XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

GABRIELA OLIVEIRA FREITAS

HERENA NEVES MAUÉS CORRÊA DE MELO

OSVALDO AGRIPINO DE CASTRO JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

T772

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Gabriela Oliveira Freitas; Herena Neves Maués Corrêa de Melo; Osvaldo Agripino de Castro Junior. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-602-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Transformações na ordem social e econômica. 3. Regulação. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



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

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Nos dias 7, 8 e 9 de dezembro de 2022, ocorreu o XXIX Congresso Nacional do Conpedi, na cidade de Balneário Camboriú, com o tema "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities".

É com satisfação que apresentamos a toda comunidade jurídica os artigos que compuseram o Grupo de Trabalho de "Transformação na Ordem Social e Econômica e Regulação", que demonstram que o estudo jurídico não pode se desvencilhar das transformações na sócio-econômicas, indicando, ainda, a necessária compatibilização das evoluções, principalmente tecnológicas, com o desenvolvimento sustentável.

O artigo "A (DES)REGULAÇÃO DA PLATAFORMA DE TECNOLOGIA UBER NO BRASIL", elaborado por Karla Vaz Fernandes, Denise Pineli Chaveiro e Maria Izabel de Melo Oliveira dos Santos, apresenta uma análise crítica do mercado de consumo disruptivo, que viabiliza, por meio da tecnologia, novos serviços. A partir desta análise, apresentam a discussão acerca de uma necessidade ou não de intervenção do Estado nesses novos mercados, com enfoque, especificamente, na plataforma Uber.

No artigo intitulado "MUDANÇAS CLIMÁTICAS E O DESAFIO DE CONSERVAR AS FLORESTAS", desenvolvido por Marcus Luiz Dias Coelho, Danyelle Avila Borges e Edna Márcia Lopes Caetano, aborda-se a a questão das mudanças climáticas, a partir de estudos da COP26, com o objetivo de demonstrar a relevância das florestas, para além da questão ambiental, abrangendo também sua relação com a saúde humana e aspectos socioeconômicos.

Em "O CONSUMISMO E SUSTENTABILIDADE NO CONTEXTO DA SOCIEDADE 5.0", Marcus Luiz Dias Coelho, Danyelle Avila Borges e Maraluce Maria Custódio discorrem sobre a sociedade pós-moderna, a partir dos estudos desenvolvidos por Gilles Lipovetsky, demonstrando a necessária conversão do consumismo desmedido em um consumismo consciente, a fim de construir uma possibilidade de coexistência do consumismo e da sustentabilidade.

A pesquisa desenvolvida por Ainna Vilares Ramos, no artigo “BLOCKCHAIN FISCAL: DESAFIOS DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DOS CONTRIBUINTES”, trabalha a questão da blockchain fiscal, a partir do fenômeno de aversão ao risco e de sua capacidade de ocasionar a detração do desenvolvimento econômico. Analisa a compatibilidade entre a LGPD e o tratamento de dados pessoais pela Administração Pública, demonstrando que ferramentas tecnológicas como a blockchain podem facilitar a cobrança de obrigações tributárias e reduzir a sonegação de tributos em razão da confiabilidade e da criptografia.

Com o artigo “POSSIBILIDADES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NA REGULAÇÃO DO TRANSPORTE MARÍTIMO E DA ATIVIDADE PORTUÁRIA”, Osvaldo Agripino de Castro Junior aponta a necessidade de maior efetividade da regulação econômica da atividade portuária, visando um equilíbrio entre o retorno ao investidor privado e a adequada prestação de serviços ao usuário. Para atingir tal objetivo, o autor se vale da Análise Econômica do Direito, que apresenta como forma de contribuir para a efetividade da modicidade nos preços e tarifas no setor, para a condição do serviço adequado e, ainda, para a redução das externalidades negativas.

Liciane André Francisco da Silva e Marisa Rossignoli, com o artigo “A CONCESSÃO DE INCENTIVOS FISCAIS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS SOB A PERSPECTIVA KEYNESIANA: UMA ANÁLISE CRÍTICA”, apresentam uma análise crítica dos incentivos fiscais para a Zona Franca de Manaus, denunciando que, contemporaneamente, verifica-se uma redução da arrecadação fiscal, sem que haja um aumento significativo das empresas ali instaladas, levantando a reflexão acerca da necessidade de remodelar os incentivos fiscais.

No artigo “DIREITOS HUMANOS E A PANDEMIA PELA COVID 19 NO BRASIL: TEMPOS DE CRISE E IMPLICAÇÕES SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS”, Maria Carolina Negrini, Ricardo Hasson Sayeg e Carolina Caran Duque apresentam uma análise crítica da realidade social brasileira quanto à efetivação dos direitos humanos, a partir do viés do capitalismo humanista. A partir da teoria da reserva do possível e da proibição do retrocesso em matéria de direitos humanos, discorrem sobre direitos humanos em tempos de crise, abordando especificamente o contexto pandêmico.

Gabrielle Kolling, Cristina Aguiar Ferreira da Silva e Gernardes Silva Andrade, com o artigo “REGULAÇÃO DE ORGÂNICOS E AGROECOLÓGICOS: A RELEVÂNCIA DAS RELAÇÕES SOCIAIS CAMPESINAS E DO CONTROLE SOCIAL DA PRODUÇÃO”, abordam a regulação de orgânicos e agroecológicos, tendo como foco o Direito

Transnacional, demonstrando que esta regulação pode se traduzir como mecanismo de preservação dos direitos sociais, em que se inclui o direito à alimentação adequada e de qualidade.

No artigo "OIT E ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO: O AGIR COMUNICATIVO PARA A CONSCIENTIZAÇÃO EMPRESARIAL E A REORGANIZAÇÃO OTIMIZADA DO TRABALHO E DA PRODUTIVIDADE", Thábata Biazzuz Veronese apresenta instigante análise sobre as mudanças nas relações de trabalho na sociedade da informação, destacando a necessidade de orientações da OIT para equilibrar a busca pela lucratividade empresarial e a flexibilização do trabalho, de modo a buscar a emancipação do trabalhador.

Ricardo Raí Guaragni , Kerlyn Larissa Grando Castaldello e Cassio Marocco, em "OS DESAFIOS DA SUSTENTABILIDADE PARA O DESENVOLVIMENTO DE CIDADES NO ÂMBITO RURAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO E DO GUIA GPS" abordam, a partir da análise das smarts cities, a necessidade de que a tecnologia da informação e da comunicação também abranja o âmbito rural, buscando o desenvolvimento sustentável.

