

**A DIMENSÃO ECONÔMICA DOS DIREITOS HUMANOS E A TUTELA DE DIREITOS
MÍNIMOS NO BRASIL EM TEMPOS DE CRISE: ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL?***

THE ECONOMIC DIMENSION OF HUMAN RIGHTS AND THE PROTECTION OF
MINIMUM RIGHTS IN BRAZIL IN TIMES OF CRISIS: STATUS OF
UNCONSTITUTIONAL THINGS?

Clara Cardoso Machado Jaborandy**

Liziane Paixão Silva Oliveira***

RESUMO: Este artigo tem por objeto a dimensão econômica dos direitos humanos e a verificação da tutela dos direitos mínimos no Brasil em tempos de crise. A pesquisa buscou examinar se há no Brasil uma violação generalizada a direitos humanos mínimos, compreendendo um estado de coisas inconstitucional em relação a alguns direitos. Por meio do método dedutivo, o artigo problematizou a questão dos custos dos direitos e sua relação com a tutela de direitos mínimos que dependem de escolhas orçamentárias para concretização. Diante disso, foi apresentada, em primeiro lugar, a dimensão econômica dos direitos. No segundo momento demonstrou-se o problema da escassez e como essa questão deve ser enfrentada em face do mínimo existencial. Por fim, sustentou que a inefetividade de políticas públicas aptas a garantir direitos mínimos

* Artigo recebido em: 01.11.2017

Artigo aceito em 19.12.2017

** Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós graduada em direito público pela Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Professora do Mestrado em Direitos Humanos da UNIT e de cursos de Graduação e pós graduação da UNIT, Ciclo Renovando Conhecimentos e EJUSE. Coordenadora do grupo de pesquisa "Direitos Fundamentais, novos direitos e evolução social" presente no diretório do CNPQ. Advogada militante em Direito Público. Vice-presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/SE. <http://lattes.cnpq.br/1329591654395691>. E-mail: claracardosomachado@gmail.com.

*** Possui graduação em Direito pela Universidade Tiradentes (2002), Pós-graduação em Direito Ambiental pelo UniCEUB (2004), Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (2006), Doutorado na Universidade Aix-Marseille III, na França (2012), Pós- Doutorado pela Universidade Aix-Marseille III, na França (2014-2015). Coordenadora do Programa de Pós Graduação em Direito/ Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, Direito internacional do comércio e ambiental, Direito europeu, Direito do Mercosul. <http://lattes.cnpq.br/0615371552742240>. E-mail: lizianeoliveira1@yahoo.com.br.



em tempos de crise acarreta no que a doutrina denomina de estado de coisas inconstitucional.

Palavras-chave: dimensão econômica; direitos humanos; tutela; estado de coisas inconstitucional.

ABSTRACT: This article aims at the economic dimension of human rights and the verification of the protection of minimum rights in Brazil in times of crisis. The research sought to examine whether there is a widespread violation of minimum human rights in Brazil, including an unconstitutional state of affairs in relation to some rights. By means of the deductive method, the article problematized the question of the costs of the rights and their relation with the protection of minimum rights that depend on the budgetary choices to be made. In the first place, the economic dimension of rights was presented. In the second moment the problem of scarcity was demonstrated and how this question must be faced in the face of the existential minimum. Finally, he argued that the ineffectiveness of public policies able to guarantee minimum rights in times of crisis entails what the doctrine calls unconstitutional state of affairs.

Keywords: economic dimension; human rights; guardianship; unconstitutional state of affairs.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a dimensão econômica dos direitos humanos bem como a verificação da tutela dos direitos mínimos no Brasil em tempos de crise.

Partindo-se da compreensão de Joaquim Herrera Flores de que falar de direitos humanos é falar da “abertura de processos de luta pela dignidade humana”¹, a pesquisa buscou examinar se há no Brasil uma violação generalizada a direitos humanos mínimos, compreendendo um verdadeiro estado de coisas inconstitucional em relação a alguns direitos.

Por meio do método dedutivo, o artigo problematizou a questão dos custos dos direitos e sua relação com a tutela de direitos mínimos que dependem de escolhas orçamentárias para sua concretização. O material utilizado foi bibliográfico e

¹ FLORES, Joaquin Herrera. A (Re) invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009, p. 21.



jurisprudencial, tendo em vista ser imprescindível a análise fática para os objetivos propostos, que consiste em contrapor paradigmas teórico-conceituais e examinar como o Judiciário vem agindo para efetivação dos direitos mínimos.

