

UMA ABORDAGEM JURÍDICO-ECONÔMICA DO CUSTO DO DIREITO EM UM CENÁRIO DE DIREITOS HUMANOS, GLOBALIZAÇÃO E NOVAS TECNOLOGIAS

João Vítor Magalhães Mousquer*
Marcelo Dias Jaques**

Resumo: O presente artigo consiste em uma análise do custo do direito através de uma abordagem jurídico-econômica, ponderando as raízes históricas do estado democrático de direito e o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Abordaremos a relação entre o custo do direito e o novo paradigma do Direito Internacional, principalmente no tocante à universalização e materialização dos Direitos Humanos, bem como o papel da globalização, a influência das novas tecnologias para o desenvolvimento da humanidade e dos direitos sociais em um cenário de modernidade líquida. Por fim abordaremos a teoria da reserva do possível, concluindo com uma reflexão no sentido da necessidade de uma melhor estruturação do Estado de forma a auferir de forma prévia o custo do direito, viabilizando instituir instrumentos capazes de garantir e dar efetividade aos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Custo do direito; Direitos Humanos; Economia; Globalização; Sociedade.

Introdução

Desde os primórdios, a civilização humana percorreu um longo caminho, tendo sofrido inúmeras transformações, sejam elas de cunho social, político, religioso ou econômico. Estas etapas – ou fases – da evolução humana possuem inúmeras peculiaridades, tendo se desenvolvido de forma gradual e em consonância com as evoluções científicas, tecnológicas, sociais e jurídicas havidas ao longo dos séculos.

O desenvolvimento histórico dos direitos inerentes à pessoa humana igualmente ocorreu de forma lenta e gradual, não tendo sido reconhecidos todos de uma vez, mas conforme a própria experiência da vida humana em sociedade.

Na história da formação das declarações de direitos também podemos distinguir, ao menos, três fases distintas. Na primeira fase as declarações se originam como teorias filosóficas nas quais o homem enquanto tal tem direitos que ninguém - nem mesmo o Estado - lhe pode subtrair

* Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Unederp-Anhanguera. Especialista em Direito Público pela Universidade Unedrp-Anhanguera. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. E-mail: advogado.jmousquer@gmail.com

** Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Escola de Ensino Superior Verbo Jurídico. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Bolsista FAPERGS. E-mail: marcelo.jaques@hotmail.com

(jusnaturalismo moderno). Na segunda fase, pela primeira vez tais teorias passam a ser acolhidas por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e, posteriormente, da Revolução Francesa, muito embora os direitos do homem ainda sejam considerados somente enquanto direitos do cidadão deste ou daquele Estado particular. Por fim, a terceira fase teria seu nascedouro em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos na qual a afirmação dos direitos passa a ser universal e positiva.¹

Segundo Antônio Carlos Wolkmer “o processo de reconhecimento e afirmação de direitos chamados ‘humanos’ ou ‘fundamentais’ constituiu uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental”.²

Contudo a relação entre economia e direito existe desde que o homem passou a viver em sociedade. Como veremos ao longo do presente estudo, o direito possui um custo – o custo do direito. Em outras palavras poderíamos afirmar que direitos custam dinheiro ou então que os direitos não podem ser protegidos sem apoio e fundos públicos.

Ocorre que, diante do incremento de direitos fundamentais havido principalmente desde a *era dos direitos* – seja no âmbito do Direito Internacional, seja nos ordenamentos Estatais como foi o caso da Constituição Federal brasileira de 1988 – os custos se elevaram de forma exponencial e inesperada, ocasionando problemas na estrutura administrativa dos Estados – administração imprecisa –, diante de seu dever em garantir os referidos direitos.

Fundamentado em pesquisa bibliográfica, desenvolvemos o presente estudo a partir do diálogo com autores renomados em suas respectivas áreas, contribuindo assim para uma visão crítica da temática proposta. Considerando o custo do direito como um obstáculo encontrado pela administração pública dos Estados para garantir a efetiva universalização e materialização dos direitos sociais, esta pesquisa busca, inicialmente, contextualizar o cenário jurídico-econômico em que se situa tal dilema, para então, ao final, propor uma reflexão sobre uma possível solução a ser adotada no intuito de amenizar o problema das sucessivas violações aos Direitos Humanos. O texto divide-se em quatro partes.

A primeira aborda, em um contexto histórico, o estado democrático de direito e a *era dos direitos* utilizando principalmente a doutrina de Boaventura de Souza Santos, José Joaquim Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet e Luis Fernando Sgarbossa.

Na segunda parte efetuamos uma análise quanto à influência do Direito Internacional na universalização e materialização dos Direitos Humanos, seu impacto na soberania dos Estados, bem

¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 27.

² WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, v. 11, n. 16-17, p. 9-32, jan/jun. 2002.

como o papel da globalização no cenário econômico moderno. Para tanto nos utilizamos os estudos de Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, Joaquín Herrera Flores, Antônio José Avelãs Nunes e Eros Roberto Grau.

Ao longo da terceira parte adentraremos o universo digital, realizando uma abordagem quanto à influência das novas tecnologias nas relações sociais e na humanidade como um todo, bem como analisando – ainda que de forma sucinta – o fenômeno da modernidade líquida. Tais aspectos encontrarão guarida nos ensinamentos de Zygmunt Bauman, Dominique Wolton, Pierre Lévy, Raquel Recuero, André Lemos e Marcel Leonardi.

Na terceira parte abordaremos a teoria da reserva do possível, utilizando como doutrina fundamental novamente Luis Fernando Sgarbossa e, ao final, a reflexão converge para a conscientização da necessidade de buscarmos uma solução viável com o intuito de garantir e dar efetividade aos Direitos Humanos.

