# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## DIREITOS FUNDAMENTAIS

**JONATHAN BARROS VITA**

**VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN**

**LUCAS GONÇALVES DA SILVA**

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – Conpedi**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
**Secretário Executivo** -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Conselho Fiscal**
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

**Secretarias**
**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

D598

Direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Lucas Gonçalves Da Silva, Jonathan Barros Vita, Valéria Silva Galdino Cardin– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-051-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

---

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## DIREITOS FUNDAMENTAIS

---

## Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do CONPEDI  Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito  em parceria com o Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe  UFS, ocorreu em Aracaju entre os dias 03 e 06 de junho de 2015 e teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS FUNDAMENTAIS. Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Lucas Gonçalves da Silva e Valéria Galdino Cardin, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça,

religião e gênero (8, 10, 12, 13, 15, 24 e 27), concretização de direitos fundamentais (1, 5, 9, 11, 16, 18, 19 e 22), liberdade de expressão e reunião (3, 6, 17 e 25), teoria geral dos direitos fundamentais (7, 14) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (2, 4, 20, 21, 23, 26 e 28)

1. A inclusão nos mecanismos de produção de riqueza face à relativização do princípio da igualdade pelos programas de transferência de renda, de Rogério Piccino Braga

2. Benefícios da clonagem terapêutica e as células-tronco embrionárias frente ao princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, de Janaína Reckziegel e Luiz Henrique Maisonnett

3. As teses revisionistas e os limites à restrição da liberdade de expressão, de Rodrigo De Souza Costa e Raisa Duarte Da Silva Ribeiro

4. A inviolabilidade do domicílio no curso da fiscalização tributária, de Pedro Cesar Ivo Trindade Mello

5. Acessibilidade: um direito fundamental da pessoa com deficiência e um dever do poder público, de Flavia Piva Almeida Leite e Jeferson Moreira de Carvalho

6. Biografias não autorizadas e o direito à privacidade na sociedade da informação, de Narciso Leandro Xavier Baez e Eraldo Concenço

7. O princípio da igualdade e suas dimensões: a igualdade formal e material à luz da obra de Pérez Luño, de Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura

8. Intolerância contra as religiões de matriz africana: uma análise sobre colisão de direitos através de casos judiciais emblemáticos, de Ilzver de Matos Oliveira e Kellen Josephine Muniz De Lima

9. A criança e o adolescente e os direitos fundamentais - o papel das mídias sociais e das TICs sob o prisma do princípio da proteção integral e da fraternidade, de Bruno Mello Corrêa de Barros e Daniela Richter

10. Laicidade e símbolos religiosos no brasil: em defesa da liberdade religiosa e do estado democrático de direito, de Eder Bomfim Rodrigues

11. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social, de Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier

12. Sobre a dominação masculina (re)produzida na publicidade: reações da sociedade vistas a partir de denúncias ao CONAR, de Helio Feltes Filho e Taysa Schiocchet

13. É para rir? A atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos casos envolvendo liberdade de expressão e racismo nos discursos humorísticos, de Caitlin Mulholland e Thula Rafaela de Oliveira Pires

14. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais: ativismo judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes, de Tassiana Moura de Oliveira e Ana Paula Da Silva Azevêdo

15. Mudança de sexo e a proteção dos interesses de terceiros, de Kelly Cristina Presotto e Riva Sobrado De Freitas

16. Os custos dos direitos fundamentais e o direito prestacional/fundamental à saúde, de Rubia Carla Goedert

17. Democracia na era da internet, tática black bloc e direito de reunião, de Gilton Batista Brito e Lucas Gonçalves Da Silva

18. A pessoa com espectro autista e o direito à educação inclusiva, de Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomao Leite

19. A problemática dos custos no campo de execução dos direitos fundamentais: alternativas e soluções para o cumprimento do mínimo existencial, de Diogo Oliveira Muniz Caldas

20. Direitos fundamentais: questões de princípios entre o viver e o morrer, de Robson Antão De Medeiros e Gilvânklim Marques De Lima

21. A Amazônia e o paradoxo das águas: (re)pensando a gestão hídrica urbana, de Jefferson Rodrigues de Quadros e Silvia Helena Antunes dos Santos

22. Beneficio constitucional de prestação continuada: o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o critério da renda per capita à luz da efetividade, de Benedito Cerezzo Pereira Filho e Luiz Fernando Molan Gaban