Com o artigo "USUCAPIÃO FAMILIAR E O PROTAGONISMO FEMININO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO", Luiza Andreza Camargo de Almeida , Francis Pignatti Do Nascimento e Carla Bertoncini questionam a justiça da usucapião familiar em favor das mulheres, demonstrando que, a partir do histórico das mulheres na sociedade e sua relação com o direito de propriedade

Antônio Carlos Diniz Murta, Carlos Victor Muzzi Filho e Nathália Rodrigues Generoso fazem uma análise de como a tecnologia, que, em razão da pandemia de COVID 19, foi essencial para a continuidade do ensino, pode, por outro lado, prejudicar e mercantilizar a educação superior. Os autores, em dois artigos apresentados neste Grupo de Trabalho, "REGULAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR NO PÓS-PANDEMIA" e "TRANSFORMAÇÕES NA EDUCAÇÃO E NO DIREITO PRIVADO NO CENÁRIO PÓS PANDEMIA", questionam a transformação da educação em uma mercadoria.

No artigo "A EMPREGABILIDADE DAS MULHERES NEGRAS SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS – RACISMO SOB A ÓTICA INTERSECCIONAL", Marcelo Benacchio, Fernando Antônio de Lima e Mikaele dos Santos

apresentam a existência de normativas que são capazes de resolver o problema da empregabilidade das mulheres negras, apontando que existem questões que passam pelos problemas de gênero, raça e classe, exigindo soluções para a mudança na estrutura social.

Em “ASPECTOS HUMANISTAS DA ORDEM ECONÔMICA E O ACESSO AO TRATAMENTO DA AME” Marcelo Benacchio e Mikaele dos Santos, a partir da inclusão do humanismo na ordem econômica, propõe necessária discussão acerca da relação entre Estado e iniciativa privada na disponibilidade do tratamento para a Atrofia Muscular Espinhal no SUS.

Marisa Karla Vieira Leite, Gabriela Oliveira Freitas e Renata Apolinário de Castro Lima, com o artigo “À LUZ DO CONCEITO DE ESFERA PÚBLICA DE JÜNGER HABERMAS: UMA ABORDAGEM DE CONTROLE DE LICITAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS”, questionam o afastamento do Tribunal de Contas para a terceira linha de defesa no controle da atividade licitatória, em razão da promulgação da Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021, mas apontam, em contraponto, que tais órgãos passaram a ter diversa função na nova legislação, quando contribui com a formação dos gestores

Em “ANÁLISE SOBRE A INEFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA PRESENTE NO FILME SANEAMENTO BÁSICO: UMA ABORDAGEM SOBRE A REALIDADE BRASILEIRA”, Lailson Braga Baeta Neves, Marisa Karla Vieira Leite e Fabiola Sayonara Araújo Baeta Neves discorrem acerca da ineficiência administrativa, a partir da análise da obra cinematográfica “Saneamento Básico” e do conceito habermasiano de esfera pública, apontando a necessidade de coibir irregularidades e malversação de verbas públicas é responsabilidade de toda a sociedade.

No artigo, “O CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO E A EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: PROBLEMAS E SOLUÇÕES SOBRE A (IN)EXISTÊNCIA DE CRISE NO FEDERALISMO NO BRASIL”, Frederico Thales de Araújo Martos , Henrique Alves Pereira Furlan e Marina Bonissato Frattari abordam chamado “Constitucionalismo do Futuro”, inovadora doutrina constitucionalista apresentada pelo jurista argentino, José Roberto Dromi e sua possível aplicação junto a realidade constitucional brasileira.

Frederico Thales de Araújo Martos, Marina Bonissato Frattari e Henrique Alves Pereira Furlan, com o artigo “DANO EXISTENCIAL NO TRABALHO INTERMITENTE: DA REFORMA TRABALHISTA AO CENÁRIO PÓS-PANDÊMICO”, apresentam como as relações de trabalho se fragilizaram durante o período pandêmico e pós-pandêmico,

destacando os danos causados à dignidade e à saúde mental do trabalhador intermitente, notadamente após a Lei 13.467/2017.

No artigo “COMPLIANCE E LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA, SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO” Bruno Oliveira Fortes e Renata Apolinário de Castro Lima abordam a relevância do compliance como mecanismo de conter a corrupção, demonstrando que, para além das questões éticas, a luta anticorrupção pode contribuir para um desenvolvimento econômico.

Por fim, o artigo “O DESENVOLVIMENTO NA AMAZÔNIA NA CONCEPÇÃO NEOLIBERAL: ANÁLISE TEÓRICA DE CONTRADIÇÕES E CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS A PARTIR DO CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO-POLÍTICO”, desenvolvido por Herena Neves Maués Corrêa de Melo, apresenta, a partir dos estudos de Foucault, uma instigante análise dos conflitos amazônicos e como eles são influenciados a partir da lógica neoliberal global.

Certos de que o material aqui disponibilizado proporciona à reflexão jurídica nacional, convidamos à leitura.

Prof.ª Dra. Gabriela Oliveira Freitas

Universidade FUMEC

Prof. Dr. Oswaldo Agripino de Castro Júnior

Universidade do Vale do Itajaí - Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica

Profª Dra. Herena Neves Maués Corrêa de Melo

UFPA – Universidade Federal do Pará /UNAMA/ MPPA

DIREITOS HUMANOS E A PANDEMIA PELA COVID 19 NO BRASIL: TEMPOS DE CRISE E IMPLICAÇÕES SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS

HUMAN RIGHTS AND THE COVID 19 PANDEMIC IN BRAZIL: TIMES OF CRISIS AND IMPLICATIONS FOR SOCIAL RIGHTS.

Maria Carolina Negrini [1]
Ricardo Hasson Sayeg [2]
Carolina Caran Duque [3]

Resumo

O artigo tem por objetivo analisar a violação a direitos humanos, com foco nos direitos sociais, no período da Pandemia da Covid-19 no Brasil. Nessa direção, o trabalho tem como escopo evidenciar situações que colocaram muitas pessoas em posição incompatível com o conceito de vida digna e fora dos parâmetros prescritos no sistema jurídico nacional e internacional que visam proteger a dignidade da pessoa humana. Pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) ao longo do ano de 2020 e no início de 2021 revela que ao fim da pandemia havia no país mais de 5,1 milhões de domicílios em condições precárias. Mais de 90% das mortes por COVID-19 registradas no Brasil ocorreram nos 12 estados com maior proporção de domicílios em aglomerados subnormais. Nesse contexto de vulnerabilidade, foram analisadas a teoria da reserva do possível e a proibição do retrocesso em matéria de direitos humanos e a aplicabilidade de tais direitos em tempos de crise, a exemplo do contexto pandêmico. Foi utilizada a pesquisa teórico-dogmática, sendo abordados estudos de doutrinadores, jurisprudência e artigos científicos e, em caráter transdisciplinar, informações históricas, sociológicas e dados estatísticos, a fim de sustentar os fundamentos teóricos dos princípios e teorias jurídicas analisadas para o esclarecimento do assunto.

Palavras-chave: Direitos humanos, Direitos sociais, Direitos fundamentais, Reserva do possível, Mínimo existencial, Pandemia da covid-19

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to analyze the violation of human rights, with a focus on social rights, during the Covid-19 Pandemic in Brazil. In this direction, the work aims to highlight situations that placed many people in a position incompatible with the concept of a dignified life and outside the parameters prescribed in the national and international legal system that aim to protect the dignity of the human person. Research conducted by the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE) throughout the year 2020 and in the beginning of 2021

---

[1] Mestre e Doutora em Direito pela PUC/SP. Advogada.