O estado democrático de direito e a era dos direitos

A “era dos direitos” inaugurou o Estado-nação. Estado esse que se caracteriza por sucessivas gerações de direito. A rigor, como ensina o professor Luis Fernando Sgarbossa, se verifica que, nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet, com base no magistério de Antonio–Enrique Perez Luño, não é o surgimento de tais direitos a partir do século XVIII, mas sim uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais.³

Contudo, não se conseguirá, perfeitamente, compreender Estado-nação sem a apreensão preliminar do conceito de nacionalismo. Portanto, pode-se afirmar que o nacionalismo manifestou-se na Europa no século XIX e início do século XX, constituindo um artifício ideológico para construir um modelo de estado sobre conceito de nação, compreendida como fundamento de poder. Pode-se, ainda, compreender que o nacionalismo é um sentimento de pertença de um grupo em relação a uma tradição derivada de uma identidade histórica, geográfica, linguística ou cultural e, ao mesmo tempo, de diferença em relação a outros grupos. Percebe-se que este foi utilizado como expediente para o projeto político de Estado em que a unidade política seja coincidente com a unidade nacional, no qual o Estado se caracterizasse como a expressão jurídica da nação. ⁴ Foi à ideologia nacionalista que permitiu “fundar” um Estado-nação, na qual se constitui por uma noção de território, uma afirmação de cidadania, uma atividade jurídica, enfim, uma caracterização de determinada cultura.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 49.

⁴ SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos*: vol. 1. Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 29.

Este Estado-nação, conforme seus cidadãos vão conquistando Direitos, migra para o Estado Democrático de Direito – com a consagração dos direitos civis e políticos –. Inicia-se por esses direitos e destes haverá a fixação do Estado Social. Estado este que assumiria o papel de vetor do progresso material e da justiça social, o que redundaria na consagração dos direitos econômicos, sociais e culturais. Tal progresso encontra-se à base e na gênese, portanto, de ambas as formas ou configurações do Estado moderno, a saber, o Estado liberal e o Estado Social.⁵

A *era dos direitos* do Estado é resultado da afirmação dos direitos civis e políticos para os cidadãos. Contudo, já no século XVIII, com o advento das primeiras declarações, a saber: Declaração de Direitos do Povo da Virgínia – 1776 e a Declaração do Homem e do Cidadão – 1789, surgem os primeiros direitos civis ou de liberdade civis clássicas, de natureza preponderantemente negativa, no sentido de que, o agir do Estado é limitado, em regra. Também são conhecidos tais direitos como direitos de liberdade, direitos de cunho negativo, ou direitos de defesa, liberdade de autonomia.

A democracia representativa, fruto do advento dos direitos políticos e substanciada no alargamento da participação nesta, juntamente com a consolidação dos direitos em seu âmbito social, político e econômico, resultará na dimensão dos direitos sociais de feição prestacional. Obviamente que tais contextos históricos não ocorreram dentro da simplicidade exposta. São resultados de uma equação na qual se fazem presentes fatores históricos, políticos-jurídicos, socioeconômicos e culturais. Disto tudo, embrionariamente, nasce a geração dos direitos humanos – direitos fundamentais.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que a persistência dos problemas de exclusão social pré-existentes, aliados aos problemas sociais engendrados pelo advento do modo de produção capitalista e pelos avanços da técnica oriundos da Revolução Industrial, assim como as crises oriundas de eventos históricos de primeira grandeza, tais quais as duas grandes guerras mundiais e da crise de 1929 foram eventos importantes na deflagração da segunda vaga de direitos.⁶

Século marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é, muito mais do que o século anterior, a era das ideologias e das revoluções. Desembocam nele todas as grandes correntes filosóficas e acelera-se o ritmo dos eventos políticos. É, portanto, o século em que o Direito Público sofre poderosíssimos embates e em que a fase *liberal* do Estado constitucional vai seguir-se uma fase *social*.⁷

Naturalmente as transformações sociais, principalmente as promovidas pelas alterações econômicas serão refletidas no âmbito jurídico. O Direito Público sofrerá, assim como o Constitucional de forma direta qualquer alteração que os elementos acima descritos produzirem.

⁵ SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. cit. p. 30.

⁶ Para uma narrativa do processo de transformação do Estado em referência, remete-se a NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 2000, t. 4, p. 88.

Contudo, não menos natural, a convivência cidadã tratou de demonstrar que nem todos os iguais perante a Lei gozavam dessa premissa, assim como outras. Mas essa obrigação estatal em prover igualdades e demais premissas, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, traduz-se que a radicação da ideia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social, cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade, independente da adesão aos postulados marxistas.⁸

Somando-se a esse conceito, traz a luz o preceito estabelecido por Boaventura de Souza Santos que prima por uma necessidade de gestão econômica pública além de reclamar pela complexidade sempre crescente da economia de matriz capitalista. Resulta dizer que uma segunda transformação foi o reconhecimento político das externalidades sociais do desenvolvimento capitalista – a politização de algumas dimensões da questão social – reconhecimento resultante da expansão do processo político desencadeado pela extensão do direito de voto aos trabalhadores e pela emergência de poderosos partidos operários. A politização da desigualdade social envolveu a intervenção do Estado na relação salarial e no consumo coletivo: segurança do emprego, salários mínimos, subsídios e indenizações aos trabalhadores fundos de pensões, educação pública, saúde e habitação, ordenamento do território e planejamento urbanístico, etc. Estas medidas foram tão radicais e resultaram de um pacto social (entre capital e o trabalho, sob a égide do Estado) tão inédito que conduziram a uma forma política nova: o Estado-providência.⁹

São, claramente, os direitos de segunda geração ou dimensão, reconhecidos como direitos econômicos e sociais. Direitos que não são obtidos, inicialmente, por embate contra o Estado, mas sim, direitos garantidos por intermédio do Estado.

Tais direitos, reconhecidos sob a égide do Estado-nação, seja no plano interno, seja no plano internacional, inauguram uma compreensão renovada do papel da pessoa humana: se, por um lado, quanto aos direitos alcinados de primeira geração, o Estado desincumbia-se de seus deveres fundamentais precipuamente através de abstenções, por outro, quanto aos direitos ditos de segunda geração, o Estado cumpre suas obrigações precipuamente através de um agir positivo, de atuação no sentido da concretização dos direitos, seja regulando o mercado – como no caso das intervenções de domínio econômico representadas pela legislação trabalhista, por exemplo-, seja outorgando ele mesmo o direito às prestações sociais – como no caso da previdência social contemporânea, organizada e gerida sob a égide da estatalidade. Tal segunda onda de direitos modifica substancialmente a compreensão dos deveres estatais, alterando a concepção mesma de Estado, que, de Estado de Direito ou Estado Democrático de Direito passa àquela de Estado Social.¹⁰

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 385.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Semear outras soluções: Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 148.

