

A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

*Érica Pessanha**

RESUMO: Este trabalho busca detalhar o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais no Ocidente, concentrando-se especificamente nas questões sobre a efetividade dos direitos sociais no Brasil, analisando os diversos ângulos da questão.

ABSTRACT: This research seeks to identify the historic development of the fundamental rights in the West Civilization, concentrating specifically on the questions in respect to the effectiveness of the social rights in Brazil, making an analysis the various angles of the matter.

SUMÁRIO: 1.1. Formação e evolução dos direitos fundamentais. 1.2. Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 1.3. Identificação das características preponderantes nos direitos sociais. 1.4. Os obstáculos para a eficácia dos direitos sociais prestacionais. 1.5. Os direitos sociais prestacionais como essência do mínimo existencial – alguns posicionamentos. 1.6. Outras reflexões – um caminho a percorrer.

* Mestranda em Políticas Públicas e Processo na Faculdade de Direito de Campos; Integrante do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos da FDC, desenvolvendo projeto sobre Direitos Humanos e Terrorismo; Professora de Teoria Geral do Processo da UCAM-Campos.

1.1. Formação e evolução dos direitos fundamentais

O grande apogeu da discussão em torno dos direitos fundamentais estabeleceu-se com as idéias consagradas no pensamento iluminista, que teve seu auge no século XVIII. Observava-se na Europa um grande desenvolvimento científico e cultural, transpondo imaginariamente o período de escuridão até então vivenciado. Iniciava-se o Século das Luzes. Os iluministas teceram diversas críticas ao absolutismo francês, propondo uma sociedade baseada no liberalismo econômico e político. Os direitos individuais do homem, principalmente os referentes à sua liberdade e à limitação do poder público, tornam-se o marco do Estado Liberal e constituem-se na primeira geração¹ ou dimensão² dos direitos fundamentais.

DENIS DIDEROT, um dos grandes intelectuais franceses do século XVIII, demonstra sua oposição às doutrinas que justificavam as monarquias absolutistas: *“Nenhum homem recebeu da natureza o direito de comandar os outros. A liberdade é um presente do céu, e cada indivíduo da mesma espécie tem o direito de gozar*

¹ A análise dos direitos fundamentais sob a perspectiva de “gerações” foi realizada por BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit, p. 46, prefere falar em dimensão dos direitos fundamentais devido ao seu caráter cumulativo, de complementariedade, e não de alternância. TORRES, Também Ricardo Lobo. Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, expõe: *“(...) a temporalidade só pode se explicar como dimensão histórica para o conhecimento e a realização dos direitos humanos, mas não para a sua existência”*. Segundo ele, os diversos direitos humanos coexistem, apesar de terem surgido em momentos diferentes. No mesmo sentido PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 149-150 *“(...) compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada idéia de sucessão ‘geracional’ de direitos, na medida em que se acolhe a idéia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares em constante dinâmica de interação”*.

dela logo que goze da razão...”.³ MONTESQUIEU, na sua obra, “O Espírito das Leis”, desenvolveu a teoria de separação dos poderes, segundo a qual cada um dos poderes deveria agir de forma a limitar a força dos outros dois, estabelecendo-se um relacionamento harmônico e equilibrado.

Como se percebe, os direitos fundamentais estavam fortemente ligados à idéia de liberdade, de esfera própria do indivíduo na qual o Estado não poderia interferir. Enfim, o ser humano, dotado de razão, torna-se o centro das idéias da época, que afirmava sua posição como sujeito de direitos que devem ser preservados pelo Estado, principalmente com relação às liberdades individuais.

Nesse primeiro momento, observa-se, então, a preocupação com a garantia de direitos do indivíduo frente ao Estado, conservando-se uma área de autonomia individual imune à intervenção estatal, rompendo com a idéia de poder ilimitado do soberano, característica das monarquias absolutistas. Tais direitos são, por esse motivo, nas palavras de INGO WOLFGANG SARLET, “*direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos.*”⁴

Com o passar do tempo, as fraquezas do Estado Liberal tornaram-se latentes e facilmente identificadas. A industrialização gerou um quadro crítico de miséria humana e de superexploração da mão-de-obra, demonstrando que os ideais burgueses haviam contribuído para a construção de um capitalismo selvagem e comprometido em demasia a dignidade humana.

Assim, torna-se perceptível a crise do modelo liberal e a constatação de que a simples abstenção do Estado do controle das atividades econômicas, a liberdade

³ apud.MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luis César Amad. *História Moderna e Contemporânea*. Scipione, 1993. p.81.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.50.

absoluta de comércio e de produção, a obediência às leis naturais da economia, a liberdade de contrato, a livre concorrência, o respeito à propriedade privada, dentre outros valores, analisados como imprescindíveis na proteção da liberdade, precisavam ser revistos. Somente a garantia de liberdades não era suficiente para proporcionar e promover a dignidade da pessoa humana; era necessário investir no bem-estar do indivíduo. Iniciase, então, através do nascimento do Estado Social (“welfare state”), a segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais, consagrada pelos direitos econômicos, sociais e culturais, cujo valor reside na igualdade.

Quanto à positivação destes direitos, pode-se dizer que ocorreu a partir da Primeira Guerra Mundial com a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então União Soviética, em 1918, e a Constituição de Weimar de 1919.

No Brasil, foi a Carta de 1934 que realmente inaugurou a fase do constitucionalismo social no país, dedicando um título exclusivo à ordem econômica e social, iniciando a era da intervenção estatal.⁵

Mas, foi no pós-guerra que os direitos da pessoa humana ganharam extrema relevância, consagrando-se internacionalmente, surgindo como resposta às atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, especialmente aos horrores praticados nos campos de concentração da Alemanha nazista. No pós-guerra a pessoa passou, então, a ser foco da atenção internacional e a dignidade humana estabeleceu-se, até certo ponto, como princípio universal e absoluto. Verifica-se então que, a partir do pós-guerra, a análise da dignidade humana ganha âmbito internacional, consolidando a idéia de limitação da soberania nacional e reconhecendo que os

⁵ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 20.

indivíduos possuem direitos inerentes à sua existência que devem ser protegidos.

