XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejamquaisforemosmeiosempregadossemprévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Edna Raquel Rodrigues S. Hogemann; Flavia Piva Almeida Leite; Saulo José Casali Bahia – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-614-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal da Bahia - UFBA
Salvador – Bahia - Brasil
https://www.ufba.br/

XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI – SALVADOR, realizado em parceria com a Universidade Federal da Bahia, apresentou como temática central "Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural". Essa temática estimulou calorosos debates desde a abertura do evento e desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias, que versaram, entre outros, sobre a ideia de diversidade ligada aos conceitos de pluralidade, multiplicidade, na intersecção de perspectivas que se destacam pelas diferenças, ou ainda, na tolerância mútua.

Em especial, a questão da eficácia social dos direitos e garantias fundamentais mereceu destaque no Grupo de Trabalho "DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III", na medida em que inequivocamente são questões que mais se acercam do princípio da dignidade da pessoa humana e da plenitude da cidadania, na medida em que propende a redução das desigualdades entre as pessoas, que pode proporcionar os indivíduos as mais completas e dignas condições de vida.

Sob a coordenação da Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos - Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, da Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite - Universidade Estadual Julio de Mesquita Filho - UNESP – SP e do Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia - Universidade Federal da Bahia, o GT "DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III" promoveu sua contribuição, com exposições orais e debates que se caracterizaram tanto pela atualidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

Eis uma breve síntese dos trabalhos apresentados:

A CAPTURA DA TEORIA DO SOPESAMENTO E A IMPORTÂNCIA DA CONSIDERAÇÃO DOS LIMITES MATERIAIS E JURÍDICOS À REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Érica Silva Teixeira , Saulo José Casali Bahia, abordou a ficção jurídica que gira em torno da eficácia plena dos direitos fundamentais através das relações econômicas ignoradas pela atuação jurisdicional e, em paralelo, sobre como o método de ponderação de interesses pode servir de reforço normativo para incrementar discursos ideológicos.

O artigo intitulado OS DEVERES INDIVIDUAIS DOS CIDADÃOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, de Joshua Gomes Lopes , Ivson Antonio de Souza Meireles, apresenta uma breve visão histórica dos deveres e da cidadania, analisando seus significados na Antiguidade clássica e os deveres individuais dos cidadãos presentes na Constituição Federal de 1988.

Isadora Beatriz Magalhães Santos e Luciana Lopes Canavez apresentaram o artigo intitulado: A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS: UMA ANÁLISE PELA BIOÉTICA DE INTERVENÇÃO que abordou um refletir sobre a eficácia horizontal como meio de promoção da equidade e da bioética interventiva.

OS REFLEXOS DA NOVA CONCEPÇÃO DE AUTONOMIA PRIVADA EM QUESTÕES DE GÊNERO, IDENTIDADE GENÉTICA E EUTANÁSIA, artigo de autoria de Riva Sobrado De Freitas , Danielle Jacon Ayres Pinto trouxe uma reflexão a respeito da necessidade da reconfiguração do Direito ao próprio Corpo, redesenhando seu conteúdo sob a ótica da Autonomia Privada Decisória.

Belmiro Vivaldo Santana Fernandes e Mônica Neves Aguiar Da Silva são os autores do artigo intitulado: PANORAMA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL FRENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA que abordou discriminação em razão da orientação sexual sob dois prismas: o da suposta auto degeneração do ser humano pelo exercício de sua orientação não-heterossexual e, em seguida, as atitudes dos que se proclamam heterossexuais ao agredirem moralmente os não-heterossexuais por acreditarem que estes são indignos.

UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DA TUTELA DE EVIDÊNCIA PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS, da autoria de Lucas Helano Rocha Magalhães e Juraci Mourão Lopes Filho teve por objetivo uma análise do principal meio de efetivação dos direitos fundamentais frente ao estado, o mandado de segurança, e estabelece um paralelo com a tutela de evidência que poderia ocupar seu espaço no ramo do direito privado.

Paulo Roberto Albuquerque de Lima apresentou o artigo A COMUNICAÇÃO REGIONALIZADA COMO DIREITO SOCIAL EM SUSPENSO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ, abordando um estudo concentrado no inciso III do artigo 221 da Constituição Federal de 1988, evidenciando a intenção do legislador constitucional de garantir um direito social importante: preservação de identidade cultural, que, entretanto, nunca foi regulamentado.

O artigo intitulado O REGISTRO DE NASCIMENTO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, da autoria de Alexsandro Aparecido Feitosa de Rezende e Rodrigo Rafael de Souza Picardi, trouxe a discussão a respeito do registro de nascimento, bem como os seus reflexos no mundo jurídico em especial no âmbito dos direitos fundamentais.

Os autores José Antonio Remedio e Fabricio Agnelli Barbosa apresentaram o artigo intitulado: O DIREITO ADQUIRIDO EM FACE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS ORIUNDAS DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO, que busca analisar o instituto do direito adquirido e sua oponibilidade à norma constitucional originária e derivado, explorando as controvérsias existentes sobre a matéria.

A CORRUPÇÃO COMO NEGAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS é o título do artigo de autoria de Maria Fausta Cajahyba Rocha, cujo objeto versou sobre as consequências que a corrupção desencadeia na sociedade contemporânea, notadamente no campo das violações dos Direitos Humanos.

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann apresentou o artigo intitulado: CONSTITUIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E PLURALISMO JURÍDICO: A POSSIBILIDADE DE CONTROLE À JURISDIÇÃO INDÍGENA NO BRASIL A PARTIR DA COMPARAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO EQUATORIANA em que realizou uma análise reflexiva acerca dos desafios e possibilidades de controle à jurisdição indígena no Brasil a partir da comparação com a constituição equatoriana, que assimilou o conceito de jurisdição indígena a partir do Novo Constitucionalismo LatinoAmericano.

A DEFESA DA PROPRIEDADE PRIVADA COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL: O RELEVANTE PAPEL DO CADE, da autoria de Jarbas José dos Santos Domingos, promoveu uma análise filosófica e jurídica da propriedade, bem como um estudo da história e dos dados oficias da desigualdade social no Brasil e do papel do Cade na redução das desigualdades sociais.

Na sequência, Luiz Carlos De Oliveira Paiva Júnior em seu artigo intitulado A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL propõe demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais, abordando sua previsão no Estado Democrático de Direito e tratando sobre sua eficácia irradiante e horizontal.

No artigo A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NUMA PERSPECTIVA LUSO-BRASILEIRA, Alyne Mendes Caldas discute a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da necessidade de proteção da autonomia da vontade, estabelecendo um diálogo entre o sistema constitucional brasileiro e o sistema constitucional português.

A seguir, Max Emiliano da Silva Sena, por meio do trabalho A FUNÇÃO DOS VALORES CONSTITUCIONAIS NA TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS propõe que no Pós-positivismo, o Direito reencontra-se com valores, outrora desconsiderados pelo Positivismo.

Em sua apresentação do trabalho intitulado A PROBLEMÁTICA DOS CUSTOS NO CAMPO DA EXECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL, Diogo Oliveira Muniz Caldas e Alvaro dos Santos Maciel apontam que na esteira do neoconstitucionalismo, o cumprimento e o respeito dos direitos fundamentais e sociais brasileiros, uma grande celeuma surge nos tribunais e na doutrina ao debruçarem-se acerca da proteção desses direitos. Concluindo que o desenvolvimento econômico não deve ser necessariamente contraposto aos diretos fundamentais, mas sim um instrumento para atingir seu efetivo cumprimento.