¹⁰ SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. cit. p. 42.

Contudo, não mais bastou que tais direitos, os sociais, fossem adquiridos por intermédio do Estado. As sociedades desenvolveram-se e tal estagnação não comporta a contemporaneidade das mesmas. Desta feita, um novo modelo de direitos fundamentais surge, sendo os direitos fundamentais sociais, cuja estrutura, significativamente diversa daquela dos direitos fundamentais clássicos, acaba por provocar uma revolução na concepção e na compreensão dos direitos fundamentais e, em última análise, do próprio Direito Constitucional.

Na atualidade os direitos fundamentais são considerados, por um lado, como direitos subjetivos do indivíduo e, por outro lado, como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Desse modo, no primeiro plano, os direitos fundamentais constituem “direitos subjetivos fundamentadores de status, os direitos fundamentais dos direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão.”¹¹

Porém, ao momento em que tais direitos passam a ingressar o rol daqueles que constitucionalmente são previstos e dispostos (ou deveriam ser), há uma abrangência maior do meio possibilitatório em que o Estado é agente. Isto resulta numa adaptação do Estado para com a situação, visto que tais novos direitos possuem estruturas diferentes dos seus derivantes.

Esse advento de novos direitos fundamentais acaba por evidenciar os aspectos prestacionais e a necessária postura predominantemente ativa do Estado para a efetivação dos mesmos. Significa, nos ensinamentos de Konrad Hesse que as tarefas do Estado não mais se esgotam na proteção, conservação e, só ocasionalmente, intervenção. O Estado da Lei Fundamental é Estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeiro a vida individual como social e isso é posto para ele, pela fórmula do estado de direito social, por causa da Constituição, como tarefa.¹²

José Canotilho, de forma lúcida ensina que tal índole, como por exemplo direito ao trabalho, a uma remuneração adequada ou o direito à habitação são, todavia, de estrutura totalmente diferentes como aquela os direitos fundamentais clássicos. Eles não se deixam realizar já por ele serem organizados, respeitados e protegidos, senão pedem ações estatais para a realização do programa social contido neles, que requerem regularmente um tornar-se ativo não só do legislador, mas também da administração (p.393).

Em resumo, são esses direitos que asseguram aos cidadãos, em sentido estrito, a obtenção de algo através do Estado – saúde, educação, segurança social, etc –. É exatamente tal diferença crucial entre os direitos fundamentais em geral e os direitos fundamentais sociais e sua relação de tensão para com o princípio democrático e para com a liberdade de conformação do legislador e do administrador

¹¹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. São Paulo: Fabris, 1991, p. 228.

¹² HESSE, Konrad. p. 175.

que levarão à crise de inefetividade das disposições jusfundamentais sociais, a qual se encontra, em última análise, na reserva do possível.

Nesta seara, importante destacar que, em áreas diversas e esta não seria diferente, países periféricos – principalmente ex-colônias européias – são acometidos pelo mal crônico do desenvolvimento retardado, fruto dos mais diversos fatores. Nesses países, é consenso o saber de que o Estado Social jamais foi plenamente implementado.

Prova disso é a pontuação de 0,59 do Brasil perante o coeficiente de Gini¹³. Índice esse capaz de ficar atrás de países como Colômbia, México e Uruguai no quesito igualdade. Ou seja, o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo. Contudo, a preocupação maior deve se ater ao fato de que o país é desigual de forma estável, ou seja, durante toda a sua história houve e se manteve a desigualdade.

Conforme nos ensina Fábio Nusdeo, em observação de Luis F. Sgarbasso, em termos de desenvolvimento é irrelevante o tamanho absoluto da economia de um país, estando o subdesenvolvimento caracterizado, dentro outros fatores, por indicadores tais quais baixa renda per capita, grande desigualdade na distribuição de renda, taxas de natalidade e mortalidade elevadas, preponderância do setor primário da economia na composição da renda, baixos padrões médios de consumo e qualidade de vida (instrução saneamento, adequação alimentar) dentro outros fatores.¹⁴

Independentemente da razão, seja ela por atraso industrial, déficit financeiro, carência de condições filosófico-político e sociais, nosso Estado (gênero) não conseguiu implementar na completude o Estado Social. Talvez por ser um Estado fruto de uma cópia ideológica, sem que houvesse tido uma revolução social para tal. Revolução não no sentido bélico, mas no sentido de ajustamento, enquadramento e formação social. Cópia de um sistema externo, perfeitamente justo, mas fruto de uma demanda social histórica contemporânea local que foi universalizada apenas no seu resultado e não na sua materialização.

A influência do Direito Internacional na universalização e materialização dos Direitos Humanos, seu impacto na soberania dos Estados e o papel da globalização no cenário econômico atual

¹³ O **Coeficiente de Gini** é uma medida de desigualdade desenvolvida pelo estatístico italiano Corrado Gini, e publicada no documento "*Variabilità e mutabilità*" ("*Variabilidade e mutabilidade*" em italiano), em 1912. É comumente utilizada para calcular a desigualdade de distribuição de renda mas pode ser usada para qualquer distribuição. Ele consiste em um número entre 0 e 1, onde 0 corresponde à completa igualdade de renda (onde todos têm a mesma renda) e 1 corresponde à completa desigualdade (onde uma pessoa tem toda a renda, e as demais nada têm). O índice de Gini é o coeficiente expresso em pontos percentuais (é igual ao coeficiente multiplicado por 100). Enquanto o coeficiente de Gini é majoritariamente usado para mensurar a desigualdade de renda, pode ser também usado para mensurar a desigualdade de riqueza. Esse uso requer que ninguém tenha uma riqueza líquida negativa.

¹⁴ NUSDEO, Fabio. em citação de SGARBASSO, Luís Fernando. Op. cit. p. 123.

O contexto atual – entre a necessidade de universalização e real efetivação dos Direitos Humanos *versus* a extrema desigualdade social – ainda é agravado em virtude do atingimento da hegemonia neoliberal nos países latino-americanos subdesenvolvidos, bem como pelo enfraquecimento dos Estados nacionais em virtude da globalização econômica e da dependência internacional.