[2] Professor Livre Docente na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogado.

[3] Mestranda em Direitos Humanos na PUC/SP.

reveals that at the end of the pandemic there were more than 5.1 million homes in precarious conditions in the country. More than 90% of the deaths by COVID-19 registered in Brazil occurred in the 12 states with the highest proportion of homes in subnormal settlements. In this context of vulnerability, the theory of the "reserve for the possible" and the prohibition of retrogression in terms of human rights were analyzed, as well as the applicability of such rights in times of crisis, as in the pandemic context. Theoretical-dogmatic research was used, with studies of legal scholars, jurisprudence and scientific articles and, on a transdisciplinary basis, historical, sociological information and statistical data, in order to support the theoretical foundations of the principles and legal theories analyzed for the clarification of the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Social rights, Fundamental rights, Reserve of the possible, Essential minimum, Covid-19 pandemics

Introdução

A adoção, pelo Brasil, de tratados internacionais de direitos humanos, os direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a promulgação da Constituição da República de 1988 conferiram grande projeção aos direitos humanos e acarretaram verdadeira mudança de perspectiva.

Pode-se dizer, inclusive, que ao idealizar uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, a Constituição da República de 1988 representou verdadeira ruptura ao *status quo* anterior. Isso porque, nos dizeres de Foucault, estabeleceu-se (...) *um novo 'regime' no discurso,* que deslocou os antigos eixos jurídicos de "Homem – Estado" e "Estado – Homem" para o novo eixo: "Homem – Todos os Homens (FOUCAULT, 1979).

Nesse cenário, democracia brasileira passou a não ser mais representada pelo Estado mínimo de (THOREAU, 2003), que afirma o eixo "Homem – Estado", tampouco encontra consonância com o Estado absoluto e provedor, conforme o eixo "Estado – Homem"(HOBBES, 1979)[1].

O art. 3º da CF coloca a construção da sociedade livre, justa e solidária como objetivo da República. Nesse sentido pode-se concluir que os incisos do referido art. 3º que determinam os objetivos da República revelam como fim precípuo edificar o exercício da fraternidade.

Na medida em que o constituinte determina, como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento, a erradicação da pobreza e marginalização e a promoção do bem de todos sem preconceitos e discriminação, refere a manifestação da fraternidade à ordem constitucional brasileira.

Especificamente com relação aos direitos sociais, é amplamente sabido que o ordenamento constitucional brasileiro os prevê como direitos fundamentais, formal e materialmente. Tratados internacionais impõem que os estados signatários devam empreender esforços para implantação de políticas públicas de concretização dos direitos sociais até o máximo de seus recursos disponíveis e de forma progressiva. A previsão de possibilidade de retrocesso deve ocorrer em casos excepcionalíssimos. O artigo 6º da Constituição da República arrola os direitos sociais básicos: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, segurança, lazer, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

[1] Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.

Nesse contexto, emerge a Teoria da Reserva do Possível. Surgida no Tribunal Constitucional alemão em 1973, que impõe limites fáticos ou jurídicos que impedem o cumprimento integral do direito social pelo Estado.

Não obstante, sobre mínimo existencial e mínimo vital não se aplica a reserva do possível. Parte da doutrina e da jurisprudência, baseando-se nas obras antigas de Canotilho e na jurisprudência constitucional portuguesa dos anos 1990, adota a teoria da proibição do retrocesso, ou seja, quando o Estado cria uma política pública para implementar um direito social não pode mais retroceder, muito embora tal previsão não esteja expressamente previsto no texto Constitucional. Alguns autores, porém, entendem não ser constitucional a proibição do retrocesso, mas que se deve identificar e estabelecer os limites do retrocesso, sendo tal visão abordado no presente trabalho a fim de ilustrar e ponderar os estudos com relação ao tema.

Outrossim, destaca-se que no aspecto jurídico das questões econômicas, a promoção e a concretização dos direitos humanos em todas as suas dimensões, com vistas à satisfação da dignidade da pessoa humana, devem nortear a atuação estatal de forma a minimizar os efeitos perversos do capitalismo neoliberal.

Nesse contexto teórico, imperioso se faz a análise da violação do mínimo existencial (mais amplo) ou até mesmo do mínimo vital durante a Pandemia pelo Coronavírus, não apenas analisando-se juridicamente as bases normativas das situações envolvendo o estado de calamidade pública, mas os severos impactos sanitários, econômicos, políticos e sociais da pior crise de nossa geração.

O contexto de excepcionalidade atravessado pelo país nos anos de 2020 e 2021, que adotou medidas nas mais diversas áreas, muitas com restrições aos direitos humanos, com o intuito de combater a doença que provocou milhares de mortes no mundo e no Brasil, teve, como consequência o agravamento das desigualdades sociais.

Sob a ótica da proteção de direitos humanos, a pandemia da COVID-19 demandou atuação estatal notadamente em face de tais desigualdades. Nesse contexto de falta de concretização de direitos básicos da maior parte da população, aqueles em maios situação de vulnerabilidade necessitou de políticas públicas para sua proteção.

Muito embora a violação dos direitos sociais e fundamentais ocorra de forma sistêmica e histórica no Brasil, os observados durante a pandemia da COVID-19, e ainda, comparando-se com as medidas e impactos em demais países, não tem precedentes na história recente das epidemias.

Não obstante crises de tal monta imponham continência de direitos e sem dúvida, afetem as economias, a situação ocorrida no Brasil resultou em flagrante violação aos núcleos essenciais de direitos humanos fundamentais. Especialmente considerando que tais prejuízos oriundos do excessivo desrespeito aos direitos sociais nesses últimos anos será sentido por uma, ou talvez mais de uma geração, torna imperativo o esquadrinhamento do tema, a fim de se compreender quais parâmetros podem ser exigidos para minimizar esse trágico cenário.

1) Teoria da reserva do possível e a proibição do retrocesso

Em relação à exigibilidade dos direitos sociais e o seu direcionamento para o controle jurisdicional de políticas públicas, um ponto controvertido é a denominada "reserva do possível". Na qualidade de direitos que demandam prestações estatais e, consequentemente, apresentam um aspecto econômico mais acentuados em relação aos ditos direitos de defesa, uma vez que estão relacionados à "destinação, criação e (re)distribuição de recursos materiais e humanos, com destaque para os aspectos econômicos, financeiros e tributários que dizem respeito à efetividade dos direitos sociais", o seu "custo" assume uma importância relevante para sua efetividade. (SARLET, MITIDIERO e MARINONI, 2021, p. 284).