Diante disso, foi apresentada, em primeiro lugar, a dimensão econômica dos direitos humanos a partir da teoria crítica e da percepção dos custos dos direitos de Cass Sustein e Stephen Holmes. No segundo momento demonstrou-se o problema da escassez e como essa questão deve ser enfrentada em face dos direitos humanos mínimos. Por fim, sustentou que a inefetividade de políticas públicas aptas a garantir direitos mínimos em tempos de crise acarreta no que a doutrina e jurisprudência denominam de estado de coisas inconstitucional.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A DIMENSÃO ECONÔMICA DOS DIREITOS HUMANOS

Antes de discorrer sobre a tutela dos direitos mínimos no Brasil em tempos de crise, cumpre tecer alguns comentários sobre a questão econômica dos direitos humanos, com o intuito de compreender como o poder público deve lidar com a escassez de recursos na tutela de direitos humanos mínimos, e, ato contínuo, verificar se há no Brasil uma violação generalizada a esses direitos em tempos de crise.

De início, cumpre sublinhar a relevância da perspectiva econômica para compreensão dos direitos humanos, uma vez que, como produtos da cultura, não poderão se afastar da realidade.

Partindo dos ensinamentos de Amartya Sen², que vincula a perspectiva da liberdade como desenvolvimento, e agrega ao conceito de liberdade os direitos sociais e a sobrevivência com dignidade, tem-se como inafastável a dimensão econômica dos direitos. Assim, o discurso dos direitos humanos deve estar atento ao sistema econômico não sendo crível uma universalidade de receitas, de modo a garantir a tutela de todos os direitos humanos.

Entretanto, a complexidade econômica dos direitos humanos acompanhou os modelos de Estado e suas especificidades. O Estado Liberal, por exemplo, construiu a ideia de que a economia servia para justificar a luta por direitos com o intuito de conseguir o maior benefício individual, dentro de um ambiente de escassez dos meios e recursos exigíveis.

² SEN, Amartya. *Desevolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.



Na perspectiva de Joaquim Herrera Flores³, “o dogma da escassez transforma em “racional” uma ação estratégica de apropriação dos meios necessários para “jogar” no mercado, relegando ao irracional, ou ao antieconômico, qualquer esforço para criar condições dignas de vida para todos”. Apesar da crítica no sentido de que se cria a crença universal de que não há recurso suficiente para todos, numa teoria realista e crítica dos direitos humanos não se pode afastar a dimensão econômica.

Cass R. Sustein e Stephen Holmes⁴, na obra *the cost of rights* sustentam que todos os direitos, desde os tradicionalmente denominados como direitos a prestações, até os direitos de defesa (liberdade), para que sejam realizados, geram custos aos cofres públicos. Nesse sentido, todos os direitos são positivos e dependem de algum tipo de prestação estatal para sua efetivação, fato que implica despesas ao erário público.

A teoria imantada pelos autores parte da premissa da sindicabilidade dos direitos, na medida em que há uma estrutura disponibilizada permanentemente pelo Estado (Poder Judiciário, corpo de bombeiros, segurança pública, etc.) para garantia dos mesmos. Portanto, quaisquer direitos, indistintamente, representam despesas a serem suportadas pelo Estado e, em última análise, pela sociedade⁵.

Ao considerar que a aplicação e efetivação dos direitos, sejam eles individuais ou sociais, dependem de uma ação positiva do Estado, que, por sua vez, carece de recursos econômico-financeiros, arrecadados junto aos contribuintes individualmente considerados, para funcionar, “chega-se à conclusão de que direitos só existem onde há fluxo orçamentário que permita”⁶.

Inevitavelmente, não há como proteger ou viabilizar o exercício de um direito, em sua plenitude, sem financiamento público ou privado⁷.

Tendo-se em mente que a efetivação dos direitos depende de meios econômicos, financiados pelos contribuintes e administrados pelo Estado, alcança-se a conclusão lógica da inexistência de direitos absolutos e que deve-se levar em consideração no conceito de direito subjetivo a questão dos custos. Ou seja, as condições econômicas e financeiras são importantes para definição dos direitos⁸.

³ FLORES, Joaquin Herrera. A (Re) invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

⁴ HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. The Cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

⁵ Idem.

⁶ GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 204.

⁷ Cumpre registrar que o Estado, apesar de ser o maior financiador, não é o único responsável pela viabilização do exercício dos direitos fundamentais, eis que o terceiro setor também investe recursos, com o intuito de concretizar tais direitos para a coletividade.

⁸ HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. Op. cit., p. 123.



