



OS CUSTOS DO DIREITO: UMA ANÁLISE ACERCA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICAÇÃO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE COSTS OF LAW: AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF THE POSSIBLE RESERVE AND ITS APPLICATION BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Marcia Fernanda Alves¹

Cleize Carmelinda Kohls²

Resumo: O presente artigo apresenta uma análise acerca da Corte Interamericana de Direitos Humanos frente a um ambiente de insuficiência de recursos financeiros e ilimitadas necessidades humanas. Quando o Poder Público constantemente se manifesta pela impossibilidade da concretização de direitos, alegando escassez de recursos e prezando pela adequada administração, paira a incerteza da compatibilização das sentenças advindas da Corte com esta situação. Desta forma, o objetivo deste trabalho é analisar se existe a aplicação do princípio da reserva do possível pela Corte Interamericana de Direitos Humanos perante as sentenças que reclamam indenizações ou criação de políticas públicas pelo Estado. Para tanto, inicialmente será contextualizado sobre o direito internacional de proteção aos direitos humanos tendo o foco especialmente voltado à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em seguida, inicia-se o exame do caso de Damião Ximenes Lopes, relatando sua trajetória até a Corte Interamericana. Por fim, traz uma breve análise acerca do surgimento e significado do princípio da reserva do possível, analisando também a sentença proferida pela Corte no caso Ximenes Lopes, com o intuito de averiguar se houve aplicação ou não do referido princípio, na hora de fixar as medidas que o Estado brasileiro teria que adotar. Através do estudo realizado foi

1 Graduada do curso de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC. Membro do grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta, coordenada pela Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Henning Leal. E-mail: marcia-alves10@live.com

2 Mestre em direito, com linha de pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro do grupo de pesquisa Jurisdição Constitucional Aberta, coordenada pela Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Henning Leal. Professora do curso de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC. E-mail: cleizekohls@gmail.com



possível entender que as decisões da Corte não estavam condicionadas à eficácia nem à eficiência dos mecanismos de reparação existentes no Estado brasileiro. Outrossim, para o presente artigo utilizou-se o método dedutivo e pesquisas documentais, legislativas e doutrinárias.

Palavras-chave: Caso Ximenes Lopes. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Escassez de Recursos. Princípio da Reserva do Possível. Proteção Internacional dos Direitos Humanos.

Abstract: This article presents an analysis of the Inter - American Court of Human Rights in an environment of insufficient financial resources and unlimited human needs. When the Public Power is constantly manifested by the impossibility of realizing rights, claiming scarce resources and appreciating the proper administration, there is uncertainty about the compatibility of the judgments coming from the Court with this situation. In this way, the objective of this work is to analyze if there is the application of the principle of the reservation of the possible by the Inter-American Court of Human Rights before the sentences that claim damages or creation of public policies by the State. To do so, it will initially be contextualized on international law for the protection of human rights, with a focus specifically on the Inter-American Court of Human Rights. Next, the examination of the case of Damião Ximenes Lopes begins, reporting his trajectory to the Inter-American Court. Lastly, it provides a brief analysis of the emergence and meaning of the principle of reserving the possible, also analyzing the Court's ruling in the Ximenes Lopes case, in order to determine whether or not the principle was applied when fixing the measures that the Brazilian State would have to adopt. Through the study, it was possible to understand that the decisions of the Court were not conditioned to the effectiveness or efficiency of the reparation mechanisms existing in the Brazilian State. Likewise, for the present article, the deductive method and documentary, legislative and doctrinal research were used.

Keywords: Case of Ximenes Lopes. Inter-American Court of Human Rights. Scarce Resources. Principle of Possible Reserve. International Protection of Human Rights.

INTRODUÇÃO



O debate em torno da eficácia dos direitos humanos não perde a atualidade e continua ocupando espaço nas discussões sobre os desafios de sua concretização ante a administração do Estado.

Além disso, é necessário questionar-se acerca da alocação de recursos públicos na esfera dos direitos que devem ser prestados pelo Poder Público, pois afigura-se lugar comum nos discursos voltados à problemática da exigibilidade dos direitos sociais a alegação dos denominados “custos dos direitos”.

Tal premissa parte do pressuposto de que não haveria condições financeiras de o Estado arcar com as despesas para a garantia dos direitos prestacionais, demandando escolhas por parte do Administrador no seu juízo de conveniência e oportunidade, dentro da reserva do possível.

Porém, para garantir o efetivo respeito e cumprimento dos direitos humanos existe a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem sua sede em San José na Costa Rica. Seu Regulamento entrou em vigor em 1º de janeiro de 2010, enquanto que o estatuto entrou em vigor em 1979. A Corte está integrada por sete Juízes, nacionais dos Estados membros da OEA.

Diante disso, o presente artigo busca encontrar respostas para o seguinte problema: a Corte Interamericana de Direitos Humanos leva em consideração os recursos orçamentários de cada Estado no momento em que o condena a indenizações pecuniárias? Ou até mesmo analisa os custos da efetivação de políticas públicas?

Para tanto, o presente estudo, através do método dedutivo e pesquisas documentais, legislativas e doutrinárias, tem por objetivo analisar a proteção e garantia dos direitos humanos, a atuação da Corte Interamericana nessa proteção, especialmente no caso de Damião Ximenes Lopes, bem como analisar se houve aplicação ou não do princípio da reserva do possível, na hora de fixar as medidas que o Estado brasileiro teria que adotar.

