

## **1. Introdução**

Os direitos fundamentais preconizados na Constituição de 1988 inauguraram um novo estatuto após vinte e quatro anos de um regime institucional de exceção. Provavelmente, em razão da participação dos movimentos populares reprimidos, a Assembleia Nacional Constituinte inseriu no Texto diversos direitos atribuídos aos indivíduos e à coletividade, elegendo o Estado como maior financiador para implementação e garantia.

O Estado, por meio dos tributos realiza a arrecadação dos recursos que serão destinados aos direitos fundamentais e que, após 30(trinta) anos da Constituição cidadã, ainda não conseguiu consagrar. Aliás, está muito longo disto.

Esse desequilíbrio entre direitos fundamentais e deveres de Estado vem se acentuando e com o ele o debate sobre suas causas. A inadequada visão programática de Estado, o deficitário planejamento administrativo, a quase ausência de estruturação de Políticas Públicas, a carência de sintonia destas com as leis orçamentárias são algumas das mazelas a serem enfrentadas.

O reflexo das ineficientes gestões administrativas tem estimulado a interferência do contencioso judicial para demandas peculiares e que se transformam em obrigações de fazer.

Dessa forma, o debate parte para questões sobre a capacidade financeira do Estado afetada pelas decisões judiciais, que alegam não poderem cumprir pela inexistência de recursos, e de outro pela defesa do mínimo existencial baseada na aplicabilidade imediata do que fora preconizado na Constituição Federal sobre direitos fundamentais.

O presente trabalho procura chamar a atenção sobre uma outra vertente da efetivação dos direitos fundamentais: o custo dos direitos e o custo do Estado, tendo como fundamentação teórica todo arcabouço que permeia a aplicabilidade dos direitos fundamentais individuais e coletivos, bem como o que se preconiza do Estado na oferta de serviços, planejamento de políticas públicas, planejamento orçamentário e eficiência de sua atuação.

Procuramos, portanto, oferecer argumentos em favor da democratização dos recursos estatais por uma eficiente atuação estatal e pela redução expansionista do Estado e que vem prejudicando em demasia a distribuição das verbas destinadas à implementação e consagração dos direitos fundamentais.

## **2. Direitos fundamentais na Constituição de 1988**

Com a instauração da Assembléia Nacional Constituinte em 02 de fevereiro de 1987, o assombro dos “anos de chumbo” foi levado ao extremo na elaboração do texto constitucional, em especial, pela preservação de direitos e pela perenização ou imutabilidade de alguns princípios basilares a que se denominou cláusulas pétreas.

No afã de impedir o retorno de atos totalitários ou de intolerância, temas como democracia, cidadania, direitos fundamentais, distribuição de competências e deveres estiveram no centro das importantes discussões constituintes, e nos desdobramentos das amarras costuradas nos diversos títulos e capítulos.

O texto que se alardeou como libertador e divulgada como cidadã, na realidade trouxe algumas armadilhas, cujos reflexos recaem sobre o argumento da existência de uma necessária e pesada máquina estatal, por força de um discurso de uma exigência constitucional de atendimento de infinitos direitos. Assim, fora moldado nesses 30(trinta) anos de Constituição, um Estado concentrado em deveres e engessado na obrigação de distribuição, garantia e execução de todos os direitos.

Tivemos como resultado um Texto prolixo, de interpretação das mais variadas (literal, teleológica, sistemática, extensiva), cujos direitos nele insertos são defensáveis sob muitos prismas e em todas as direções.

Reflexos da própria instabilidade interpretativa encontra-se nas 99(noventa e nove) emendas constitucionais aprovadas para modificação, supressão ou inclusão de dispositivos, numa média de 3,3(três, três) emendas editadas anualmente, a última em 14.12.2017.

Mudanças no gerenciamento do Estado, no Judiciário, na Previdência Social resultaram em reformas significativas, sendo que as mais numerosas ocorreram nos anos 2000(7 vezes) e 2014(8 vezes).