No entanto, a derrocada dos regimes socialistas, de certo modo, enfraqueceu a proposta da social democracia e do Estado do Bem Estar, diante da constatação de que o Estado fracassou na tarefa de providenciar aos indivíduos as prestações materiais indispensáveis. Pode-se acrescentar, todavia, que este fracasso se deve, principalmente, ao aumento excessivo do Estado, que passou a atuar em inúmeros setores da economia, tornando-se obeso e altamente burocrático. Entra em crise o Estado Social, fazendo ressurgir a idéia praticamente abandonada do Estado mínimo, através das políticas neoliberais.

Mas, o estado de tensão proporcionado pelas duas grandes guerras e o grande impacto tecnológico produzido no meio ambiente não passariam despercebidos no desenvolvimento da história dos direitos fundamentais e contribuíram para que, num terceiro momento, surgisse a preocupação com os chamados direitos de terceira geração ou dimensão, que levariam em consideração o “gênero humano” e não simplesmente o indivíduo em si. Desprendem-se em princípio da figura do homem-indivíduo como seu titular, referindo-se a interesses difusos e coletivos, como p. ex., direitos à paz, à autodeterminação dos povos e ao meio ambiente. São caracterizados como direitos de solidariedade e fraternidade, que necessitam de esforços até mesmo em escala mundial para sua efetivação.

Vale ressaltar que esta classificação foi ampliada por alguns, passando a prever uma quarta e, em alguns casos, uma quinta geração de direitos fundamentais. No entanto, ainda há muita divergência entre os autores sobre seus respectivos conteúdos.⁶

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 524 e seguintes, por exemplo, fala nos direitos a democracia, à informação e ao pluralismo como direitos de quarta geração. Também, LAFER, Celso. *La Reconstrucción de los Derechos Humanos – un diálogo con el*

Também é importante observar o caráter cumulativo dos direitos fundamentais. Ao argumentar sobre a universalização dos direitos humanos, assim declara CANÇADO TRINDADE:

O fenômeno que testemunhamos em nossos dias, em meu entendimento, não é o de uma fantasiosa e indemonstrável sucessão ‘geracional’ de direitos (que poderia inclusive ser invocada para tentar justificar restrições indevidas ao exercício de alguns deles, como já ocorreu na prática), mas antes o da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante interação.⁷

É justamente por isso que muitos autores preferem não utilizar o termo “gerações” ao se referirem aos direitos fundamentais, pois possibilitaria uma interpretação errônea de que tais direitos se sucederiam no tempo.

1.2. Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

No Brasil, a luta pela reconquista dos princípios da democracia representativa e, principalmente, dos direitos fundamentais, pode ser percebida com maior

pensamiento de Hannah Arendt. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, fala em direitos de quarta geração, englobando os direitos de titularidade coletiva. Também, OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 86, inclui, em uma quarta geração, direitos relacionados à biotecnologia e na quinta, direitos decorrentes da realidade virtual.

⁷ ALVES, José Augusto Lindgren. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 31, apresentação feita por Cançado Trindade.

clareza a partir do golpe militar em 1964, que desrespeitou e reprimiu tais valores nos períodos de ditadura e repressão. A decretação de atos institucionais instaurou o terror no país, pois violou direitos civis, direitos políticos e conferiu poderes ilimitados ao Executivo. A implantação da ditadura e da violência generalizada aumentaram a revolta e distanciaram a população do significado de expressões como liberdade e dignidade, só reconquistados normativamente mais de 20 anos depois, com a Constituição Federal de 1988, que vige até hoje.

A Constituição Brasileira de 1988, conhecida como “Constituição-cidadã,”⁸ formada, então, após esse duro contexto de negação do valor da pessoa humana, restaurou um regime político democrático no Brasil, consolidando também ao longo de seu texto a proteção a inúmeros direitos e garantias fundamentais. A consolidação da dignidade da pessoa humana no primeiro artigo do texto constitucional (CRFB, art.1º, III) evidencia a grande preocupação do Constituinte com a promoção dos direitos fundamentais e da justiça social no país.

Em termos topográficos, basicamente, os direitos fundamentais estão inseridos no título II da atual Constituição, englobando o art. 5º (dos direitos e deveres individuais e coletivos), do art. 6º ao 11 (dos direitos sociais), o art 12 e 13 (da nacionalidade), do art. 14 ao 16 (dos direitos políticos) e o art. 17 (dos partidos políticos).

No entanto, os direitos fundamentais não se resumem aos enumerados neste título, uma vez que o parágrafo 2º do art.5º adota um conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais. Assim, também é possível extrair direitos fundamentais de outras partes do texto constitucional, de tratados e também decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

⁸ Nomeada assim por Ulysses Guimarães, então presidente da Assembléia Nacional Constituinte.

INGO WOLFGANG SARLET classifica os direitos fundamentais em dois grandes blocos: os positivados e os não-positivados.⁹ No primeiro bloco estariam inseridos os expressos na Constituição Federal (no catálogo dos direitos fundamentais ou em outras partes do texto da Constituição) e os expressos em tratados. No segundo bloco estariam os implícitos (posições fundamentais subentendidas nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais) e os decorrentes do regime e dos princípios (que se referem às disposições contidas no Título I – do art. 1º ao 4º).