Mais uma vez, fazendo valer dos ensinamentos de Boaventura de Souza Santos é de se constatar que a relativa perda do protagonismo do Estado, embora seja um fenômeno generalizado, tem implicações muito diferentes conforme se trate de Estados do centro da semiperiferia ou da periferia do sistema mundial. Num contexto de crescente desigualdade entre Norte e Sul, os Estados periféricos e semiperiféricos – ao cumprimento das determinações do capital financeiro e industrial transnacional, determinações, por sua vez, estabelecidas pelas organizações internacionais controladas pelos Estados centrais. Essas determinações, frequentemente apresentadas em combinações estranhas de liberalismo econômico e de proteção dos direitos humanos, abalam a tal ponto a já de si frágil componente social do Estado, que esses países assumem a ideia da crise do Estado- Província sem nunca terem usufruído verdadeiramente deste.¹⁵

Luigi Ferrajoli ensina que durante o século XX houve uma mudança de paradigma nas relações internacionais. Para este importante jurista italiano, destacam-se a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, ambos de 1966¹⁶, que “en su conjunto forman, se ha dicho, una suerte de constitución embrionária del mundo”.¹⁷

Apesar de dar sinais de fragilização, o princípio da soberania dos Estados ainda aparenta estar longe de seu completo desaparecimento, eis que inclusive encontra-se protegido pelo artigo 2º da Carta das Nações Unidas, que é claro ao preceituar que:

Artigo 2

A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

(...)

7. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit. p.155. Segundo o autor, “Em consequência destas alterações, o princípio, nunca acabado, da comunidade, retrocedeu para um estado de marginalização ainda maior.”

¹⁶ Uma vez adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a ONU começou a traduzir os princípios daquela em tratados internacionais que protegessem direitos específicos. Tratando-se de uma tarefa sem precedentes, a Assembléia Geral decidiu redigir dois Pactos que codificassem a duas séries de direitos esboçados na Declaração Universal: os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. Teoria del derecho y de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 479.

princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.¹⁸

Tal resistência da soberania encontra guarida no fato de que a ciência jurídica internacional ainda está presa a um complexo de inferioridade, uma falta de segurança em si mesma, que acarreta em uma infravalorização da dimensão normativa do Direito Internacional.

De outra banda, ainda que a Declaração Universal dos Direitos Humanos tenha formalizado em 1948 a universalidade destes direitos fundamentais, hodiernamente nos deparamos com uma aporia que afeta a cidadania, eis que estes direitos foram proclamados universais pela sua evidente importância, entretanto sem que se tivesse uma preocupação com a análise do custo dos mesmos – o custo do direito –, ou seja, nos parece que tais direitos foram proclamados sem que houvesse o cuidado de analisar se a estrutura dos Estados era – ou poderia algum dia ser – adequada para garanti-los. E mais do que isto, se estes mesmos Estados teriam condições de zelar pela observância destes direitos a nível internacional, dada a sua universalidade.

Nos países em desenvolvimento – via de regra – a estrutura é ineficiente. Vejamos o caso do Brasil, onde a Constituição Federal de 1988 foi um marco na concessão de direitos, nitidamente influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelas Constituições de outros Estados, bem como por um clamor mundial de proteção ao homem. Entretanto o que se percebe é que a estrutura do país ainda não comporta tamanha gama de direitos.

Em se tratando de um país de dimensões continentais, a destinação orçamentária não se adequou e nem parece que terá forças para se adequar à função fundamental de garantir direitos básicos como educação, saúde e moradia, dentre outros tão importantes quanto.

O que se percebe é que grande parte das políticas públicas necessárias são ineficientes ou inexistentes e, por mais que sejamos um dos países com a maior carga tributária do planeta – senão o maior –, milhões de reais são desviados anualmente por meio da corrupção.

Assim, vemos crescer no Brasil, assustadoramente, o fenômeno da judicialização das políticas públicas, que ocorre quando o cidadão entende que o Estado não está a cumprir com seu dever constitucional quanto à prestação de um direito fundamental, adotando assim as medidas necessárias de modo a socorre-se, junto ao Poder Judiciário, para que este intervenha em uma função que não lhe pertence, garantindo a concessão daquele determinado direito. Cabe destacar que tal intervenção possui um condão individual, beneficiando unicamente àquele indivíduo que judicialmente postula.

Sob outro prisma, quando analisamos países desenvolvidos, em especial as potências européias, percebemos que tal antinomia se evidenciou nos últimos anos principalmente com a

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Carta das Nações Unidas. ONU, 1945. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>> Acesso em: 16 jul. 2013

explosão dos fenômenos migratórios. Para Ferrajoli “aquellos derechos fueron proclamados como universales sin coste alguno cuando todavia la distinción entre hombre e ciudadano no creaba ningún problema”¹⁹, o que não se previu, segundo ele, foi a possibilidade que “los hombres e mujeres del nuevo mundo pudieran llegar a Europa y pedir el cumplimiento de esa palabra”²⁰.

Assim, resta evidente que, por mais que estes direitos fundamentais tenham sido positivados em 1948 através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como em diversas cartas constitucionais – sejam elas nacionais ou internacionais – muitas vezes a mera condição de ser humano não é suficiente para que sejam garantidos. Surgem então os chamados “direitos de cidadania”²¹, que nada mais são que uma fonte de exclusão e discriminação em relação aos não cidadãos, aos migrantes.

Vemos assim, nos dois exemplos supracitados, completamente violada a universalidade dos Direitos Humanos, seja dentro das fronteiras dos Estados – e aí destacamos os países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos –, seja internacionalmente, com relação à discriminação e exclusão havida em países desenvolvidos entre cidadãos e não cidadãos.

O que se pode concluir disto é que não basta uma Carta Magna para que direitos sejam concedidos ou ainda, garantidos. É necessária uma estruturação Estatal por completa, não apenas a utopia de que a universalização de direitos promoverão o melhor viver social. Esta situação, também agravada pelos reveses da ideologia e dos programas neoliberais e a fragilização advinda da globalização econômica neoliberal, o que representa o arrefecimento de uma atuação já tímida no sentido da implementação dos direitos sociais e o dismantelamento das conquistas já consolidadas, pode ser denominada de pré contratualismo²² que é a consistência de um processo de exclusão preliminar, consistência em bloqueio do acesso à cidadania em relação a grupos sociais que a ela ensaiavam e que tinham expectativa de a ela aceder.