Milagrossamente em 2018 não teremos a edição de emendas constitucionais, frenada por conta do Decreto Federal n. 9.288, de 16 de fevereiro de 2018. Editado por força do art. 84, inc. X da Constituição Federal, decretou-se a intervenção militar no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública, que assola principalmente a capital fluminense, e que impede a edição de emendas até o término de sua duração (art. 60, §1º da CF), prevista para 31.12.2018. Não fosse isso, certamente 2018 seria o ano da centésima emenda, principalmente pelos

esforços que o Governo vinha construindo ao longo de 2017 para a nova Reforma da Previdência.

Em linhas gerais, podemos assinalar que o trabalho dos legisladores constituintes marcou-se pela adesão irrestrita e imodificável ao Estado Democrático de Direito, ao regime republicano, ao estado federativo, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político.

Os movimentos populares que durante as décadas de 1970 e 1980 se insurgiram contra o regime militar, principalmente contra a repressão às liberdades de locomoção, pensamento e de expressão, compuseram com o partido oposicionista (MDB) as bases da Assembleia Constituinte.

Contribuíram decisivamente para o rompimento da ordem coativa, por meio de propostas, reuniões, audiências que levassem a garantia de espaços para manifestação e autonomia, para mobilização contra a violência política, doméstica ou estatal; pela redemocratização; pela construção e respeito pela diversidade cultural; pela consagração de direitos sociais, incluindo lazer e meio ambiente, pela separação de poderes e pelo repúdio a tribunais de exceção. Estas são algumas das formas de expressão dessa pluralidade de caminhos que a Constituinte trilhou no intuito de deixar muito evidente *a multiplicidade de violências integrantes da sociedade brasileira: algumas, fruto da própria institucionalização do Estado militarista; outras, oriundas da sociedade civil (preconceitos, violências familiares, intolerância, etc.)*<sup>1</sup>.

As máximas expressas no texto constitucional dão conta de que as ações individuais, coletivas, de governo e a própria lei não podem ser consideradas fontes de legitimidade, caso realizadas em oposição a qualquer dos direitos elevados à categoria de fundamentais ou elaboradas em ofensa ao princípio democrático.

São portanto os direitos e as garantias de liberdades que passam a estabelecer os limites da normatividade, num processo de inversão de deveres-direitos para direitos-deveres.<sup>2</sup>

Mais do que uma ruptura com o regime de governo anterior, a exemplo do que ocorrera com as Constituições de 1890 e de 1937, a Constituição de 1988 foi além de um marco de normatividade do Estado. O indivíduo foi colocado no centro de toda proteção, *não, contudo, o indivíduo abstrato e meritocrático do liberalismo clássico, mas*

---

<sup>1</sup> GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma Constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006. p. 157-158

<sup>2</sup> Idem. p. 158.

*sim o indivíduo em seu cotidiano social, com todas as contradições e dificuldades do seu fazer diário*<sup>3</sup>. Além disso, as questões de coletividade que se consegue individualizar, reflexo dos problemas que afetavam o país (e que ainda permanecem graves) como acesso à alimento, saúde, educação, trabalho, moradia, previdência, segurança, deram às questões cotidianas a grande cobertura para o reconhecimento e garantia dos direitos sociais.

Dessa forma, a tipologia constitucional buscou primeiramente a eternização do federalismo e da democracia, positivados no seu Título I – Dos princípios fundamentais, para, em seguida, traçar no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, capitular os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, os Direitos Sociais, a Nacionalidade, os Direitos Políticos e os Partidos Políticos. Mais à frente, no Título VIII – Da Ordem Social, contemplou-se direitos da Saúde, Previdência Social, Assistência Social, Educação, Cultura, Desporto, Ciência e Tecnologia, Comunicação Social, Meio Ambiente, Família, Criança, Adolescente e Idoso, e por fim, os Índios.