Neste ponto, vale ressaltar o posicionamento defendido pela professora FLÁVIA PIOVESAN¹⁰ em favor da natureza constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte, por força da natureza materialmente aberta dos direitos fundamentais (art. 5º par. 2º). Como consequência, assim como os demais direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição, tais direitos também constituiriam cláusula pétrea e não poderiam ser abolidos por meio de emenda à Constituição. Tal posicionamento não encontrou abrigo no STF, que firmou o entendimento que os tratados internacionais estariam em paridade com a lei federal, apresentando a mesma hierarquia que esta. No entanto, essa concepção sofreu modificações a partir da Emenda Constitucional 45/2004 que, dentre outras alterações, incluiu o parágrafo 3º ao art. 5º da CF/88, dispondo:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 92-97.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Sobre a divergência, no que tange aos tratados de direitos humanos, quanto à supremacia da lei interna ou não, vale ressaltar o posicionamento de CANÇADO TRINDADE, segundo o qual, em caso de conflito deve-se adotar a lei que, no caso concreto, mais proteja a pessoa humana. Ele assim expõe em sua obra:

No presente contexto, a primazia é a da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas.¹¹

Ainda com fulcro no art.5º parágrafo 2º pode-se cogitar, basicamente, duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais (ancorados na Constituição formal); b) direitos apenas materialmente fundamentais (são aqueles que, embora possam se encontrar fora do catálogo, por seu conteúdo e relevância podem ser equiparados a estes). Há quem defenda uma terceira categoria: a dos direitos apenas formalmente fundamentais (estão no catálogo de direitos fundamentais, mas não possuem conteúdo justificador da condição de autênticos direitos fundamentais).

Assim, percebe-se que a Constituição brasileira de 1988 é extremamente rica no que tange à positivação dos

¹¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. I, Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003. p. 542-543.

direitos fundamentais e à percepção do homem como um fim em si mesmo, mesmo porque, no título I, apresenta a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

No entanto, como defende NORBERTO BOBBIO, o principal desafio relativo aos direitos do homem encontra-se no campo de sua eficácia:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. (...) Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.¹²

Assim, também é perceptível no Brasil que o problema da eficácia dos direitos fundamentais e, principalmente, dos direitos sociais prestacionais, deve merecer relevante atenção no âmbito dos três Poderes, para que comece a se produzir no mundo dos fatos o que já se garantiu normativamente na Constituição.

1.3. Identificação das características preponderantes nos direitos sociais

A identificação de algumas características inerentes aos direitos sociais facilitará a compreensão sobre

¹² BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.24-25.

dificuldades relativas à implementação desses direitos. Vale ressaltar que parte da doutrina vem questionando a própria fundamentalidade¹³ de tais direitos.

Não se pode esquecer também do caráter de complementaridade dos direitos fundamentais e da conexão dos direitos sociais com os individuais, civis e políticos.¹⁴ Sem as necessidades básicas supridas não há que se falar em plenitude de liberdade. Uma sociedade marcada por miséria, fome, alto índice de analfabetismo, pobreza e profundas desigualdades é, sem dúvida, uma sociedade que compromete a liberdade. Daí a importância de garantir-se a eficácia dos direitos sociais na maior medida possível. Para tanto, vale registrar algumas de suas peculiaridades.

Quanto às diferenças em relação às liberdades, a doutrina analisa, em primeiro lugar, que, enquanto os direitos de defesa possuem natureza preponderantemente

¹³ TORRES, Ricardo Lobo. A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 349-374. O autor analisa três posicionamentos relativos à fundamentalidade dos direitos sociais: a) a tese do primado dos direitos sociais; b) a tese da indivisibilidade dos direitos humanos; c) as teses da redução dos Direitos Fundamentais Sociais ao Mínimo Existencial. Para o autor, “a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático.” p.370.

¹⁴ Sobre isto: MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Su génesis y su concepto. *Revista Derechos e Libertades, del Instituto Bartolomé de las Casas*, Ano 3, n. 6, fev.1998, p.15-34. “El primer argumento pues para defender su inclusión en la categoría genérica de los derechos fundamentales, pasa por este reconocimiento de la conexión de los derechos económicos, sociales y culturales, con la generalización de los derechos políticos. Su objetivo era la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, para participar en plenitud en la vida política y para disfrutar de sus beneficios.” p. 25.

negativa, os direitos sociais pressupõem uma conduta positiva do Estado. A primeira característica inerente ao direito em questão é, portanto, o seu *cuñho prestacional*.

Vale ressaltar que direitos sociais prestacionais referem-se aos direitos sociais que demandam uma prestação material por parte do Estado. Assim, as liberdades sociais, como o direito à greve, por exemplo, não estariam inseridas nesta categoria, pois sua efetivação não está vinculada prioritariamente a uma prestação positiva por parte do Estado. Estão inseridos na categoria de direitos sociais prestacionais, por exemplo, a maioria dos direitos inseridos no art. 6º da CF/88, que assim dispõe:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Outra característica dos direitos sociais é a *relevância do conteúdo econômico*, pois demandam recursos públicos disponíveis para que sejam concretizados. Para que o Estado assegure o acesso à saúde e à educação, por exemplo, é necessário que haja recursos financeiros que o possibilitem agir. São direitos que estão subjugados à conjuntura econômica. Assim, enquanto os direitos de defesa visam, basicamente, proteger o indivíduo das ingerências em sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais visam uma prestação de natureza fática, sempre dependente da análise dos recursos disponíveis. No entanto, como se verá adiante, não são apenas os direitos sociais que custam, promover as liberdades também exigem um alto custo.

1.4. Os obstáculos para a eficácia dos direitos sociais prestacionais

A doutrina tem apontado diversos obstáculos¹⁵ para a plena eficácia de direitos prestacionais, sendo destaque neste estudo apenas dois: a imprecisão das normas e a escassez de recursos.

1.4.1. A imprecisão das normas

A imprecisão das normas definidoras de direitos sociais surge como um verdadeiro obstáculo à sua plena eficácia. Além dos direitos sociais estarem dispostos de maneira confusa na própria Constituição, propiciando divergências quanto a sua própria definição e fundamentalidade, eles ainda possuem objetos amplos demais, o que dificulta a sua delimitação. JOSÉ AFONSO DA SILVA faz referência à importância de se buscar soluções que concretizem as normas de direitos sociais, ainda tida como programáticas:

O problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática.¹⁶

¹⁵ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.14-23: O autor aponta cinco óbices à sindicância de prestações estatais positivas: a) defeitos nas disposições normativas; b) objetos amplos demais; c) reserva do possível fática; d) reserva do possível jurídica; e) ausência de instrumentos específicos de tutela desses direitos.