Podemos, também, sob um prisma mais radical, descrevê-los em uma situação de direitos sociais natimortos, pois nunca estiveram inteiramente implementados. Muitas vezes os limites estatais entram em conflito com o universalismo dos direitos fundamentais.

Ao discorrer acerca destas dificuldades enfrentadas para que os Direitos Humanos sejam efetivamente preservados, Norberto Bobbio ensina que “a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver. A Declaração é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas”.²³ Para este

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 481.

²⁰ Idem, ibidem.

²¹ Idem, ibidem.

²² SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. cit. p. 125.

²³ BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 30.

ilustre jurista italiano não basta que a humanidade proclame os Direitos Humanos: “o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los”.²⁴

Neste sentido, entendemos que o posicionamento de Bobbio funde-se ao do compatriota Ferrajoli, ao passo que concordam com a importância da criação de garantias para a proteção dos Direitos Humanos. Ao tratar da questão inerente à mudança de paradigma do Direito Internacional e seus impactos na soberania e cidadania, Ferrajoli assevera que existem lacunas de garantias “al no existir técnicas garantistas capaces de asegurar efectividad al nuevo paradigma y de poner remedio a sus desmentidos y violaciones producidos a la sombra tanto de la soberania como de la ciudadanía”²⁵. Na opinião dele “el ordenamiento internacional aparece configurado como un conjunto de lagunas, es decir, de promesas no mantenidas”²⁶, este ordenamento estaria quase que inteiramente por construir, não passaria de um mero esboço.

Neste contexto, não podemos nos olvidar da importância e influência do fenômeno da globalização, que, para Ferrajoli, “se caracteriza por una creciente inadecuación tanto de la política como del derecho, en paradójico contraste con las dimensiones y la gravedad de los problemas que ella misma suscita”.²⁷ Neste sentido o desenvolvimento da integração econômica, cultural e comercial entre os Estados, além dos intercâmbios nos serviços de comunicação e transportes, não foi acompanhado por uma integração política e jurídica.

Quando a humanidade esperava ver cumpridas as promessas de igualdade e tutela dos direitos fundamentais em sua universalidade, o que se viu foi um crescente aumento das desigualdades e das violações aos Direitos Humanos. Segundo Ferrajoli “La ‘época de los derechos’, por usar la expresión de Norberto Bobbio, es también la de su más masiva violación y de la más profunda e intolerable desigualdad”.²⁸ A partir desta situação, se traçarmos uma analogia com a teoria de Hans Kelsen, poderíamos dizer que o que houve um ainda maior distanciamento entre os planos do ser e do dever ser²⁹.

Ao abordar este cenário de desigualdade e discriminação, Herrera Flores faz a seguinte indagação: “com que legitimidade podemos falar de direitos humanos universais quando mais de quatro quintos da humanidade vive à margem da miséria e da sobrevivência?”³⁰

Ao procurar uma resposta a este questionamento talvez tenhamos encontrado dois dos principais dilemas jurídico-administrativos da humanidade na área dos direitos sociais: como dar

²⁴ BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 36.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 482.

²⁶ Idem, p. 483.

²⁷ Idem, ibidem.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 526.

²⁹ Para um aprofundamento maior, remete-se a KENSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³⁰ FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos*. Os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 32.

aplicabilidade aos Direitos Humanos em um mundo eivado de desigualdades e como estabelecer técnicas garantistas capazes de assegurar a efetividade dos mesmos.

Talvez a alternativa que se apresente como – teoricamente – mais viável seja um maior investimento na administração dos Estados, viabilizando assim a gestão de políticas públicas realmente preocupadas com bem estar social (welfare state) e, capazes de orçar o custo destes direitos fundamentais, o que permitiria uma melhor organização para o cumprimento do dever de prestá-los.

O que não podemos nos olvidar é que toda a adaptação dos Estados a uma maior influência do Direito Internacional, principalmente quanto à efetiva materialização universal dos Direitos Humanos, ocorre em um cenário de mundo globalizado.

Entretanto, se este fenômeno que é a globalização dinamizou e expandiu a comunicação mundial, favorecendo o direito à informação e à liberdade de expressão, o mesmo fenômeno se manifesta na economia e no comércio internacional, muitas vezes de forma cruel. Ao abordar esta questão Ferrajoli assevera que está havendo um “progresivo empobrecimiento de los países pobres y al crecimiento exponencial de las desigualdades a escala planetaria debidos al desarrollo de un mercado sin reglas”.³¹

Em uma visão mais otimista, obtida através de um prisma positivo em relação à globalização, Avelãs Nunes ensina que a mesma não pode ser tomada apenas em seu aspecto negativo, afinal “o que está mal na globalização atual é o neoliberalismo que a alimenta, a estrutura dos poderes em que ela se apóia, os interesses que serve”.³²

E neste ponto poderíamos inclusive dizer que sim, o neoliberalismo realmente alimenta a globalização, para dela poder se alimentar logo em seguida, em um círculo vicioso, uma verdadeira bola de neve intencionalmente provocada para fomentar uma espécie maléfica de capitalismo, eis que exercido a qualquer custo, em detrimento de tudo e de todos e em benefício de poucos.

A doutrina de Avelãs Nunes assevera ainda que o neoliberalismo pode ser definido como “o capitalismo puro e duro do século XVIII, mais uma vez convencido da sua eternidade, e convencido de que pode permitir ao capital todas as liberdades, incluindo as que matam as liberdades dos que vivem do rendimento do seu trabalho.”³³

Quanto a esta distinção que devemos traçar entre globalização e neoliberalismo, Eros Roberto Grau afirma que “a globalização é um fenômeno histórico, ao passo que o neoliberalismo expressa uma ideologia, sem que se manifeste qualquer relação necessária entre ambos.”³⁴ Assim, a evidente

³¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 526.

³² NUNES, Antônio José Avelãs. *A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

³³ Idem, ibidem.

³⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 266.

globalização financeira difundida pelo planeta não pode ser tida enquanto consequência inevitável da evolução tecnológica e científica, eis que esta globalização financeira decorre de políticas contaminadas pelos ideais neoliberais, conduzida sob a égide das potências que atualmente influenciam de modo relevante a economia mundial.