### **3. Políticas públicas e competências estatais**

O Estado, ao assumir o papel de protagonista para efetivação dos direitos sociais, deve corresponder à altura das necessidades contemporâneas, dando uma resposta às consequências advindas da urbanização, da concentração de massas, da corrida pelo desenvolvimento e do processo de industrialização, por meio das políticas públicas<sup>4</sup>.

As políticas públicas desenvolvem, portanto, papel fundamental entre as necessidades de um país e as potenciais soluções engendradas por levantamentos, pesquisas e diagnósticos dos problemas (seja de sua origem, seja de seus efeitos) que revelam suas fraquezas e fragilidades, e que possam então decidir quais rumos seguir e as possíveis e exequíveis ações que propiciem a inversão dos índices sociais deficitários.

Políticos confundem e fazem confundir a população, disseminando a ideia que eventuais melhorias seriam sinônimos ou fruto de implementação de políticas públicas. Melhorias e objetivos que devem ser perseguidos pelas políticas públicas são “sintomas” totalmente distintos. Embora “melhorias” sejam o reflexo das ações planejadas nas políticas públicas, as “melhorias” em si nada querem dizer. Exemplo recente encontra-se na área de segurança. A superlotação nos presídios e o crescimento da violência já são problemas que o país enfrenta há décadas, e apesar dos seus reflexos em todas as áreas da

---

<sup>3</sup> Idem. p. 155.

<sup>4</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 142

sociedade, nada realmente concreto foi realizado para que fosse definitivamente resolvido. Ou seja, nunca houve, de fato, política pública para segurança pública. Além de servirem de depósitos de pessoas, os presídios são sabidamente controladas por facções criminosas e que se encontram encarceradas. Com as rebeliões em presídios do Amazonas e Rondônia, deflagradas nos primeiros dias de 2017, as primeiras atitudes do governo federal resultaram no encaminhamento de presos para cumprirem suas penas em suas residências, e realizar audiência preliminares para não direcionar criminosos primários ou praticantes de crimes de menor potencial ofensivo para prisões provisórias.

É óbvio que tais ações têm natureza paliativa. E depois de tomada tais medidas, como num “passe de mágica”, em menos de uma semana da deflagração das rebeliões se anunciou-se um Plano Nacional de Segurança, como se ali estivessem todos diagnósticos, estudos e pesquisas sobre o assunto, com as metas e objetivos especificamente estabelecidos para cada parte do problema e as formas de solução, com resultados e prazos definidos.

Obviamente que algumas dessas ações estancam, a curto prazo, os problemas do sistema carcerário, mas não dão uma resposta definitiva, justamente por não se compreender que melhorias não correspondem a solução dos problemas.

Cabe ressaltar que os limites gerais da intervenção do Estado na vida dos cidadãos estão formalmente estabelecidos na Constituição Federal na forma de direitos e garantias individuais. Assim, ao mesmo tempo que o Estado Constitucional estabelece para si a responsabilidade única ou conjunta para alterar as condições materiais da população<sup>5</sup>, também assegura à sociedade um balizamento da própria atuação estatal e que deveria ser concretizada por meio de políticas públicas, ofertando de maneira planejada serviços públicos de melhor qualidade.

#### **4. Serviço público**

Ainda que as políticas públicas contenham graves falhas de mensuração, estruturação, e execução, e estejam distantes de assegurar resultados satisfatórios, o dever da Administração Pública em cumprir suas competências exige que seus atos se exteriorizem, o que se faz por meio dos serviços públicos.

---

<sup>5</sup> Idem, p. 145.

Diversos são os conceitos explanados pela doutrina para ofertar a noção de serviço público, o que impossibilita a obtenção de uma uniformidade conceitual, pois como explica Diógenes Gasparini:

A locução em apreço comporta, pelo menos, três sentidos: o *orgânico*, o *material* e o *formal*. Em sentido *orgânico*, também chamado *subjetivo*, o serviço público é um complexo de órgãos, agentes e recursos da administração pública, destinados à satisfação das necessidades dos administrados. Equivale, pois, a um organismo ou parte do aparelho estatal com tal precípua finalidade. Em sentido *material*, também designado *objetivo*, o serviço público é uma função, uma tarefa, uma atividade da Administração Pública, destinada a satisfazer necessidades de interesse geral dos administrados. Em sentido *formal*, serviço público é a atividade desempenhada por alguém (Poder Público ou seus delegados), sob regras exorbitantes do Direito Comum, para a satisfação dos interesses dos administrados. E a submissão de certa atividade a um regime de Direito Público.<sup>6</sup>

Interessa para o presente estudo, a acepção de serviços públicos em sentido amplo, compreendendo todos aqueles prestados pelo Estado ou delegados por concessão ou permissão, sob condições e critério impostos e fixados por ele, visando à satisfação do interesse público. Neste contexto, existem serviços que competem exclusivamente ao Estado e aqueles que podem ser delegados, segundo as lições de Heilio Kohama:

Os serviços que competem exclusivamente ao Estado são considerados serviços públicos propriamente ditos, pois a sua expressão visa satisfazer necessidades gerais da coletividade para que ela possa subsistir e desenvolver-se, enquanto os prestados por delegação consideram-se serviços de utilidade pública, em virtude de tais serviços visarem facilitar a existência do indivíduo na sociedade, pondo à sua disposição utilidades que lhe proporcionam mais comodidade, conforto e bem estar.<sup>7</sup> (grifamos)

Para Celso Antonio Bandeira de Mello serviço público:

é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.346.

<sup>7</sup> KOHAMA, Heilio. **Contabilidade pública: teoria e prática**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 02.

<sup>8</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 687.

Portanto, conforme bem observa Marçal Justen Filho, boa parte da doutrina “acentua que serviço público consiste na prestação, sob regime de direito público, de utilidades essenciais, fruíveis individualmente pelos integrantes da comunidade”.

Com uma proposta conceitual diferenciada, Eros Roberto Grau<sup>9</sup> ensina que *serviço público* não é um *conceito*, mas uma *noção*, plena de *historicidade*. Pautado em Sartre, o autor elucida que, enquanto o conceito seria algo atemporal, a noção representa um “*esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas*”. Destarte, o entendimento de serviço público deveria ser pautado na realidade social, em virtude da instabilidade das relações entre as forças sociais, entre os interesses do capital e do trabalho.

Quanto aos requisitos essenciais do serviço público, emprestemo-nos das lições de Diógenes Gasparini:

Os serviços públicos devem ser prestados aos usuários com a observância dos requisitos da *permanência*, da *generalidade*, da *eficiência*, da *modicidade* e da *cortesia*, de acordo com o magistério da maioria dos especialistas. De qualquer maneira, os serviços públicos deverão ser prestados, não importando a forma (direta ou indireta) dessa prestação, de modo adequado, como quer a Lei Maior (art. 175, parágrafo único, IV).<sup>10</sup>

No entanto, tendo em vista que o Estado não consegue fornecer de maneira eficiente todos os serviços a que se dispôs a realizar e que a Constituição estipula, de maneira direta ou indireta a sua participação, foi permitindo que tais serviços fossem privatizados, sendo que, dentre suas espécies, tem-se a utilização do chamado *contracting out*, que contempla o instituto da terceirização<sup>11</sup>.

Atualmente, a terceirização possui fundamento legal disciplinado pela Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública). Constituindo-se, como visto, em uma das maneiras pela qual o Estado estabelece parceria com o setor privado para a concretização de suas atividades. Sua incidência reside nas atividades de apoio ou

---

<sup>9</sup>GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 110, 111, 134, 135

<sup>10</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 353

<sup>11</sup> Sobre privatização ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (**Parcerias na administração pública**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 5-6) que compreendem aquelas medidas adotadas com o intuito de reduzir o tamanho do Estado, compreendendo: a) a desregulação – diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico; b) a desmonopolização de atividades econômicas; c) a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (desnacionalização ou desestatização); d) a concessão de serviços públicos (com a devolução da qualidade de concessionário à empresa privada); e) os *contracting out* (como forma pela qual a Administração Pública celebra acordos de variados tipos para buscar a colaboração do setor privado, podendo-se mencionar, como exemplos, os convênios e os contratos de obras e prestação de serviços).

meramente instrumentais à prestação do serviço público com o escopo de melhor desempenhar suas competências institucionais.