¹⁶ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999. p.140.

O que se pode perceber é que muitas das normas referentes aos direitos sociais não são observadas como imediatamente aplicáveis, devido a imprecisão com que foram elaboradas e ao objeto de seus comandos, demasiadamente abertos. Surge, então, o problema da eficácia de tais normas. Extrair um núcleo de direitos subjetivos imprescindíveis à obtenção de uma vida digna do imenso catálogo dos direitos sociais prestacionais constitui-se no propósito básico do estudo referente ao mínimo existencial

Outro ponto que merece destaque é justamente a dificuldade de estabelecer uma adequada delimitação do próprio objeto dos direitos sociais. Como eles estão descritos de forma vaga, imprecisa e demasiadamente aberta, existem, normalmente, uma pluralidade de meios de atingimento desse direito.

MARCOS MASELLI GOUVÊA apresenta algumas dúvidas decorrentes da amplitude dos objetos definidos nas normas de direitos sociais. Ele assim expõe sobre o direito à saúde:

A norma constitucional não estabelece se o titular deste interesse tem direito a ações preventivas e curativas, ou só preventivas, e em qual extensão; não esclarece se o Estado deve proporcionar o máximo em assistência à saúde ou um patamar mínimo; se a assistência pública deve ser gratuita mesmo para os que dispõem de recursos; etc.¹⁷

Um embate significativo sobre questões que envolvem direitos sociais tem se levantado também nos

¹⁷ GOUVEA, Marcos Maselli. *Controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

tribunais. A análise do caráter vinculante do art. 196 CF/88 é um bom exemplo. Embora os tribunais superiores tenham se pacificado, com base no direito à saúde, em favor do direito à medicação, os fundamentos para obtenção de tal pedido ainda se encontram divergentes.

No RMS 11183/PR decide-se em favor do provimento ao pedido de fornecimento de medicamentos, como se observa no trecho abaixo, restando insignificante a discussão a respeito do caráter programático ou não da norma do art. 196 CRFB/88:

Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado (STF, AG nº 238.328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 11/05/99; STJ, RESP nº 249.026/PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 26/06/2000). (...) Despicienda de quaisquer comentários a discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts. 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196). (...) Tendo em vista as particularidades do caso concreto, faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem ético-jurídica

conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.¹⁸ (grifo meu)

Na decisão analisada percebe-se claramente a adesão à tese da plena eficácia do direito social à saúde, embora tal posicionamento não tenha sido explicitamente colocado.

Já o Recurso Especial nº 57.614-8/RS negou provimento ao pedido de fornecimento de medicamentos justamente com o fundamento no caráter programático da norma. Assim dispõe o julgado:

Normas meramente programáticas protegem um interesse geral, mas não conferem aos respectivos beneficiários o poder de exigir a sua satisfação antes que o legislador cumpra o dever de complementá-las com a legislação integrativa.¹⁹

Assim, percebe-se que a vagueza do programa normativo impõe-se como um efetivo obstáculo à plena eficácia dos direitos sociais.

1.4.2. A escassez de recursos

A efetiva concretização dos direitos sociais prestacionais encontra seu segundo grande obstáculo na escassez de recursos. A expressão “*reserva do possível*” é utilizada largamente na doutrina para identificar o fenômeno da limitação de recursos frente à necessidade de aplicação dos mesmos para concreção dos direitos sociais.²⁰

¹⁸ RESP 11.183/PR, Rel. Min. José Delgado.

¹⁹ RE 57.614-8/RS, Rel. Min. Demócrito Reinaldo.

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Educação, Constituição, Democracia e Recursos Públicos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003. p. 47.

A permanente tensão entre a realização dos direitos sociais e os recursos públicos disponíveis torna-se ainda mais visível e crítica em países como o Brasil, onde 56,9 milhões de pessoas podem ser consideradas pobres e 24,7 milhões podem ser consideradas como miseráveis,²¹ sendo, portanto, a maioria da população carente de direitos prestacionais.

Nesse ponto surgem algumas questões básicas relacionadas à satisfação dos direitos sociais e ao problema da escassez. A alocação de recursos envolve interrogações múltiplas: Quem beneficiar? Quanto disponibilizar? Como investir? Questões que, por si só, demandariam estudos específicos. No entanto, vale a constatação de que o problema da eficácia dos direitos fundamentais envolve, por muitas vezes, análises em outras ciências, como a política e a economia.

Assim, em última instância, atender um determinado direito implica negar outro; direcionar recursos para uma pretensão “X” pode significar deixar de atender a pretensão “Y”, que pode ser tão fundamental quanto aquela. A questão da alocação de recursos transforma-se, portanto, como constatado pela doutrina, em escolhas trágicas, em que optar pela realização de uma determinada despesa importa reduzir ou suprimir recursos para uma outra atividade. Quando o dilema apresenta-se na área da saúde, por exemplo, a questão pode tornar-se ainda mais grave. Como bem expõe GUSTAVO AMARAL:

A escassez é inerente às pretensões positivas e de modo ainda mais acentuado quanto à saúde. Ante a escassez, torna-se imperiosa a adoção de mecanismos alocativos. A alocação, notadamente no que tange

²¹ Disponível em: www.ibge.gov.br

à saúde, tem natureza ética dupla: é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem danar.²²

É importante dizer que as escolhas, quando se referem às elaborações das leis orçamentárias, recaem não apenas sobre a indagação acerca da área a ser beneficiada, mas também acerca de quanto e de como investir. A questão que se põe é se há total liberdade nas opções das políticas públicas e se a ausência de recursos pode tornar legítima a recusa do Estado em cumprir os deveres correlatos aos direitos sociais.²³

ANA PAULA DE BARCELLOS, tentando responder a essa intrincada questão, diz que os recursos públicos disponíveis deverão ser aplicados *prioritariamente* no atendimento de fins considerados essenciais pela Constituição, bem como de seus objetivos fundamentais, sendo necessário identificar quais são as prioridades apontadas pela Lei Maior.²⁴

Sendo a dignidade da pessoa humana o valor fundamental da República Federativa do Brasil, conclui a autora que os direitos sociais que representam o núcleo material da dignidade deverão possuir *prioridade* na destinação orçamentária. Esse núcleo - que é chamado de mínimo existencial - deverá ser efetivado pelo Estado, entregando ao titular do direito condições materiais para uma existência digna, sob pena de se afetar a legitimidade do poder estatal.