Por sua vez, Pedro Luis Piedade Novaes em seu artigo intitulado A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO SIGILO DA FONTE JORNALÍSTICA discorre que o resguardo do sigilo da fonte jornalística tem proteção expressa no artigo 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, todavia, apesar de ser uma garantia fundamental voltada para a profissão do jornalista, existem muitas críticas quando ao seu alcance, não havendo consenso na doutrina quanto ao modo como este instrumento de trabalho deva ser utilizado pela imprensa para divulgação de uma notícia.

No artigo ADPF: A DEFESA DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS NO CONTROLE JUDICIAL DE ATOS POLÍTICOS os autores Antonio Jose Souza Bastos e Felipe Jacques Silva discorrem que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental como importante ação constitucional que se presta à tutela dos preceitos fundamentais, não pode ser manejada em face de todos os atos de Poder Público, isto porque, os atos políticos têm sido afastados da apreciação do Poder Judiciário, em virtude de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo as apresentações, Breno Soares Leal Junior e Leandro José Ferreira, no artigo intitulado AS REPERCUSSÕES E DESDOBRAMENTOS DO JULGADO DA ADI 4983, E SUAS EXPECTATIVAS PARA OS ENTENDIMENTOS FUTUROS analisam o entendimento proferido sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983 ajuizada em face da lei cearense 15.299/13 que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural do estado.

No artigo intitulado CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, Rodrigo Garcia Schwarz e Candy Florencio Thome identificam como a atuação dos tribunais pode contribuir para a tutela dos direitos sociais fundamentais.

Por sua vez, Rogério Piccino Braga e Diomar Francisco Mazzutti discorrem sobre a pouca afinidade que o constitucionalismo brasileiro guarda com determinadas liberdades, decorre indubitavelmente de dois fatores tratados no texto a seguir. Primeiro deles, a inconsistente solidificação enunciativa e material do que se convencionou denominar de constitucionalismo, notadamente no que concerne às oscilações dos processos de democratização e redemocratização no Brasil. Segundo, sob a ótica global, a não previsão no contrato social - da forma como explicado por Thomas Hobbes e por Rousseau e ainda vigente - de demandas por liberdades sociais e jurídicas prementes.

Roberto Berttoni Cidade e TATIANE de souza em seu artigo intitulado DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEU ÂMBITO NORMATIVO: LIMITES IMANENTES OU CONFORMAÇÃO? apontam que os Direitos Fundamentais vêm das conquistas históricas, contendo valores sociais primordiais que, positivados, ganharam status direitos subjetivos, inseridos na mais alto patamar do sistema legal, cuja função de nortear e harmonizar o sistema depende do âmbito normativo à eles atribuídos, identificados nas óticas da teoria interna e externa.

Com o intuito de finalizar as discussões acerca desses direitos e garantias fundamentais, Rejane Franscisca dos Santos Mota apresenta o trabalho intitulado MÍDIA E DIREITO PENAL: ARTICULAÇÃO E INFLUÊNCIA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ACUSADO versou sobre as relações entre mídia e o Direito Penal no Brasil.

Por fim, os organizadores e coordenadores do Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais III parabenizaram e agradeceram aos autores dos trabalhos que compõem esta obra pela valiosa contribuição científica de cada um, o que por certo será uma leitura interessante e útil à comunidade acadêmica. Reiteramos a satisfação em participar da

apresentação desta obra e do CONPEDI, que se constitui, atualmente, o mais importante fórum de discussão e socialização da pesquisa em Direito.

Profa. Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann – UNIRIO / UNESA

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite – UNESP

Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A PROBLEMÁTICA DOS CUSTOS NO CAMPO DA EXECUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

THE PROBLEM OF COSTS IN THE FIELD OF THE IMPLEMENTATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: ALTERNATIVE SOLUTIONS FOR COMPLIANCE WITH THE MINIMUM EXISTENTIAL

Diogo Oliveira Muniz Caldas [1]
Alvaro dos Santos Maciel [2]

Resumo

Na esteira do neoconstitucionalismo, o cumprimento e o respeito dos direitos fundamentais e sociais brasileiros, uma grande celeuma surge nos tribunais e na doutrina ao debruçarem-se acerca da proteção desses direitos. A problemática consiste em identificar se devem ser observados de forma obrigatória ou se deve prevalecer a questão dos custos para a execução e cumprimento dos mesmos. Literatura específica, doutrinadores e teóricos do Teoria Crítica do Direito, da Filosofia, da Sociologia e Ciência Política foram consultados. Conclui-se que o desenvolvimento econômico não deve ser necessariamente contraposto aos diretos fundamentais, mas sim um instrumento para atingir seu efetivo cumprimento.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Teoria dos custos dos direitos, Reserva do possível, Mínimo existencial, Principiologia neoconstitucional

Abstract/Resumen/Résumé

On the basis of neo-constitutionalism, compliance and respect for Brazilian fundamental and social rights, an important discussion arises in the courts and in doctrine when considering the protection of these rights. The problem is to identify whether they must be observed in a mandatory manner or whether the cost issue must be prevailing for the execution and fulfillment thereof. Specific literature, lecturers and theoreticians of the Critical Theory of Law, Philosophy, Sociology and Political Science were consulted. It is concluded that economic development should not necessarily be opposed to fundamental rights, but rather an instrument to achieve its effective fulfillment.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Rights costs theory, Possible reserve, Minimum existential, Neoconstitutional principle

---

[1] Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (2016), Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2010). Advogado, pesquisador e docente.

[2] Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF, 2017), Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP, 2010), Advogado, pesquisador e docente.

INTRODUÇÃO

A constante busca do ser humano pela concretização da justiça tem deflagrado a crise do positivimo por sua simples subsunção da lei ao fato, e, por outro lado, um justo alargamento do espaço teórico e pragmático acerca do neoconstitucionalismo que, também intitulado de pós-positivismo, maneja os princípios por meio da ponderação, principalmente quando se põe a prova a implementação dos direitos e os custos que tal instrumentalização demanda. Deste modo, a ciência jurídica brasileira tem evoluído, inclusive sob os viéses de grandes celeumas doutrinárias e jurisprudenciais na medida em que são (re)discutidas as normas (leis e princípios) do Direito, no intuito de aproximar a eficácia da justiça e/ou a justiça da eficácia.

No Brasil, a Constituição Federal é fundamentada no princípio basilar da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e positiva direitos fundamentais sociais e individuais (art. 5º ao art. 17º). Destarte, justifica-se o presente estudo, que se vincula à esteira neoconstitucional e transdisciplinar , na medida em que daí advém uma problemática, pois, não obstante tratem-se de direitos assegurados constitucionalmente, constatam-se, muitas vezes, alegações de óbices orçamentários ("Teoria da Reserva do Possível") para a implementação eficaz dos mesmos.

Dessa maneira, no intuito de apresentar contributos para o desenvolvimento da ciência pós-positivista, esta pesquisa avalia precisamente os pontos e contrapontos referentes às chamadas "Teorias dos Custos do Direito", "Reserva do Possível" e "Mínimo Existencial, cujos referenciais teóricos aqui utilizados são Holmes & Sustein (2009), Dworkin (2010), Alexy (2011), Sen (2000), Barcellos (2006, 2008, 2011), Barroso (2006, 2008), Sarlet (2010), Bobbio (1992), Sgarbossa (2010).