Surgida na Alemanha, na década de 70, a reserva do possível "consiste nos limites fáticos e jurídicos que impedem a realização de um direito fundamental". (MARTINS, 2020, p. 944). O termo foi criado a partir da tradução da uma expressão alemã e "não propunha ser um instituto jurídico de ampla utilização, inclusive com os reflexos internacionais que de então se extraíram." (MATSUSHIDA, 2017)

Thiago Lopes Matsushita destaca três posicionamentos na doutrina brasileira em relação à reserva do possível: a posição de Ingo Sarlet, para quem o conceito se relaciona com aquilo que é razoável de se exigir do poder público, a posição de Fernando Facury Scaff, para quem o conceito se relaciona com a progressividade dos direitos sociais e a posição de Ricardo Lobo Torres, que argumenta pela deturpação do sentido original.

Flávio Martins (2020) e Ana Carolina Lopes Olsen (2006) entendem não se tratar de um mandamento constitucional implícito, mas situações de fato que afetam a aplicação e eficácia dos direitos sociais. Parte da doutrina brasileira, minoritária, defende que seria um limite imanente dos direitos sociais, ou seja, conforme anteriormente tratado, seria

uma limitação oriunda da própria natureza do direito. Prevalece, porém, que a reserva do possível é uma limitação externa aos direitos fundamentais sociais.

Para Flávio Martins, que defende a posição adotada por Luis Fernando Sgarbossa, uma posição intermediária seria a ideal. A reserva do possível pode ser uma limitação imanente ou uma limitação externa, variando conforme a hipótese fática. Se a escassez advir de uma situação fática concreta, de natureza econômica devidamente demonstrada, será um limite ao direito fundamental. Ao passo que se a ausência de recursos for ficta, decorrente de uma escolha jurídica ou política, enfrenta-se uma restrição ao mesmo direito. (MARTINS, 2020, p. 189-190)

Ana Carolina Lopes propõe a seguinte classificação da reserva do possível: a) o logicamente possível, ou seja, a realidade em si, não se podendo demandar do poder público o absurdo; b) a disponibilidade de recursos materiais, que pode ser fática ou jurídica.

Para Ingo Sarlet, seja em relação à escassez fática ou jurídica, a reserva do possível apresentaria três critérios para a implementação dos direitos sociais: a) a real disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos sociais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, relacionando-se com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que diz respeito às condições do titular do direito. (SARLET, MITIDIERO e MARINONI, 2021, p. 285).

É possível sintetizar que quanto à modalidade da reserva do possível por limitação fática, decorrente da escassez real ou econômica, a mesma se configura como um limite imanente dos direitos fundamentais sociais, uma vez que tal situação se encontra fora da possibilidade de se alterar por comando humano ou determinação normativa. Trata-se de um resultado lógico, incontrolável. Enquadrar-se-ia nessa modalidade a impossibilidade de ofertar um remédio que não existe.

Já em relação à modalidade de reserva do possível por limitação jurídica, os recursos econômicos faticamente existem, mas são alocados em determinados setores pelos poderes constituídos, o que impõe o não atendimento de outras necessidades. Trata-se de uma escolha da Administração Pública, configurando-se como limitação externa. Tais escolhas foram denominadas por Guido Calabresi e Philip Bobbit de “escolhas trágicas”. Assim, a teoria da reserva do possível é uma limitação ao direito fundamental social e é necessário estabelecer seus limites. (MARTINS, 2020, p. 950)

Muito embora os direitos sociais decorrem da busca da satisfação das necessidades humanas e sejam essenciais para a vida com dignidade e devessem ser efetivados "independentemente da provisão do mercado" a normatização constitucional desses direitos não foi suficiente para garantir sua exigibilidade, pois a eles se opõem dificuldades de ordem teórica e de natureza técnico jurídica. Sua efetivação foi ainda mais prejudicada com a aplicação da teoria da reserva do possível, "a ponto de legitimar a negligência dos poderes públicos para com a destinação dos recursos econômicos". (OLSEN, 2006, p. 336-337)

Ao se considerar a Dimensão Econômica dos Direitos Humanos, destaca-se a proposta do Capitalismo Humanista, que propõe que o modelo capitalista neo-liberal, embora estruturado pela economia de mercado, deva ser "considerado indissociável, interrelacionado e interdependente em face das demais Gerações e Dimensões dos Direitos Humanos" e "perseguir o bem-estar de todos com níveis dignos de subsistência e sustentabilidade ambiental." (SAYEG E GARCIA, 2017)

Assim, muito autores se debruçam sobre o tema do mínimo existencial dos direitos sociais como forma de encontrar soluções para a questão do que se pode razoavelmente exigir do Estado para a satisfação dos direitos sociais fundamentais. George Marmelstein aponta que mesmo países liberais, que não incluem direitos sociais em seu rol de direitos fundamentais, entendem que o estado deve assegurar aos seus cidadãos, ao menos condições mínimas para uma existência digna. (MARTINS, 2020, p. 951)

A relação dos direitos sociais com a garantia do mínimo existencial é objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial e considerada recente no Brasil, muito embora "o objetivo de uma existência digna já tenha sido precocemente consagrado no plano do direito constitucional positivo." (SARLET, MITIDIERO e MARINONI, 2021, p. 290).

A autora Ana Paula de Barcellos (2002) esquadrinhou o tema do mínimo existencial nas teorias desenvolvidas por John Rawls e Michael Walzer, teóricos de justiça social. Para Rawls, a justiça equitativa advém da busca de um ideal de justiça que possa, de alguma maneira, neutralizar as contingências, circunstâncias sociais e biológicas que confiram vantagem ou desvantagem ao indivíduo, as quais seriam arbitrárias de um ponto de vista moral. Assim, regras de convivência devem ser estabelecidas de forma que todos iguais condições de participar da vida em sociedade, garantida uma inviolabilidade pessoal mínima que permita o livre desenvolvimento de sua personalidade e o maior bem-estar possível. O mínimo existencial então, seria o

requisito de sua teoria político liberal, no sentido que de garantir um conjunto mínimo de condições materiais capaz de assegurar a equidade. (BARCELLOS, 2002)

Flávio Martins identifica que o mínimo existencial possui dois desdobramentos: um mínimo fisiológico, ou seja, "condições materiais mínimas para uma vida digna (sendo esse o conteúdo essencial da garantia do mínimo existencial"), fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, e um mínimo existencial sociocultural, a fim de assegurar sua inserção "em razão de uma igualdade real", na sociedade, fundamentado pelo princípio do Estado Social e no conteúdo material do princípio da igualdade. Assim, o mínimo de existência fisiológica e sobrevivência digna, como alimentação, vestuários, cuidado com a saúde e abrigo, é um "corolário do direito à vida", previsto no art. 5º caput, da Constituição da República, configurando um mínimo vital, contido no mínimo existencial e com ele não se confundindo. (MARTINS, 2020, p. 953-954)

No tocante aos direitos fundamentais sociais, a teoria da proibição do retrocesso é amplamente discutida na doutrina constitucional e internacional, especialmente se considerando impactos de crises econômicas, que implicam num "automático retrocesso na implantação de políticas públicas". O conceito da vedação ao retrocesso social consiste em uma "vedação aplicada ao legislador e ao administrador de reduzir o nível dos direitos econômicos, sociais e culturais de que goza a população". (MARTINS, 2020, p. 955 a 956)

A Constituição brasileira não reconhece esse princípio expressamente, e doutrina e jurisprudência buscam elucidar a questão relativa à sua natureza jurídica. Alguns doutrinadores entendem que se trata de um princípio constitucional implícito, decorrente do direito à segurança previsto no art. 6º da Constituição da República. Flávio Martins e Catarina Botelho, porém, ao escreverem sobre direitos sociais em tempos de crise econômica, apontam que o conceito se encontra em declínio nos países europeus. (MARTINS, 2020, p. 958) Para os doutrinadores, o princípio da proibição do retrocesso seria adequado para a doutrina alemã, onde surgiu, uma vez que a os direitos sociais não estão previstos no texto constitucional e necessitavam de uma proteção jurídico-constitucional. Porém, ao aplicá-lo em países como o Brasil, que preveem um longo rol de direitos sociais, este deve ser concebido como um "princípio político" e não um "princípio jurídico-constitucional".