Tal assertiva resta evidente, quando se parte do pressuposto que os recursos públicos são escassos, circunstância que inviabiliza o exercício pleno de todos os direitos para todos os cidadãos⁹. Consequentemente, efetivar direitos implica realizar escolhas de alocação de recursos, de maneira que alguns direitos serão concretizados, enquanto outros não.

Na percepção de Cass R. Sustein e Stephen Holmes, o reconhecimento dos custos dos direitos permite que a teoria jurídica seja mais realista a ponto de examinar de maneira aberta a competição por recursos escassos que, obrigatoriamente, geram reflexos nos direitos humanos¹⁰.

Contudo, o dogma da escassez não pode atingir a tutela de direitos humanos mínimos, sob pena de subverter a ordem interna e internacional, que preconizam o desenvolvimento da economia com o respeito da dignidade.

2 CUSTOS DOS DIREITOS HUMANOS E O DOGMA DA ESCASSEZ

Como ficou demonstrado, a dimensão econômica dos direitos é realidade irrefragável que não pode ser negligenciada, sob pena de transformar direitos humanos em válvulas retóricas, em meros discursos simbólicos de manipulação das massas, álibi em favor dos agentes políticos dominantes¹¹.

Decerto, não há como negar atrelamento necessário entre efetivação de determinados direitos humanos e existência de recursos públicos ou privados para provê-los. Ao se lançar um olhar sobre a realidade nacional, verifica-se que, em sua maior parte, os direitos sociais preconizam regulamentação através de políticas públicas, que dependem, substancialmente, das possibilidades financeiras da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município para serem implementadas.

No Brasil, o planejamento da atividade financeira ocorre através do orçamento, que consiste no instrumento de ação do Estado que fixa os objetivos a serem atingidos. Regis Fernandes de Oliveira conceitua orçamento como:

⁹ HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. *The Cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999, p. 97.

¹⁰ *Ibidem*, p. 98.

¹¹ A Constituição álibi é um dos tipos de constitucionalização simbólica descrita por Marcelo Neves. “Dela não decorre nenhuma modificação real no processo de poder. No mínimo, há um adiantamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se esta fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social.” (NEVES, 2007, p. 105).



“lei periódica que contém previsão de receitas e fixação de despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado, de cumprimento obrigatório, vinculativa do agente público”¹².

Indiscutivelmente, o orçamento é o caminho por meio do qual se permite realizar políticas públicas, essenciais à concretização dos direitos sociais. Vislumbra-se, por conseguinte, nítida conexão entre direitos sociais e orçamento.

Não é demais lembrar que o problema dos custos não está restrito aos direitos sociais. Todavia, sublinhe-se que o dispêndio com direitos de liberdade ou defesa não funcionam da mesma forma que os decorrentes da implementação de direitos sociais. Por óbvio, a despesa com a máquina judiciária ou policial existe independentemente de necessidades individuais, ao contrário dos gastos com políticas públicas para realização de direitos sociais, que dependem das necessidades do caso concreto¹³.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴ preleciona que o “fator custo” não é elemento impeditivo da efetivação de direitos pela via judicial, admitindo, assim, a “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa. *Contrario sensu*, a realização dos direitos sociais prestacionais se sujeita, inexoravelmente, à conjuntura econômica em que estão inseridos.

Apesar de tais considerações, importa, neste momento, compreender as repercussões advindas da finitude dos recursos públicos à efetivação dos direitos sociais. Com efeito, observa-se grande desproporcionalidade entre as necessidades sociais (infinitas) e a escassez de recursos públicos para supri-las. Em decorrência deste cenário, a efetivação dos direitos sociais pressupõe escolha do Legislativo e do Executivo acerca dos instrumentos de deliberação de verbas para atendimento e realização de políticas públicas.

¹² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 318.

¹³ José Reinaldo de Lima Lopes destaca: “Quem precisa da defesa de seus direitos de liberdade ou mesmo de seus direitos patrimoniais tradicionais, gasta recursos públicos que serviram ao pagamento e manutenção da infra-estrutura estatal. Mas não há necessária relação entre o custo de um processo judicial em particular e o benefício que o interessado obtém desse processo. Uma ação de despejo de valores módicos ou mesmo pequenos vale-se exatamente dos mesmos recursos que uma ação de grande complexidade jurídica, ou de uma ação que envolva grandes recursos para as partes envolvidas. O custo do aparelho judicial não me parece diretamente proporcional aos interesses em jogo e não joga, neste aspecto, um papel distributivo.”. Por outro lado, “o custo dos direitos sociais varia conforme a necessidade de cada indivíduo. Nestes termos, o serviço de saúde (...) tem um custo que depende diretamente da espécie de interesse que se quer atender no caso concreto. Nem todos ficarão doentes e nem todos custarão mais ou menos a mesma coisa para serem tratados”. (LOPES, 2008, p. 176 -177).