Sabe-se que produzir uma crítica ainda se trata de um fator complexo haja vista a tarefa de definir o que é crítica e que postura um crítico deve manter em relação ao objeto a ser criticado. Para Gil (2008, p. 37), um estudo elaborado na esteira da metodologia da pesquisa encontra dificuldades na formulação das próprias críticas científicas, eis que identificar o problema com eficiência é uma capacidade que revela genialidade científica. Sem pretensão de esgotar o estudo, porém com a intenção de colaborar com o aprimoramento crítico doutrinário, se faz necessária a resolução do seguinte metaproblema[1] que pode ser assim explicitado:

[1] Admite-se sempre que o usuário das técnicas "saiba em que consiste o problema". Muitas vezes essa suposição não pode ser feita, quando se trata de problemas de urbanização, pobreza, desemprego, analfabetismo, superpopulação, etc. são tão complexos que não se pode precisar em que consistem. Chegamos a afirmar que tais problemas nunca poderão ser entendidos, no sentido em que chegamos a entender um problema de contabilidade

Na seara neoconstitucional, a Teoria dos Custos dos Direitos tem como base fundamental o entendimento que todos os direitos, independentemente da classificação adotada, devem ser entendidos como prestação positiva, pois, para que os mesmos possam ser exercidos com eficácia plena, necessitam do apoio financeiro oriundo do erário público. Porém, sob outro prisma, há aplicadores do Direito que se posicionam pela não aplicação de um direito fundamental/social, se houver, por exemplo, risco às finanças públicas, dando azo à Teoria da Reserva do possível e Teoria do Mínimo Existencial ao encampar indicação de que todos os cidadãos, para atingirem o conceito de vida digna, devem receber apenas o mínimo do Estado. Por conseguinte surgem as seguintes indagações que norteiam os objetivos desta pesquisa: *Como a aplicação da Teoria dos Custos do Direito e Teoria do Mínimo Existencial se relacionam com os direitos fundamentais positivados na Constituição Federal na implementação efetiva da justiça? No esteio do neoconstitucionalismo, ao manejar a técnica da ponderação de valores, deve prevalecer a análise humanista e imperativa do texto constitucional mesmo quando o Estado alega a falta de recursos públicos para o cumprimento da mesma? Ou deve prevalecer uma interpretação efetivamente pautada na manutenção da saúde financeira do pacto federativo? O julgamento dos juízes devem considerar as consequências financeiras de suas decisões incorporadas nas contas do erário público ou tão somente analisar o contexto legal e principiológico da norma fundamental?*

A busca de uma satisfatória objetividade científica e sistematicidade na análise do fenômeno estudado impõem respeito a um conjunto de procedimentos ou métodos de observância racionais que permitam reflexões que descubram e demonstrem a efetiva dinâmica do objeto em análise. Para investigar o tema proposto, o presente estudo faz uso do método de abordagem hipotético-dedutivo[2]. Preliminarmente, cabe aferir que os aspectos que este método tem em comum para com o método dedutivo reportam-se ao procedimento racional que transita do geral para o particular e, com o método indutivo, o procedimento experimental. A questão central dessa metodologia é a crítica tanto para com a metodologia indutiva como dedutiva, visto que a ciência não é capaz de estabelecer verdades, mas, sim, possibilidades. Para tanto, a pesquisa parte de hipóteses (ponto de partida), as quais deverão ser verificadas como verdadeiras ou não ao final do trabalho de investigação ora proposto.

---

ou de logística. Eles não têm propriamente uma solução; quando muito, podem ser atenuados ou contornados e não podem ser enfrentados em termos de busca de uma solução ótima. A denominação mais adequada para eles é a de "metaproblemas". Termo proposto por Michel Chevalier no relatório preparado em 1967, a pedido da Secretaria de Ciência de Ottawa, com o título *Stimulation of needed social science research in relation to water management. Ottawa, Queen's Printer*, 1970 (CARTWRIGH, T.J. e CHEVALIER, M. 1972).

[2] A Karl Popper (2007) é tributado o desenvolvimento desse modelo metodológico, especialmente em sua obra "A Lógica da Pesquisa Científica". Consoante Gil (2009, p. 13), nos círculos neopositivistas chega a ser considerado como o único método rigorosamente lógico.

Nesta temática, o ponto de partida principal, ou a hipótese, está no argumento de que os direitos fundamentais nem sempre são concretizados, não por carência de leis ou falhas no manuseio principiológico que circundam o tema em debate e, sim, por escassez de boa política e planejamento orçamentário. A liberdade da investigação possibilitará ao investigador sustentá-las ou não ao final da pesquisa.

Procedimentalmente, a pesquisa se desenvolveu mediante consulta a literatura específica, a doutrinadores e a teóricos da Teoria Crítica do Direito, da Filosofia, da Sociologia e Ciência Política.

Na esteira dos estudos relacionados aos direitos fundamentais, o objetivo geral desta pesquisa é promover uma reflexão e avaliação do papel dos princípios e das normas que declaram a existência de direitos e interesses, bem como, implicitamente, promover uma abstração da temática para que restem compreendidas as distinções teóricas entre o direito formal e sua eficácia no contexto contemporâneo. Por se tratar de uma das questões mais controversas atualmente, a oposição das Teorias dos Custos do Direito em relação à aplicação dos direitos fundamentais, de forma específica, o presente estudo objetiva apresentar as posições e contraposições de abalizada doutrina, de forma a analisar os seus aspectos centrais, e discutir qual corrente deve prevalecer nas atuais conjunturas jurídicas e sociais brasileiras.

1. A TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS

Preliminarmente cumpre apresentar a seguinte indagação: qual o custo dos direitos previstos pela lei fundamental? Qual o custo dos direitos determinados pelo Poder Judiciário quando impulsionado? Ora a transmutação do *dever ser* da norma para o *ser*, para além da esperança e da mera obediência no intuito de cumpri-la em plenitude e com eficácia, demanda o envolvimento do erário público.

A este respeito, importante contributo foi apresentado, no ano de 2000, pelos pesquisadores americanos Stephen Holmes, cientista político e Cass Sustein, advogado, na obra intitulada *"The cost of rights: Why Liberty Depends on Taxes" – (O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos*, tradução nossa).

Neste importante marco teórico de abordagem transdisciplinar, foram feitas análises acerca dos mais variados tipos de direitos e os custos derivados para o cumprimento dos mesmos. O argumento central é o de que sempre há custos inerentes ao exercício de direitos, que detêm natureza financeira, além dos custos de oportunidade derivados da proteção de

pretensões jurídicas que excluem outras.[3] Ou seja, para os autores, "custo dos direitos" revela-se uma expressão ambígua porque possuem múltiplos e inevitáveis significados controversos. Para manter a análise focada assume-se que custos serão entendidos como custo do orçamento ao passo que, direitos serão definidos como interesses importantes aos indivíduos ou a coletividade destes.

