

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ENEÁ DE STUTZ E ALMEIDA

FLAVIA PIVA ALMEIDA LEITE

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Eneá De Stutz E Almeida, Flavia Piva Almeida Leite, Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-180-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias Fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – em parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, ocorreu na Capital Federal entre os dias 6 e 9 de julho de 2016 e teve como tema central DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

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 E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II. Coordenado pelos professores Eneá De Stutz E Almeida, Flavia Piva Almeida Leite e Lucas Gonçalves da Silva, 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 (#####), concretização de direitos fundamentais (#####), liberdade de expressão e reunião (#####), teoria geral dos direitos fundamentais (#####) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (#####)

1. A CONCRETIZAÇÃO DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DIANTE DO DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO DE ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR
2. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO HUMANO E A REALIZAÇÃO DO PROJETO DE VIDA
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E TRIBUTAÇÃO: COMO PROMOVER O COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL NO CENÁRIO PÓS-CRISE DE 2008.
4. O DIREITO A SAÚDE E A VIDA - JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA
5. ENSAIO CLÍNICO COM MEDICAMENTOS NO BRASIL: A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA NO CASO DOS PACIENTES EM SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA OU URGÊNCIA.
6. MERCADO DE TRABALHO FORMAL E DESIGUALDADE DE GÊNERO: DAS COTAS LEGAIS À RESSIGNIFICAÇÃO CULTURAL
7. A GLOBALIZAÇÃO COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE PARA PRIVATIZAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NA AMAZÔNIA X FUNÇÃO SOCIAL DA ÁGUA
8. LIBERDADE E REPRESENTATIVIDADE DO EMPREGADO NO ATUAL MODELO SINDICAL BRASILEIRO: PROPOSTAS PARA A DIGNIDADE
9. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS NA ALTERAÇÃO DE PRENOME E GÊNERO NO REGISTRO CIVIL DE TRANSEXUAL NÃO OPERADO

10. A EMERGÊNCIA DA PAZ COMO NORMA JURÍDICA: A NOVA DIMENSÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL

11. A DISPENSABILIDADE DE ORDEM JUDICIAL PARA QUE O FISCO TENHA ACESSO AOS DADOS BANCÁRIOS DOS CONTRIBUINTES E OS REFLEXOS NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E SIGILO DE DADOS

12. A DIMENSÃO ESTRUTURAL DAS NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL: OS CRITÉRIOS TRADICIONAIS PARA A DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS E A BUSCA PELA MAIOR RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS

13. A DESOBEDIÊNCIA CIVIL E DISCURSOS JURÍDICOS DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ABORTO DE FETO COM MICROCEFALIA

14. A DECISÃO DE CONSTITUCIONALIDADE NO JULGAMENTO DA ADI Nº. 3.421 /PR E A EFETIVIDADE DE DIREITO FUNDAMENTAL

15. A CONSTRUÇÃO EMPÍRICA DA IDENTIDADE SOCIAL COMO FUNDAMENTO PARA O DIREITO À PROPRIEDADE: O QUILOMBO SACOPÃ.

16. O USO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE EM AÇÕES INDENIZATÓRIAS: UM ESCUDO RETÓRICO DE SOFISTICAÇÃO PARA O SUBJETIVISMO IMPLÍCITO NAS DECISÕES JUDICIAIS

17. A (IN)EFETIVIDADE DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS E SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

18. OCUPAÇÃO DE ESCOLAS EM SÃO PAULO VERSUS DIREITO DE LIBERDADE DE REUNIÃO: O PROBLEMA DOS LIMITES NO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

19. OS MÉTODOS DE DECISÃO ADOTADOS PELA TEORIA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL EM CASOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A IMPLICAÇÃO PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

20. REFLEXÕES SOBRE O CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DE GREGORIO PECES-BARBA

21. REFLEXOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E PENAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

22. SER OU NÃO SER CHARLIE: REFLEXÕES A RESPEITO DE LIBERDADES ESCALONADAS EM AMBIENTE DE SOCIEDADE INFORMACIONAL

23. SOBERANIA NA AMAZÔNIA: GLOBALIZAÇÃO, ACESSO À ÁGUA DOCE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

24. SURVEILLANCE E O DIREITO FUNDAMENTAL A PRIVACIDADE PARA INFÂNCIA BRASILEIRA NA INTERNET

25. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE ATRAVÉS DA RECUSA INDEVIDA PELAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE QUANTO AS COBERTURAS DE TRATAMENTOS MÉDICO FORA DO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS

26. TRATAMENTO PALIATIVO COMO FORMA ASSECURATÓRIA DE UMA MORTE DIGNA

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II, 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.