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 28.



NEPATS

É possível constatar, então, que haverá conflito por recursos escassos, mesmo porque a realização plena e incondicional de todos os direitos sociais encontra-se, tão somente, nos planos utópico e simbólico.

Por este prisma, os princípios da moralidade e da eficiência da Administração Pública serão indispensáveis para otimizar direitos sociais e garantir a justiça, tendo em vista que “o desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, gera injustiça com aqueles potenciais destinatários a que eles deveriam atender”¹⁵.

A fim de clarificar a compreensão em torno da escassez, vale reproduzir os conceitos traçados pelo sociólogo Jon Elster¹⁶:

Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos. Escassez pode ser natural-fracas ou natural-forte, quase-natural, ou artificial. Escassez natural-forte ocorre quando não há nada que possa ser feito para aumentar a oferta. Pinturas de Rembrandt são um exemplo. Escassez natural-fracas ocorre quando não há nada que possa ser feito para satisfazer a todos. O fornecimento de petróleo é um exemplo; o suprimento de órgãos para transplante é outro exemplo. Escassez quase-natural ocorre quando o suprimento pode ser fomentado, possivelmente até o ponto em que haja satisfação geral, somente pela ação espontânea dos cidadãos. A provisão de crianças para adoção e de esperma para inseminação artificial são exemplos. Escassez artificial ocorre quando o governo pode, se assim decidir, tornar o bem acessível a todos a ponto da satisfação universal. Dispensa do serviço militar e vagas em creches são exemplos¹⁷.

Com base na classificação proposta por Jon Elster pode-se afirmar que a questão da disponibilidade financeira deve ser enquadrada na escassez artificial, por

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65.

¹⁶ “*That a good is scarce means that there is not enough of it to satiate all individuals. Scarcity can be (weakly or strongly) natural, quasi-natural, or artificial. Strong natural scarcity arises when there is nothing anyone could do to increase the supply. Paintings by Rembrandt are an example. Weak natural scarcity arises when there is nothing anyone could do to increase the supply to the point of satiating everybody. The provision of oil is an example; the supply of cadaver organs is another. Quasi-natural scarcity arises when the supply could be increased, possibly to the point of satiation, only by the uncoerced actions of citizens. The supply of children for adoption and sperm for artificial insemination are examples. Artificial scarcity arises when the government could, if it so decided, make the good available to everyone to the level of satiation. Exemption from military service and provision of places in kindergarten are example*”. (tradução nossa). (ELSTER, 1992. p. 21-22).

¹⁷ ELSTER, Jon. Local Justice. New York: Russel Sage Foundation, 1992, p. 21-22.



dois evidentes motivos. Inicialmente porque o Estado pode extrair mais recursos da sociedade por meio da tributação, desde que coerente com os preceitos constitucionais, haja vista o dever dos cidadãos de contribuir para o sustento dos gastos públicos¹⁸. Demais disso, a escassez é artificial por ser resultado de decisão de política alocativa, ou seja, não há recursos suficientes para promover determinado fim, pelo fato de terem sido manejados para outra finalidade.

Exatamente por constatar a impossibilidade material de dar pleno atendimento a todas as obrigações prestacionais inerentes ao Estado, exsurtem decisões alocativas, muitas vezes amalgamadas em escolhas trágicas, por se tratarem de distribuições de bens escassos. Do conflito entre necessidades sociais e escassez de recursos a sociedade é chamada a enfrentar escolhas trágicas¹⁹.

Guido Calabresi e Philip Bobbit esclarecem a questão das escolhas trágicas, com fulcro no argumento de que a distribuição de certos bens comporta grande sofrimento ou pode ocasionar, até mesmo, a morte. Diante disto, propugnam que os métodos alocativos adotados levem em consideração, de um lado, os valores pelos quais a sociedade determinou os beneficiários dos bens escassos, e, de outro, valores morais que exaltem a vida e o bem-estar²⁰.

É inelutável perceber que, em face das opções existentes deverá haver eleição de prioridades pelo poder público. Isso não significa que as opções postergadas não sejam necessárias, mas que serão acolhidas em outro momento, de acordo com o ingresso de novos recursos e a valoração das necessidades, consoante restará demonstrado ao longo deste estudo.

De toda forma, parece sensato concluir que a questão dos custos, da escassez de recursos e das escolhas orçamentárias influenciam diretamente a concretização dos direitos. Quando judicializados, o argumento da escassez dos recursos como restrição ao reconhecimento do direito social é denominado genericamente como 'cláusula da reserva do possível'.