Inicia-se analisando o contexto histórico da internacionalização dos direitos humanos e seu funcionamento sob a proteção e garantia desses direitos. Em seguida expondo o caso de Damião Ximenes Lopes e suas consequências legislativas e práticas que produziu no Brasil. Por fim, o trabalho aborda o conceito da reserva do possível, desde sua origem na Alemanha até sua aplicação no direito internacional, relacionando-o no contexto da efetivação das sentenças proferidas



pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o qual serve como parâmetro para a aferição da proporcionalidade das restrições que o Estado impõe à eficácia destes direitos.

1. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em face às barbaridades cometidas na Segunda Guerra Mundial, os Estados perceberam a necessidade de proteção aos direitos humanos, criaram assim, mecanismos internacionais que pudessem garantir proteção aos indivíduos. A partir das ações desenvolvidas no âmbito da sociedade internacional em favor dos direitos humanos, formou-se uma especificidade nos estudos do Direito Internacional: o Direito Internacional dos Direitos Humanos. (PIOVESAN, 2009, p.133).

A partir da Declaração de 1948, criada pela ONU (Organização das Nações Unidas), que começou a desenvolver-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com diversos instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 infere embasamento axiológico e unidade valorativa a esse campo do direito, com destaque na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2006, p.38).

Simultaneamente com os tratados promovidos pela ONU (Organização das Nações Unidas), foram editados tratados no âmbito regional de proteção, cujo rol de direitos protegidos seria amplo, porém restrito ao alcance geográfico. Um exemplo foi a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), criada em 1969 e que tornou-se o instrumento de maior importância no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos (RAMOS, 2013).

A proteção internacional dos Direitos Humanos no continente americano é traçada por uma instância política que é Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) e pela instância jurídica formada Convenção Americana de Direitos Humanos e seus órgãos de aplicação e monitoramento.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos se apresenta como uma instituição judicial independente e autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte está integrada por sete Juízes, nacionais dos Estados membros da OEA (ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS



HUMANOS/1979 ><https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/v.Estatuto.Corte.htm>).

No entanto, a Corte Interamericana não é um tribunal penal e não constitui as ações penais relativas às violações cometidas nos Estados, ela apenas julga se o Estado é ou não responsável por violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (GORCZVSKI, 2009, p. 177).

Além disso, cada Estado tem a necessidade de fiscalizar seus atos e condutas frente aos seus compromissos firmados internacionalmente, para tanto devem ser utilizadas as ações do controle de convencionalidade. Este controle, em geral, incumbe a órgãos compostos por julgadores independentes, criados por tratados internacionais, para evitar que os próprios Estados sejam fiscais e fiscalizados ao mesmo tempo.

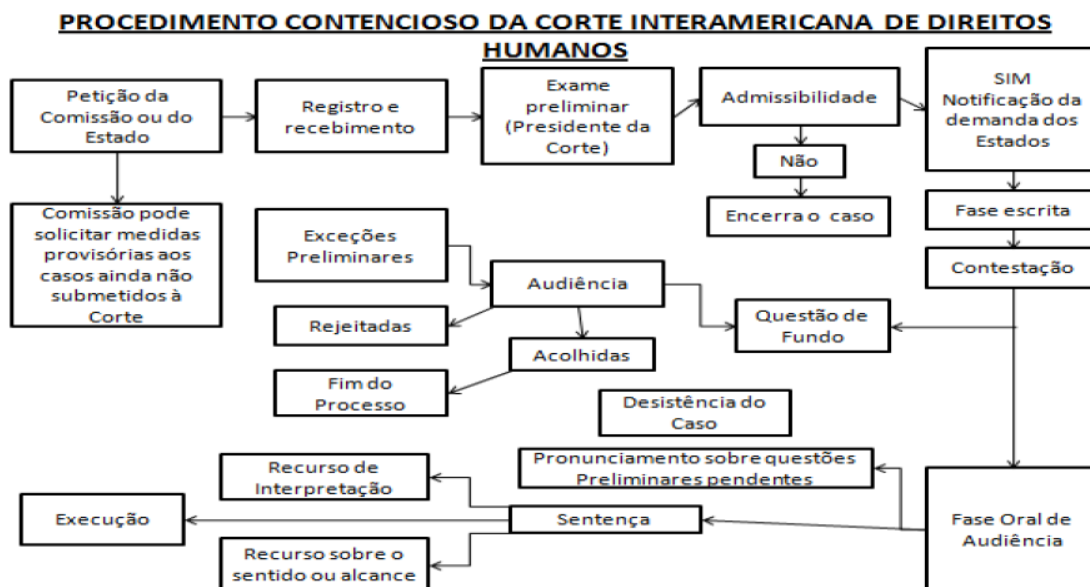
Como regra geral no direito internacional, nenhum Estado é automaticamente jurisdicionável perante qualquer corte internacional. Para tanto, o Estado deve aceitar ser processado por uma corte internacional. O Brasil, por exemplo, não pode ser processado pela Corte Internacional de Justiça, salvo previsão em tratado, pois o mesmo até hoje não aceitou a cláusula facultativa de jurisdição contenciosa desta corte. Quanto à Corte Interamericana de Direitos Humanos, no dia 10 de dezembro de 1998, o Estado brasileiro aceitou esta cláusula e pode, portanto, ser processado por ela, processo que será movido por outro estado-membro da OEA ou pela Comissão de Direitos Humanos. (RAMOS, 2012, p. 129).