Por fim, podemos concluir que a chamada globalização financeira, da maneira como hodiernamente é proposta, conduzida pelas rédeas do neoliberalismo, leva à deterioração da capacidade do Estado de pôr o direito, o que Grau denomina direito posto. Assim, o que se percebe com clareza é uma situação econômica na qual os mercados financeiros globalizados passam a ser governados por outros sujeitos que não o Estado.

Talvez, para que possamos transformar esta realidade, a alternativa seria evitar que o mercado se sobreponha à política, evitar que o estado democrático de direito sucumba diante das práticas antropofágicas do neoliberalismo. Por mais que em uma primeira análise possa parecer um tanto quanto utópico, o ideal seria transformar esse estado capitalista que se apresenta, inserindo-lhe a preocupação com valores sociais pautados na efetiva universalização e materialização dos direitos humanos.

Novas tecnologias, sua influência na humanidade e o fenômeno da modernidade líquida

Enquanto fator determinante para este novo paradigma internacional dos Direitos Humanos, não poderíamos nos olvidar de reservar um tópico especial, ainda que sucinto, para a discussão e análise dos avanços tecnológicos aos quais a humanidade foi – e continua sendo – submetida, principalmente nas últimas três ou quatro décadas.

A sociedade mundial foi inserida em um contexto de transformação socioeconômica principalmente em razão do advento e popularização da rede mundial de computadores – *world wide web* –, a Internet, que, com absoluta certeza, representa um dos principais avanços tecnológicos da humanidade.

Na visão de seu criador, a Internet deveria atuar como um espelho que refletisse as relações sociais, ou seja, como um suporte para auxiliar as pessoas a compartilharem documentos (pesquisas), se comunicarem e interagirem de forma mais prática e rápida. Entretanto, a cada dia este modelo comprovou que estava equivocado, eis que as interações passaram a ocorrer primeiramente e, às vezes exclusivamente, na *web*³⁵.

³⁵ A World Wide Web, também conhecida como rede mundial de computadores, Rede, *web* ou mesmo *www*, é um sistema de documentos em [hipermídia](#) que são interligados e executados na [Internet](#). No presente estudo utilizaremos os termos Internet, Rede ou *web* como sinônimos.

Há quem diga que a Revolução Digital pode ser equiparada à Revolução Industrial, entretanto o que não se pode negar é que a influência da Internet na vida humana é irreversível. Para Marcel Leonardi: “a utilização e a dependência dos diversos serviços e facilidades oferecidos pela Internet modificaram radicalmente o comportamento humano.”³⁶ Neste mesmo diapasão, a doutrina de Eros Grau assevera que as novidades implementadas na modernidade pela globalização decorrem das “transformações instaladas pela terceira revolução industrial – revolução da informática, da microeletrônica, das telecomunicações”³⁷.

Na realidade, a partir dos anos 70 as bases materiais da sociedade já se organizavam em um novo contexto, aquilo que Castells³⁸ chama de *informacionalismo*, ou seja, as tecnologias da informação passaram a produzir um impacto tão grande sobre as formas de produção de conhecimento, de tal modo que a cultura e a sociedade se transformaram imediatamente em nível global. Evoluiu-se, portanto, da era massificada para a era da informação, onde prevalece uma quantidade incomensurável de informações em fluxos permanentes. Noutras palavras, esta sociedade da informação é o ponto de partida para a compreensão dos movimentos do cidadão no contexto econômico, político e sociocultural. Impulsionada pela globalização econômica e cultural, abre espaço para as diferentes vertentes ideológicas, associações cívicas e organizações políticas, apresentando novas formas de mobilização, que extrapolam os níveis geoterritoriais.

Quanto à influência das novas tecnologias nas interações sociais, principalmente através da mediação pelo computador, Raquel Recuero leciona que “as pessoas adaptaram-se aos novos tempos, utilizando a rede para formar novos padrões de interação, criando novas formas de sociabilidade e novas organizações sociais.”³⁹

Já para a doutrina de André Lemos e Pierre Lévy esta nova etapa da comunicação mundial fomentada pela internet pode ter o condão de refletir em uma reconfiguração da cultura política dos Estados, segundo eles “o uso de ferramentas de comunicação sem controle da emissão produzido por vozes livres e independentes, busca reconfigurar a cultura política contemporânea.”⁴⁰ Neste sentido, a medida que favorecem o acesso à informação e viabilizam o direito à liberdade de expressão, estas novas ferramentas da comunicação poderiam ser utilizadas em favor do estado democrático de direito pois “o objetivo é utilizar o potencial das ferramentas comunicacionais digitais para a expressão livre dos movimentos sociais e das articulações e reivindicações político ativistas.”⁴¹

³⁶ LEONARDI, Marcel. Tutela e privacidade na Internet. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28.

³⁷ GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 266.

³⁸ Manuel Castells é um sociólogo espanhol, reconhecido pela sua trilogia Sociedade em Rede, onde analisa as mudanças na estrutura da sociedade a partir das tecnologias de informação e comunicação.

³⁹ RECUERO, Raquel. *Redes sociais na Internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009, p.89.

⁴⁰ LEMOS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia*. São Paulo: Paulus, 2010, p. 28.

⁴¹ Idem, ibidem.

Para o sociólogo polonês Zygmunt Bauman, houve uma transformação onde a modernidade, que poderia ser considerada sólida, passou a se tornar cada vez mais líquida, dotada de uma fluidez. “O que todas estas características dos fluidos mostram, em linguagem simples, é que os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo”.⁴² Na modernidade líquida tudo é volátil, a humanidade está submetida a um cenário de constantes transformações, as relações humanas não são mais tangíveis e a vida em conjunto passou a perder consistência e estabilidade. O que se percebe na realidade é que as transformações são tão relevantes e tão rápidas que, muitas vezes, quando estamos nos acostumando com uma nova realidade a mesma já começa a se mostrar defasada e em processo de substituição por outra ainda mais moderna.