Importa justificar que, ainda que se trate de sistemas jurídicos diversos (o americano e o brasileiro), o referido marco teórico tem sido considerado de suma importância entre os estudiosos de diversas áreas, pois, analogicamente o Poder Judiciário brasileiro também recebe inúmeras respostas das Procuradorias dos Estados e Municípios que, ao se defenderem em ações diversas, alegam não cumprirem determinados direitos previstos em normas (leis e princípios), por evitarem comprometer o equilíbrio orçamentário..

Holmes & Sustein (2000) chamam a atenção ao custo que a implementação dos direitos demanda e, deste modo, apresentam uma questão adicional tal como a competência de quem decide como alocar os recursos públicos escassos para a proteção dos referidos direitos. Especificam que as decisões acerca de políticas públicas não devem ser feitas fundadas na hostilidade imaginária entre arrecadação de impostos e liberdade, eis que, se isto fosse um mal, todas as liberdades fundamentais deveriam ser candidatas à abolição.

Inicialmente, entretanto, deve ser entendido que um dos papéis fundamentais do Estado é buscar o cumprimento dos direitos consagrados pelo legislador. Esse cumprimento é observado de forma livre e espontânea do gestor público, por exemplo, no combate ao incêndio que põe em risco o patrimônio dos administrados ou para ofertar um determinado medicamento para o tratamento médico de um indivíduo. Quando, de forma contrária, o Estado não atende, espontaneamente, uma determinada demanda, o Poder Judiciário é provocado e, utilizando remédios jurídicos próprios, obriga que a Administração Pública cumpra determinada ordem.

Em outra situação, na execução de atos no exercício da função administrativa (os chamados atos administrativos), são verificadas prestações positivas e de caráter prestacional do Estado como, por exemplo, o ato de demolição de uma casa em ruínas, preservando-se à vida dos moradores e a propriedade privada dos titulares dos diretos dos prédios vizinhos.

---

[3] Holmes & Sustein (2000) a este respeito exemplificam acerca de quando o direito à propriedade de um latifúndio improdutivo é protegido, o acesso àquela terra é negado a invasores que pretendiam cultivá-la e isso gera alto custo, eis que, para proteger esse direito, por exemplo, é necessário custear a atividade policial de todo modo para impedir a invasão da propriedade, além da manutenção das instituições judiciárias, para que o juiz atue no processo. Há também custos de oportunidade: os policiais poderiam estar, naquele momento, a atuar em outra ocorrência, ou ainda o juiz poderia estar a trabalhar em outro caso. Portanto, a propriedade da terra poderia ser mais produtiva caso fosse explorada pelos invasores, não pelo proprietário atual.

Em qualquer destes casos é observado o uso do mesmo meio, para se alcançar fins, por vias distintas: o uso de recursos públicos para o cumprimento e satisfação adequada dos direitos emanados pela legislação. Ao observar o dispêndio de dinheiro público, é necessário para se alcançar um determinado direito o entendimento de que todos os direitos possuem natureza de prestações positivas para sua eficácia. Até mesmo os direitos ligados as liberdades individuais são aqui incluídos, portanto.

Deste modo, ao afirmarem que todos os direitos são positivos, contrariam a tradicional dicotomia da doutrina[4] entre direitos positivos, aqueles que exigem uma ação estatal para serem colocados em prática, e os direitos negativos, que para exercê-los não se exige uma ação do Estado.[5]

---

4 A corrente clássica que o autor contrapõe-se foi formulada pelo jurista tcheco Karel Vasak, citados por Marmelstein (2016) ao apresentar como o Direito apresenta os direitos conquistados por dimensões decorrentes da luta por reconhecimento: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Modernamente coube ao filósofo político e jurista italiano Norberto Bobbio ventilar novamente o tema por considerar que os direitos podem ser vistos como a característica definidora de cada tempo que veio a intitular de "*Era dos direitos*" em sua obra igualmente assim denominada (ALBORNOZ, 2011, p. 39). Bobbio (1992, p. 5) compreende 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", e assim identifica as dimensões de direitos reconhecidos por ele como: I)"primeira geração" em que discorre acerca das liberdades, sendo a liberdade religiosa a origem do processo de afirmação de direitos humanos, e seguidamente as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra o absolutismo; a liberdade política e social, advindas do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses despossuídos de terras, dos pobres que exigem dos poderes públicos o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas; ao lado, os II) direitos de "segunda geração" com ênfase aos direitos sociais, em que o Estado assistencialista oferece aos indivíduos proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, a assistência à deficiência, ao desamparo e à velhice; III) os direitos de "terceira geração" encampados por direitos novos como "o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído". Além disso, Bobbio ainda previu IV) direitos de "quarta geração" referentes às consequências da pesquisa biológica, manipulações do patrimônio genético e bioética.

5 Holmes & Sustein (2000) citam o caso Roe v. Wade, de 1973, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que impedir uma mulher de abortar feria a 14ª emenda à Constituição que assegurava a privacidade e que ninguém poderia ser privado de um direito sem o devido processo legal. A Suprema Corte decidiu que era direito abortar. A decisão então revogou várias leis estaduais e federais que proibiam o aborto nos Estados Unidos. Influenciando ainda casos como Maher v. Roe, em que a Suprema Corte entendeu que o governo não tinha a obrigação de custear abortos em mães carentes em razão de que "uma mulher indigente que deseja abortar não sofre desvantagem em consequência da decisão do Estado em subsidiar gastos com partos". A decisão da Suprema Corte entendeu que o legislador se recusou a custear este procedimento, em particular, o governo ao se negar a pagar o aborto de uma mulher pobre não viola o direito de escolha da mulher, pois a liberdade de escolha não desencadeia um benefício constitucional por financiamento para provê-la de uma ampla gama de escolhas protegidas. Proteção de uma obrigação é uma coisa, direito a um benefício é outro.

Em relação aos direitos classificados, tradicionalmente como negativos, os autores são incisivos ao indicar que essa definição é errônea, pois não existiriam tais direitos na esfera pública, sendo traçado equivocadamente a ideia do gestor simplesmente deixar fazer algo.

É imperativo ressaltar que a teoria em tela não defende o descumprimento dos direitos pela falta de condições financeiras. Entretanto, busca realizar uma nova discussão acerca da dimensão da proteção e efetivação dos mesmos, de acordo com o orçamento disponível em cada lugar, ao permitir, desta forma, que o gestor estatal direcione melhor os parcos recursos encontrados nos cofres públicos. Como resta destacado:

> O custo dos direitos levanta não apenas questões de responsabilidade democrática e transparência no processo de alocação de recursos; também nos leva inesperadamente ao âmago da teoria moral, a problemas de equidade distributiva e justiça distributiva. Descrever os direitos como investimentos públicos é encorajar os teóricos dos direitos a prestar atenção à questão de saber se a aplicação de direitos não é meramente valiosa e prudente, mas também bastante alocada. A questão aqui é se, como atualmente projetado e implementado, os desembolsos para a proteção dos direitos beneficiam a sociedade como um todo, ou pelo menos a maioria de seus membros, ou apenas aqueles grupos com influência política especial. Nossas prioridades nacionais, na área de aplicação de direitos, apenas refletem a influência de grupos poderosos ou promovem o bem-estar geral? Estudar custos não é reduzir a política e a moralidade, mas sim obrigar a consideração de tais questões. O tema é tão importante precisamente porque chama a atenção para a relação entre direitos, de um lado, e democracia, igualdade e justiça distributiva, de outro. (HOLMES & SUSTEIN, 2000, p. 266 tradução nossa).[6]

Quanto à inexistência de direitos classificados como negativos, ou seja, que não precisam de prestação estatal para seu cumprimento, a obra referencia como um dos principais exemplos, a questão do direito a liberdade que, não obstante seja classificado como direito negativo, para ser exercido de forma adequada, também depende de investimentos do Estado na área de bem estar social.