E, ao reconhecer a competência da Corte Interamericana, o Estado brasileiro declarou reconhecê-la como obrigatória, de pleno direito e por tempo indeterminado, em todos os casos relacionados com a interpretação ou a aplicação da Convenção Americana, conforme o artigo 62 deste documento, sob condição de reciprocidade e para fatos posteriores a tal declaração. (GASPAROTO, GASPAROTO e VIEIRA, 2010).

Caso alguém tenha sofrido a violação de algum direito consagrado em algum tratado do sistema interamericano de direitos humanos deverá, primeiramente, procurar reparação no judiciário brasileiro, caso esgotados os recursos internos e não vindo reparação poderá haver recurso aos órgãos da OEA, excepcionalmente, caso o processo no judiciário brasileiro demore demais, este recurso poderá ser antecipado, entretanto não há acesso direto do indivíduo a Corte IDH, o interessado deverá recorrer a Comissão Internacional de Direitos Humanos, e esta,

analisando o caso, poderá levar em consideração o problema a Corte Interamericana de Direitos Humanos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

O esquema elaborado por Theresa Rachel Couto Correia (2008, p.126) esclarece o procedimento realizado pela Corte após o recebimento do caso enviado pela Comissão Americana de Direitos Humanos:



Fonte: Correia, Theresa Rachel Couto. **Corte Interamericana de Direitos Humanos. Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas**. Curitiba: Juruá, 2008.

A Corte Interamericana possui competência para emitir pareceres consultivos sobre interpretações de tratados, leis internas ou instrumentos internacionais, de acordo com Mônica Pinto:

[...] La Corte há emitido opiniones consultivas que Le han permitido profundizar aspectos substanciales de La Convención – El sistema de reservas, lãs restricciones a La pena de muerte, los limites del derecho de asociación, el sentido del término “leyes” quando se trata de imponer restricciones al ejercicio de determinados derechos, la exigibilidad del derecho de rectificaión o respuesta, el hábeas corpus y las garantías judiciales en los estados de excepción, la interpretación de la Declaración Americana, las excepciones al esgotamiento de los recursos internos – y pronunciarse respecto de la compatibilidad de leyes internas con la Convencion. (PINTO, 1993, p. 84)³

3 Tradução: A Corte emitiu pareceres consultivos que permitiram aprofundar aspectos substanciais da Convenção – o sistema de reservas, restrições à pena de morte, os limites do direito de associação, o significado do termo "leis" quando se trata de impor restrições à execução de certos direitos, a exigibilidade do direito de retificação ou resposta, *habeas corpus* e garantias judiciais em estados de



Estas opiniões consultivas são consideradas pela Corte como fonte jurisprudencial de direito internacional.

A sentença da Corte já é aceita de antemão para os países que reconhecem sua competência. Portanto suas decisões se tornam uma obrigação geral de observância imperativa. Caso os Estados que se comprometeram ignorem o cumprimento da sentença a Corte vem para garantir e assegurar tal cumprimento.

2. AS SENTENÇAS ADVINDAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana entende que toda violação que tenha causado algum tipo de dano, deve ser reparada adequadamente (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1989). Neste caso, reparação é o termo utilizado para dizer que o Estado foi responsabilizado a fornecer a restituição integral, indenização, satisfação ou outra espécie possível de ressarcimento (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1998), porém na América Latina há uma morosidade de pagamento grande, devido a condição econômica mais escassa destes Estados.

Ainda que a restituição integral seja a forma ideal para a reparação, pois devolve as coisas ao estado anterior ao cometimento do ato ilícito (RAMOS, 2004) a indenização é a modalidade mais comum de reparação de danos causados a particulares (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1928).

No que refere a reparação dos danos materiais e morais associados a violações estatais de direitos humanos, no qual o Estado é condenado ao pagamento de um valor pecuniário como forma de indenização, esse valor é feito com base em cada caso concreto, é também passível de cálculo exato, na medida em que reflete os danos causados ao patrimônio da vítima, incluindo danos emergentes e lucros cessantes:

“[...] La indemnización corresponde en primer término a los perjuicios sufridos por la parte lesionada, y comprende, como esta Corte ha expresado anteriormente, tanto el daño material como el moral”.⁴ (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1999)

emergência, a interpretação da Declaração Americana, exceções ao esgotamento dos recursos internos - e pronunciar-se quanto à compatibilidade das leis internas com a Convenção.

4 Tradução: A indenização corresponde, em primeira instância, aos danos sofridos pela parte lesada, e inclui, como este Tribunal declarou anteriormente, danos materiais e morais.



Para aqueles casos onde o dano não pode ser precisamente quantificado, a determinação da indenização material se baseia no dano presumido (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2004).

Além da reparação a título de dano material, a Corte Interamericana entende que o Direito Internacional deve assegurar também a reparação do dano moral proveniente de violações de direitos humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1989). A sentença condenatória constitui início de compensação moral em favor da vítima (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1998).

A compensação pecuniária é devida nos casos mais graves que justificam a outorga de montante monetário como *pretium doloris* (o preço da dor). Sendo impossível aferir o dano moral objetivamente, sua compensação é fixada com base na equidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1989), segundo apreciação prudente da Corte (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1998).

Outrossim, as indenizações de cunho material e moral presentes nas decisões tomadas pelo sistema interamericano de condenação do Brasil em virtude de violações de direitos humanos, são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

Além da reparação de danos, outras medidas que podem vir nas sentenças - tanto para as partes, quanto para a sociedade - são as medidas de reabilitação, destinadas a oferecer cuidados médicos e psicológicos de forma gratuita às vítimas; garantias de não repetição por meio da capacitação de funcionários públicos e educação da sociedade em matéria de direito humanos, pela adoção de medidas de adequação da ordem jurídica interna e de medidas voltadas à não repetição das violações (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011).