Neste cenário de liquidez, os contatos online possuem vantagem sobre os contatos offline, eis que se caracterizam como mais fáceis e menos arriscados, o que para muitos pode ser um grande atrativo. E esta atração se dá pelo fato de que as relações através da rede – que como já foi dito eram para ser de mero suporte, mas que a cada dia aparentam estar galgando o posto de primeiro lugar nas relações sociais – tornam fáceis os ato de se conectar e se desconectar, caso aquela determinada relação social pareça favorável ou desfavorável ao indivíduo, e isso ocorre sem qualquer necessidade de explicações complexas, censuras ou culpa.

Mas, se por um lado tudo parece muito prático e fácil, por outro lado pode haver uma desestruturação das relações sociais, eis que se tornam extremamente frágeis e efêmeras, podendo ocasionar o que Dominique Wolton descreve como solidões interativas, eis que “em uma sociedade onde os indivíduos estão liberados de todas as regras e obrigações, a prova da solidão é real, como é dolorosa a tomada da consciência da imensa dificuldade que há em entrar em contato com o outro.”⁴³

Ao referir-se ao mundo capitalista Bauman ensina que existe o agente consumidor, usuário dos bens ou serviços disponíveis, sendo que a sua frustração maior não consiste na falta do produto, mas sim a multiplicidade de escolhas disponíveis entre os produtos oferecidos para seu consumo. Esta frustração ocorre tendo em vista que tal realidade faz com que seja necessário abrir mão de várias possibilidades para ficar com apenas uma ou algumas alternativas. E então vemos de forma cristalina o fenômeno do cunsumismo exacerbado, fomentado por este capitalismo financeiro desenfreado, levado a cabo em detrimento de qualquer fator humanístico, globalização sem quaisquer regras que Ferrajoli denomina “poderes globales salvajes.”⁴⁴

⁴² BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 08.

⁴³ WOLTON, Dominique. *Internet, e depois? Uma teoria crítica das novas mídias*. Porto Alegre: Sulina, 2013, p. 103.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit. p. 484.

Ao abordar a questão do consumismo Bauman ensina que as “condições econômicas e sociais precárias treinam homens e mulheres (ou os fazem aprender pelo caminho mais difícil) a perceber o mundo como um contêiner cheio de objetos descartáveis, objetos para só uma utilização”⁴⁵, sendo que nesta gama de objetos ele ainda inclui os seres humanos.

Assim, percebemos que o fenômeno da modernidade líquida onde a maioria das situações e relações são caracterizadas por uma falta de significação – uma efemeridade – somada ao consumismo fomentado pelo neoliberalismo, acaba por tornar tudo descartável. Em um cenário como este, certamente, a valorização do ser humano e de seus direitos fundamentais universais torna-se tarefa árdua e via de regra deixada em um segundo plano. Neste contexto em que a garantia destes Direitos Humanos acarreta necessariamente em custo – o custo do direito – retomamos e reiteramos o entendimento de que é necessária uma transformação social, uma mudança de postura a nível global, na qual se retome a preocupação com valores sociais pautados na efetiva universalização e materialização destes Direitos Humanos que continuam a ser violados inúmeras vezes.

As novas tecnologias possuem um poder inimaginável – tanto de alcance popular como de persuasão – para esta conscientização humanística, todavia, seu foco precisa ser destinado para tal. Tomemos como exemplo a utilização de redes sociais como Facebook e Twitter para a organização de manifestações populares e veremos a viabilidade de utilizarmos estas ferramentas tecnológicas como instrumento para o fortalecimento do Estado-providência.

A teoria da reserva do possível

No que tange a reserva do possível, esta é bem mais antiga do que sua suposta origem jurisprudencial alemã. Pode-se afirmar, baseado em dados históricos, que este instituto já estava sendo observado, mas sob outra leitura, desde o século VI, sendo registrada nos anais do II Concílio de Tours, na qual, observava-se que a orientação dada as pequenas comunidades era de que deveriam cuidar de seus pobres no limite da sua necessidade.⁴⁶ Mas há uma certa boa vontade nessa visão ao se fazer uma analogia à Reserva do Possível. Porém é possível afirmar que desde que a economia, administração e direito passaram a integrar a gestão do Estado, a disponibilidade de recursos já faz parte do pensamento que condiciona o direito à proteção social.

Tangente aos direitos humanos atuais, entende-se que, a opção da Assembléia Geral das Nações Unidas de produzir dois Pactos, sendo o primeiro regulatório da matéria de direitos civis e políticos e o segundo versando sobre direitos sociais, econômicos e políticos, além de ser uma pequena disputa de força entre os Estados Capitalistas e os Socialistas pós-guerra, deveu-se, também,

⁴⁵ BAUMAN, Zygmunt. Op. cit. p. 186.

⁴⁶ SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. cit. p.128.

ao entendimento de que os primeiros direitos eram auto aplicáveis, ou seja, versavam sobre direitos baratos, sendo passível de cobrança imediata, enquanto que os segundos eram programáticos e demandavam realização progressiva, ou seja, versavam sobre direitos de alto custo. Tanto é que, como resultado, o Pacto regradório dos primeiros direitos obteve fiscalização e controle mais efetivos para sua implementação do que os segundos direitos do segundo pacto.

A reserva do possível possui como origem a discussão acerca da efetivação de direitos sociais prestacionais. Em síntese apertada, é a discussão, possível por ambas as partes, acerca do custeio de direitos fundamentais e a previsão financeira para custear esses mesmos. Sabido é que o Estado, seja sob qual forma e condição for, planeja seus gastos, assim como planeja sua arrecadação. Possui uma economia e uma administração voltada para o melhor gasto e a melhor arrecadação. Sendo esse Estado obrigado a prestar determinados direitos aos seus cidadãos, cabe àquele que promova uma gestão capaz de suprir essa demanda, sem prejudicar demais ramos do Estado. É um ramo do direito que discute, em seu mérito, o acesso a direitos sociais, como a educação e a saúde e políticas públicas de cunho social.

O óbice disto é que estamos versando sobre uma administração imprecisa. Imprecisa não pela qualidade, mas pela vinculação de prever o futuro para planejar os gastos baseada em uma arrecadação advinda do presente. Trata-se de uma gestão para com números incertos no futuro e arrecadação determinada no presente.

Porém, mesmo que possa parecer um truísmo, é relevante ressaltar que a reserva do possível é matéria que versará sobre direitos sociais pleiteados junto a Fazenda Pública, ou seja o Estado.