Especificamente, não obstante haja controvérsias acerca da liberdade de propriedade (GAUDINO, 2005, p. 206) enquanto direito negativo/positivo, faz-se necessária uma reflexão com utilização de exemplos para tentar compreender melhor o pensamento proposto pela

[6] No original: (The cost of rights raises not only questions of democratic accountability and transparency in the process of allocating resources; it also brings us unexpectedly into the heart of moral theory, to problms of distributional equity and distributive justice. To describe rights as public investments is to encourage rights theorists to pay attention to the question of whether rights enforcement is not merely valuable and prudent, but also fairly allocated. The question here is whether, as currently designed and implemented, disbursements for the protection of rights benefit society as a whole, or at least most of its members, or only those groups with special political influence. Do our national priorities, in the area of rights enforcement, merely reflect the influence of powerful groups, or do they promote the general welfare? To study costs is not to shortchange politics and morality, but rather to compel consideration of such questions. The subject is so important precisely because it draws attention to the relation between rights on the one hand and democracy, equality, and distributive justice on the other.)

teoria aqui estudada: ao imaginar uma grande cidade com vários prédios de apartamentos espalhados por seu território, tem-se que, essas propriedades só permanecem intactas e seguras pelo trabalho realizado, diariamente, pela Administração Pública e seus agentes, com o uso de recursos do erário público. Outro exemplo recorrente no Brasil, são os sucessivos casos de reintegração de posse em que, além dos gastos com os aparatos técnicos e agentes envolvidos, observa-se o custo gerado ao Poder Judiciário para que fosse feita a emissão da ordem judicial.

Por conseguinte, para se debater jurisdicionalmente a liberdade do direito de propriedade existe a necessidade de verificação de custos, sendo o Poder Judiciário, o local adequado para resolver possíveis demandas relativas a tal direito, que por sua vez, é mantido em funcionamento com custos arcados pelo Estado.

Ademais, outro exemplo que reforça o argumento acima é a concessão da gratuidade de justiça em que, erroneamente, se conclui que o autor seria liberado das custas e emolumentos e que, portanto, ninguém seria responsável pelo ônus processual, sendo encarado apenas como um não recolhimento de determinado valor. Ora, tem-se que, com a concessão da gratuidade, o Estado é quem arcará com os custos para a movimentação da máquina judicial.

Holmes & Sustein (2000) se antecipam as eventuais críticas ao explicitarem que, nenhum dos direitos, ditos como fundamentais, são absolutos, pois dependem de uma análise a ser feita com base em argumentos financeiros, sociais e temporais. O que hoje é considerado algo absoluto há muitos anos atrás já foi considerado de forma diversa e citam, como exemplo, que o direito a assistência médica não era considerado fundamental na época em que era realizado, costumeiramente, por meio de padres. Nesta época e sob esta rubrica, os recursos de uma sociedade eram então aplicados em outras questões.

Deste modo, embora os juízes possam ser perfeitamente competentes para perceber as violações do Direito e dos direitos e até mesmo invalidar má alocação de recursos pelo gestor público, eles não podem, em alguns casos, de forma transdisciplinar, decidir quais soluções são melhores canalizadas em face de necessidades urgentes. Holmes & Sunstein (2000) desenvolvem criticamente a diferença entre retórica dos direitos e a realidade da escassez. Direitos são evidentes figuras retóricas familiarmente descritas como invioláveis, peremptórios e conclusivos. Portanto, nenhum direito cujo cumprimento pressuponha um gasto seletivo do contribuinte pode, no final das contas, ser protegido unilateralmente pelo Judiciário sem levar em conta as consequências do orçamento pelas quais os órgãos do governo têm a última responsabilidade.

Por fim, reitera-se que o objetivo da Teoria dos Custos dos Direitos está fundamentado numa análise pragmática do Direito, na correlação entre a aplicação de um determinado direito com os gastos necessários para tal, realizados pela Administração Pública. Destarte, qualquer efetivação de um direito ou até mesmo o exercício da liberdade é vinculado ao aporte financeiro realizado pelo Estado, devendo este decidir como devem ser aplicados os recursos disponíveis justificando-se pela teoria principiológica da reserva do possível, teoria esta abordada no tópico a seguir.

2. UM CONTRAPONTO À TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS

Limitações orçamentárias resultam potencialmente em vítimas de abuso. Isto é extremamente crítico, porém num mundo de recursos limitados, é também inevitável. Levar os direitos a sério (DWORKIN, 2010)[7] significa levar também a questão da escassez a sério e encontrar alternativas que possam garantir os direitos mais básicos dos cidadãos.

A doutrina que apresenta contrapontos à Teoria dos Custos do Direito, afirma, em síntese, que a proteção aos diretos fundamentais será consideravelmente reduzida com a implementação da mesma, pois ao diminuir ao mínimo possível, o cumprimento dos direitos garantidos pela Constituição Federal, uma gama de pessoas ficará desprotegida, ou seja, quanto menor a efetividade dos direitos, maior serão aqueles que buscarão o cumprimento desses de forma forçada, apelando, em alguns casos, até para o exercício arbitrário das próprias razões. Neste diapasão Sgarbossa (2010, p. 118) exemplifica:

> Os problemas engendrados pela desregulamentação da economia e pela retração da proteção social são ocultados pela exploração da insegurança generalizada e pela condução ideológica de todas as expectativas de solução dos problemas correlatos em campo penal, o que representa, ao fim e ao cabo, a fragilização de direitos e garantias individuais decorrentes da retórica do medo e da consequente expansão, doravante sem limites, da repressão penal.

Dessa forma, ao condicionar o cumprimento dos direitos fundamentais aos recursos encontrados nos cofres públicos, os defensores da referida teoria afastam o Estado do caráter social e o encaminha, a passos largos, ao Estado com natureza penal acentuada, com o escopo

[7] A teoria do direito de Dworkin agrega uma teoria de justiça, segundo a qual todos os juízos a respeito de direitos e políticas públicas devem basear-se na ideia de que todos os membros de uma comunidade são iguais enquanto seres humanos, independentemente das suas condições sociais e econômicas, ou de suas crenças e estilos de vida, e devem ser tratados, em todos os aspectos relevantes para seu desenvolvimento humano, com igual consideração e respeito.

de reprimir os cidadãos resistentes e demandantes de determinados direitos que não lhes foram contemplados.

A Organização das Nações Unidades (ONU, 2013), por meio da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), em seu relatório datado de 2013, apresenta diversos dados acerca da situação da população brasileira e o exercício dos direitos sociais consagrados pela ordem jurídico-política nacional. Indicadores demonstram que 18,6% da população brasileira vivem em condições de pobreza sendo que 5,4% estão classificados como em estado de pobreza extrema. Já a distribuição de renda brasileira mostra que apenas 4,5% da riqueza chegam até a parte mais pobre da população contra 55% para aqueles que se encontram entre os mais favorecidos economicamente. Outro aspecto relevante é o dado que atesta os investimentos realizados pelo país com saúde pública.