A Corte Interamericana pode condenar o Estado também a garantir um julgamento interno eficaz do caso e à reparação do dano imaterial, que estão divididos em cinco modalidades:

- 3) medidas de satisfação, referentes à reparação do dano imaterial, que se dividem em cinco modalidades a) ato público de reconhecimento de responsabilidade, b) publicação ou difusão da sentença da Corte IDH, c) medidas de comemoração às vítimas de modo geral, d) localização do paradeiro da vítima ou de seus restos mortais, e) outras formas de



satisfação, como bolsas de estudo em todos os níveis escolares e oportunidades profissionais, implementação de programas habitacionais e de reparação socioeconômica, entre outras; (...) e 5) obrigação de investigar, julgar e, se for o caso, sancionar, versando sobre a obrigação do Estado de remover os obstáculos fáticos e jurídicos que obstem a devida investigação, assim como apurar a responsabilidade penal dos culpados (AZEVEDO e LEAL, 2016).

3. O CASO XIMENES LOPES

O número de casos tratados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é consideravelmente razoável. O primeiro caso brasileiro na Corte, e também o primeiro caso que abordou o tratamento cruel e discriminatório às pessoas com transtorno mental, foi o de Damião Ximenes Lopes.

A história de Damião Ximenes Lopes começou a mudar em 1982, quando sofreu uma pancada na cabeça e desde então tornou-se depressivo, falava coisas sem nexos, alternando momentos de crise e de normalidade. Em 1995, a situação agravou-se, foi aí então que Damião foi internado pela primeira vez na Casa de Repouso Guararapes, no município de Sobral.

Algum tempo depois sua mãe foi o visitar e, mesmo sendo barrada pelo porteiro da Casa de Repouso, Albertina Viana Lopes, entrou na instituição chamando por seu filho.

Ele [Damião] veio até ela [mãe] caindo e com as mãos amarradas atrás, sangrando pelo nariz, com a cabeça toda inchada e com os olhos quase fechados, vindo a cair a seus pés, todo sujo, machucado e com cheiro de excrementos e urina. Que ele caiu a seus pés dizendo: polícia, polícia, polícia, e que ela não sabia o que fazer e que pedia que o desamarrassem. Que ele estava cheio de manchas roxas pelo corpo e com a cabeça tão inchada que nem parecia ele. (Comisión Interamericana De Derechos Humanos, 2004, p. 599).

Albertina procurou ajuda entre os profissionais. Sem realizar nenhum tipo de exame, o único médico que estava na instituição receitou alguns remédios a Damião e se retirou da Casa de Repouso.

A mãe saiu da Casa de Repouso e após 72 km, chegou a sua residência e recebeu o recado de que haviam telefonado contando que seu filho havia morrido. A família pediu que fosse realizada uma necropsia, já que o médico da instituição não havia ordenado a realização do exame. No mesmo dia, a necropsia foi feita pelo



mesmo médico, que concluiu por “morte real de causa indeterminada” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

No entanto, o relatório do exame de necropsia identificou sinais e marcas no corpo de Damião, tais como, escoriações localizadas na região nasal, ombro direito, parte anterior dos joelhos e do pé esquerdo, equimoses localizadas na região do olho esquerdo, ombro homolateral e punho, marcas que sinalizaram a prática de tortura.

Diante disso, os familiares de Damião ajuizaram ação criminal e ação civil indenizatória contra o proprietário da clínica psiquiátrica, e também peticionou contra o Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A denúncia foi apresentada em 22 de novembro de 1999 para o sistema americano. Em 09 de outubro de 2002, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos acatou a denúncia e passou a processar o caso.

Peritos e testemunhas foram ouvidos, juntou-se documentos, então, no dia 4 de julho de 2006, os juízes da Corte decidiram, por unanimidade, que o Estado Brasileiro violou sua obrigação de garantir e respeitar os direitos humanos e à integridade pessoal de Damião e de sua família, bem como, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial a que têm direito seus familiares.

Tendo em vista que o Estado era responsável pelos funcionários da Casa de Repouso Guararapes, pois estavam sendo pagos pelas verbas públicas do SUS, respondendo sobre eventuais negligências ou abusos, a Corte condenou o Brasil a:

(...) a) garantir, em prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e a sancionar os responsáveis pelos fatos surtisse efeitos; b) publicação de parte da sentença no Diário Oficial; c) indenização pecuniária (dano material, imaterial, custas e gastos) aos familiares da vítima; d) desenvolvimento de programas de formação e capacitação dos profissionais da área médica, psiquiátrica, psicológica, de enfermagem e todas as pessoas vinculadas ao tratamento de portadores de deficiências mentais (AZEVEDO e LEAL, 2016).

Assim, não importa se houve culpa, basta que uma violação de direitos humanos tenha resultado de uma inobservância por parte de um Estado de suas obrigações de forma direta ou por pessoas com apoio do poder público. O fundamento da responsabilidade está na constatação, pura e simples, de um eventual comportamento que não esteja de acordo com a norma internacional.



A responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos é, inegavelmente, uma responsabilidade objetiva. O cerne deste instituto está no dever de reparação que nasce toda vez que houver uma violação de uma norma internacional. Basta a comprovação do nexu causal, da conduta e do dano em si. (RAMOS, 2004, p. 410).

Tratou-se de uma advertência internacional pela falta de vontade política e incapacidade do Brasil ao enfrentar as relevantes e sistemáticas violações e de hostilizar a impunidade. Foi um passo importante para política pública de saúde mental no Brasil que, apesar de certa evolução, ainda registra casos de violência contra pacientes psiquiátricos e ausência de mecanismos de apuração.