Por isso, conforme observa Ramón Tamames<sup>12</sup>:

Es interesante destacar que la elección de la fórmula concreta de prestación de un determinado servicio público no es una cuestión apriorística. Permitir una mayor o menor participación de empresas privadas en la gestión de los servicios públicos puede ser buena en muchos casos y contraproducente y/o más cara en otros. La participación privada puede atraer financiación, aportar soluciones innovadoras, empezar a prestar servicios más rápidamente y ofrecer sustanciales mejoras en la eficiencia a la hora de procurar los servicios públicos. Pero no necesariamente siempre es así en todos los sectores y en todas las circunstancias, por lo que es importante que los poderes públicos realicen una evaluación previa de las posibles opciones, de si es conveniente y en qué medida deben participar las empresas privadas.

Oportuno trazer à baila a distinção da terceirização dos institutos das concessões e permissões de serviços públicos, preconizada pela doutrina de Maria Sylvia Di Pietro entende que:

A concessão tem por objeto um serviço público; não uma determinada atividade ligada ao serviço público, mas todo o complexo de atividades indispensáveis à realização de um específico serviço público, envolvendo a gestão e a execução material. (...) A Administração transfere o serviço em seu todo, estabelecendo as condições em que quer que ele seja desempenhado; a concessionária é que vai ter a alternativa de terceirizar ou não determinadas atividades materiais ligadas ao objeto da concessão. A locação de serviços tem por objeto determinada atividade que não é atribuída ao Estado como serviço público e que ele exerce apenas em caráter acessório ou complementar da atividade-fim, que é o serviço público.<sup>13</sup>

Complementa a autora, que se vislumbra ainda a diferenciação entre os institutos quanto à forma de remuneração, tendo em vista que a remuneração das concessionárias é feita pelos usuários dos serviços e pelas formas alternativas, complementares, acessórias ou decorrentes de projetos associados, previstas nos arts. 11 e 18, inciso VI, da Lei nº 8.987/04. Já na terceirização, a remuneração é inteiramente paga pelo Poder Público ou pelo gestor operacional. Outro ponto a ser considerado trata-se da transferência das prerrogativas públicas, que não ocorrem na terceirização<sup>14</sup>.

Por derradeiro, em uma última cisão, os institutos diferenciam-se quanto ao poder de intervenção. Enquanto na concessão têm-se as prerrogativas em caso de

---

<sup>12</sup> TAMAMES, Ramón et al. **Remunicipalización: ciudadessin futuro?** Barcelona: Profit Editorial, 2017. posição 272(e-book)

<sup>13</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 239

<sup>14</sup> Idem. p. 241



descumprimento do contrato por parte da concessionária (arts. 32 a 34, Lei nº 8.987), na terceirização, o Poder Público poderá rescindir o contrato, o que apenas acarretará as seguintes consequências: assunção imediata do objeto do contrato; ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade; execução da garantia contratual; retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração (art. 80, Lei nº 8.666/93).

## 5. Do princípio da eficiência e economicidade na terceirização

A Reforma Administrativa consubstanciada na Emenda Constitucional n. 19/98 incluiu entre os princípios da Administração Pública, o da eficiência, elencando-o, ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, entre os norteadores do serviço público.

Interessante é que, conforme observado por Fernanda Marinela, “antes disso, a Administração já tinha que ser eficiente”,<sup>15</sup> uma vez que, tratando de interesses da coletividade essa exigência seria sobremaneira indispensável.

No art. 74, §4º da Constituição Federal, entre as finalidades da autoavaliação que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem observar encontra-se o de “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e **eficiência**, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades, de direito privado”, pelo que, constitucionalmente todos os Poderes devem pautar-se por uma série de parâmetros na destinação do dinheiro público.