Ressalta-se, portanto que, se com parte das receitas públicas vinculadas a determinados direitos são gerados pífios resultados como o apresentado pelo relatório supradescrito, hipoteticamente, argui-se como seriam esses resultados se os gastos públicos fossem condicionados na esteira da Teoria dos Custos dos Direitos. Ao que parece, por dedução lógica tão somente, desprovida de cientificidade e empiria, tais índices seriam ainda piores.

Por oportuno impera esclarecer acerca do princípio da reserva do possível[8] citado alhures, que pode ser entendido como a prestação efetiva dos direitos sociais aos mais pobres ou necessitados, de acordo com os recursos encontrados nos cofres públicos (TORRES, 2009; NUNES JUNIOR, 2009; SARLET & FIGUEIREDO, 2010). Tal princípio fornece a ideia que os direitos sociais são considerados “caros”, ou seja, por terem custo para a sua aplicação devem ser executados de forma progressiva, na medida dos recursos disponíveis.

No ordenamento jurídico nacional, a reserva do possível é utilizada em vários casos que tramitam em todas as esferas do Poder Judiciário. Uma das aplicações mais conhecidas, no que tange a reserva do possível, é a linha de defesa demonstrada pelas Procuradorias Municipais e Estaduais ao se negarem a fornecer medicamentos para os cidadãos que mais necessitam alegando que a Administração Pública, cumprindo integralmente esse direito, teria suas finanças abaladas consideravelmente.

[8] A expressão “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento proferido em 18 de julho de 1972. Trata-se da decisão do Tribunal Constitucional Federal n. 33, 303, na qual se analisou a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão (numerus clausus).

Outra perturbadora aplicação desse princípio é encontrada nos casos envolvendo a solicitação de acesso à moradia digna, pelos mais necessitados. O direito a propriedade e a adequada função social são garantidos pela Constituição Federal de 1988, nos incisos XXII e XXIII do artigo 5°. Vários gestores públicos se esquivam do cumprimento de medidas ao acesso a moradia alegando não possuir recursos suficientes para isso.

A respeito do tema, destaca-se a manifestação do jurista alemão Alexy (2011, p. 69), que se distancia do entendimento corrente no Brasil acerca da reserva do possível ao afirmar:

> (...) em uma constituição como a brasileira, que conhece direitos fundamentais numerosos, sociais generosamente formulados, nasce sobre esse fundamento uma forte pressão de declarar todas as normas não plenamente cumpríveis, simplesmente, como não vinculativas, portanto, como meras proposições programáticas. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas não plenamente cumpríveis como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, estão sob uma "reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode requerer de modo razoável da sociedade"

Na prática, o Supremo Tribunal Federal brasileiro vem, em suas decisões[9], afastando a recepção da reserva do possível como um argumento válido nas argumentações do Estado para se esquivar do cumprimento dos direitos sociais consagrados pela Constituição Federal. Mais uma vez deve ser destacado: não é razoável a alegação da falta de recursos pelos Estados uma vez que, o fato material da falta dos mesmos é provocado (dolosamente), na maior parte das vezes, pela escassez de boa política realizada em descumprimento frontal aos ditames legais.

Em relação à propriedade privada, a Administração Pública, ao utilizar como base a Teoria dos Custos dos Direitos, alega que ela é a responsável por manter o respeito a esse direito por meio de seus gastos com segurança pública (ao evitar as invasões em domicílio) e na defesa das mesmas contra incêndio com os bombeiros trabalhando diariamente. Entretanto, essas fundamentações não passam de um verdadeiro absurdo jurídico. Os custos invocados

[9] ARE 639337 AgR/SP. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 23/08/2011, AGTE.: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, AGDO.: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO; IF 470/SP. INTERVENÇÃO FEDERAL. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Relator p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 26/02/2003. REQTE.: VALDIR FRANCISCO SIMOES E OUTROS. REQDO.: ESTADO DE SÃO PAULO; RE 580252 RG/MS. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator: Min. AYRES BRITTO. Julgamento: 17/02/2011. RECTE.: ANDERSON NUNES DA SILVA. RECDO.: ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. Ementa: LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXCESSIVA POPULAÇÃO CARCERÁRIA. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL; ADPF 45 MC/DF. MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Rel. : Min. Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. ARGDO: Presidente da República. ARGTE: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB.

pelo Estado só são realizados por meio da captação, por meio de sistema tributário, junto aos administrados de recursos para cumprimento dessas obrigações. Tem-se como exemplos o pagamento do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), o pagamento do Imposto de Renda (IR) e o pagamento do Fundo Especial do Corpo de Bombeiros (FUNESBOM).

Outro argumento que não merece prosperar é o de que gastar dinheiro público com os mais necessitados, em situações que envolvam moradia digna, seria uma lesão do equilíbrio contributivo já que despenderia os recursos gerais da Administração Pública com apenas parte da população. Mais uma vez, a alegação pauta-se meramente nos recursos econômicos do Estado não levando em consideração que tais direitos sociais são consagrados e devem ser absolutamente cumpridos.

Valorizar a racionalidade econômica em detrimento da racionalidade jurídica inverte completamente a ordem de importância do consagrado pelo legislador nas mais diversas espécies normativas. Ademais, considerar que a efetividade dos direitos, aqui debatidos, deve ser observada conforme a condição financeira de cada ente público é, de forma clara e límpida, atacar de forma central a natureza fundamental dos direitos sociais.

Outra crítica que se faz necessária aos defensores da Teoria em debate, que alegam pela necessidade da aplicação do princípio eficiência (art. 37 da Constituição Federal) em conjunto com uma análise de custo e benefício de cada direito que deveriam ser utilizadas para verificar quais seriam as normas escolhidas para serem cumpridos pelo gestor público. Trata-se, mais uma vez, de uma inadequação da aplicação dos princípios e leis num viés neoconstitucional[10].

A teoria dos custos dos direitos demonstra a pior face do Estado, transformando os gestores em simples economistas onde um frio cálculo matemático decidirá quem é que terá ou não um acesso a determinado direito. Em outras palavras, defender a teoria dos custos dos direitos é realizar uma verdadeira “roleta-russa” jurídica com os direitos fundamentais.

2.1. O mínimo existencial e o Estado desenvolvedor

[10] Em reportagem realizada pelo jornal “O Estado de São Paulo”, no ano de 2013, foi veiculada a notícia do gasto realizado pelo Senado Federal para a compra de selos de postagem. Os valores divulgados de gasto naquele ano, com a compra do referido material, alcançou a absurda marca de R$ 2 milhões. Para demonstrar como a eficiência pública foi ferida neste caso, com os recursos destinados para essa aquisição cada Senador devia receber uma média de 18 mil selos em um ano. Como se não bastasse os fatos aduzidos acima, as correspondências dos Senadores da República são seladas por meio de uma máquina franqueadora, ou seja, um equipamento que não realiza o uso de selos em papel. Fonte: O Estado de São Paulo. Senado apura gasto de R$ 2 milhões com Selos. Disponível em: http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,senado-apura-gasto-de-r-2-milhoes-com-selos,1064482. Acesso em 07 de março de 2018.