23. Os "mortos" civilmente: aspectos políticos e jurídicos acerca da invisibilidade do preso provisório em um estado democrático de direito, de Samyle Regina Matos Oliveira e Edinilson Donisete Machado

24. As mulheres no mercado de trabalho: desmistificando a igualdade entre os gêneros, de Deisemara Turatti Langoski e Olga Maria B Aguiar De Oliveira

25. Os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: uma análise sobre o caso dos supostos justiceiros , de Rafael Santos de Oliveira e Claudete Magda Calderan Caldas

26. Tráfico de pessoas para retirada ilegal de órgãos: um crime degradante contra o ser humano, de Fernando Baleira Leão De Oliveira Queiroz e Meire Marcia Paiva

27. O desafio da igualdade: casos de intolerância religiosa na contemporaneidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de Jose Lucas Santos Carvalho

28. O cadastro ambiental rural como direito à informação e o sigilo de dados, de Luciana Costa da Fonseca e Danielle Fonseca Silva

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS FUNDAMENTAIS, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita - Unimar

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Valéria Galdino Cardin - Unicesumar

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

# PROBLEM OF THE COSTS IN PLAYING FIELD OF FUNDAMENTAL RIGHTS: ALTERNATIVES AND SOLUTIONS FOR GREETING THE EXISTENTIAL MINIMUM

**Diogo Oliveira Muniz Caldas**

**Resumo**

Na esteira do cumprimento e respeito dos direitos fundamentais e sociais, que são emanados por lista consagrada pela Constituição da República Federativa do Brasil, uma grande discussão surge nos tribunais pátrios e em parte da doutrina. A proteção desses direitos deve ser observada de forma obrigatória ou, ao adentrar na questão dos custos para a execução e cumprimento dos mesmos, o Estado pode se esquivar alegando que se a interpretação literal e humanística, do texto constitucional, for cumprida, sua já combalida finança será impactada de forma a provocar o seu fim. Num ponto além da presente discussão, Amartya Sen ensina 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, Amartya sen, Desenvolvimento, Liberdades individuais.

**Abstract/Resumen/Résumé**

In the wake of compliance and respect of fundamental and social rights, which are issued by list enshrined in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, a big argument arises in the native country of the courts and doctrine. The protection of these rights must be observed on a mandatory basis or , to enter the issue of costs for the implementation and enforcement thereof, the state can avoid claiming that the literal and humanistic interpretation of the Constitution , is met , its already battered finance will be impacted so as to cause its end. A point beyond the present discussion, Amartya Sen teaches that economic development should not necessarily be opposed to the fundamental rights, but an instrument to achieve effective compliance

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental rights, Theory of rights costs, Amartya sen, Development, Individual liberties

## Introdução

No momento atual, onde se discutem os valores do direito e sua aplicação, uma das questões mais controversas é a oposição das teorias dos custos do direito em relação à aplicação dos chamados direitos fundamentais.

Como será observado mais adiante, a Teoria dos Custos dos Direitos, tem como base fundamental o entendimento que todos os direitos, independentemente da classificação adotada, devem ser entendidos como positivos, pois, para que os mesmos possam ser exercidos com eficácia plena, necessitam do apoio financeiro oriundo do erário público.

Em outro prisma, em um segundo ponto do presente estudo, a teoria narrada acima é fortemente combatida verificando que justificaria uma não aplicação de um direito fundamental se houvesse, por exemplo, risco as finanças públicas. Trata-se da proteção que é conferida pela teoria do mínimo existencial que, ao trazer uma indicação de que todos os cidadãos devem receber o mínimo do Estado para uma vida digna, cria uma malha de proteção nos direitos fundamentais e sociais listados pela Constituição Federal.

Ao prosseguir no desenvolvimento da discussão abarcada, este trabalho realiza uma investigação construtiva ao trazer os ensinamentos de Amartya Sen no que tange ao desenvolvimento de alguns países do mundo ao dividi-los em duas categorias: aqueles que primeiro produzem riquezas para que posteriormente realizem a distribuição da renda acumulada e aqueles países que realizam um crescimento circular onde ao realizar o investimento dos valores que possui, em sua população, a riqueza que será gerada aumentará, sendo devolvida ao Estado que realizará todo esse fluxo novamente.

Como a aplicação das teorias supracitadas vem se relacionar com diversos direitos fundamentais encontrados na Constituição Federal? A análise humanista e imperativa do texto constitucional prevalece mesmo quando o Estado alega a falta de recursos públicos para o cumprimento da mesma? Ou uma interpretação efetivamente pautada na manutenção da saúde financeira do pacto federativo deverá prevalecer?