Como aponta Catarina Botelho (2017, p. 439), a proibição do retrocesso social "nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas", que seriam uma reversibilidade fática e lógica. Assim, os autores optam por uma posição intermediária,

que diante de severas crises econômicas, é possível a admissibilidade de retroceder em alguns direitos fundamentais sociais. No entanto, tal retrocesso deve ser limitado e ter parâmetros de justificação e garantias de estabilidade em face ao mesmo (MARTINS, 2020).

2) Violação ao princípio do mínimo existencial e limites do retrocesso social na pandemia pelo coronavírus

É inegável que não apenas a pandemia pelo coronavírus, mas as medidas de enfrentamento e combate à doença afetam os direitos humanos como, liberdade de locomoção, integridade física, autodeterminação, liberdade religiosa, direito de propriedade e livre-iniciativa, liberdade de exercício profissional, direito à saúde, entre outros. (RAMOS, 20121, p. 598)

Entretanto, a questão da reserva do possível tem afetado mais diretamente os chamados direitos a prestações sociais, especialmente considerando-se a profunda crise econômica em decorrência da pandemia mundial pelo coronavírus.

Como aponta Boaventura de Sousa Santos:

> "A pandemia provocou a maior mudança da escala da vida humana e do planeta depois de 1972. (...) o mundo agora parece mais global do que alguma vez foi pelas dinâmicas do capitalismo ou do colonialismo. E simultaneamente menor, porque apesar de todas as desigualdades que a propagação, a prevenção e a mitigação do vírus produziram e agravaram, a expansão do vírus foi surpreendente, imprevisível e caótica." (SANTOS, 2021, p. 32)

Segundo levantamento realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) ao longo do ano de 2020 e no início de 2021, há no país mais de 5,1 milhões de domicílios em condições precárias. Eles fazem parte de mais de 13,1 mil dos chamados aglomerados subnormais[2], que são formas de ocupação irregular de espaços urbanos. Mais de 90% das mortes por COVID-19 registradas no Brasil ocorreram nos 12 estados com maior proporção de domicílios em aglomerados subnormais[3].

[2] Domicílios em condição precária são aqueles que carecem do acesso a serviços urbanos e a padrões urbanísticos, além da densidade de ocupação, da situação fundiária. Aglomerados subnormais para o PNUD são ocupações irregulares de terrenos para fins de habitação caracterizados por padrão urbanístico irregular, carência de serviços públicos essenciais e localização em áreas com restrição à ocupação.
[3] IBGE. https://censo2021.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/27728-quase-dois-tercos-das-favelas-estao-a--menos-de-dois-quilometros-de-hospitais.html

Pesquisas também compiladas no referido relatório do PNUD organizadas pela ONG Pública – agência de jornalismo investigativo fundada por repórteres mulheres evidencia que a maior parte dos menores de idade vítimas da COVID-19 vive em periferias, favelas ou bairros pobres nas capitais brasileiras. Nas palavras do estudo "em São Paulo, 93% dos casos de mortes de crianças e adolescentes foram de moradores de bairros periféricos ou de baixa renda"[4].

Evidencia-se que a incidência da reserva do possível em oposição aos direitos fundamentais sociais está sujeita à ponderação através da análise da proporcionalidade, especialmente no sentido da proibição da insuficiência. Ou seja, verificou-se que a norma de direito fundamental social pode ser limitada somente até o núcleo mínimo de suficiência da prestação material exigida, a fim de garantir a efetividade mínima pretendida.

Desta forma, se o Estado opuser a reserva do possível, enquanto escassez de recursos, como justificativa para diminuir ou cessar uma prestação que antes já era efetivada, esta reserva se apresenta como restrição, devendo, portanto, ser pautada pela proporcionalidade. Em relação à eficácia dos direitos fundamentais sociais, a escassez que se apresenta com mais frequentemente é a artificial, ou seja, por escolhas políticas, não existe previsão orçamentária para a realização de despesas direcionadas à satisfação daquele direito, ou, mesmo havendo a mencionada previsão, não há recursos suficientes nos cofres públicos. (OLSEN, 2006, p. 331)

Um dos princípios constitucionais que regem a atuação estatal brasileira é a erradicação da pobreza e da desigualdade social. Não se pode ignorar a evidente desigualdade social da sociedade brasileira como fator de realidade, a qual foi severamente agravada durante o período da pandemia pela COVID-19. Dessa forma, a alocação de recursos pelo Poder Público deve ser apreciado com cuidado quando do seu controle jurisdicional. Afinal, como pondera José Adércio Leite Sampaio (apud OLSEN, 2006, p. 334), "não seria exatamente em situações de crise que um mínimo de direitos sociais deveria ser garantido?"

Nesse sentido, uma vez que se evidencie "as externalidades provocadas pelo capitalismo, o Estado deverá intervir para promover o reequilíbrio social e, por

[4] ONG Pública. https://apublica.org/2020/06/desigualdade-social-e-fator-de-risco-para-mortes-de-criancas-e-adolescentes-por-covid-19-no-pais/

consequência, a concretização da dignidade de toda pessoa humana e não preservar o mercado." (MATSUSHITA, 2010)

Daí conclui-se que a discricionariedade administrativa na escolha da alocação de recursos está, não apenas direcionada pelos direitos humanos, mas constitucionalmente vinculada.