Ao construir uma linha de aplicação pautada pela efetividade dos direitos fundamentais, primeiramente são invocadas linhas gerais do direito alemão que, no pensamento de Otto Bachof (1985, 2010), constatou que o princípio da dignidade da pessoa humana é garantidor das liberdades individuais e de um mínimo existencial[11], ou seja, a Administração Pública deve garantir um mínimo de segurança social aos seus administrados. Em linhas gerais, deve ser defendida a existência de um Estado que se pauta na atuação de forma a respeitar os direitos sociais, garantindo o cumprimento efetivo dos mesmos e uma assistência social aos que, por alguma razão, estejam em situações de vulnerabilidade.

Não se encontra na legislação brasileira um conceito de mínimo existencial ou unanimidade na doutrina acerca do tema. Cançado Trindade (2010, p. 307) explica que âmbito do Direito Internacional, de igual modo, não existe um consenso acerca do conteúdo concreto do mínimo existencial:

> É significativo que já se comece hoje a considerar o que constituiria um "núcleo fundamental" de direitos econômicos, sociais e culturais. Há os que, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, argumentam que tal núcleo seria constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação. Em recentes reuniões internacionais de peritos também se tem referido, como possíveis componentes daquele núcleo, aos chamados "direitos de subsistência" (e.g., direito à alimentação, direito à moradia, direito aos cuidados médicos e direito à educação). Os debates apenas têm início, e certamente se prolongarão no decorrer dos próximos anos neste início do novo século.

Não se defende aqui um Estado assistencial com veias paternalistas. Entretanto, a atuação do ente público deve ser no intuito de prover as mínimas condições de vidas aos mais necessitados, por meio de um Estado Desenvolvedor, como indica Amartya Sen (2000, p. 57):

> A *segurança protetora* é necessária para propiciar uma rede de segurança social, impedindo que a população afetada seja reduzida à miséria abjeta e, em alguns casos, até mesmo a fome e a morte. A esfera da segurança protetora inclui disposições institucionais fixas, como benefícios aos desempregados e suplementos de renda regulamentares para os indigentes, bem como medidas ad hoc, como distribuição de alimentos em crises de fome coletiva ou empregos públicos de emergência para gerar renda para os necessitados.

[11] Constata-se uma dificuldade em se delimitar com exatidão o que compõe o mínimo existencial. Segundo Silva (2010, p. 204-205) a própria ideia de mínimo existencial tem diversos sentidos, uma vez que "pode significar: (1) aquilo que é garantido pelos direitos sociais – ou seja, direitos sociais garantem apenas um mínimo existencial; (2) aquilo que, no âmbito dos direitos sociais, é justicável – ou seja, ainda que os direitos sociais possam garantir mais, a tutela jurisdicional só pode controlar a realização do mínimo existencial, sendo o resto mera questão de política legislativa; e (3) o mesmo que conteúdo essencial – isto é, um conceito que não tem relação necessária com a justiciabilidade e, ao mesmo tempo, não se confunde com a totalidade do direito social."

O desenvolvimento e a garantia do mínimo existencial passam por fatores econômicos, mas com pensamentos diversos dos empregados pelos defensores da Teoria dos Custos de Direitos, em que o raciocínio econômico se sobrepõe ao raciocínio jurídico. Existem, assim, de acordo com as teorizações de Sen (2000) dois tipos de modelo deste Estado desenvolvedor que utilizam a relação de direitos sociais com o crescimento econômico:

a) O primeiro modelo sustenta que, o respeito às liberdades individuais e a forte oferta de assistência aos direitos sociais, com ênfase na educação de qualidade e acesso à saúde, conjugadas com uma reforma agrária eficaz, realizam crescimento econômico e social saudável (exemplos: Coréia do Sul e Taiwan).

b) O segundo modelo de crescimento econômico apresenta um Estado que busca um forte crescimento econômico, mas que, com o abismo social criado por décadas, suas realizações têm aparecido de forma muito mais lenta se comparado com o modelo anterior (exemplos: Brasil e Índia).

Deduz-se, por conseguinte, que o progresso de uma nação é pautado nas oportunidades sociais oferecidas e, o Administrador Público brasileiro, ao refutar o cumprimento dos direitos sociais com a argumentação da quebra dos cofres públicos, acaba por trilhar de forma oposta ao demonstrado por abalizada doutrina e pela empiria apresentada em relatórios internacionais.

A garantia do mínimo social para o exercício dos diretos fundamentais emanados pela constituição se trata de um dever revestido de obrigação essencial a qual o Administrador Público deve respeitar e, portanto, atuar de modo eficaz e garantidor.

Ora, afinal, qual é a extensão do mínimo existencial: um rol de direitos meramente biológicos ligados à manutenção da vida ou uma listagem mais ampliativa que consagra também o mínimo social? Doutrinariamente, observam-se raciocínios positivistas e restritivos, ao indicar que o mínimo existencial consagra apenas uma lista mínima de direitos ligada exclusivamente aos fatores biológicos para a manutenção da vida humana, ou seja, só são considerados direitos inseridos do núcleo da dignidade da pessoa humana aqueles básicos para manter a pessoa com vida e suas funções vitais em estado de normalidade, a saber os direitos a saúde (alguns medicamentos e intervenção hospitalar) e a alimentação. Nesta esteira, para os defensores dessa ideia, os legisladores que elaboraram a Constituição da República Federativa do Brasil, nos Capítulos dispostos em Título II, cometeram um sério equívoco ao taxar como fundamentais: grande parte dos direitos individuais, coletivos, sociais, políticos, etc. Observam-se também raciocínios que defendem programas mais

ampliativos e garantistas de diretos, por entender que o núcleo do mínimo existencial contempla uma lista que vai além do mero conceito biológico do que é estar vivo. Aqui podem ser encontrados os direitos esquecidos pela primeira corrente, ou seja, grande parte dos individuais e coletivos, além dos sociais.

Para tanto, garantir o cumprimento da dignidade da pessoa humana é tratar o próximo como igual, com compaixão, assim como foi o espírito da Lei em que se pautaram os legisladores a época na elaboração desses direitos e não meramente combater algo que acaba sendo encarado como vitória, por parte das Procuradorias ou da própria Advocacia Geral da União, ao verificar o indeferimento ou desistência do pedido de um cidadão.

A ponderação instrumentalizada pelo neoconstitucionalismo deve servir de esteio aos juristas atuais no intento de observar que a lista de direitos esculpidos no texto constitucional são erigidos pelos princípios da universalidade, da generalidade e, principalmente, o da dignidade da pessoa humana.

Não podem, dessa maneira, os agentes públicos da esfera jurídica, ao defenderem a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, procrastinarem os feitos com defesas produzidas em uma espécie de linha de montagem, sendo replicadas indefinidamente. Ora, ao que parece, a escassez de boa política do Estado reflete na falha de competência para gerir os recursos que recebe (com progressivo aumento) todo o ano e por isso, para justificar o escárnio feito com os cofres públicos, apegam-se a teorias tal qual a da reserva do possível.

Muitos autores censuram o recurso indiscriminado à cláusula da reserva do possível como forma de restringir a eficácia dos direitos sociais. Nunes Junior (1988, p. 196), ao criticar a aplicação da reserva do possível, que para ele seria excepcional[12], afirma tratar-se de ideia que surge como um limite contingente à realização de direitos sociais, na medida em que "advoga que a concretização dos direitos fundamentais sociais ficaria condicionada ao montante de recursos previstos nos orçamentos das respectivas entidades públicas para tal finalidade" (1988, p. 171).