Profa. Dra. Eneá De Stutz E Almeida - UNB

Profa. Dra. Flavia Piva Almeida Leite - FMU

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

**A (IN)EFETIVIDADE DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: ALTERNATIVAS E SOLUÇÕES PARA O CUMPRIMENTO DO
MÍNIMO EXISTENCIAL**

**STATE OF (IN)EFFECTIVENESS IN THE WARRANTY OF FUNDAMENTAL
RIGHTS: ALTERNATIVES AND SOLUTIONS FOR GREETING THE
EXISTENTIAL MINIMUM**

**Renata Souto Perdigao Granha
Diogo Oliveira Muniz Caldas**

Resumo

A discussão que versa sobre o respeito aos direitos fundamentais e suas garantias gera grande polêmica nos tribunais brasileiros: os direitos fundamentais devem ser observados e cumpridos de forma obrigatória pela Administração, entretanto encontram-se limites na disponibilização de valores pelo Estado, que 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. Amartya Sen ensina que o desenvolvimento econômico não deve ser necessariamente contraposto aos direitos fundamentais, mas sim um instrumento para atingir seu efetivo cumprimento.

Palavras-chave: Direitos e garantias fundamentais, Teoria dos custos dos direitos, Amartya sen, Desenvolvimento, Liberdades individuais, Mínimo existencial

Abstract/Resumen/Résumé

The discussion is about respect for fundamental rights and its guarantees generates much discussion in the Brazilian courts: fundamental rights must be observed and followed by the Administration on a mandatory basis, but coming up to the limit of available values for the State , which can dodge , claiming that the literal and humanistic interpretation of the Constitution is fulfilled, its already battered finance will be impacted in order to bring about its end. Amartya Sen teaches that economic development should not necessarily be opposed to the fundamental direct , but an instrument to achieve effective compliance.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights and guarantees, Theory of rights costs, Amartya sen, Development, Individual liberties, Minimum existential

Introdução

Uma das questões mais tormentosas enfrentadas pelo direito administrativo atual refere-se à aplicação dos direitos fundamentais, em especial à teoria custos do direito, em relação à efetividade das garantias preconizadas pela Constituição Federal Brasileira.

Inicialmente, tentaremos demonstrar que Teoria dos Custos dos Direitos, tem como base primordial o entendimento de que todos os direitos, independentemente da classificação adotada, devem ser encarados como positivos, a fim de que possam ser exercidos com eficácia plena, já que contam com o apoio financeiro proveniente do erário público.

Por outro lado, a teoria supramencionada é fortemente combatida no sentido de que a não aplicação de um direito fundamental em caso de risco para as finanças públicas, configura descumprimento da proteção conferida pela teoria do mínimo existencial, a qual indica que todos os cidadãos devem receber o mínimo do Estado para uma vida digna, criando, assim, uma malha de proteção nos direitos fundamentais e sociais listados pela Constituição Federal.

Ao prosseguir no desenvolvimento da discussão abarcada, este trabalho procurou realizar uma investigação construtiva ao trazer os ensinamentos de Amartya Sen, no âmbito do 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 estimulam um crescimento circular, no sentido da realização de investimentos dos valores que possuem, proporcionalmente com a sua respectiva população, ou seja, a riqueza gerada crescerá e será devolvida ao Estado, o qual realizará todo esse fluxo novamente.

Algumas questões se fazem necessárias a respeito do tema: a aplicação das teorias supracitadas se harmoniza com os diversos direitos fundamentais insculpidos 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 basicamente pautada na manutenção da saúde financeira do pacto federativo deverá prevalecer?

O presente estudo objetiva contrapor posições apresentadas por entendimentos relevantes, de modo a analisar os seus aspectos centrais, buscando investigar qual o pensamento deve prevalecer ao longo do curso do desenvolvimento do ordenamento jurídico pátrio.