Partindo-se do conceito amplo de restrição, seria possível considerar os casos de omissão do poder público em face à uma determinação constitucional como restrição (lato sensu) ao direito fundamental social. Considera-se que a lesão a esses direitos pode se dar pela ação estatal, seja revogando atos e normas que haviam possibilitado o exercício do direito, seja pela omissão estatal que não confere a prestação necessária. Ambos os casos devem receber o mesmo tratamento jurídico, sendo objeto de controle de constitucionalidade. (OLSEN, 2006)

Se vislumbra-se medidas de contingência orçamentária que afetem políticas públicas, provocando retrocesso social e diminuição da efetividade de direitos humanos, tais retrocessos somente serão legítimos se forem razoáveis e proporcionais, devendo tal justificativa ser racionalmente justificada pelo Estado, devendo, não apenas demonstrar a legitimidade da medida, mas de sua imperiosa necessidade. (MARTINS, 2020)

Adotando-se o preceito da proporcionalidade, como já tratado, uma limitação ao direito fundamental social deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Dessa forma, verifica-se: a medida restritiva é adequada existe nexo causal entre sua aplicação e o fim desejado; é necessária se, para se atingir tal resultado corresponde ao meio que afeta em menor grau os direitos fundamentais de terceiros, devendo ser imprescindível e infungível; e é proporcional em sentido estrito, se guarda uma "relação racional" entre a maior importância do direito que limita o outro e quão mais atingido for o direito fundamental, maior deve ser o peso do direito a ele oposto. (OLSEN, 2006, p. 177) Não se pode admitir que o interesse econômico, prevaleça sobre o jurídico sob a alegação do alto custo da efetivação dos direitos sociais, uma vez que não preenchidos os requisitos da proporcionalidade.

Ademais, conforme visto, se são aplicadas medidas que impliquem retrocesso de direitos sociais, estas não podem violar o mínimo infungível dos direitos fundamentais, reduzindo seu mínimo existencial ou mínimo vital. Como destaca Flavio Martins (2020), ao analisar posicionamento de doutrina e jurisprudência internacional, mesmo diante de crises econômicas, o mínimo existencial de pessoas em situação de vulnerabilidade

requerem atenção especial e não são constitucionalmente justificáveis medidas que não o assegurem.

Conforme anteriormente demonstrado, pode-se diferenciar a reserva do possível decorrente de três modalidades de escassez, sendo elas, de forma sucinta: a escassez fática, real ou natural, que decorre quando não há nada que se possa fazer para aumentar a oferta a ponto de atender a toda população, configurando-se como limite imanente ou interno do direito fundamental; e a escassez jurídica, que decorre não da ausência de recursos, mas de sua realocação. Esta última se desdobra entre escassez ficta ou limitação por ausência de racionalidade ou proporcionalidade da pretensão ao direito. Ou seja, em se tratando da escassez artificial, o Estado pode, se assim decidir, tornar o bem ou direito acessível a ponto de satisfazer a toda população. Trata-se, portanto, de uma limitação externa aos direitos fundamentais, devendo ser submetida ao controle de sua legitimidade. (MARTINS, 2020). Quando se admite que existe uma diferença entre inexistência de recursos e escolha alocativa de recursos, nos parece necessário verificar se as violações aos direitos humanos sociais durante a pandemia são legítimas ou não.

Inegável que os impactos causados por uma doença dessa monta, até então desconhecida da comunidade científica, que afeta a saúde, em sentido estrito, da população, vai produzir uma diminuição da efetividade na prestação do direito à saúde. Não se pode exigir que o poder público aplique um tratamento inexistente a uma doença recém descoberta. Não se pode exigir que se pudesse fazer uma "gestão prévia" do sistema de saúde, uma vez que a doença se espalhou com mais rapidez do que se esperava em todo o mundo. Não se admite a exigência da vacina contra a covid-19 quando a mesma não havia sido criada.

Na mesma lógica, não se pode evitar que as regras de isolamento social impactem a situação financeira da sociedade, decorrendo logicamente da proibição de aglomeração, diminuição de circulação de ativos, o impedimento da atividade comercial para alguns setores e o consequente empobrecimento de grande parte da população. Tampouco pode-se exigir que o estudo presencial seja mantido, expondo estudantes e funcionários a contágio. Não se pode esperar que crianças pequenas tenham capacidade cognitiva para serem educadas remotamente, ou que pessoas sem acesso à internet estudem ou trabalhem de suas casas.

Tais pretensões estão fora do âmbito normativo do direito à saúde, trabalho, alimentação e educação, não sendo juridicamente exigíveis. Aqui fala-se de escassez natural, fatos trágicos da vida, não há direito subjetivo e consequentemente não há que se

falar em obrigação do Estado. Nesse contexto, aplica-se a reserva do possível como limite imanente do direito fundamental, admitindo-se o retrocesso social até o limite que a situação fática se impõe. Assim, parte-se do princípio de que o âmbito normativo desses direitos somente pode obrigar as prestações fáticas que estejam ao alcance do Estado, como destinatário das obrigações correspondentes.

Acerca da reserva do possível em seu aspecto de escassez jurídica ou ficta, a qual se submete ao controle da verificação de proporcionalidade em seu tríplice aspecto: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ademais, a vinculação das políticas públicas aos objetivos constitucionais e aos direitos humanos, devendo priorizar aquelas que protejam os direitos fundamentais lá previstos.

Assim, entende-se não se está diante do que foi denominado "escolhas trágicas" pelos professores Guido Calabresi e Phillip Bobbit. Para eles, a destinação dos limitados recursos estatais sempre vai implicar na escolha de um direito humano em detrimento de outro, mesmo com os recursos vinculadamente estabelecidos pelo orçamento mínimo social. (MARTINS, 2020, p. 198). Aqui se trata de escolher, com base no princípio da proporcionalidade, qual direito humano se mostra mais urgente ou necessário em determinado contexto histórico.

Opor privilégios e benefícios de determinada categoria de agentes públicos ao mínimo de vida com dignidade de uma gigantesca parcela da população, além de não parecer razoável e proporcional, configura, ainda, uma verdadeira imoralidade administrativa que o Estado tem o dever de enfrentar. Outrossim, invocar o princípio da reserva do possível de forma indiscriminada como escusa para a má gestão de recursos públicos é falacioso e, consequentemente, inconstitucional.

Em relação à violação do mínimo existencial no contexto pandêmico, conforme exposto anteriormente, a COVID-19 provocou a morte de milhares de brasileiros, deixou sequelas de natureza física em muitos dos recuperados e colapsou o sistema de saúde nacional. Ademais, causou impactos de natureza financeira e laboral, provocando uma crise econômica sem precedentes nas últimas gerações. Estudos apontam que o prejuízo educacional causado no período levará mais de uma década para ser sanado. Finalmente, grande parcela da população se encontra em estado famélico. No entanto, os planejamentos orçamentários e as políticas públicas em todas as esferas de Poder e entes federativos parecem não contemplar tais problemas, ao menos não de forma eficiente.

Muito embora no Brasil impere a desigualdade social há décadas, bem como ocorra sistematicamente a violação e ineficácia de muitos direitos humanos básicos, a

situação concernente à pandemia se apresenta como mais gravosa, pois justamente quando mais se necessitou da atuação estatal na garantia de direitos sociais, a população se viu desamparada, tendo seu mínimo vital, ainda mais restrito, contido no mínimo existencial, atingido de forma contundente ao passo que o Estado dispunha de meios para a minimização de seus efeitos.

Flávio Martins (2020, p. 460) pondera que o mínimo existencial é "um corolário inafastável da dignidade da pessoa humana" e sua garantia deve se dar independente de previsão expressa. É "irredutível, intangível, inviolável e não pode ser objeto de ponderações.", tendo natureza de regra constitucional.