Portanto, primeiro procede-se à aplicação dos recursos conforme as prioridades definidas na

²² AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.180-181.

²³ *Ibid*, 186.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Educação, Constituição, Democracia e Recursos Públicos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

Constituição, que integram o núcleo material da dignidade humana, chamado de mínimo existencial. Os direitos sociais que não compõem esse núcleo estariam sujeitos aos recursos remanescentes e dependentes das deliberações políticas.

1.5. Os direitos sociais prestacionais como essência do mínimo existencial – alguns posicionamentos

Analisando a grande importância da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e partindo do pressuposto de que é papel do Estado garantir aos indivíduos as condições mínimas de existência, observa-se, então, que o Estado não deve se limitar, como pensam alguns, a apenas se abster, anular, invalidar e tornar ineficazes atos que atentem contra a dignidade humana, mas, principalmente, promover esta dignidade através de condutas ativas.²⁵

Diversos autores têm relacionado quais os direitos que estariam inseridos na caracterização do mínimo existencial, como se expõe a seguir.

Para ANA PAULA DE BARCELLOS, o mínimo existencial, configurado como núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana, é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça.²⁶

Na concepção do professor RICARDO LOBO TORRES os direitos referentes ao mínimo existencial incidiriam sobre um conjunto de condições que seriam pressupostos para o exercício da liberdade, concepção

²⁵ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 71.

²⁶ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 258

análoga à desenvolvida por Rawls. R.L.Torres assim declara:

Os direitos à alimentação, saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o status daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive.²⁷

Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estimá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade, que é princípio ligado à idéia de justiça e de redistribuição da riqueza social. (...) A proteção do mínimo existencial se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e no princípio da igualdade.²⁸

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder a quem de um

²⁷ Ibid., p. 255

²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 128-129.

mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.²⁹

INGO SARLET, ao estudar a eficácia dos direitos fundamentais, também aponta para a necessidade de reconhecimento de certos direitos subjetivos a prestações ligados aos recursos materiais mínimos para a existência de qualquer indivíduo. A existência digna, segundo ele, também estaria intimamente ligada à prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo, da assistência social, da educação, do direito à previdência social e do direito à saúde. Ele assim declara:

... ao Estado não apenas é vedada a possibilidade de tirar a vida (daí, por exemplo, a proibição da pena de morte), mas também (...) a ele se impõe o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a própria razão de ser do Estado, além de pressuposto para o exercício de qualquer direito (fundamental, ou não). Não nos parece absurda a observação de que negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para a manutenção de sua existência (negando-lhe, por exemplo, uma pensão adequada na velhice, quando já não possui condições de prover seu sustento) pode significar, em última análise, condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina

²⁹ Ibid. A cidadania multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ed Renovar, 2. ed, 2002. p. 267.

dominante – que ao menos na esfera das condições existenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.³⁰

Também tece questionamento interessante Gustavo Amaral que, ao analisar a escassez de recursos, assim expõe em sua obra:

Se não há divisão nítida, como saber se a prestação é exigível incondicionalmente ou não? O mínimo existencial é o mesmo em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo e interior de Alagoas e do Piauí? Se a resposta for positiva, então a escassez de recursos não estará sendo considerada. Se a resposta for negativa, então parecerá que foi incluída uma ‘condição’ que afasta a exigibilidade ‘incondicional.’³¹

Após verificar o posicionamento de alguns autores, observa-se que a doutrina do mínimo existencial, originária dos Tribunais alemães, ganha força na doutrina nacional. Percebe-se também que para os autores acima citados os direitos que abrangem o mínimo existencial, em sua maioria, são direitos sociais prestacionais, provocando, justamente por isso, divergências quanto à sua eficácia.

Nesse ponto cabe a ressalva de que, conquanto tenha sido de significativa importância a definição de uma proposta concreta de direitos inseridos no mínimo existencial elaborada por diversos autores, deve-se tomar cuidado para não se

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 322-323.

³¹ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.185.

correr o risco de confundir condições mínimas de existência para uma vida digna com direito à sobrevivência. Embora não se pretenda estabelecer um núcleo de prestações que venham a compor o mínimo existencial neste artigo, vale o registro de que algumas questões merecem ser mais analisadas e estudadas, como a possibilidade de inclusão de outros direitos no rol mínimo, tais como, meio ambiente saudável, cultura, moradia, entre outros.

1.6. Outras reflexões – um caminho a percorrer

Além das clássicas questões, suscitadas na doutrina, que envolvem a análise sobre a aplicabilidade dos direitos sociais, tais como, a imprecisão das normas, a análise da escassez, a ponderação de princípios, o estudo da eficácia etc., é importante observar e tecer alguns apontamentos sobre outros fatores, muitas vezes fora até mesmo do âmbito do Poder Judiciário, que contribuem para a falta de efetividade dos direitos sociais e que também devem ser observados em qualquer debate a respeito desses direitos.