Quanto ao mérito, de se observar, ainda, as oportunidades em que a reserva do possível foi fundamento para denegação de direitos sociais e as oportunidades em que foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Mencionando as Cortes, importante relatar o mais célebre caso em que a Suprema Corte enfrentou o tema da reserva do possível. Tratou-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 45, relatada pelo Ministro Celso de Mello e julgada no ano de 2004. Tal ação foi iniciada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB- tendo como objeto o veto presidencial a dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO- cujo teor era no sentido de que seriam consideradas como ações e serviços de saúde “a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzindo os encargos previdenciários da união, os serviços da dívida e a parcela das despesas do ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.”⁴⁷

A ação discutia que o veto presidencial acarretaria na redução dos recursos a serem efetivamente aplicados em ações e serviços públicos de saúde, em contrassenso ao disposto pelo

⁴⁷ Integra do voto do Ministro relator, Celso de Mello.

artigo 198, § 2º da Constituição Federal. Tal contenda versou sobre a possibilidade/legitimação da intervenção judicial no que se refere a implementação de políticas públicas efetivadoras de direitos econômicos, sociais, culturais, em face da liberdade de conformação do legislador. Traduz pela questão dos custos dos direitos e da escassez de recursos.

No resultado dessa Ação a Suprema Corte perfilhou o entendimento no sentido da inoponibilidade do arbítrio estatal em face a direitos constitucionalmente consagrados, afirmando a relatividade da liberdade de conformação do legislador e esposando entendimento no sentido da necessária preservação do mínimo existencial dos indivíduos.

(...) a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização financeiro subordinando às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar, e de inviabilizar o estabelecimento e a prestação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (...) a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivando aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade. (...) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente de qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.⁴⁸

Percebe-se do quanto o julgado da Corte Suprema recepcionou a reserva do possível, admitindo seu cabimento ao menos em tese, ressalvando apenas ser inadmissível sua alegação infundada ou a utilização das receitas públicas para furtar-se o administrador do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Conclusão

Diante dos estudos realizados na presente pesquisa podemos concluir que o Estado, enquanto ente responsável pela garantia dos direitos fundamentais, possui o dever de prestá-los em condições

⁴⁸ ADPF 45/DF, publicada no Diário da Justiça da União, Seção 1, nº 84, terça-feira, 4 de maio de 2004, p. 13.

mínimas à existência humana – teoria do mínimo existencial⁴⁹ – no entanto a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos e das constituições estatais que por ela foram influenciadas, foi concedida à humanidade uma gama de direitos que anteriormente não lhe era garantida.

O que se viu a partir de então foi uma extrema dificuldade, principalmente por parte dos países em desenvolvimento e subdesenvolvidos em garantir a prestação destes novos direitos, eis que a estrutura organizacional do Estado não acompanhou nem de longe a evolução promovida pela *era dos direitos*, sucumbindo em um caos que parece irreversível.

Na realidade, por mais que a estrutura estatal efetuasse um planejamento de suas receitas e despesas, o que lhe permite organizar a orçamento anual, a mesma não estava preparada para a nova realidade e via de regra não conseguiu se estruturar ao longo das últimas décadas. Encontrou obstáculo na chamada administração imprecisa, não pela qualidade, mas pela vinculação de prever o futuro e planejar os gastos com base em uma arrecadação advinda do presente.

E cabe destacar que as potências da Europa também sofreram e continuam sofrendo com o mesmo problema, eis que apesar de possuírem maiores recursos e um nível organizacional muitas vezes bem superior, viram-se impotentes quanto à universalidade dos Direitos Humanos, o que se confirmou pela exclusão e discriminação, já mencionada no presente estudo, quanto aos não cidadãos.

No entanto, independentemente das dificuldades e obstáculos que se possa enfrentar, a proteção aos Direitos Humanos devem ser considerada como aspecto prioritário, e os Estado possuem o dever de garantir tais direitos aos seus cidadãos. Cabe a eles buscar alternativas inovadoras de modo a promover uma gestão capaz de suprir com qualidade as possíveis demandas sociais mínimas.

Neste sentido, entendemos pela emergência da tomada de medidas em prol de uma melhor estruturação do Estado de forma a criar mecanismos competentes para auferir de forma prévia o custo do direito, viabilizando instituir instrumentos capazes de garantir e dar efetividade aos Direitos Humanos. Há que se pensar em transformar o *capitalismo selvagem* que se apresenta, inserindo-lhe a preocupação com valores sociais pautados na efetiva universalização e materialização dos direitos humanos.

Faz-se necessária uma conscientização humanística global, uma efetiva transformação social, uma mudança radical de postura, na qual se retome a preocupação com valores sociais pautados na efetiva universalização e materialização destes Direitos Humanos, que continuam a ser violados inúmeras vezes. Pois se hoje tal mutação não nos parece mais do que mera utopia, talvez em um futuro próximo possamos ver esta utopia se tornar realidade.

⁴⁹ A teoria do mínimo existencial, em um conceito simplista, poderia ser definida como uma teoria jurídica que trata da garantia de direitos mínimos na hipótese de conflitos de direitos causada pela impossibilidade de garanti-los em sua universalidade. Em outras palavras, poderíamos dizer que existiriam direitos mínimos, fundamentais, que por sua essencialidade devem ser garantidos pelo Estado (por exemplo o direito à saúde, alimentação, moradia, vida, dentre outros)

Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **A Responsabilidade do Estado por Actos Lícitos**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011,

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos**. Os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. São Paulo: Fabris, 1991.

LE MOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma ciberdemocracia. São Paulo: Paulus, 2010.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Coimbra Editora, 2000.

NUNES, Antônio José Avelãs. **A crise atual do capitalismo**: capital financeiro, neoliberalismo, globalização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Carta das Nações Unidas**. ONU, 1945. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1945%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas.pdf>>
Acesso em: 16 jul. 2013

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009, p.89

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Semear outras soluções**: Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos**: vol. 1. Reserva do Possível. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v. 11, n. 16-17, p. 9-32, jan/jun. 2002.

WOLTON, Dominique. **Internet, e depois?** Uma teoria crítica das novas mídias. Porto Alegre: Sulina, 2013.