1. Considerações sobre os Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais são fruto de grande evolução histórica e social. Apesar das mobilizações sociais e alterações significativas no decorrer de sua marcha natural, a relevante concepção de direitos fundamentais jamais deixou de acompanhar a sociedade.

Durante a história, a sociedade se deparou com a necessidade de proteção de direitos inerentes ao ser humano, assimilando que a proteção destes direitos pressupõe uma vivência justa e que tende a perdurar ao longo dos anos. Foi identificado, desde logo, que havia um bem maior e que por isso deveria estar mais protegido do que todos os outros, servindo de bússola para os demais direitos que compõem o ordenamento jurídico, o bem da vida.

Assim, o bem da vida sugere a necessidade de um mínimo existencial para a sua saudável e digna preservação, relevando a dignidade da pessoa humana ao reconhecimento imaculado e implacável de sua manutenção.

O reconhecimento de direitos fundamentais e a sua positivação foi possível por meio de evolução histórica. Estes direitos não surgiram todos de uma só vez, mas foram sendo reconhecidos e declarados, paulatinamente, conforme as próprias necessidades da civilização. Ao lado disso, a luta pela limitação do poder político do Estado passou a ser um dos principais fatores para o acolhimento destes direitos (COMPARATO, 2003, p. 40).

A Constituição Federal demonstra, logo no início, o significado e a força dos direitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico, o que sugere a posição central do indivíduo na finalidade do Estado.

Os direitos fundamentais, em um conceito material, nada mais são do que posições jurídicas necessárias à satisfação, à concretização da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana é o núcleo dos direitos fundamentais e está além deles, por isso é considerada um sobre-princípio pré-constitucional, eis que o ser humano possui dignidade, independentemente da Constituição, que tão somente legitima o preceito ao declarar a dignidade da pessoa humana como princípio supremo.

Conforme a demanda de cada época histórica, os direitos fundamentais foram se consagrando nos textos constitucionais, dando origem à classificação em gerações ou dimensões.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles relacionados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos. São direitos individuais.

Relacionados aos conceitos de igualdade, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. Ensejam direitos de titularidade coletiva promovidas pelo Estado.

Os direitos fundamentais de terceira geração, referem-se ao valor fraternidade ou solidariedade, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano.

Os direitos de quarta geração, introduzidos pelo fenômeno da globalização, compreendem os direitos à democracia, a informação e ao pluralismo.

Nos últimos anos, o Brasil vivenciou o impacto de novas ideias e concepções intitulada de pós-positivismo ou principialismo. Luís Roberto Barroso (2005, p. ix) demonstra:

Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

Em 1988, ocorreu a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, que agregou a matriz axiológica dos princípios democráticos. Os direitos fundamentais são, portanto, indisponíveis, cabendo ao Estado sua defesa.

2. A Teoria dos Custos dos Direitos na Realidade Brasileira

O direito administrativo nasceu da subordinação do poder à lei pela correlação de uma pauta de direitos individuais que passavam a vincular a administração pública (TÁCIO, 1997. p. 2). É a noção garantista que surge no momento em que o poder do estado aceita submeter-se ao direito. Assim preleciona Caio Tácio:

O episódio central da história administrativa do séc. XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vedação legal.

Assim, é possível afirmar que o direito administrativo não nasceu da submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador. As regras jurídicas sim, que tornaram possíveis as diversas soluções das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a administração pública (BINEMBOJM, 2006. p. 11)

Um país com tantas dificuldades sociais e econômicas como o Brasil nos traz, de imediato, duas indagações: uma que diz respeito às possibilidades e formas de implementação de políticas públicas que assegurem o mínimo indispensável à dignidade humana; a outra,

refere-se a dificuldade de se definir, aprioristicamente, o mínimo que cada um necessita, considerando, por óbvio, o caso concreto.

Equilibrar o custo social de uma concessão específica e direcionada tende a frustrar a própria segurança jurídica e a igualdade, que tanto se valoriza no Brasil. Por consequência, mais algumas questões devem ser levantadas: como definir um direito subjetivo individual, mas desconexo do seu entorno social? O interesse de alguns pressupõe o sacrifício de todos? Como transitar no campo da igualdade?