De igual maneira, o art. 6º, §1º da Lei 8.987/1995, quando considera adequado o serviço a ser prestado em regime de concessão ou permissão, elenca entre suas condições a “regularidade, continuidade, **eficiência**, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Portanto, a “nova roupagem” da Administração Pública confirmou o princípio da eficiência como basilar da condução dos atos administrativos, uma vez que já era exigível material e formalmente pela legislação, mesmo anterior à Emenda Constitucional n. 19/98.

---

<sup>15</sup> MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2007. p. 44.

Isso não significa que a inclusão do princípio da eficiência ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal tenha sido uma mera aspiração do Constituinte Reformador. O marco da Emenda Constitucional n. 19/98 se firma por propor de maneira incisiva a transição do Estado meramente burocrático para o Estado gerencial. Como bem observa Aloísio Zimmer Júnior, “pode-se afirmar, então, que legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade são princípios identificados como o Estado Burocrático, enquanto a eficiência marca a migração teórica para o modelo de Estado Gerencial”<sup>16</sup>.

Assim, a aplicação do princípio da eficiência:

(...)exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada<sup>17</sup>.

Dessa forma, a aplicação da eficiência encontra-se além do resultado. É necessária a observância da forma com que o resultado é obtido, e não o resultado em si. O gerenciamento do resultado não significa a geração do resultado, mas o cumprimento das atividades ao longo da produção para se chegar ao resultado, que não pode ser outro, a não ser a promoção do bem de todos, com a máxima qualidade.

## 6. O custo dos direitos

Toda construção teórica sobre as competências da Administração Pública e toda principiologia engendrada pela Constituição Federal de 1988 e que procura proteger o cidadão e a coletividade concedendo-lhes inúmeros direitos por meio de obrigações impostas à sociedade e principalmente ao Estado, não foram suficientes para garantir a efetividade das normas constitucionais.

Conforme afirma Ingo Wolfgang Sarlet<sup>18</sup>:

é possível afirmar que o debate em torno dos direitos fundamentais e da eficácia social (efetividade) que os mesmos alcançam no cotidiano das pessoas não perdeu em atualidade, mas, pelo contrário, lamentavelmente (em se considerando aqui justamente o problema da falta de efetividade!) segue ocupando a pauta dos grandes desafios para o Estado e a sociedade.

---

<sup>16</sup> ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 137.

<sup>17</sup> Idem. *ibidem*.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Revista Doutrina TRF4**. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Edição 24, Porto Alegre: Emajis, 2008.

<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em 29.08.2018.

Nesse contexto, é nítido que a Administração Pública executa de maneira programática as normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais. Argumenta-se que o orçamento é limitado e que não é possível atender todas as demandas e garantir a todos os direitos fundamentais pela falta de recursos financeiros. É a defesa daquilo que se denominou *Reserva do Possível*, e que se resume na premissa do Estado não poder gastar mais que arrecada, necessitando distribuir a receita com o propósito de manter todas as frentes de ações, ainda que de maneira insatisfatória.

No caso do Brasil, a insatisfação beira à calamidade. Não se consegue conceber que o 9º (nono) país de maior economia em 2018<sup>19</sup> (já foi o 6º em 2008) consegue a proeza de deter índices de educação, saúde, infraestrutura, tecnologia, transporte, segurança, desenvolvimento humano, equivalentes a de países sub-desenvolvidos que não figuram nem entre as 50 (cinquenta) maiores economias globais.

Considerando pois, que a posição econômica brasileira não acompanha o desenvolvimento social na mesma proporção, teorias como do *mínimo existencial* acabam por sobressair e instigar cada vez mais o *ativismo judicial*. Conforme observa Barroso<sup>20</sup>:

é estranho, mas a sociedade se identifica mais com seus juízes do que com seus deputados<sup>21</sup>. Também aqui um exemplo pode ser expressivo: quando o Congresso aprovou as pesquisas com células-tronco embrionárias, o tema passou despercebido. Quando a lei foi questionada no STF, assistiu-se a um debate nacional.