Em primeiro lugar é necessário superar a idéia de que existem direitos que não custam. Como bem analisa FLÁVIO GALDINO ao comentar a obra “*The Cost of Rights*” de Holmes e Sunstein, mesmo os clássicos “direitos negativos”, como por exemplo, o direito a propriedade,³²

³² A este respeito: GALDINO, Flávio. Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lob (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 192. “Sunstein e Holmes argumentam que não existe a propriedade privada sem a ação pública, sem prestações estatais positivas. O direito de propriedade depende de um arsenal normativo de criação contínua e perene por parte de agentes políticos, em especial juizes e legisladores (trata-se, portanto, a toda evidência de uma prestação fática). Todos os agentes referidos, de soldados-bombeiros a senadores, passando pelos magistrados, são mantidos (e pagos!) pelo Erário Público, com recursos levantados a partir da tributação imposta pelo Estado, consubstanciando o seu trabalho em uma prestação manifestamente pública – positiva – indispensável à configuração e manutenção do direito de propriedade. Assim, é possível concluir que o direito de propriedade – clássico direito da liberdade, tido como tipicamente negativo – é estrondosamente positivo. Criado e mantido diuturnamente pela atuação estatal”.

pressupõem uma atuação do Estado para a sua manutenção e proteção em face de eventuais violações, e por conseguinte, demandam custos, assim, numa perspectiva ampla, todos os direitos são positivos. ANA PAULA DE BARCELLOS analisa a questão desse modo:

...é mesmo possível que os direitos sociais demandem mais recursos que os individuais,³³ mas isso não significa que estes apresentem custo zero. Desse modo, o argumento que afastava o atendimento dos direitos sociais pelo simples fato de que eles demandam ações estatais e custam dinheiro não se sustenta. Também a proteção dos direitos individuais tem seus custos, apenas se está muito acostumado a eles.³⁴

Portanto, é incorreta a afirmação de que apenas os direitos sociais são entregues às escolhas trágicas, restando os direitos da liberdade fora deste âmbito, como se fossem efetivados independentemente daquelas. Também nesse sentido CANÇADO TRINDADE:

As medidas ´positivas` tampouco se limitam aos direitos econômicos, sociais e culturais, como o revela a mobilização de recursos públicos para, por exemplo, assegurar as garantias do devido processo legal, ou o direito de participação na vida pública

³³ A classificação entre direitos individuais e sociais não nos parece muito adequada, uma vez que muitos direitos sociais também são gozados de modo individual, como por exemplo, a saúde, a educação, a previdência, dentre outros.

³⁴ BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.238-239.

(mediante eleições livres). Tem razão Lindgren Alves em criticar a visão simplista da identificação de determinadas medidas de implementação com a pretensa natureza dos direitos protegidos.³⁵

É oportuno lembrar que, embora a própria classificação do mínimo existencial minimize o “problema dos custos”, não afasta por completo, a posição de alguns autores, de que as condições mínimas de existência também se concretizam a partir de uma análise da *reserva do possível*.³⁶ Tal análise indica que há um limite de possibilidades materiais para a exigência de direitos perante o Judiciário.

O discurso dos “recursos escassos” e “custo dos direitos” como impedimentos imutáveis para a efetivação dos direitos fundamentais e mais ainda, para a concretização dos direitos sociais, pode levar ao fatalismo de frear por completo a discussão a respeito desses direitos. Que os recursos são limitados e que os direitos custam não há a menor dúvida, a questão é visualizar os custos não mais como meros óbices, mas também como pressupostos para a efetivação de qualquer direito.

O que se pretende questionar com esta análise é a razoabilidade com relação aos custos dos recursos gastos para a efetivação das liberdades, tais como: os gastos computados para as eleições, para a implementação das

³⁵ ALVES, José Augusto Lindgren. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 31.

³⁶ GALDINO, Flávio. Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.179. Analisa esse modelo teórico da verificação dos recursos, adotado por alguns autores, que reconhece explicitamente ou implicitamente que “*também as prestações públicas que integram o mínimo existencial encontram-se sujeitas aos recursos econômicos e financeiros disponíveis no momento, salientando-se apenas, contudo, que tais prestações devem receber tratamento preferencial em relação às que não ostentem tal caráter*”.

políticas referentes à segurança pública, para a proteção da propriedade, entre outros. Exemplo clássico ocorreu nos EUA após o atentado de 11 de setembro, onde os gastos com segurança interna aumentaram consideravelmente, passando de US\$ 18 bilhões para US\$ 38 bilhões.³⁷ Não se pretende estabelecer qualquer tipo de hierarquia entre os direitos, mas apenas alertar que garantir liberdades também tem um alto custo, devendo as políticas públicas relativas à garantia desses direitos serem observadas a partir da análise da razoabilidade dos gastos, uma vez que os recursos são escassos e *direitos não nascem em árvores*, apoiando a feliz expressão de Flávio Galdino.³⁸

Em segundo lugar, vale ressaltar o importante papel do Judiciário na concretização dos direitos prestacionais, seja através da superação das lacunas, da análise dos princípios, da técnica da ponderação de interesses ou de qualquer outro meio hermenêutico disponível. Assim, ganha importância o método construtivo e do direito superador da lei para a questão dos direitos prestacionais. KARL LARENZ, ao estudar a metodologia da ciência do direito, aponta para a questão do desenvolvimento do direito imanente à lei, através da interpretação que se traduz em integração de lacuna e, principalmente, ao desenvolvimento do direito para além do plano da lei (desenvolvimento do Direito superador da lei). O autor assim expõe em sua obra:

... o desenvolvimento do Direito superador da lei transcende, na verdade, o âmbito de uma mera integração de lacunas. Tal desenvolvimento já não se orienta

³⁷ Disponível em: www.correioweb.com.br

³⁸ GALDINO, Flávio. *Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Dissertação de mestrado.

somente à ratio legis, à própria teleologia imanente à lei, mas, além disso, a uma idéia jurídica que lhe é transcendente. (...) Trata-se, portanto, de um desenvolvimento do Direito certamente extra legem, à margem da regulação legal, mas intra jus, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base.³⁹

É importante observar que tal concepção não se traduz em arbitrariedade, tecendo o mesmo autor alguns limites ao desenvolvimento do Direito superador da lei.