A lógica da separação dos poderes nos conduz a pensar que o parlamento, como veículo de expressão da vontade geral, caberia ao primado na elaboração das normas jurídicas, que não só limitaria como preordenariam a atuação dos órgãos administrativos. À administração restaria uma função executiva de cumprimento mecânico de vontade manifesta do legislador (SARMENTO, 2005. p. 118).

Entra em cena a legalidade como forma de vinculação à lei. Em contrapartida, o modelo de administração implantado no Brasil, apenas ressalta uma crise de identidade já conhecida desde a colônia portuguesa.

Por essa razão, qualquer forma de relação estatal que não esteja comprometida com a proteção de um núcleo de direitos fundamentais, com a ética ou com a racionalidade, ofenderá a de morte a Constituição.

Eventuais colisões entre interesses/direitos, privados ou públicos que não se enquadrem nas fórmulas prescritas pelo constituinte originário, deverão ser solucionadas por técnicas de ponderação de princípios diante do caso concreto, por meio de mediação judicial, levando em conta critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

É relevante, talvez, pensar no ato de governo ou no ato judicial em uma perspectiva coletiva, que se harmonize com o bem comum, e não no indivíduo particularmente considerado e desvinculado do meio em que vive.

A teoria dos Custos 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 seu cumprimento.

No Brasil, são muitos os que recorrem ao Poder Judiciário. Cabe refletir que, se não houvesse a escassez dos bens, não haveria motivos de se economizar tanto. Os juristas, normalmente, encontram respostas no princípio da proporcionalidade, no vácuo da ponderação, e na subjetiva razoabilidade.

Ponderação, assim, é a atividade pela qual se avaliam os enunciados normativos e os argumentos de ordem moral, econômico, político, etc. Por isso, a técnica de ponderação jurídica se confunde com a própria hermenêutica.

O problema se intensifica ainda mais quando várias disposições constitucionais originárias incidem sobre a mesma hipótese, apresentando diversas soluções.

Jane Reis (2006, p. 234-240) sustenta que "uma das formas de solucionar as questões sobre a tutela do direito fundamental é a "categorização". Significa dispor e correlacionar os fatos examinados em categorias no contexto das normas constitucionais.

Acrescenta, ainda (REIS, 2006, p. 239):

Categorizar, no sentido que aqui se adota, significa delinear os contornos dos direitos e, a partir das categorias gerais formuladas, qualificar as situações de fato, enquadrando-as na classe pertinente. Em outras palavras, categorizar é entender as normas jurídicas como tipos, os quais devem ser correlacionados às questões fáticas de modo a definir seus casos de aplicação.

O Poder Judiciário no Brasil recebe centenas de petições das Procuradorias estaduais e municipais no sentido da apresentação de uma defesa fundamentada na impossibilidade de cumprimento, devido ao compromisso com o equilíbrio orçamentário (são recorrentes os casos envolvendo o direito à saúde e a propriedade).

Aprofundando um pouco mais, é recorrente a concepção de que os direitos da liberdade impõem ao Estado a conduta consistente em não se turbar indevidamente a liberdade individual. Ou seja, os direitos da liberdade impõem ao Estado uma conduta que consiste em se abster de turbar indevidamente a liberdade individual. Desse modo, os direitos da liberdade de todas as esferas econômicas da sociedade estão protegidos pela omissão do Estado, pois há uma consequente dispensa de qualquer tipo de prestação estatal para sua efetividade.

Ao revés, dentre os direitos fundamentais, os denominados direitos sociais são os que geram as maiores despesas para o Estado e é inegável a necessidade de sua intervenção. Trata-se aqui da clássica distinção entre direitos positivos e negativos.

Com uma simples análise, verifica-se que o Estado não efetua minimamente as muitas prestações sociais a que está adstrito. Como isso, há duas possibilidades: ou se acredita na inexistência de qualquer recurso público nos cofres do Estado ou se estuda a forma mais

coerente de distribuir os recursos com que o administrador pode contar.

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 pelo 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.

Todos aqueles que recorrem ao Poder Judiciário para que seja possível exercer o seu direito à saúde, por exemplo, o fazem (em diversos casos) sem condições de aguardar por muito tempo uma resposta jurisdicional. Por outras vezes, a solicitação se dá em caráter de urgência, visto que o demandante encontra-se em delicado estado de saúde, tendo ainda que ser submetido ao calvário do procedimento judicial para que, ao final, saiba se vai ser atendido ou não pelo Estado que deveria ser o primeiro a resguardar a observância do preceito constitucional.¹

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.