Em que pese existir certa convergência na fundamentação jurídico-constitucional do mínimo existencial a partir do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, existe uma gama variada de posicionamentos a respeito das possibilidades e limites da atuação do Poder Judiciário nesta seara.<sup>22</sup>

O mínimo existencial não se reduz à sobrevivência do ser humano, mas abrange um núcleo de necessidades básicas como alimento, vestuário, saúde, higiene, abrigo, e que

---

<sup>19</sup> Fonte: World Economic Forum. <https://www.weforum.org/agenda/2018/04/the-worlds-biggest-economies-in-2018>

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF** (e-book). Rio de Janeiro: Forense, 2014. Posição 262

<sup>21</sup> Incluiria também os demais políticos do Executivo.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Revista Doutrina TRF4**. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Edição 24, Porto Alegre: Emajis, 2008.

implicam em dimensionar a dignidade sob o prisma social e não exclusivamente vital.

Nesse sentido:

o conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação), o assim designado mínimo sociocultural encontra-se fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade no que diz com o seu conteúdo material. (...)

Neste contexto, há que enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável (...) tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.<sup>23</sup>

Embora ambos os argumentos sejam defensáveis, do mínimo existencial e da reserva legal, sob o ponto de vista pragmático, o pano de fundo para a sustentação de cada uma das teorias é o custo que a implementação dos direitos resulta para a harmonização entre os direitos das gentes e os deveres do Estado.

A melhor análise sob o ponto de equilíbrio entre receitas e despesas públicas encontra-se na identificação das políticas públicas insertas nas leis orçamentárias.

As leis orçamentárias contemplam as políticas públicas, e estas representam num estado de direito democrático a garantia do exercício de direitos individuais e sociais, o que significa dizer que, o Estado, para cumprir seu dever constitucional e propiciar condições de exequibilidade dos direitos fundamentais suporta um custo.

A mais rápida forma de suportar esses custos tem sido impor à população pesados impostos em crescentes alíquotas, que nada mais são que o suporte financeiro do estado contemporâneo, ou seja, do estado fiscal e que, historicamente, sempre se mostrou mais conveniente à materialização desse objetivo. Foram deixados de lado outros fatores que contribuiriam com a minimização desses custos, como a própria estrutura e o tamanho do Estado, a gestão aplicada e a eficiência de suas ações.

Com efeito, os custos dos direitos sociais concretizam-se em despesas públicas que recaem em cada esfera administrativa, e na medida da responsabilidade, em sua concretização. Se por um lado existem direitos fundamentais a serem preservados, por outro lado, existe o custo de quem os suporta, o Estado.

A garantia tem significado na própria execução das políticas públicas que deveriam materializar o exercício dos direitos fundamentais. Se tratarmos os custos em

---

<sup>23</sup> Idem, *ibidem*.

termos gerais, podemos dizer que encontramos basicamente quatro tipos de custos *lato sensu*. Existem os custos ligados à existência do Estado, que se realizam na defesa de seu território. Há, ainda, os custos do funcionamento democrático do Estado, que estão consubstanciados na tripartição dos Poderes e na representação pelo direito de votar e que, em última análise, representa, também, a garantia do direito de liberdade, tanto dos governantes quanto dos governados. Encontra-se, ainda, os custos em sentido estrito ou custos financeiros estruturais ligados à sobrevivência e funcionamento da máquina administrativa. E existem aqueles custos que recaem diretamente sobre suas obrigações para com a sociedade e que garantem o exercício dos direitos fundamentais. Os três primeiros custos dão sustentação para que o quarto tipo possa ser bem aplicado. Se a independência nacional estiver assegurada, se o regime democrático estiver livre de ameaças, se a estrutura estatal estiver equilibrada e em pleno funcionamento, os investimentos podem ter seus resultados maximizados e direcionados sem desperdícios.