Ricardo Sayeg e Wagner Balera (2019, p. 179) concluem que é exigível ao Estado que "atue decisivamente para corrigir as situações indesejáveis, em especial o quadro de miséria humana e de degradação planetária" Assim, em relação aos recursos públicos, necessário se faz que sua"alocação eficiente — sob a regência da ordem econômica — satisfaça preferencialmente a dignidade da pessoa humana da presente e das futuras gerações" de forma que os recursos econômicos, públicos e privados, destinem-se à priorização humanista.

Dessa forma, entende-se que as regras e atos administrativos que atingem tais direitos e escolhas orçamentárias que em desacordo com os princípios norteadores da Constituição da República de 1988 e aos direitos humanos são contrárias ao interesse público e serão inconstitucionais por expressa previsão constitucional.

Considerações finais

Os direitos humanos, notadamente os direitos econômicos, sociais e culturais, estão previstos no título II, denominado "Direitos e Garantias Fundamentais". Ainda que não estivessem expressamente previstos como tais, como acontece na Constituição Alemã, não seria possível negar a fundamentalidade de tais direitos, uma vez que uma interpretação adequada do princípio da dignidade humana deve compreender uma harmonização analítica de todos os direitos Constitucionais que garantem a vida digna para pessoa humana. Assim, os direitos sociais são formal e materialmente fundamentais.

Ademais, sua importância é ainda exacerbada em sociedades com desigualdades profundas nas quais existe um grande grupo de pessoas em situações de vulnerabilidade, como a brasileira. Os também chamados de direito de segunda dimensão ou geração são considerados equivalentes a direitos prestacionais, tendo como característica mais

evidente a exigência de atuação de outro sujeito que não o titular para sua efetivação, ainda que não exclua direitos de defesa.

No tocante à sua aplicabilidade e eficácia, a doutrina reconhece a existência de duas dimensões dos direitos humanos, entre eles os direitos humanos fundamentais sociais, quais sejam, a perspectiva objetiva, na qual os direitos são relacionados aos objetivos fundamentais da comunidade; e a perspectiva subjetiva, em que eles correspondem a direitos subjetivos individualmente desfrutáveis. Objetivamente falando, os direitos humanos fundamentalizados formam um conjunto de valores constitucionais que servem de diretriz para os três poderes, bem como para interpretação dos demais ramos do direito. A esse fenômeno dá-se o nome de "eficácia irradiante dos direitos fundamentais."

Em relação à possibilidade de limitação aos direitos humanos e fundamentais, conforme são entendidos como parte de um "modelo normativo de regras e princípios", tal como todos os direitos humanos, eles não são absolutos. Tais direitos estão sujeitos à relativizações seja através de leis que visem a buscar a concretização de previsões genéricas, seja através de atos administrativos que limitem o exercício dessas prerrogativas.

Questão essencial foi a identificação dos limites às restrições dos direitos fundamentais. Todos os Três Poderes podem praticar atos que reduzam a eficácia os direitos fundamentais, seja pela adição de leis ou medidas provisórias, seja através da prática de atos administrativos ou ainda através de decisões judiciais. Em todos os casos é necessário observar se se trata de uma limitação legítima e constitucional ou se estamos diante de uma violação dos mesmos uma vez que tais conteúdos estão previstos de forma abstrata na Constituição e cabe a seus intérpretes observar as medidas para que sejam efetivados. Assim, como critério de aplicação das normas constitucionais, e especialmente, das normas de direitos fundamentais sociais, destaca-se a proporcionalidade como o elemento capaz de trazer objetividade à sua aplicação.

O princípio da proporcionalidade apresenta ainda dois outros aspectos, segundo o Tribunal Constitucional Alemão e adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil, quais seja, a proibição do excesso e a proibição de insuficiência. Como proibição do excesso, a proporcionalidade assume um viés negativo, de proteção do indivíduo contra os atos estatais, ou seja, o Estado não pode restringir direitos fundamentais de forma excessiva. A proporcionalidade possui também um aspecto positivo, de proteção de uma exigência mínima de atuação estatal a fim de atender as necessidades dos indivíduos,

chamada de proibição da insuficiência. Se, por um lado, a intervenção do Estado nos direitos fundamentais não pode ser excessiva ou demasiada, por outro lado, em relação a normas de natureza prestacional, não pode o Poder Público agir de forma insuficiente, a ponto de tornar-se eficaz a própria norma constitucional.

Em relação à proteção mínima dos direitos humanos, analisando o seu núcleo essencial, verifica-se que existem quatro teorias que se propõem a identificar o núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais, tendo-se adotado a teoria relativa.

Muito embora os direitos humanos, notadamente os econômicos, sociais e cultural, decorram da busca da satisfação das necessidades humanas e sejam essenciais para a vida com dignidade e devessem ser efetivados "independentemente da provisão do mercado" a normatização constitucional desses direitos não foi suficiente para garantir sua exigibilidade, pois a eles se opõem dificuldades de ordem teórica e de natureza técnico jurídica. Sua efetivação foi ainda mais prejudicada com a aplicação da teoria da reserva do possível, a qual vem sendo utilizada para legitimar a negligência dos poderes públicos para com a destinação dos recursos econômicos.

Dentre os fundamentos utilizados para identificar o mínimo existencial, abordou-se as teorias desenvolvidas por John Rawls e Michael Walzer, teóricos de justiça social. Para Rawls, a justiça equitativa advém da busca de um ideal de justiça que possa, de alguma maneira, neutralizar as contingências, circunstâncias sociais e biológicas que confiram vantagem ou desvantagem ao indivíduo, as quais seriam arbitrárias de um ponto de vista moral. Assim, regras de convivência devem ser estabelecidas de forma que todos iguais condições de participar da vida em sociedade, garantida uma inviolabilidade pessoal mínima que permita o livre desenvolvimento de sua personalidade e o maior bem-estar possível. O mínimo existencial então, seria o requisito de sua teoria político liberal, no sentido que de garantir um conjunto mínimo de condições materiais capaz de assegurar a equidade e possui dois desdobramentos: um mínimo fisiológico, ou seja, condições materiais mínimas para uma vida digna, fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, e um mínimo existencial sociocultural, a fim de assegurar sua inserção sociedade, fundamentado pelo princípio do Estado Social e no conteúdo material do princípio da igualdade.

A teoria da proibição do retrocesso é amplamente discutida na doutrina constitucional e internacional, especialmente se considerando impactos de crises econômicas, que implicam num recuo na implantação de políticas públicas. A Constituição brasileira não reconhece esse princípio expressamente, e doutrina e

jurisprudência buscam elucidar a questão relativa à sua natureza jurídica. Optou-se por uma posição intermediária, para a qual, diante de severas crises econômicas, é possível a admissibilidade de retroceder em alguns direitos fundamentais sociais. No entanto, tal retrocesso deve ser limitado e ter parâmetros de justificação e garantias de estabilidade em face ao mesmo.