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 direitos 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.

Em relação aos direitos classificados tradicionalmente como negativos, os autores são incisivos ao indicar que essa definição é equivocada, pois não existiriam tais direitos na esfera pública, sendo traçada por engano a ideia do gestor de simplesmente deixar de fazer algo. Essa afirmação é corroborada com uma indicação de que os direitos subjetivos públicos sempre serão positivos.

¹ Por certo que não se trata no presente momento das questões envolvendo as tutelas de urgência, já que em determinados casos e, através dos mecanismos processuais adequados, a prestação jurisdicional pretendida ao final da demanda pode ser antecipada, desde que observados os preceitos legais contidos em regulamento próprio.

A teoria em discussão não defende o descumprimento dos direitos pela falta de condições financeiras, ao revés, busca verificar uma nova dimensão acerca do alcance da proteção conferida aos direitos, de acordo com o orçamento disponível em cada lugar permitindo, desta forma, parece que a melhor alternativa seria que o gestor público direcionasse melhor os recursos encontrados destinados aos cofres públicos. Assim preleciona Holmes (1999. p. 226):

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.

Outro ponto de destaque é a questão da inexistência 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 o pleno exercício da liberdade.

Inicialmente, devem ser mencionadas as palavras de Flávio Gaudino (2005. p. 206) para explicar a relação do que, tradicionalmente, é entendida como direito de propriedade e como 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.

Os autores que defendem a teoria dos custos do direito não têm 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.² Além disso, tem como um dos pilares de sua argumentação a intervenção estatal, controlando o funcionamento dos

² 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.

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 se 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.

Outra situação importante, relativa ao direito de propriedade, que tem acontecido muito no Brasil, 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.

É de sabença trivial que 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 ambiente 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 gera custos que, mais uma vez, serão suportados pela Administração Pública (Inclusive em ações movidas em face desta).

Um exemplo que pode reforçar o argumento acima é o da concessão da gratuidade de justiça. Diversos autores explicam e desenvolvem seus estudos como se a gratuidade fosse um benefício do qual só o autor poderia ser liberado (custas e emolumentos). Assim, ninguém seria responsável pelo seu ônus. Tal pensamento é equivocado, pois mesmo com a concessão da gratuidade, alguém arcará com os custos para a movimentação da máquina judicial, sendo o principal responsável o próprio 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 como algo absoluto, há muitos anos atrás já foi encarado 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 já observado, 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.

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.

3. Críticas á Teoria dos Custos dos Direitos.

Após realizar a análise da teoria dos custos dos direitos, é importante questionar alguns pontos (em sua maior parte correspondem a críticas pertinentes) que são desenvolvidos em sintonia com a lógica das ideias apresentadas 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 direitos fundamentais será consideravelmente reduzida pois, como constatado em variados casos, ao diminuir o cumprimento dos direitos garantidos pela Constituição Federal, uma série de pessoas ficará desprotegida, ou seja, quanto menos a efetividade dos direitos se apresenta em uma sociedade, mais pessoas buscarão o cumprimento desses direitos utilizando a força (apelando, em alguns casos, até mesmo para o uso da violência).

Em sua obra, o raciocínio de Luís Fernando Sgarbossa (2010. p.118) 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 conseqüente expansão, doravante sem limites, da repressão penal.

Dessa forma, verifica-se a 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 (ONU, 2013. p. 10), 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. (ONU, 2013. p. 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 (ONU, 2013. p. 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 (ONU, 2013. p. 41).

Verifica-se, por oportuno, que se com parte das receitas públicas vinculadas a determinados direitos já se tem esses resultados insatisfatórios, deve ser feito um exercício de imaginação de como seriam esses resultados se os gastos públicos fossem condicionados segundo o pensamento da teoria dos custos dos direitos. Provavelmente, 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, pode-se 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. Esse princípio conduz a ideia que os direitos sociais são considerados “caros”, ou seja, por significarem custos para a sua aplicação, devem ser executados de forma progressiva e racional, na medida dos recursos disponíveis.