O presente estudo pretende contrapor posições, apresentadas por pontos de vista importantes, de forma a analisar os seus aspectos centrais, buscando qual pensamento deve prevalecer ao longo do curso do desenvolvimento do ordenamento jurídico pátrio.

## 1. A Teoria dos Custos dos Direitos.

Esta teoria foi estudada e desenvolvida pelos Professores Cass Sustein e Stephen Holmes e publicada no livro intitulado The cost of rights: Why Libert Depends on Taxes, em 1999. Na pesquisa, foram feitas análises acerca dos mais variados tipos de direitos e os custos derivados para o cumprimento dos mesmos.

Aqui se faz necessária à indicação que, mesmo trabalhando em sistemas jurídicos diversos (o americano e o brasileiro), tal estudo é de fundamental importância nos dias atuais em que, o Poder Judiciário Brasileiro, recebe centenas de petições das Procuradorias dos Estados e Municípios, que para se defender em uma ação, alegam que não cumprem determinado direito, pois isso iria comprometer o equilíbrio orçamentário (como ocorre, principalmente, em casos envolvendo o direito à saúde e a propriedade).

Inicialmente, 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.

Em qualquer um dos casos acima 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. Observando que o dispêndio de dinheiro público é necessário para se alcançar um determinado direito, os autores entendem que todos os direitos possuem natureza positiva.

Até mesmo os direitos ligados as liberdades individuais são aqui incluídos, como por exemplo, o direito ao voto. De acordo com a teoria em questão, essa derivação do direito de liberdade só existe, pois o Estado realiza uma prestação positiva, ou seja, altamente custosa para o seu exercício.

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. Essa afirmação é corroborada com uma indicação que os direitos subjetivos públicos sempre serão positivos.

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 conferida aos diretos, de acordo com o orçamento disponível em cada lugar permitindo, desta forma, que o gestor público direcione melhor os parcos recursos encontrados nos cofres públicos. Como analisam em sua obra:

> 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 problems 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 (HOLMES, SUSTEIN, 1999: 226).

Outro ponto de suma importância, que é imperativo destacar, é a não existência de direitos classificados como negativos, ou seja, que não precisariam de prestação estatal para seu cumprimento. Um dos principais exemplos é o direito a liberdade que, para ser exercido de forma adequada, depende de investimentos do Estado na área de bem estar social.

Como parte essencial do presente trabalho, passa a ser analisado o direito de propriedade como um instrumento para se exercer plenamente a liberdade.

Inicialmente, devem ser analisadas as palavras de Flávio Gaudino para explicar a relação do que, tradicionalmente, é entendido como direito de propriedade e como a mesma se relaciona com as liberdades individuais:

> Tradicionalmente, numa visada de corte jusnaturalista, tem-se o direito de propriedade como liberdade básica, anterior e superior ao Estado, aliás figura completamente desimportante na caracterização deste direito, ocupando posição completamente passiva (ou negativa) – bastando respeitá-lo, constituindo intervenção estatal exceção excepcionalíssima (GALDINO, 2005: 206).

Ocorre que, os autores que defendem a teoria dos custos do direito não defendem a mesma visão, valendo-se de que o direito de propriedade é um direito posterior à estruturação e formação política do Estado, ou seja, aquele seria uma consequência deste.[1] Além disso, tem como um dos pilares de sua argumentação a intervenção estatal, controlando o funcionamento dos mercados, como condição mínima para a efetividade dos direitos considerados privados, entre eles a propriedade.

Aqui a função do Estado ultrapassa o caráter reconhecedor da existência da propriedade privada. Para os seguidores dessa teoria, o Estado é o criador desse direito por meio da atuação de seus agentes como, por exemplo, os agentes políticos e magistrados.

É necessária uma reflexão utilizando exemplos para tentar compreender melhor o pensamento incrustado nessa teoria. Imagine uma grande cidade com milhares de grandes prédios de apartamentos espalhados por seu território. 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.

[1] A visão supracitada agride, de forma central, o ideal do Estado Liberal-Individualista que defende a não intervenção do poder pública em matérias econômicas privadas, ou seja, a existência de direitos negativos.

Outra situação importante, relativa ao direito de propriedade, que tem acontecido muito no país, são os sucessivos casos de reintegração de posse, onde 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.