Há certo consenso doutrinário (Nunes Jr, 1988; Barcellos, 2006, 2008, 2011; Sarlet, 2010) quanto à inoponibilidade da cláusula da reserva do possível em matéria de direitos integrantes do mínimo existencial. A falta de recursos não poderia afetar a realização do mínimo existencial, porém, apenas justificar certas restrições aos direitos sociais, mas não impedir a efetivação das exigências mínimas para a vida com dignidade. Nesse caso, afirma-

[12] Para o referido autor, a aplicação da cláusula da reserva do possível estaria "circunscrita a discussões atinentes à realização de direitos sociais que extrapolem o conceito de mínimo vital e que não estejam incorporados por normas constitucionais atributivas de direitos públicos subjetivos a seus destinatários." (1988, p. 196).

se que seria necessária a remoção do obstáculo financeiro, mediante a realocação de recursos, a fixação de prioridades, ou outro mecanismo (Sarlet, 2010). Neste diapasão, Barcellos (2011, p. 287-288) entende que "o mínimo existencial associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível".

A efetividade é a realização do Direito com desempenho concreto atingindo a função social, representando a materialização no mundo dos fatos, aproximando, tão íntima quanto possível, o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social. Neste sentido, explica Barroso (2008):

> Um dos pontos capitais relativamente ao princípio da efetividade é a necessidade de o Poder Judiciário se libertar de certas noções arraigadas e assumir, dentro dos limites do que seja legítimo e razoável, um papel mais ativo em relação à concretização das normas constitucionais. Para tanto precisa superar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procurar interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.

Há, portanto, a necessidade de uma análise do Direito para além do mero positivismo da norma e busque concretizar o espírito constitucional democrático.[13]

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ciência não é um todo acabado, eis que está em contínua construção. Dessa forma, a presente pesquisa não tem por escopo esgotar o tema investigado e sim colaborar com o avanço crítico doutrinário.

No que pertine às teorizações e efetividade dos direitos fundamentais, constatam-se diversas conquistas no transcurso a história. Em uma primeira análise, cabe ressaltar, que tanto a Teoria dos Custos dos Direitos como a Teoria do Mínimo Existencial devem ser respeitadas nos seguimentos apresentados por abalizados autores. Em cada um dos casos seus fundamentos demonstram problemas que devem ser enfrentados e, efetivamente, superados pelos estudiosos e pelos legisladores.

No caso do sistema jurídico brasileiro e a sua correlação com o cumprimento dos direitos fundamentais e sociais, a Teoria dos Custos dos Direitos apresenta uma série de falhas ao ser utilizada pelos procuradores dos Estados e Municípios, além da Advocacia Geral da

[13] Por parte de grande parte dos operados do Direito faz-se necessário entender a Constituição como "um espelho da publicidade e da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirdklichkeit*). Ela não é, porém apenas o espelho. Ela é, se me permite uma metáfora, a própria fonte de luz (*Sie ist auch die Lichetquelle*). Ela tem, portanto, uma função diretiva permanente. (Häberle, 1997, p. 34)

União, como linha de defesa para o não cumprimento dessas garantias estabelecidas constitucionalmente. Indicar, em suas peças, a falta de recursos para a execução de certas medidas que norteiam assuntos de suma importância é, no mínimo, chancelar a omissão dos gestores públicos com atestado de incompetência no gerenciamento do erário público que anualmente é garantido pelo pagamento de tributos da alta carga tributária existente hoje no Brasil.

Os direitos fundamentais e sociais, listados e garantidos no texto constitucional, devem ser valorizados ao passo que se trata do rol mínimo, indicado pelo legislador, para que a população brasileira possa ter uma vida digna e protegida do arbítrio estatal que, muitas vezes, derivam de suas próprias omissões no exercício da função administrativa. O princípio do mínimo existencial deve ser plenamente defendido contra as teses formuladas por determinados juristas que, por muitas das vezes, acabam por inverter a ordem de importância, valorizando de forma clara o aspecto financeiro em detrimento do respeito aos direitos básicos listados no ordenamento jurídico brasileiro.

O Estado julgador deve usar todo o aparato legal e axiológico na tentativa de construir uma visão jurídica sedimentada na totalidade, fazendo uma junção da norma com interpretações que investiguem a sua razão de ser e que haja concretização dos direitos acima da análise econômica pura. Os princípios estão em posições hierarquicamente superiores a quaisquer normas e é por meio deles, portanto, que se busca orientação para melhor aplicação das normas jurídicas.

Logo, o neoconstitucionalismo deve ser o palco da análise contemporânea do Direito ao apregoar que a norma deve ir além de uma interpretação pura, deve contar com o auxílio da formulação de juízos de valores acerca do direito, já que seu objetivo é inserir na ciência jurídica valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana com a consequente garantia eficaz dos direitos fundamentais e sociais.

Fazendo uso da interpretação teleológica do Direito, os juristas devem atentar-se para o *dever ser* da norma, para o valor ou bem jurídico visado com edição de dado preceito. Eis que um preceito legal só é adequado se atinge o fim almejado, se causa o menor prejuízo possível e as vantagens superem as desvantagens.

Por conseguinte, o Poder Judiciário deve constantemente estar aberto à principiologia neoconstitucional, para que, com ponderação visando à garantia de pelo menos o mínimo existencial, possa adentrar no verdadeiro sentido das normas constitucionais e ser guardião na construção de uma sociedade verdadeiramente justa.

BIBLIOGRAFIA

ALBORNOZ, S. G. As esferas do reconhecimento: uma introdução a Axel Honneth. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**, v. 14, n. 1, p. 127–143, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: Theorie der Grundrechte.

_____. **Constitucionalismo discursivo.** Tradução de Luís Afonso Heck. 3ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (org.). **Direitos Fundamentais: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BACHOF, Otto. **¿Normas Constitucionales inconstitucionales?** Trad. Leonardo Álvarez Álvarez. Lima: Palestra Editores, 2010.

BACHOF, Otto. **Juezes y Constitución.** Madrid: Civitas, 1985.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União. Brasília, 05/10/1988.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, v I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 493. In: SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos.** v 1 Reserva do Possível. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010.

CARTWRIGHT, T.J., CHEVALIER, M. As técnicas madernas de gerência e a urbanização nos países subdesenvolvidos. **Revista de Administração Pública.** Vol 6, n. 2. Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, 1972.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

O Estado de São Paulo. **Senado apura gasto de R$ 2 milhões com Selos**. Disponível em: http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,senado-apura-gasto-de-r-2-milhoes-com-selos,1064482. Acesso em 07 de março de 2018.

GALDINO, Flávio. **Introdução a Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de Pesquisa Social.** 6. ed São Paulo: Atlas. 2008.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Nova York: W.W. Norron & Company, 2000.

MARMELSTEIN, G. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2016.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

ONU. Organização das Nações Unidas. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). **Panorama Social de América Latina**. Chile, 2013.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica.** São Paulo: Cultrix, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais, p. 102. In CANOTILHO, J. J. Gomes CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (organizadores). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações, p. 29. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível".** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

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

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos. Volume I – Reserva do Possível**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.