Contudo, é imperioso ressaltar que não foi este o sentido construído, originariamente, para designar a teoria da reserva do possível. Com efeito, a aludida teoria foi invocada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional da Alemanha no

¹⁸ CHULVI, Cristina Pauner. El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

¹⁹ *"In tali conflitti (...) devono infatti tentare di operare delle allocazioni in modo da preservare i fondamenti morali della collaborazione sociale e, se ci riescono, ta scelta tragica si tranformerà in una allocazione, che no sembra implicare alcuna contraddizione morale, evitando cosi conseguenze moralmente riprovevoli."* "Em tais conflitos (...) deve-se de fato tentar executar divisões de modo a preservar os fundamentos morais da colaboração social e, sendo assim tal escolha árdua se transformará em uma premiação, o que não implica em nenhuma contradição moral, evitando assim conseqüências morais reprováveis." (tradução nossa). (CALABRESI, 2006, p. 9).

²⁰ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Scelte Tragiche*. Milano: Giuffrè editore, 2006, p. 8-9.



juízo da decisão conhecida como *numerus clausus*, que versava sobre o direito de acesso ao ensino superior. Ao decidir a questão, o Tribunal firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável²¹.

A reserva do possível foi referida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão com base nos ditames da proporcionalidade e razoabilidade. Desta maneira, é possível afirmar que a reserva do possível, enquanto restrição a um direito fundamental, tem que observar um padrão de razoabilidade. Em outras palavras, não se pode exigir do Estado e da sociedade algo desarrazoado e desproporcional.

Após a paradigmática decisão da Corte Alemã, a teoria da reserva do possível foi difundida por inúmeros países. Nesse ambiente, a jurisprudência brasileira aderiu à aplicação do instituto à ordem jurídica nacional. Ocorre que, no Brasil, a cláusula da reserva do possível é constantemente invocada como barreira intransponível à efetivação dos direitos sociais, fato que, *concessa venia*, não deve ser acolhido, sob pena macular os valores constitucionais. Por certo, seguindo os ensinamentos de Andreas J. Krell, é evidente que “não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra sem levar-se em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos”²². Faz-se mister, portanto, adaptar a ideia de reserva do possível ao ordenamento jurídico brasileiro.

Na perspectiva de Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo Filchtner, necessário conferir uma tríplice dimensão à reserva do possível: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a

²¹ Confira-se o trecho do julgado: Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do art. 109, II GG, as exigências da harmonização econômica geral. (...) Como o Tribunal Constitucional Federal repetidas vezes enfatizou em relação ao direito fundamental da liberdade geral de ação (...), a *Grundgesetz* decidiu a tensão indivíduo-coletividade na acepção de dependência da vinculação com a coletividade da pessoa (*Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsbezogenheit*); o indivíduo deve, por isso, tolerar aqueles limites à sua liberdade de ação que o legislador prescrever para o cuidado e fomento da vida social coletiva nos limites do geralmente exigível, contanto que permaneça protegida a individualidade da pessoa. Essas considerações são válidas principalmente no campo da garantia de participação em benefícios estatais. Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. BVerfGE 33, 303, de 18 de junho de 1972. In: SCHWABE, 2005, p. 663-664.

²² KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 42.



disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, dentre outras; c) a proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e razoabilidade²³.

Didaticamente, pode-se afirmar que a reserva do possível revela uma perspectiva preponderantemente jurídica, “de mandamento de realização dos direitos fundamentais sociais dentro de um padrão de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de ferimento do sistema constitucional como um todo” e uma dimensão fática, “de mandamento de observação da realidade, da existência de recursos materiais e da exigência razoável e proporcional e alocação de recursos”²⁴.

A apreciação da escassez de recursos públicos não é condição de possibilidade para reconhecimento do direito, porém é elemento exterior, que pode comprometer sua efetividade. Dito de outro modo, a cláusula da reserva do possível não é um limite imanente (limite oriundo da própria estrutura e natureza do direito)²⁵, determinado em abstrato e aprioristicamente. Apenas diante do caso concreto deve-se ponderar a realidade econômico-financeira e, assim, limitar a efetividade do direito social.

Realmente é inadmissível que, num país em desenvolvimento como o Brasil, em que o povo carece tanto de prestações, haja um condicionamento preestabelecido para a garantia dos direitos sociais.

Outrossim, não se pode olvidar que a escassez de recursos para concretização dos direitos sociais é, na maioria das vezes, fruto de escolhas alocativas dos poderes públicos. Certamente, é extenuante de dúvidas que, em inúmeras ocasiões, “o que frustra a efetivação de tal ou qual direito (...) não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo direito”²⁶.