Como é sabido, para se debater jurisdicionalmente o direito de propriedade existe a verificação dos custos. Note-se, para todo o direito fundamental existe um remédio jurídico que deve ser utilizado frente provocação ao Poder Judiciário (É um exemplo de acesso à justiça).

Constata-se assim que o Poder Judiciário, que é o local adequado para resolver possíveis demandas relativas ao direito de propriedade, é mantido em funcionamento pelo Estado, com custos arcados pelo mesmo. Ademais, cada remédio em que o autor se apoia em uma demanda judicial geram custos que, mais uma vez, serão pagos pela Administração Pública (Inclusive em ações movidas em face desta).

Um exemplo que pode reforçar o argumento acima é a concessão da gratuidade de justiça. O que muitos autores explicam ou desenvolvem seu estudos como se a mesma fosse um benefício onde não só o autor seria liberado das custas e emolumentos, mas que também ninguém seria responsável pelo seu ônus, sendo encarado assim, apenas, como um não recolhimento de determinado valor. Tal pensamento é errôneo, pois mesmo com a concessão da gratuidade, alguém arcará com os custos para a movimentação da máquina judicial sendo, esse alguém, o Estado.

Os autores da teoria se defendem de possíveis críticas concluindo 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 (Exemplo: o direito a assistência médica não era considerado fundamental na época em que era realizado, costumeiramente, por meio de padres. Neste caso os recursos de uma sociedade seriam mais bem aplicados em outras questões);

Por fim, como observado anteriormente, o objetivo da Teoria dos Custos dos Direitos é bem claro: demonstrar uma correlação entre a aplicação de um determinado direito com os

gastos necessários para isso, realizados pela Administração Pública (Análise pragmática dos direitos). Portanto, 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.

Ademais, reconhecer que os direitos fundamentais atribuem um custo ao gestor público, como já reconhecido nos direitos sociais, é reforçar e valorizar sua ligação com o princípio da reserva do possível.

## 2. Crítica a Teoria dos Custos dos Direitos.

Após realizar a análise da teoria dos custos dos diretos, deve ser feita a verificação das críticas (em sua maior parte, justas) que são direcionadas ao raciocínio apresentado no item anterior.

Em um primeiro momento é sabido que, ao defender e priorizar a utilização de recursos públicos de acordo com a escolha do Estado, a proteção aos diretos fundamentais será consideravelmente reduzida pois, como verificado em vários casos, ao diminuir o cumprimento dos direitos garantidos pela Constituição Federal uma gama de pessoas ficará desprotegida, ou seja, quanto menos a efetividade dos direitos se apresenta em uma sociedade, mais serão aqueles que buscarão o cumprimento desses de forma forçada (apelando, em alguns casos, para o uso da violência).

Em sua obra, o raciocínio de Luís Fernando Sgarbossa explica claramente essa hipótese:

> 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. (SGARBOSSA, 2010: 118).

Dessa forma podem ser verificados, em primeira crítica, 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 de reprimir os cidadãos que não forem contemplados pelo exercício de determinado direito.

De acordo com a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), em seu relatório de 2013 (CEPAL, 2013), apresenta diversos dados acerca da situação da população brasileira e o exercício dos direitos sociais consagrados pela ordem jurídico-política nacional. O relatório indica que 18,6% da população brasileira vivem em condições de pobreza sendo que 5,4% estão classificados como em estado de pobreza extrema (CEPAL, 2013: 17) Já a distribuição de renda brasileira mostra que apenas 4,5% da riqueza chega até a parte mais pobre da população contra 55% para aqueles que se encontram entre os mais favorecidos economicamente (CEPAL, 2013: 18). Outro aspecto relevante é o dado que demonstra os investimentos realizados pelo país com saúde pública. O estudo indica que o Brasil gastou entre 100 e 300 dólares por pessoa com saúde (CEPAL, 2013: 41).

Verifica-se, por oportuno, que se com parte das receitas públicas vinculadas a determinados direitos já se tem esses péssimos resultados, deve ser feito um exercício de imaginação de como seriam esses resultados se os gastos públicos fossem condicionados pelo pensamento da teoria dos custos dos direitos. No mínimo, de forma conservadora, seriam muito piores.

A partir daqui serão verificadas as críticas ao alicerce central que sustenta a teoria dos custos de direitos: a reserva do possível.