Concluiu-se que a incidência da reserva do possível em oposição aos direitos fundamentais sociais está sujeita à ponderação através da análise da proporcionalidade, especialmente no sentido da proibição da insuficiência. Ou seja, verificou-se que a norma de direito fundamental social pode ser limitada somente até o núcleo mínimo de suficiência da prestação material exigida, a fim de garantir a efetividade mínima pretendida. Mesmos os defensores da "proibição do retrocesso", admitem a possibilidade da aplicação da proporcionalidade no sentido de proibição da insuficiência aos direitos fundamentais.

Um dos princípios constitucionais que regem a atuação estatal brasileira é a erradicação da pobreza e da desigualdade social. Não se pode ignorar a evidente desigualdade social da sociedade brasileira como fator de realidade, a qual foi severamente agravada durante o período da pandemia pela covid-19. Dessa forma, a alocação de recursos pelo Poder Público deve ser apreciado com cuidado quando do seu controle jurisdicional. Afinal, não seria exatamente em situações de crise que um mínimo de direitos sociais deva ser garantido?

A discricionariedade administrativa na escolha da alocação de recursos, portanto, está constitucionalmente vinculada. Em suma, a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais sociais. Políticas públicas, entendidas como a coordenação dos meios e recursos que o Estado dispõe, harmonizando as atividades estatais e privadas para a concretização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, são o instrumento pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática, eficaz e abrangente, que envolve gastos de dinheiro público, os quais são limitados. Escolhas de sua alocação são necessárias, logo essas escolhas devem ser pautadas pela base principiológica da Constituição. Partindo-se do conceito amplo de restrição, seria possível considerar os casos de omissão do poder público em face à uma determinação constitucional como restrição (lato sensu) ao direito fundamental social. Considera-se que a lesão a esses direitos pode se dar pela ação estatal, seja revogando atos e normas que haviam possibilitado o exercício do direito, seja pela omissão estatal que não confere a prestação

necessária. Ambos os casos devem receber o mesmo tratamento jurídico, sendo objeto de controle de constitucionalidade.

Vê-se medidas de contingência orçamentária que afetem políticas públicas, provocando retrocesso social e diminuição da efetividade de direitos fundamentais, tais retrocessos somente serão legítimos se forem razoáveis e proporcionais, devendo tal justificativa ser racionalmente justificada pelo Estado, devendo, não apenas demonstrar a legitimidade da medida, mas de sua imperiosa necessidade.

Pode-se diferenciar a reserva do possível decorrente de três modalidades de escassez. Em se tratando da escassez artificial, o Estado pode, se assim decidir, tornar o bem ou direito acessível a ponto de satisfazer a toda população. Trata-se, portanto, de uma limitação externa aos direitos fundamentais, devendo ser submetida ao controle de sua legitimidade. Ao admitir que existe uma diferença entre inexistência de recursos e escolha alocativa de recursos, imperioso concluir que as violações aos direitos humanos fundamentais sociais durante a Pandemia não foram legítimas.

Em relação à doença em si e seus efeitos diretos, tratadas como escassez fática ou real, entende-se que se encontra fora do âmbito normativo do direito à saúde, trabalho, alimentação e educação, não sendo juridicamente exigíveis. Aqui fala-se de escassez natural, fatos trágicos da vida, não há direito subjetivo e consequentemente não há que se falar em obrigação do Estado. Nesse contexto, aplica-se a reserva do possível como limite imanente do direito fundamental, admitindo-se o retrocesso social até o limite que a situação fática se impõe. Assim, parte-se da premissa de que o âmbito normativo desses direitos somente pode obrigar as prestações fáticas que estejam ao alcance do Estado, como destinatário das obrigações correspondentes.

Entendeu-se não ser o caso do que foi denominado “escolhas trágicas” pois se trata de escolher, com base no princípio da proporcionalidade, qual direito humano se mostra mais urgente ou necessário em determinado contexto histórico. Outrossim, invocar o princípio da reserva do possível de forma indiscriminada como escusa para a má gestão de recursos públicos é falacioso e, consequentemente, inconstitucional.

Concluiu-se que no cenário brasileiro, as graves violações dos direitos humanos concernentes à pandemia se tornaram mais gravosa, pois justamente quando mais se necessitou da atuação estatal na garantia de direitos fundamentais, a população se viu desamparada, tendo seu mínimo vital, ainda mais restrito, contido no mínimo existencial, atingido de forma contundente ao passo que o Estado dispunha de meios para a minimização de seus efeitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático.** Revista de Direito Administrativo. n. 217, Rio de Janeiro, jul/set 1999, p. 67-79. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70952/40290. Acesso em: 22 jun. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

BARCELLOS, **Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.** Disponível em: https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2521 Acesso em: 18 mar. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático.** Revista de direito do Estado, 2008. p. 17-54.

BARCELLOS. Ana Paula, de. **O Mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy.** In: Ricardo Lobo Torres (Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRUCHO, Luís. Covid: por que o Brasil se tornou 'caldeirão de variantes' do coronavírus e

BIRMAN, Joel. **O trauma na pandemia do Coronavírus**: Suas dimensões políticas, sociais, econômicas, ecológicas, culturais, éticas e científicas. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**: revisitar as normas programáticas. Coimbra: Edições Almedina, 2017.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos**. In Paulo Lobo Torres (Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.139-222.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, Flávio. **Direitos Sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MATSUSHITA, Thiago Lopes. **Capitalismo Humanista – Uma proposta para a crise econômica mundial.** Jornal Estado de Direito, São Paulo, ano IV, 27ª edição, 2010. Disponível em: http://estadodedireito.com.br/20033-2/. Acesso em: 17/09/2021.

MATSUSHITA, Thiago Lopes. **Reserva do possível.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/508/edicao-1/reserva-do-possivel. Acesso em 27 jun.2022.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.** Dissertação (Mestrado) Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf Acesso em: 07 jun. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** São Paulo: Editora Saraiva, 2022. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553622456/. Acesso em: 27 jun. 2022.

ROTHENBURG, WALTER CLAUDIUS. **Direitos Sociais São Direitos Fundamentais:** Simples Assim. Salvador: JusPodivm, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O futuro começa agora: da pandemia à utopia.** Boitempo: São Paulo. 2021.

SARLET, I.; FIGUEIREDO, M. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde.** Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**,** *1*(1), 2007, p. 171-213.

SARLET, Ingo W.; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz G. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593402/. Acesso em: 11 jun. 2022.

SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Capitalismo Humanista: A dimensão econômica dos direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad. 2019.

SAYEG, Ricardo Hasson, GARCIA, Manuel Enriquez. **Capitalismo humanista.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Humanos. Wagner Balera, Carolina Alves de Souza Lima (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/519/edicao-1/capitalismo-humanista-

UJVARI, Stefan Cunha. **A história da humanidade contada pelos vírus**. São Paulo: Contexto, 2008.

UJVARI, Stefan Cunha. **Pandemias: A humanidade em risco.** São Paulo: 2011.