Com isso, não se pretende desconsiderar a dimensão econômica do direito. Logo, quando restar demonstrado equilíbrio, razoabilidade e observância dos preceitos constitucionais no processo de escolhas orçamentárias, tem-se por legítima a alegação da restrição da cláusula de reserva do possível para relativizar ou, até mesmo,

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al]. Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁴ LOPES, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008, p. 114.

²⁵ Advirta-se que há autores que interpretam a teoria dos limites imanentes de forma distinta do conceito tradicional. José Joaquim Gomes Canotilho, por exemplo, tenta amoldar sua definição à teoria dos princípios, senão veja-se: “os chamados limites imanentes são o resultado de uma ponderação de princípios jurídico-constitucionais conducente ao afastamento definitivo, num caso concreto, de uma dimensão que, *prima facie*, cabia no âmbito de um direito, liberdade e garantia.” (CANOTILHO, 2003, p. 1282).

²⁶ GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.



NEPATS

eliminar a exigibilidade do direito social²⁷. Em outros termos, a reserva do possível deve ser razoável e proporcional²⁸.

Parece ser este o entendimento de Gustavo Amaral, ao analisar a viabilidade de controle das escolhas orçamentárias pelo Judiciário na medida em que “cabe ao magistrado, então, questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal”²⁹.

Com lastro nestes argumentos, as repercussões dos custos dos direitos sociais deverão ser aquilatadas no caso concreto e não, *a priori*, como limite imanente, sob pena de enlanguescer a proteção aos direitos sociais³⁰.

Cumpra advertir, entretanto, que a restrição ao direito social deve respeitar o mínimo existencial. Assim, em relação ao mínimo existencial, não se vislumbra possibilidade de ponderação com base na escassez de recursos (reserva do possível), uma vez que trata-se de garantia de proteção mínima do direito social, indispensável à sobrevivência do titular com dignidade.

3 A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS MÍNIMOS NO BRASIL: ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL?

Em tempos de crise econômica e financeira como a que o Brasil está enfrentando desde 2014, os direitos sociais de caráter prestacional, que dependem de

²⁷ Interessante também a caracterização da cláusula da reserva do possível como “excludente de ilicitude” da conduta estatal, proposta por Wálber Araújo Carneiro. Segundo o autor: “a impossibilidade de cumprir determinado programa ou de conferir determinada prestação não constituirá, necessariamente, um ilícito praticado pelo Estado. A escassez de recursos, como um fato inexorável, servirá, desde que esteja caracterizada, como uma excludente para a efetivação da medida, o que não desnatura a existência de um direito subjetivo e do correlato dever do Estado”. (CARNEIRO, 2004, p. 383).

²⁸ Nesse sentido, Aline da Matta Moreira pontua: “Além da comprovada escassez de recursos, a arguição da reserva do possível pela Administração Pública exige uma análise proporcional e razoável da realidade fática em que incide. A razão é simples: nenhuma restrição aplicada aos direitos fundamentais pode tomar uma dimensão desproporcional e abusiva.” (MOREIRA, 2009, p. 148).

²⁹ AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha – em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

³⁰ Ana Carolina Lopes Olsen também critica a compreensão da cláusula da reserva do possível como limite imanente. Para tanto, aduz: “[...] ver na reserva do possível um limite imanente dos direitos fundamentais, ainda que seja logicamente aceitável, gera um grave enfraquecimento do sistema de proteção destes direitos, já que poderes constituídos legitimados a descrever o âmbito normativo de um direito, com seus limites inerentes, terão total discricionariedade para afirmar o que é possível e o que não é. (...) Em um Estado Democrático de Direito, é forçoso reconhecer que esta discricionariedade não pode ser total, mas deve se enquadrar aos objetivos traçados pela própria constituição”. (LOPES, 2008, p. 191).



REPATS

políticas públicas e normas orçamentárias para sua plena efetivação, são colocados em cheque diante da necessidade de redução de despesas e de escolhas orçamentárias.

Entretanto, malgrado reconhecer a dimensão econômica de tais direitos, não se pode afastar a necessidade de tutela efetiva dos direitos humanos mínimos que viabilizem a existência do indivíduo com dignidade.

A ideia de proteção ao mínimo existencial é decorrente da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que, em diversas decisões sublinhou que o Estado tem que garantir aos indivíduos as condições básicas para uma existência humana digna³¹.

