área desse conceito, a graça, em sentido estrito, e o indulto”³⁵.

Em sentido contrário posicionam-se Toron e Franco, para quem é inaceitável a proibição do indulto por Lei ordinária, pois, no art. 84, XII, a Constituição prevê

expressamente o indulto e o atribui à competência discricionária do Chefe do Executivo.

Assegura Franco (2000, p. 345):

(...) dessa forma, esse poder discricionário somente encontra seu efeito no próprio texto constitucional, não podendo ser restringido pelo legislador ordinário. O dispositivo do inc. I do art. 2º, da Lei 8.072/90 está, portanto, evidenciado de flagrante inconstitucionalidade notório que estende aos delitos especificados na referida lei à proibição do indulto³⁶.

Ressalta-se, por fim, que, em relação ao crime de tortura, definido na Lei nº 9.455, de 7.4.1997, o § 6º, do art. 1º, expressamente, afirmou: O crime de tortura é insuscetível de graça ou anistia. Dessa forma, acabou por revogar a proibição à concessão do indulto ao crime de tortura, prevista anteriormente pela Lei dos Crimes Hediondos de 1990, uma vez que, de acordo com o art. 2º, § 1º da LICC37, a lei posterior também revoga a lei anterior quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

6. CONCLUSÃO

Do exposto, pode-se concluir que dos direitos fundamentais estão em constante evolução e deve ser, cada vez mais, afirmados nas presentes e futuras gerações, pois representam uma conquista do povo em prol a limitação do poder estatal.

Os direitos sociais fazem parte dos direitos fundamentais e como tais representam uma segunda dimensão de avanço, permitindo que o indivíduo, agora exigir do Estado a implementação de políticas de bem estar.

Nessa linha, é evidente que a dignidade da pessoa humana não pode ser legitimamente exercida, senão pela implementação dos direitos sociais, notadamente ligados à saúde, à educação, a moradia, ao trabalho, à assistência e o amparo .

Por outro lado, é inegável que o Estado possui limites de ordem econômica, financeira, tributária e ambiental, para citar algumas, mas isso não deve ser utilizado como pretexto para inviabilizar a implementação dos direitos sociais.

Dessa forma, todos possuem responsabilidades na implementação dos direitos sociais, seja a inicial responsabilidade do Poder Legislativo, criando normas primárias, de forma responsável, bem como o Poder Executivo, realizando, dentro de um cenário comprometido com a solidariedade, eficiência e responsabilidades social e fiscal.

Todavia, não deve o Juiz, diante da máxima efetividade das normas constitucionais, da força normativa da constituição, do mínimo existencial, da inafastabilidade da jurisdição, do poder geral de cautela e da vedação do retrocesso social, todos alinhados ao núcleo essencial da dignidade humana, fazer valer a vontade última da Constituição.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. **Direito ambiental esquematizado**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Norberto Bobbio. tradução de Carlos, 1909

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 9 ed. São Paulo: Editora Malheiros.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. Editora Saraiva. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed." edição revista. Coimbra-Portugal: editora do Advogado, 1993.

Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DE ALMEIDA, Edvaldo Nilo. **Direito tributário**. Tomo I. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito Economico para concursos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Princípios Fundamentais do direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LEITE, Harrison. **Manual de direito financeiro**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 28 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARIONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional** - 4ª Ed. 2015.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

NELSON, Coutinho, **apresentação de Celso Lafer**. - Nova ed.- Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. – 7º reimpressão.

NOVELINO, **Marcelo**. **Direito Constitucional**. 11ed. Salvador: Editora Juspodvm,2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 .ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.