No ordenamento jurídico nacional, a reserva do possível foi recepcionada de forma um pouco modificada, porém 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 menos favorecidos. O direito à propriedade e sua adequada função social são garantidos pela Constituição Federal de 1988, nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º. Infelizmente, os gestores públicos se esquivam do cumprimento de medidas ao acesso a moradia alegando não possuir recursos suficientes para tanto.

O que se quer afirmar aqui é que o Estado quase sempre utiliza como parâmetro para suas defesas o fato de que se for compelido a cumprir determinação decisão judicial, acabará por não atender à segurança pública, educação, etc, assumindo a prevalência descrriteriosa de um princípio sobre outro.

Corroborando com o que foi afirmado, mencionam-se a seguir julgados provenientes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro³ sobre o tema:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À SAÚDE. NECESSIDADE DE FORNECIMENTO GRATUITO DE INSUMOS. MUNICÍPIO DE NOVA IGUAÇU. Dever de proteção à saúde que abrange o fornecimento de insumos, uma vez que produtos complementares ou acessórios aos medicamentos compreendem-se na prestação de saúde, nos termos da súmula nº 179 deste Tribunal. Inexistência de violação aos princípios da separação dos poderes e da reserva do possível. Município isento do pagamento de custas, mas não da taxa judiciária. Verba honorária devida ao CEJUR-DPGE, e fixada com razoabilidade. Sentença mantida. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM FULCRO NO ART. 557, CAPUT, DO CPC. (Processo nº 0103755-04.2012.8.19.0038)

CONSTITUCIONAL. SAÚDE PÚBLICA. MUNICÍPIO DE TRÊS RIOS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A HIPOSSUFICIENTE QUE DELES NECESSITA PARA TRATAMENTO DE DOENÇA. Normas imperativas da Constituição Federal cometem à União, Estados, Distrito Federal e Municípios competência comum para cuidar da saúde e assistência públicas, tendo o Enunciado nº 65 deste E. TJRJ reconhecido a responsabilidade solidária dos entes federativos para garantia deste direito fundamental. Não pode o ente público alegar problemas orçamentários ou condicionar o fornecimento de medicamentos à inclusão em lista elaborada pelos órgãos competentes, eis que a saúde, um direito garantido constitucionalmente, não pode ser limitado por uma norma elaborada pelo constituinte derivado. Garantia ao fundamental direito à saúde que não se confunde com infringência à separação dos Poderes ou à reserva do possível. Súmula nº 241 do TJRJ. Verba honorária razoavelmente arbitrada em R\$200,00 (duzentos reais), e em consonância com o disposto na Súmula 182 do TJRJ. Negativa de seguimento ao recurso, nos termos do art. 557, caput, do CPC. (Processo nº 0006607-49.2011.8.19.0063)

Embora acolhido por alguns tribunais inferiores, o Supremo Tribunal Federal, em suas decisões vem 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. Uma vez mais deve ser destacado a irrazoabilidade da alegação no sentido da falta de recursos pelos Estados vez que, o fato material é provocado (dolosamente), na maior parte das vezes, pelas péssimas gestões realizadas e pelo descumprimento frontal do que apregoa a Lei Complementar 141 de 2012, além de práticas ilícitas desviantes dos recursos públicos.

³ Os parâmetros utilizados para a pesquisa foram os termos ‘direito a saúde’ e ‘reserva do possível’. A pesquisa foi realizada no mês de fevereiro de 2016 e ambos os julgados foram proferidos nesse mês.

Em relação à propriedade privada, a Administração Pública, ao utilizar como base a Teoria dos Custos dos Direitos, alega ser 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 e da razoabilidade, inverte completamente a ordem de importância do que foi consagrado pelo legislador nas mais diversas espécies normativas. Aliado a isso, 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, ferir de morte a natureza fundamental dos direitos sociais.

Outra crítica que se faz necessária é a alegação por parte dos defensores da criticada teoria, que a aplicação do princípio da eficiência (consagrado no caput do artigo 37 da Constituição Federal), em conjunto com a 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.⁴

⁴ 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>. Último Acesso em: 23 de março de 2016.