Com esta preocupação a Corte entendeu que o Brasil deveria criar um instrumento adequado para investigar, monitorar e combater as violações cometidas contra os indivíduos portadores de transtornos mentais, por serem estes extremamente vulneráveis.

A Corte Interamericana De Direitos Humanos reconhece a influência do caso Ximenes Lopes na reorganização da atenção da saúde mental no município de Sobral. A data do descredenciamento da Casa de Repouso Guararapes do SUS, que ocorreu no dia 10 de julho de 2000, é simbolicamente considerado pelos profissionais de saúde mental daquela região como a data de início do funcionamento da Rede de Atenção Integral à Saúde Mental de Sobral. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

Essa rede está composta por um Centro de Atenção Psicossocial General, uma residência terapêutica, uma unidade de internação psiquiátrica em hospital geral e por ações de supervisão e educação sobre o programa de saúde familiar. Esse modelo de atenção recebeu diversos prêmios nacionais de experiência exitosa em saúde mental. [...] A morte do senhor Damião Ximenes Lopes levou à reformulação da política de saúde mental e uma resposta adequada diante das condições insustentáveis de funcionamento da Casa de Repouso Guararapes. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 10-11).

Vale destacar a criação da Lei 10.216/2001, a qual é conhecida como a Lei da Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial, que acarretou no fechamento progressivo dos leitos em hospitais psiquiátricos e a criação dos Centros de Atendimento Psicossocial (CAPS) e de Programas como o De Volta Para Casa. Estabeleceu-se assim uma nova forma de cuidado ao doente mental.

O reconhecimento, pela Corte, da situação de risco e vulnerabilidade a que Damião Ximenes e as demais pessoas portadoras de transtorno mental foram submetidas, amplia a jurisprudência e fortalece o trabalho de denúncia das



organizações contra à violação de direitos humanos em estabelecimentos psiquiátricos.

4. O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Partimos da premissa de que todos nós, indivíduos, possuímos demandas e interesses variados. Parte desses interesses podem ser atendidos com ações privadas. Em contrapartida, a outra fração das lides não podem ser satisfeitas individualmente, seja porque somos imponentes ou até incapazes de alcançar nossas necessidades, seja em razão da própria natureza da demanda.

Tais interesses individuais e sociais são infinitos e, por isso, apenas uma parte destas demandas serão atendidas pelo poder público, uma vez que deve-se levar em consideração a limitação dos recursos disponíveis.

Eis que surge um princípio associado à constatação de que todos os direitos têm custo e que os recursos públicos são limitados, razão pela qual sempre haverá a necessidade da adoção de escolhas entre o que será e o que não será realizado pelo poder público.

Nos anos de 1970, na Alemanha, originou-se o princípio da reserva do financeiramente possível, ou o também conhecido termo reserva do possível (SARLET e FIGUEIREDO, 2008), princípio que está diretamente ligado à realização dos direitos sociais.

Na época, o princípio surgiu por conta de um julgamento no Tribunal Constitucional Federal Alemão, em um caso em que se discutiam o acesso às universidades. Nesse processo alguns estudantes questionaram o fato de não terem sido aceitos na faculdade em razão da limitação do número de vagas. A ação impetrada foi baseada no artigo 12, I da Lei Fundamental Alemã, o qual dispõe que “*todos os alemães têm o direito de livremente escolher profissão, local de trabalho e de formação profissional.*”.

Criou-se então a decisão conhecida por *Numerus Clausus*⁵, na qual o Tribunal Constitucional Alemão indagou se tal direito estava dentro da capacidade

⁵ Decisão consultada em Schwabe, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevidéu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656- 667. Para conferir no idioma original, <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html>>



financeira do Estado, ou seja, se o Estado conseguiria assumir os custos que decorreriam do aumento do número de vagas na universidade.

Nesse caso, a decisão do Tribunal teve como foco principal verificar quanto é possível um indivíduo exigir da sociedade, verificando se esta pretensão é ou não razoável. Assim a reserva do possível acabaria atuando como uma espécie de limite aos indivíduos em face dos direitos sociais.

Afirmou-se na mesma decisão, que as restrições aos direitos previstos na Lei Fundamental Alemã, não podem ser absolutas e só ocorrerão ante certas circunstâncias e condições, devendo atender sempre à razoabilidade, bem como que o Estado não deve prestar assistência aos que dispõem de meios necessários para ter uma vida digna.

Conforme Ingo Sarlet, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que:

[...] a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET, 2003, p. 265).

Para Fabiana Kelbert (KELBERT, 2011), autora gaúcha, seria impossível aplicar o princípio da reserva do possível no Brasil da mesma forma com que foi construído em sua origem na Alemanha, tendo em vista que a base legal que originou a demanda no Judiciário Alemão adveio de norma que não possui previsão similar em nossa Constituição Federal.

Porém, tal argumento não deve ser acolhido, uma vez que em nosso país o desenvolvimento deste princípio teve outro foco, tendo em vista que na Alemanha a reserva do possível não teve seu foco principal na questão financeira ou orçamentária, o que acabou acontecendo quando veio pro Brasil, isso significa que a prestação de alguns direitos sociais por parte do Estado estaria condicionada à existência de recursos financeiros, de dinheiro nos cofres públicos. Assim, eventual não realização de algum direito social teria como fundamento a insuficiência de recursos, já que eles são escassos.