Pensando-se o ser humano como centro do sistema jurídico, a garantia do mínimo existencial impõe a preservação do indivíduo, através de *standards* sociais mínimos. Abaixo do patamar mínimo, ainda que haja sobrevivência, não há dignidade³². Para construção do catálogo de condições mínimas amparadas pelo Estado as realidades sociais e econômicas de cada Estado serão determinantes. Certo é que, de acordo com o artigo 2º, parágrafo 1º, do pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, ratificado pelo ordenamento jurídico brasileiro em 24 de janeiro de 1992³³, é dever dos Estados signatários observar um *minimum core obligation*³⁴ de cada direito social.

O contraste entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos exerce importância ilustrativa nesse contexto. Evidentemente, pode-se afirmar que a prioridade de investimento em serviços sociais básicos, como serviços de saúde e educação fundamental, podem representar direitos sociais mínimos para países em desenvolvimento e não representar o mínimo para países desenvolvidos, que já concretizaram condições básicas de sobrevivência. Não surpreende, pois, que um país avalize em determinadas ocasiões o direito à saúde, à educação, à moradia de pessoas

³¹ Robert Alexy registra três decisões particularmente importantes no que concerne aos direitos fundamentais sociais, em que se infere a proteção ao mínimo existencial. “A decisão acerca da assistência social de 1951, a primeira decisão sobre *numerus clausus*, e a decisão sobre a Lei Provisória sobre o Ensino Superior Integrado da Baixa Saxônia. (ALEXY, p. 436).

³² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

³³ Art. 2º, §1º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – “Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

³⁴ Flávia Piovesan explica que a jurisprudência internacional, fomentada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem endossado o dever dos Estados de observar um *minimum core obligation* no tocante aos direitos sociais. Segundo a autora “O dever de observância do mínimo essencial concernente aos direitos sociais tem como fonte o princípio maior da dignidade humana, que é o princípio fundante e nuclear do Direito dos Direitos Humanos, demandando absoluta urgência e prioridade.” (PIOVESAN, 2009, p. 76).



NEPATS

com baixa renda como limiar mínimo, e outro garanta, por exemplo, o direito à cultura como mínimo existencial.

Nesse momento, importa verificar se direitos humanos mínimos são observados no Brasil, principalmente em tempos de crise financeira, ou se está diante de uma violação generalizada de direitos humanos, compreendida pela doutrina como estado de coisas inconstitucional.

O conceito de Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) origina-se das decisões SU-559 de 1997 e T-068 oriundas da Corte Constitucional colombiana, mas verdadeiramente se consolida com a decisão T-153/98. Define a jurisprudência colombiana que o Estado de coisas inconstitucional é mecanismo utilizado com o objetivo de dar solução a situações de vulnerabilidade de direitos humanos que tenham caráter geral e atinjam diversas pessoas e cujas causas sejam de natureza estrutural, exigindo-se assim, uma solução conjunta dos Poderes Públicos³⁵.

Objetivando dar efetividade a prevalência dos direitos humanos em sua ordem constitucional, a corte colombiana enumerou diversas medidas a serem tomadas ativamente por diversos entes do Estado para problemas enfrentados no sistema carcerário da Colômbia, como, por exemplo (1) a comunicação do ECI aos presidentes da Câmara, da República e do Senado, da Sala Penal da Corte Suprema de Justiça, (2) a solicitação de um planejamento do Ministério de Justiça em até três meses para reconstrução dos cárceres a fim de dar condições dignas aqueles que ali estão sob vista da *Defensoria del Pueblo*, dentre outros.

Assim como a Colômbia, o Brasil vem passando por sistemáticas violações de direitos humanos, principalmente em relação aos direitos de caráter prestacional. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro se enquadra no conceito de estado de coisas inconstitucional sendo urgente a adoção de providências estruturais e conjuntas dos poderes públicos e da sociedade para reverter essa situação³⁶.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos³⁷ para reconhecer o estado de coisas inconstitucional, exige-se que estejam presentes três pressupostos:

³⁵CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-153/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 14 de maio de 2017.

³⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 15 maio 2017.

³⁷ CAMPOS, Carlos. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 29 de jul 2017.



(...)

- a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;
- a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;
- a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc.

A violação de direitos humanos é patente no sistema carcerário brasileiro e a decisão do Supremo Tribunal Federal atesta essa realidade ao retratar a falência do sistema prisional, decorrente de políticas públicas ineficientes³⁸. Diante disto, o Supremo Tribunal Federal proibiu o poder executivo de fazer o contingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional e determinou que juízes e tribunais realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, possibilitando o comparecimento do preso à autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão. Ademais, o STF informou as autoridades do poder público para que tomem medidas cabíveis, firmando-se, assim, o entendimento de que o sistema carcerário brasileiro é de responsabilidade conjunta de diversos órgãos estatais e que a solução desses problemas somente seria efetiva diante de um pacto federativo de comprometimento com tal problemática.