Outro autor que expõe opinião no mesmo sentido é MARCOS MASELLI GOUVÊA que, analisando conceitos-chave como discricionariedade⁴⁰ e mínimo existencial, aponta para uma participação ativa do juiz no processo decisório e assim argumenta na questão da interpretação nos direitos prestacionais:

O estudo das ações judiciais que tratam de direitos prestacionais permite constatar que a discussão quase sempre ultrapassa o âmbito das normas diretamente implicadas. Em última análise, confrontam-se argumentos mais genéricos, muitas vezes não positivados, como ocorre com a reserva do possível. Neste grau de abstração, ou se abdica de qualquer pretensão científica, ou se

³⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983. p. 588.

⁴⁰ GOUVEA, Marcos Maselli. *Controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 271. ... os direitos fundamentais limitam a discricionariedade do administrador. A supremacia deontológica dos direitos fundamentais torna irrelevante qualquer juízo de conveniência, e sua urgência afasta a cogitação da oportunidade.

admite que a reflexão jurídica possa ultrapassar a constatação do que as normas ostensivamente prevêem, valendo-se do método construtivo e do recurso a padrões compartilhados intersubjetivamente.⁴¹

Em terceiro lugar é oportuno colocar que a exaustão da capacidade orçamentária, apresentada como meio de frustrar a proteção dos direitos fundamentais é reflexo de trágicas escolhas *políticas* sobre o que terá prioridade na emissão dos recursos. Analisa FLÁVIO GALDINO:

O que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo “direito”. A compreensão dos custos como meios de promoção dos direitos, e a observação empírica de que tais meios são insuficientes para atender a todas as demandas, leva necessariamente à conclusão de que não é propriamente a ‘exaustão da capacidade orçamentária’ que impede a realização de um determinado direito. O argumento da ‘exaustão orçamentária’ presta-se unicamente a encobrir as trágicas escolhas que deixaram de fora do universo do possível a tutela de um determinado ‘direito’.⁴²

Assim, percebe-se que o orçamento pode servir de base para a maior efetividade dos direitos sociais

⁴¹ Ibid, p.196.

⁴² GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 214.

prestacionais, na medida em que valorize as reais prioridades estabelecidas na Constituição e se comprometa cada vez mais com a promoção da dignidade da pessoa humana.

Além do reconhecimento de que é necessário saber direcionar os recursos existentes para orçamentos que priorizem os direitos fundamentais é oportuno compreender, em quarto lugar, que a efetividade desses direitos também depende de uma boa administração dos recursos disponíveis.

Nesse ponto devem-se condenar políticas públicas desconformes com as prioridades estabelecidas na Constituição, que desviam enormes verbas para questões manifestamente em desacordo com a efetivação dos direitos fundamentais, tais como, shows, propagandas, reformas de praças e etc. No Brasil, percebe-se que o investimento em obras de maquiagem, que nada têm a acrescentar na dignidade do indivíduo, é um fenômeno que tem crescido cada vez mais, principalmente no âmbito municipal, e devem ser passíveis de impugnação, inclusive por via judicial. O retrocesso nas prioridades, nas políticas públicas implementadas também deve ser observado.⁴³

⁴³ Para exemplificar a questão cabe a análise sobre a razoabilidade da reforma da Praça São Salvador em Campos dos Goytacazes, com custo previsto de R\$ 46.000.000,00 (quarenta e seis milhões de reais). Reformar a praça seria prioridade se a cidade não contasse com dezenas de favelas, vários bairros carentes dos serviços de saneamento mais essenciais, escolas públicas precárias etc. Outro ponto foi motivo inclusive de instauração de processo onde a prefeitura é acusada de superfaturamento na contratação de artistas que se apresentaram na cidade. Uma cantora baiana, por exemplo, diz ter recebido cachê de R\$ 90 mil e o governo municipal informa que o pagamento pela apresentação chegou a R\$ 161 mil. O prefeito também foi condenado pelo Tribunal de Contas do Estado a devolver R\$ 3 milhões referentes a obras que não foram realizadas. Por outra condenação terá que devolver R\$ 1,8 milhão que investiu no desfile da escola de samba Imperatriz Leopoldinense, que, no Carnaval de 2002, exaltou a cidade. CUNHA, Luiz Cláudio Cunha. Fraude campista. *Revista Isto é*, São Paulo, 27 out. 2004). Não se pretende entrar no mérito da decisão, mas apenas constatar a verdadeira e frustrante inversão de prioridades nas políticas públicas implementadas pelo poder público em muitas ocasiões.

Assim, promover direitos fundamentais também depende de competência,⁴⁴ de capacidade administrativa para gerenciar e efetivar o que foi estabelecido nos planejamentos orçamentários. Também não resolve a questão direcionar consideráveis recursos para a área da saúde, p.ex., e não se utilizar de criatividade e nem se comprometer com os princípios que proporcionam uma boa administração, tais como tradicionalmente apontados: *i)* eficiência; *ii)* razoabilidade; *iii)* finalidade; *iv)* continuidade; *v)* moralidade, dentre outros.⁴⁵

A observação desses princípios é imprescindível na análise de qualquer gestão, uma vez que a Administração Pública só se justifica à medida que possa proporcionar o bem comum. A eficiência na atuação estatal é requisito imprescindível no Estado Democrático Social de Direito. Assim, o que legitima a atuação da Administração Pública é exatamente a realização eficiente dos interesses públicos.⁴⁶

Nesse ponto, é de extrema relevância o perfeito funcionamento dos órgãos de controle, tais como os Tribunais de Contas que atuam também na fiscalização dos gastos municipais. Política sem prestação de contas é inadmissível. Caberia um estudo sobre uma punição mais eficiente para inibir atos de improbidade administrativa, uma vez que a condenação, quase sempre pecuniária, é normalmente empurrada para o exercício seguinte.