Este tema da reserva do possível não tem um tratamento uniforme, nem na doutrina, nem na jurisprudência, por isso é comum que no caso prático, questões envolvendo direitos sociais sejam analisadas por múltiplas perspectivas para ver se determinada pretensão é proporcional, razoável e também se existe disponibilidade financeira.



É por este motivo que a discussão sobre a reserva do possível é muito comum de ser ouvida quando se discute a judicialização de políticas públicas, especialmente em temas como educação e saúde.

Para alguns pesquisadores como Ana Carolina Lopes Olsen, este princípio age como um limitador da concretização dos direitos sociais, em razão da alegação de escassez de recursos, porém, estes recursos não são escassos para outros fins, devendo isto ser investigado, bem documentado e fundamentado, e não tomado como uma verdade incontestável (OLSEN, 2006).

Deve-se levar em consideração também que:

[...] a reserva do possível só se justifica na medida em que o Estado garanta a existência digna de todos. Fora desse quadro, tem-se a desconstrução do Estado Constitucional de Direito, com a total frustração das legítimas expectativas da sociedade. (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 395).

Para tanto, é preciso ter um cuidado para que a concretização de alguns direitos sociais não impossibilite a realização de outras prestações por parte do Estado, outrossim, a satisfação de um direito litigado em via judicial poderá esgotar a capacidade orçamentária do Poder Público e, desta forma, poderá inviabilizar a prestação de outros direitos fundamentais ou até daquele mesmo direito, em demanda diversa (KELBERT, 2011).

Nesta linha de pensamento e analisando o já estudado caso de Damião Ximenes Lopes, questiona-se: a Corte Interamericana de Direitos Humanos aplica em suas decisões o princípio da reserva do possível?

Teoricamente, a resposta é sim, tendo em vista que a referida Corte tem o propósito de aplicar e interpretar as normas da Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica) a qual, diante da realidade sociopolítica da América Latina, se adequou à realidade latino-americana ao se preocupar com questões atinentes a economia, principalmente no que se refere aos assuntos sociais e culturais, conforme se depreende do artigo 26 do referido pacto, consta a possibilidade de um “desenvolvimento progressivo” “na medida dos recursos disponíveis”, vejamos:

Art. 26 - Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta das Organizações dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de



Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (Convenção Americana de Direitos Humanos – 1969 – Pacto de San José da Costa Rica).

Porém, isso não ocorre na prática. Da análise do referido caso restou evidenciado que a Corte condenou o Estado - além da criação de políticas públicas voltadas à saúde mental - ao pagamento de um valor exorbitante à família de Damião, desconsiderando o teor do artigo 26 do Pacto.

Para cumprir a sentença proferida no dia 04 de julho de 2006 pela Corte, no que se refere às políticas públicas que teriam que ser feitas pelo Estado, dispôs a Portaria N° 615 de 2013

(http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0615_15_04_2013.html)

“sobre o incentivo financeiro de investimento para construção de Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) e Unidades de Acolhimento, em conformidade com a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental”.

O artigo 5º da referida portaria tratou sobre os valores que foram destinados ao Ministério da Saúde:

Art. 5º O valor dos incentivos financeiros a ser destinado pelo Ministério da Saúde para o financiamento da construção dos CAPS e das Unidades de Acolhimento varia de acordo com cada tipo de estabelecimento descrito no art. 4º, nos seguintes termos:

I - CAPS I, II, i e AD: **R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais);**

II - CAPS AD III: **R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);**

III - CAPS III: **R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);**

IV - Unidade de Acolhimento Adulto: **R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais);**
e

V - Unidade de Acolhimento Infante-Juvenil: **R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).**

§ 1º Caso o custo final da construção seja superior ao incentivo financeiro repassado pelo Ministério da Saúde, a respectiva diferença de valores deverá ser custeada por conta do ente federativo proponente, conforme pactuação na Comissão Intergestores Bipartite (CIB).

§ 2º Caso o custo final da construção seja inferior ao incentivo financeiro repassado pelo Ministério da Saúde, a respectiva diferença de valores poderá ser utilizada pelo proponente para despesas de investimento no mesmo estabelecimento de saúde construído. (grifo nosso).

Cabe aqui ressaltar também a criação do Programa de Volta para Casa, o qual está previsto no artigo 5º da Lei nº 10.216, de 06.04.2001. Segundo o ex-Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, o programa tinha parceria com a Caixa Econômica Federal e contava em 2007 com mais de 2.600 pacientes em todo território nacional, os quais recebiam mensalmente o auxílio-reabilitação psicossocial, no valor de



R\$240,00. (Disponível em: <http://www.ccs.saude.gov.br/vpc/programa.html>, acessado em 09 de setembro de 2018), esse valor também tinha um caráter indenizatório àqueles que, por falta de alternativas, foram submetidos a tratamentos humilhantes e privados de seus direitos básicos de cidadania.

Quanto à indenização aos familiares de Damião, editou-se o Decreto nº 6.185/2007, o qual autorizou a Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República a promover os gerenciamentos necessários, em especial ao pagamento de indenização pelas violações dos direitos humanos aos familiares de Damião (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6185.htm).

Tudo isso sem contar o gato com a criação da Lei da Reforma Psiquiátrica ou Lei Antimanicomial, a qual resultou na adequação dos hospitais psiquiátricos e seus métodos terapêuticos.