Em uma análise inicial se pode definir o princípio da reserva do possível como a prestação efetiva dos direitos sociais aos mais pobres ou necessitados, de acordo com os recursos encontrados nos cofres públicos. Ademais, 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 foi recepcionada de forma um pouco modificada, mas 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.

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°. Infelizmente, os gestores públicos se esquivam do cumprimento de medidas ao acesso a moradia alegando não possuir recursos suficientes para isso.

Embora sendo acolhido por alguns tribunais inferiores, o Supremo Tribunal Federal vem, em suas decisões, 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, principalmente nos casos envolvendo as matérias listadas no artigo citado anteriormente. 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, pelas péssimas gestões realizadas e descumprimento frontal do que apregoa a Lei Complementar 141 de 2012.

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 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.

Uma crítica que se faz necessária é a alegação, dos defensores da ora criticada teoria, que a aplicação princípio eficiência (consagrado no caput do artigo 37 da Constituição Federal) em conjunto com uma análise de custo e benefício de cada direito deveria ser utilizada para verificar quais seriam as normas escolhidas para serem cumpridos pelo gestor público. Trata-se, mais uma vez, de um delírio utópico de determinados juristas esquecendo que os atos cometidos, diariamente, pela Administração Pública não respeitam o referido princípio.[2]

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, como apresentada no item anterior, é realizar uma verdadeira "roleta-russa" jurídica com os direitos fundamentais.

## 3. O Mínimo Existencial e o Estado Desenvolvedor de Amartya Sen.

[2] 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 feriada 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. Último Acesso em: 28 de dezembro de 2014.

Nesta parte serão feitas argumentações positivas de como a aplicação dos direitos fundamentais devem ser feitas em contraposição aos alicerces, já aqui criticados, da Teoria dos Custos dos Direitos.

Ao construir uma linha de aplicação e efetividade dos direitos fundamentais, primeiramente são invocadas linhas gerais do direito alemão que, no pensamento ilustre de Otto Bachof, constatou que o princípio da dignidade da pessoa humana é garantidor das liberdades individuais e de um mínimo existencial, ou seja, a Administração Pública deve garantir um mínimo de segurança social aos seus administrados, cumprindo o disposto nesse princípio. Em linhas gerais, deve ser defendido 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 debilitada situação física ou mental, não conseguindo assim prover seu próprio sustento.

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 em sua obra:

> 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 (SEN, 2000:57)

O desenvolvimento e a garantia do mínimo existencial passam sim por fatores econômicos, mas com pensamentos diversos dos empregados pelos defensores do raciocínio econômico se sobrepondo ao raciocínio jurídico. Existem, assim, dois tipos de modelo 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.

Aqui se faz por oportuno deduzir que o progresso de uma nação é pautado sim 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 caminhando de forma oposta ao demonstrado pelas estatísticas e por grandes doutrinadores.

Uma das propostas apresentadas no presente trabalho, que ressalta o âmbito do problema habitacional nos dias atuais, é a criação de um Fundo Econômico Habitacional (FEH), ou seja, um fundo soberano onde, anualmente, os valores capitados devem ser depositados e seus rendimentos devem ser utilizados para a construção de casas aos mais necessitados. Cabe valorizar que esse Fundo, recebendo aportes anuais, será investido em aplicações conservadoras, apenas aplicando seus juros nessas construções, ou seja, é um mecanismo progressivo que sempre acumulará rendimentos sem a necessidade de gastos consideráveis pelo gestor público.

Outra proposta tem como objetivo indicar uma sugestão de origem desses aportes financeiros. A iniciativa propõe que tais valores sejam percentuais, a serem votados pelo legislativo, a serem retirados da receita líquida das Empresas Públicas Federais e repassados diretamente aos cofres do FEH. Isso, definitivamente, colocaria uma pá de cal nas argumentações atuais das Fazendas Públicas espalhadas pelo Brasil indicando a quebra do Estado ou a não possibilidade financeira de cumprimento do preceito fundamental aqui exaltado.

A garantia do mínimo social para o exercício dos diretos fundamentais emanados pela constituição se trata de um dever revestido com uma manta de obrigação essencial ao qual o Administrador Público deve respeitar sem quaisquer tipos de contra-argumentações vazios, com parco fundamento humanista, e, na maior parte das vezes, de uma crueldade comparável aos momentos mais terríveis da história da humanidade.

Neste ponto será discutida e concluída qual seria a extensão desse mínimo existencial: um rol de direitos meramente biológicos ligados à manutenção da vida no sentido de sua

existência vital ou uma listagem mais ampliativa que consagraria também o mínimo social (o qual seria inserido a hipótese central do presente estudo: a questão habitacional).