Ainda como exemplo a cidade de Campos dos Goytacazes, vale o registro do parecer prévio contrário do Tribunal de Contas à administração financeira (2003). Dentre as imensas irregularidades apontadas, destacam-se:

⁴⁴ Por exemplo, hoje já existe um certo consenso na opinião pública de que os hospitais devem ser administrados por pessoas com capacitação gerencial e não somente com capacitação para o exercício da medicina.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁴⁶ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

1 - Impossibilidade de verificar quanto ao estabelecido no artigo 212 da Constituição Federal , na Emenda Constitucional nº 14/96 e no § 5º, artigo 60 do ADCT c/c o artigo 7º da Lei Federal n.º 9.424/96, tendo em vista a ausência dos diversos documentos necessários para tal, sendo que estes foram solicitados por Ofício Regularizador;

2 - Impossibilidade de verificar a aplicação dos recursos dos royalties do petróleo, face a ausência de demonstrativos pertinentes;

3 – Impossibilidade de verificação do limite para Abertura de créditos adicionais suplementares da Câmara Municipal fora do limite estabelecido na lei autorizativa, contrariando o inciso V, artigo 167 da Constituição Federal;

4 - Impossibilidade de verificar os gastos com pessoal, face a ausência de demonstrativos pertinentes e confiáveis;

5- Pelo descumprimento do inciso I, § 2º do artigo 29-A da CF/88; e

6- Pelo descumprimento do inciso III, § 2º do artigo 29-A da Constituição Federal.⁴⁷

O que se pretende demonstrar é a importância da Administração Pública na implementação dos direitos prestacionais, seja através de políticas que priorizem as necessidades estabelecidas na Constituição como fundamentais, seja através de competência para gerenciar os escassos recursos, seja através de prestação de contas eficientes que demonstrem a real impossibilidade

⁴⁷ TCE/RJ N° 203.392-6/04

de implementação do direito. O que não se pode tolerar são respostas vazias, documentos incompletos, retrocesso social e impunidade.

Em quinto lugar, deve-se fazer uma análise da real dimensão da escassez dos recursos no Brasil. GUSTAVO AMARAL expõe sobre a má administração dos recursos existentes:

Dizer que se gasta muito e se obtém pouco é uma maneira mais gentil de dizer que milhares, talvez milhões de pessoas são privadas de serviços básicos não por carência de recursos, mas por má alocação.⁴⁸

O que se pode extrair a partir daí é a necessidade de revisão da ordem de prioridades dos gastos públicos no Brasil e de um estudo sobre a melhor forma de implementar políticas públicas voltadas para a satisfação das necessidades básicas das pessoas.

Em sexto lugar deve-se prestar a devida atenção a outro índice estorrecedor no país: a questão do desperdício. Dados do IBGE revelam que as perdas no Brasil chegam a 43 milhões de toneladas a cada ano,⁴⁹ sendo 30 milhões de toneladas de frutas e 13 milhões de toneladas de hortaliças. Estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) indicam outro dado estorrecedor: as perdas pós-colheita no Brasil oscilam 10% e 19,5% para arroz, café, milho, soja e trigo. Transformadas em sacas de 60 quilos, as perdas conjuntas de soja e milho atingem 108 milhões de sacas.⁵⁰

⁴⁸ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 184.

⁴⁹ Segundo dados estatísticos, em países desenvolvidos, as perdas não chegam a 10% da produção.

⁵⁰ Disponível em: www.ipea.gov.br

Uma reportagem de Maria Clarice Dias, do Correio Braziliense, em 31 de agosto de 2003 aponta para o quanto o país deixa de lucrar com os altos índices de desperdício:

Há cálculos que escancaram o prejuízo social do descuido com a comida. Em 2002, por exemplo, a safra de hortaliças foi de 15,743 milhões de toneladas, que valem em torno de US\$ 2.564 milhões. Considerando a perda média de 35% desses alimentos, estima-se que mais de 5,5 milhões de toneladas deixaram de alimentar os brasileiros. Para a sociedade, um prejuízo de US\$ 887 milhões. Esse desperdício ajudaria a matar a fome de 53 milhões de pessoas no Brasil. E o pior: Quem paga a conta do desperdício é o consumidor.⁵¹

Por fim, deve-se associar a questão internacional à eficácia dos direitos no plano interno e de como as políticas externas e os acordos internacionais refletem na possibilidade de implementação dos mesmos. A interdependência econômica entre os Estados é outro fator de grande relevância no cenário mundial e que afeta substancialmente as políticas públicas desenvolvidas no âmbito interno de cada Estado. Sobre essa relação, expõe J. B. LEOPOLDINO DA FONSECA:

O conhecimento das regras impostas aos países-membros é importante, porque a vinculação ao Fundo Monetário Internacional condiciona necessariamente as políticas econômicas adotadas por eles. A adesão de um país o sujeita a todas

⁵¹ Disponível em: www.correioweb.com.br

as medidas de controle por parte do Fundo Monetário Internacional, bem como às sanções que lhe forem impostas.⁵²

Assim, com a globalização e flexibilização da soberania, não há como pensar em soluções somente com olhar interno, é preciso refletir sobre as diversas atuações externas que afetam essa questão no âmbito nacional como as políticas monetárias adotadas, os acordos como FMI, criação de tributos, taxa de juros, etc.

Enfim, é preciso superar a argumentação de que os direitos fundamentais não são efetivados simplesmente porque o Brasil não possui recursos. Não se pretende ignorar a questão da limitação dos recursos, mas buscar algumas de suas causas, e também alertar que tal análise não pode ser feita isoladamente, sem levar em consideração outras questões (que se mostram tão ou mais cruéis do que aquela) que se apresentam como verdadeiros obstáculos à promoção da dignidade da pessoa humana e real concretização dos direitos fundamentais, contribuindo, no Brasil, para a identificação deste triste paradoxo: um país rico, uma nação pobre.

Referências:

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁵² LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Educação, Constituição, Democracia e Recursos Públicos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 6. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. 1, Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

GALDINO, Flávio. Custo dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lob (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LAFER, Celso. *La Reconstrucción de los Derechos Humanos – un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2002.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