Um estudo realizado em 2008 pelo Laboratório de Economia Social de São Paulo e pela Secretaria de Economia e Planejamento do Estado de São Paulo, chegou ao resultado de que:

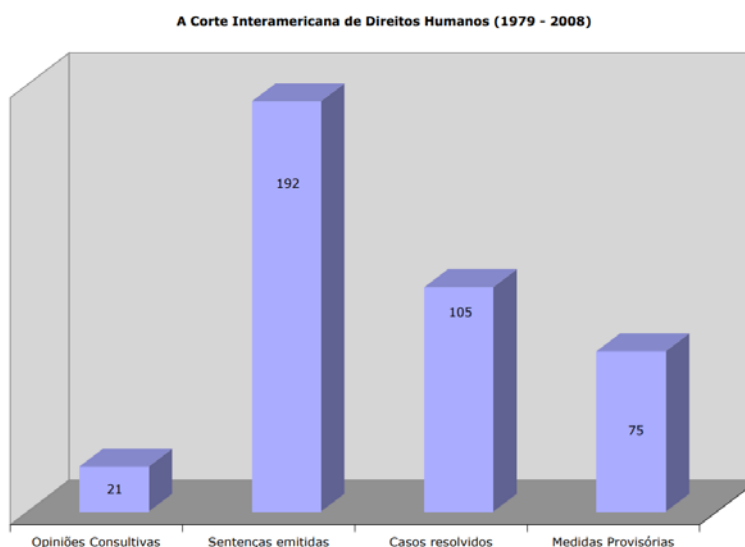
O valor total pago pelo SUS para internações de pacientes com transtornos mentais atingiu R\$ 487 milhões em 2004. O valor médio por paciente/mês foi calculado em R\$ 749,12 para serviços hospitalares, R\$ 75,08 para serviços profissionais e R\$ 74,37 para SADT, totalizando R\$ 898,57 (...). O Ministério da Saúde estima que 15 mil pacientes asilares são potencialmente beneficiários de desinstitucionalização. Os recursos a serem gerados com a desativação destes 15 mil leitos asilares são equivalentes a R\$ 162 milhões ao ano (a preços de 2004) (Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v24n10/16.pdf>, acessado em 09 de setembro de 2018)

Dessa maneira, deu-se cumprimento à sentença internacional exarada pela Corte Interamericana, sem muitas indagações jurídicas a respeito dos valores que seriam gastos com a implementação das políticas públicas nem mesmo à indenização aos familiares - que somada chegava a R\$ 1.340.529,85 (um milhão, trezentos e quarenta mil, quinhentos e vinte e nove reais e oitenta e cinco centavos) -, até mesmo porque se estava diante de uma lacuna legislativa sem precedentes para orientar a Administração Pública quanto ao seu modo de agir.

Desde aí, o Estado brasileiro mantém uma parcela do orçamento federal reservada para ser destinada ao pagamento de indenizações que resultam de eventual condenação por violação de tratados internacionais de direitos humanos

pelo Estado, a qual é chamada de “pagamento de indenização a vítimas de violação das obrigações contraídas pela união por meio da adesão a tratados internacionais”.

O reflexo da não aplicação do princípio da reserva do possível aparece nas estatísticas. Segundo consta no relatório, a Corte emitiu 192 sentenças de 1979 a 2008, porém não houve cumprimento total em todos os casos, conforme demonstra o gráfico abaixo:



Fonte: <http://scm.oas.org/pdfs/2009/CORTE/Estad%C3%Adsticas/POR/01.PDF>, acessado em 06 de agosto de 2018.

Isso porque a Corte não condiciona suas decisões à eficácia nem à eficiência dos mecanismos de reparação existentes no Estado brasileiro. As condenações ao cumprimento de reparações e ao pagamento da indenização pecuniária são feitas com base nos princípios do Direito Internacional e nos termos da Convenção, sem considerar as insuficiências do direito interno do Estado, nem mesmo o princípio da reserva do possível. Desta forma, o Estado não pode invocar seu ordenamento para se eximir de cumpri-la (Corte Interamericana de Derechos Humanos: El Amparo versus Venezuela, acórdão de 14/9/96, § 15; Neira Alegría e outros versus Peru, acórdão de 19/9/96, § 37).

CONCLUSÃO

O sistema interamericano é resultado de um processo de internacionalização de direitos humanos iniciado em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos



Humanos. Sua criação ocorreu em razão da mudança de mentalidade do pós-Segunda Guerra Mundial, no qual o bem estar humano passou a se tornar o principal motivo para a existência do Estado, visto que, todos devem ser igualmente respeitados.

Porém, em tempos de crise política e econômica, a efetivação das sentenças proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos também é afetada pela falta de recursos ou planejamento do poder público.

Assim, retomando o questionamento que originou esta pesquisa, conclui-se que, no caso analisado, os magistrados que compõem a Corte não levaram em consideração o princípio da reserva do possível na hora de proferir a sentença que condenou o Estado à criação de políticas públicas e também na hora de aplicar a multa indenizatória à família lesada.

Acredita-se que não seria necessário a aplicação de uma multa exorbitante a uma só família, quando as políticas públicas criadas pelo Estado já tivessem trazido influências positivas, principalmente pela expansão do acesso à justiça transnacional em busca da promoção e proteção de direitos, bem como a prevenção e reparação de violações; e a influência, de forma decisiva, na promulgação de leis internas que garantem os direitos dos portadores de transtorno mental.

Em tempos de crise do Estado Social, os direitos devem ser interpretados à luz da coerência e da integridade do Direito, sendo que a fiscalização judicial, sobretudo nas políticas públicas, deve parametrizar os limites entre o ativismo e a judicialização, distanciando-se de propostas alicerçadas em “razões de Estado”, as quais comprometem a autoridade ou a validade da Constituição e dos tratados internacionais.