Uma primeira linha de raciocínio, de linha interpretativa positivista e restritiva, indica 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 que seriam básicos para manter a pessoa com vida e suas funções vitais em estado de normalidade. São citados como exemplos os direitos a saúde (alguns medicamentos e intervenção hospitalar) e a alimentação.

De acordo como 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... Ademais, beira a insanidade dos atuais defensores, da presente linha de pensamento, definir que, além da falta de recursos públicos para se prestar o essencial disposto na carta magna como fundamental (mesmo sendo um dos países com uma das maiores cargas tributárias do mundo), não podem se considerar como mínimo existencial tudo aquilo que está fora da manutenção da vida em sentido estrito.

Tal opinião deve ser combatida ferozmente pelos juristas nos dias atuais verificando que se trata de um verdadeiro golpe lancinante em cada um dos brilhantes legisladores que defenderam e moldaram uma lista de direitos pensando e adotando os princípios da universalidade, da generalidade e, principalmente, o da dignidade da pessoa humana. Faz-se necessário relembrar o inciso IV, artigo 7°, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil:

> Artigo 7°. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> IV – Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

É importante indicar que o próprio legislador afasta a linha de argumentação da primeira corrente apresentada pois indica que são necessidades vitais, ao definir ao que deve ser atendido com o salário mínimo (aquele mínimo que uma pessoa deve perceber ao trabalhar e, como o seu valor, ter uma vida mínima e digna), uma lista mais ampla que supera as meras condições biológicas do homem. Observem que constam, por exemplo, nessa lista: a educação, o transporte e, o que é importante aqui frisar, a moradia.

Não podem, portanto, os agentes públicos da esfera jurídica, ao defenderem a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, procrastinarem os feitos com defesas produzidas em uma linha de montagem imaginária, sendo replicadas aos montes, se baseando em pensamento retrógrados e ultrapassados com um recado que, por trás das palavras de suas petições, informam apenas uma coisa: o Estado não teve o mínimo 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 devem ser desclassificados todos os direitos consagrados pelo legislador após anos de lutas da população para consegui-los.

A segunda linha de raciocínio, que defende uma linha mais ampliativa e garantista de diretos, entende 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 e entre eles, a moradia.

Neste passo devem ser levados em conta mais que apenas fatores ou índices encontrados em definições dos livros de medicina. Cumprir a dignidade da pessoa humana é tratar o próximo como igual, com compaixão, assim como foi o espírito em que se pautaram os legisladores a época na elaboração desses direitos e não meramente combater algo que, claro como água, acaba sendo encarado como vitória, por parte das Procuradorias ou da própria Advocacia Geral da União, ao verificar o indeferimento do pedido de um cidadão ou até mesmo a desistência, pela falta de forças ou até pela própria morte, do demandante.

O que deve ser levado em conta nas páginas aqui descritas é refletir a verdadeira situação no que tange os direitos fundamentais e, principalmente, o direito a moradia digna e de qualidade. Será que todos não são iguais perante a lei para ter direito a uma habitação, com um

mínimo de salubridade, para que possa se desenvolver como indivíduo e seus familiares (assim como consagrado na própria Constituição Federal) ou a propriedade é um direito de poucos e que, por diversos fatores, seria um despautério elaborar políticas públicas efetivas para sua melhor socialização? Hoje em dia, infelizmente, essa é uma pergunta que tem sido respondida com a primeira de raciocínio, apresentada nos parágrafos acima.

## 4. Considerações Finais

Em uma primeira análise, cabe ressaltar, que ambas as teorias apresentadas devem ser respeitadas verificado o desenvolvimento apresentado por seus autores. Em cada um dos casos seus fundamentos demonstram problemas que devem ser enfrentados e, efetivamente, superados pela doutrina e os 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 utilizado, pelos procuradores dos Estados e Municípios, além da Advocacia Geral da 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 (como saúde e habitação) é, no mínimo, chancelar a omissão dos gestores públicos assinando, um verdadeiro atestado de incompetência, no gerenciamento do erário público que anualmente é garantido pelo pagamento de tributos da alta carga tributária existente hoje no Brasil.

Por fim, 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.

## BIBLIOGRAFIA


BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

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

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberties Depends on Taxes**. Nova York: W.W. Norron & Company, 1999.

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. Último Acesso em: 28 de dezembro de 2014.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

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