Sem dúvida o problema do sistema carcerário brasileiro atenta contra direitos humanos mínimos, uma vez que não garante sobrevivência digna as pessoas que lá se encontram.

Vê-se também uma violação generalizada a direitos humanos mínimos por parte das autoridades públicas no tocante ao direito a saúde, que é diretamente ligado ao direito à vida, e vem sendo sonogado de forma sistêmica e contínua no Brasil, sem que seja vislumbrada intenção dos poderes públicos no sentido de resolver o problema.

³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. p. 17. Acesso em: 15 maio 2017.



NEPATS

Apesar de saúde ser uma prioridade da sociedade brasileira não há um compromisso estável e contínuo das políticas públicas para qualificar progressivamente seus resultados, razão pela qual há excesso de judicialização de demandas individuais que não resolvem o problema da coletividade.

No mesmo caminho, tem-se uma violação massiva e persistente ao conteúdo mínimo do direito a educação no Brasil vislumbrando-se uma falência estrutural das políticas públicas direcionadas para essa finalidade.

Urge, portanto, a adoção da técnica e o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional em relação à tutela do conteúdo essencial do direito à saúde e à educação, a fim de se propor um diálogo institucional entre os poderes públicos visando encontrar instrumentos aptos a adequar a execução das políticas públicas e assim combater a violação desses direitos. Ressalte-se que a interferência jurisdicional nesse caso deve ser dialógica, a fim de se possibilitar a promoção do estado democrático e o respeito aos direitos humanos.

CONCLUSÕES

A tutela efetiva dos direitos humanos não está dissociada de questões jurídicas, econômicas, políticas. Há, de fato, como pontuou Herrera Flores uma complexidade jurídica, científica, política e econômica em torno dos direitos humanos, que devem ser levadas em consideração a fim de se construir uma percepção crítica e realista.

Especificamente no tocante à dimensão econômica cumpre observar que os custos dos direitos não podem servir de barreiras intransponíveis para a concretização de direitos humanos mínimos sob pena de atingir diretamente a dignidade. Portanto, é importante fomentar a elaboração e execução de políticas públicas aptas a garantir direitos que possibilitem a existência digna. Essa busca por espaços de luta pela dignidade deve servir de parâmetro no momento das escolhas orçamentárias, principalmente em tempos de crise econômica e de escassez de recursos.

Não é, entretanto, o que se observa no Brasil. Ao analisar o sistema carcerário e as políticas públicas voltadas à saúde e à educação vislumbra-se uma violação generalizada a direitos humanos mínimos sendo premente uma ação dialógica e racional dos poderes públicos conduzida pelo Poder Judiciário ao constatar a existência de um estado de coisas inconstitucional.



NEPATS

REPATS, Brasília, V. 4, n° 2, p.521-537, Jul-Dez, 2017

ISSN: 2359-5299

E-mail: repats.editorial@gmail.com

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha – em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. Scelte Tragiche. Milano: Giuffrè editore, 2006.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. 6 reimpr. Coimbra: Coimbra editora, 2003.
- CAMPOS, Carlos. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 29 de jul 2017.
- CARNEIRO, Wálber Araújo. Escassez, eficácia e direitos sociais. Revista do Programa de pós-graduação em Direito da UFBA. Salvador: Faculdade de Direito: EDUFBA, jan./dez. 2004.
- CHULVI, Cristina Pauner. El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-153/98. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 14 de maio de 2017
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-762/2015. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>>. Acesso em: 16 de maio de 2017.
- ELSTER, Jon. Local Justice. New York: Russel Sage Foundation, 1992.
- FLORES, Joaquin Herrera. A (Re) invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.
- GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. The Cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton and Company, 1999.
- KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- LOPES, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.
- NEVES, Marcelo. Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al]. Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOPES, Ana Carolina Lopes. Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

MOREIRA, Aline da Matta. As restrições em torno da reserva do possível: uma análise crítica. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção nos sistemas internacional e regional interamericano. In: Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 5, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti e BARCELLOS, Ana Paula de [et al]. Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHWABE, Jurgen (org.). Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Tradução de Leornado Martins. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2010

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 15 de maio de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. p. 17. Acesso em: 15 de maio de 2017.



NEPATS

REPATS, Brasília, V. 4, n° 2, p.521-537, Jul-Dez, 2017

ISSN: 2359-5299

E-mail: repats.editorial@gmail.com