A teoria dos custos dos direitos demonstra a pior face do Estado, transformando os gestores em simples economistas onde a indiferença alcançada por um mero cálculo matemático decidirá quem é, quem terá ou não, um acesso a determinado direito fundamental. 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.

4. O Mínimo Existencial e o Estado Desenvolvedor de Amartya Sen

Neste ponto, serão apresentadas argumentações positivas de como a aplicação dos direitos fundamentais devem ocorrer 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-se 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 funda 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, no entanto, um Estado Assistencial com veias paternalistas. Mas a atuação do ente público no sentido de prover as mínimas condições de vida digna aos mais necessitados, por meio de um Estado Desenvolvedor, como indica Amartya Sen (2000. p. 57) 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.

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 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 avaliado, sim, de acordo com oportunidades sociais oferecidas. O Administrador Público Brasileiro, ao refutar o cumprimento dos direitos sociais com a argumentação da quebra dos cofres públicos, caminha em direção oposta ao demonstrado pelas estatísticas e por grandes doutrinadores.

Uma das propostas apresentadas no presente trabalho, que identifica o grave problema habitacional nos dias atuais, é a criação de um Fundo Econômico Habitacional (FEH), ou seja, um fundo soberano no qual, anualmente, os valores capitados devem ser depositados e seus rendimentos utilizados para a construção de casas aos menos abastados. Cabe compreender que esse Fundo, recebendo aportes anuais, poderá ser investido em aplicações conservadoras, apenas aplicando seus juros nessas construções, como um mecanismo progressivo que sempre acumulará rendimentos, sem a necessidade de gastos excessivos pelo gestor público.

Outra proposta tem como objetivo indicar a 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, que indicam a quebra do Estado ou a não possibilidade financeira de cumprimento do preceito fundamental aqui exarado.

A garantia do mínimo social para o exercício dos direitos fundamentais prescritos na Constituição, trata de um dever revestido de obrigações essenciais, que devem ser respeitadas pelo Administrador Público, sem quaisquer tipos de contra-argumentações vazias ou carentes de fundamentos humanistas, por diversas vezes orientados por um sentimento perverso e cruel, comparável a passagens hediondas da História.

Neste ponto, passará a discussão sobre qual deveria ser 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 à 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 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 lembrar o inciso IV, artigo 7º, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil:

Artigo 7º. 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 (2014. p. 20)

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. É possível observar 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, baseando-se em pensamentos 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 um viés mais ampliativo e garantista de direitos, entende que o núcleo do mínimo existencial contempla uma lista que vai além do mero conceito biológico do significado de estar vivo. Aqui podem ser encontrados os direitos esquecidos pela primeira corrente, ou seja, grande parte dos individuais e coletivos, além dos sociais, dentre 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, à época, na elaboração desses direitos, e não meramente combater algo que, de clareza cristalina, acaba sendo considerado 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 pela própria morte do demandante.

O que deve ser levado em conta nas páginas aqui descritas é a reflexão da verdadeira realidade 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 direitos fundamentais assegurados, com um mínimo de dignidade, para que possa se desenvolver como indivíduo e seus familiares (assim como consagrado na própria Constituição Federal)? Hoje em dia, infelizmente, essa é uma pergunta que tem sido respondida com a primeira de raciocínio, apresentada nos parágrafos acima.

5. Considerações Finais

A transparência democrática e justiça distributiva tornam-se pontos de discussão cada vez mais relevantes, por questionarem a destinação dos recursos públicos; sobre como os agentes devem destinar estes recursos; e para quais grupos específicos haverá a destinação.

O financiamento público de direitos individuais tem o objetivo de aprimorar um mínimo de desenvolvimento humano para uma vida digna. Por outro lado, conta-se com um valor econômico para se exigir e proteger os direitos dos cidadãos.

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 pelos tribunais.

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 por 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.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Ed. Livraria Almedina: Portugal, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. São Paulo: Renovar, 2006.

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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. Norton & Company, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

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

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Org. Daniel Sarmento. *Interesses Públicos *versus* Interesses Privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Interesses Públicos *versus* Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Org. Daniel Sarmento. *Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

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.

TÁCIO, Caio. **Evolução Histórica do Direito Administrativo**, in *Temas de Direito Público*, vol. I, 1997.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação de Direitos Humanos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Sítios consultados:

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: 23 de março de 2016.