O encargo de defesa da dignidade humana deve ser permanente e, cabe aos Estados fornecerem recursos internos eficazes, conforme dispõem os tratados internacionais, obedecendo ao princípio da reserva do possível e levando em consideração a concreta necessidade de cada cidadão, a distributividade dos recursos e a efetividade do serviço, para que seja assegurado o direito pretendido, observando as mínimas e dignas condições necessárias de sobrevivência, considerando a necessidade do cidadão e as possibilidades do Estado.

Desta forma, os indivíduos beneficiários poderão utilizar os recursos antes de submeterem um caso individual aos órgãos internacionais, contribuindo para uma melhor interação entre o direito internacional e o direito interno.



O avanço na defesa dos direitos humanos têm sido sistematicamente difícil, porém ainda têm-se uma longa jornada a percorrer, apesar disso e considerando a experiência e a natureza da Corte Interamericana de Direitos Humanos, fica claro o quanto importante é o papel deste Tribunal, que restaura os direitos fundamentais atingidos, ordena reparações, emite opiniões de grande relevância doutrinária, estendendo assim, as pessoas vulneráveis, uma eficiente proteção judicial, que está assegurada não só na esfera nacional como na internacional também.

Portanto, se a Corte Interamericana de Direitos Humanos verificar, no caso concreto, que há necessidade, recursos disponíveis e que o serviço tem possibilidade de efetividade, deve assegurar o direito, para fazer jus ao princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, pois deve se ater às prioridades, levando em conta a necessidade da coletividade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Douglas Matheus de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig *in*: Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 21 - n. 2, p. 442/461 - mai-ago 2016.

Centro cultural da saúde. Disponível em: <http://www.ccs.saude.gov.br/vpc/programa.html>, acessado em 09 de setembro de 2018.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos - Sistemas de petições e casos: Folheto informativo, Organização dos estados americanos, 2010. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/docs/folleto/CIDHFolleto_port.pdf, acessado em 25 de agosto de 2018.

Convenção Americana de Direitos Humanos – 1969 – Pacto de San José da Costa Rica. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm, acessado em 25 de agosto de 2018.

CORREIA, Theresa Rachel Couto. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório anual dos trabalhos da Corte Interamericana de direitos humanos: 2010. San José: Corte IDH, 2011.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais. 3. ed., Salvador: JusPodivm, 2008.



DECRETO Nº 6.185, DE 13 DE AGOSTO DE 2007, disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6185.htm,
acessado em 25 de agosto de 2018.

Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos/1979. Disponível em:
<https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/v.Estatuto.Corte.htm>, acessado em 25
de agosto de 2018.

GASPAROTO, Ana Lúcia Jayme; GASPAROTO, Wanderley e VIEIRA, Oscar
Vilhena. O Brasil e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. *In*
Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 7, 2010, p. 61.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar,*
praticar. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do possível e a efetividade dos direitos
sociais no direito brasileiro. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

Laboratório de Economia Social, São Paulo, Brasil; Secretaria de Economia e
Planejamento do Estado de São Paulo, Brasil. LEITOS HOSPITALARES E
REFORMA PSIQUIÁTRICA *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 24(10):2354-2362,
out, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v24n10/16.pdf>, acessado em
09 de setembro de 2018.

OAS – Organization of American States. Disponível em:
<http://scm.oas.org/pdfs/2009/CORTE/Estad%C3%Adsticas/POR/01.PDF>, acessado
em 25 de agosto de 2018.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à
reserva do possível. 378 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Setor de Ciências
Jurídicas) - Curso de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

PINTO, Mônica. *Derecho Internacional de lós derechos humanos.* Uruguai:
Comisión Internacional de Juristas – Colégio de abogados del Uruguay, 1993.

PIOVESAN, Flávia *in: REVISTA USP.* São Paulo, n.69, p. 36-43, 2006.
_____. *Direitos Humanos e o Direito Internacional.* 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Portaria Nº 615, DE 15 DE ABRIL DE 2013 (Disponível em:
http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0615_15_04_2013.html,
acessado em 09 de setembro de 2018).

Ramos, A.C. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos.* Rio
de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Processo Internacional de Direitos Humanos.* (2ª ed). São Paulo: Saraiva,
2012.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.* 3. ed. São
Paulo: Saraiva, 2013.



SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. Ed. Rev. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina da 4ª Região, n.º 24, 2008.

Jurisprudência

Comisión Interamericana De Derechos Humanos. Demanda en el Caso *Damião Ximenes Lopes* (Caso 12.237) contra la República Federativa del Brasil. 1 out, 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Blake, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C No. 48, parágrafo 42.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Castillo Páez versus Peru, acórdão de 27/11/98, § 84.

Corte Interamericana De Derechos Humanos. Caso *Ximenes Lopes vs . Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas, 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: El Amparo versus Venezuela, acórdão de 14/9/96, § 15; Neira Alegría e outros versus Peru, acórdão de 19/9/96, § 37.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Instituto de Reeducción del Menor” versus Paraguai, acórdão de 2/9/04, § 293-294.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Loayza Tamayo versus Peru, acórdão de 27/11/98, § 85.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: Velásquez Rodríguez versus Honduras, acórdão de 21/7/89, § 25; Godínez Cruz versus Honduras, acórdão de 21/ 7/89, § 23 e 25;

Corte Permanente de Justiça Internacional: Usine de Chorzów, acórdão de 13/9/28 sobre o mérito, pp. 27-28.