Todos os direitos têm custos financeiros públicos, e enquanto os direitos sociais têm visibilidade concreta na esfera de domínio de seus titulares, os direitos tais quais a liberdade e igualdade, possuem visibilidade sensivelmente menor. Em contraposição, o estado fiscal possui limitação. O equilíbrio entre os custos e os preços dos direitos tem relação direta com o sentimento de satisfação dos destinatários, tanto dos benefícios produzidos pelo Estado na proteção de direitos fundamentais, quando daqueles que pagam o preço da despesa.

Em termos de políticas públicas, entende-se que os custos a elas relacionadas encontram-se no quarto tipo. Nesse ponto, a avaliação das leis orçamentárias aprovadas pelo Poder Legislativo e o direcionamento das agendas e programas temáticos implementados pelo Poder Executivo devem proporcionar aos Órgãos de Controle o possível monitoramento baseado no acompanhamento intensivo do desempenho das ações executadas, na verificação da consecução das metas estabelecidas, na observação da garantia do orçamento pelo equilíbrio financeiro e na correção de distorções de obstáculos burocráticos, administrativos, legais e jurídicos que criam restrições à aplicação dos recursos.

Assim, uma das vias para diminuição dos custos dos direitos reside na maximização da eficiência dos recursos públicos, na melhoria do planejamento das políticas públicas e na competente gestão administrativa capaz de implementar ações coordenadas de curto, médio e longo prazo.

## 7. O custo do Estado

O Estado brasileiro, a partir do período republicano, modificou significativamente sua organização político-administrativa e procurou cada vez mais estabelecer uma autonomia funcional e estrutural dos entes federativos, principalmente dos municípios.

A primeira Constituição Republicana de 1891 erigiu a autonomia dos municípios como princípio constitucional (art. 6º, inc. II, f), mas dedicou, mais adiante, apenas um dispositivo aos municípios (art. 68), em que se asseguraria a autonomia dos municípios em tudo quanto respeitasse seu peculiar interesse. Mas, na prática, segundo Meirelles<sup>24</sup>, durante o período de vigência dessa Constituição, não houve a tão assegurada autonomia municipal.

Na Constituição de 1934, o art. 13 conferia certa autonomia ao município no tocante à organização dos serviços de sua competência, na decretação de seus impostos e aplicação de suas rendas, e previu a eletividade dos vereadores e do prefeito, podendo este ser eleito por aqueles. O prefeito da capital do Estado e nas estâncias hidrominerais poderia ser nomeado pelo respectivo Governador (art. 13, §2º). Introduzir a transferência de parte da receita estadual de impostos aos municípios de onde tenha provindo a arrecadação (art. 10, parágrafo único), o que constituiu especial inovação constitucional.

Em 1937, uma nova Constituição adotou um regime político centralizado. As atribuições e os tributos municipais mantiveram-se basicamente os mesmos da Constituição anterior (art. 26), porém, mudança significativa ocorreu com a forma de nomeação dos prefeitos, que passaram ser atribuição do governador do estado (art. 27).

Em 1946, a nova Constituição Federal consolidou a abertura política naquele período. A autonomia municipal foi assegurada parcialmente, garantindo a eleição direta de prefeitos, menos os das capitais dos Estados, onde houvesse estâncias hidrominerais, e nos que a lei federal decretasse por base ou porto militar de excepcional importância para a defesa externa do país.

Em 1964 houve com o Ato Institucional n. 1, de 9 de abril, a instalação de um novo governo, de administração militar. A Emenda Constitucional n. 18, de 1 de dezembro de 1965, instituiu o Fundo de Participação dos Municípios - FPM, regulamentado pelo Código Tributário Nacional, CTN, de 25 de outubro de 1966.

---

<sup>24</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 85.

O FPM foi ratificado pela Constituição Federal de 1967 (art. 26). Na Constituição Federal de 1988 também previu o FPM em seu art. 159 e aumentou a participação do FPM no Imposto de Renda e no Imposto de Produtos Industrializados, na época, no percentual de 22,5% (vinte e dois e meio por cento). Com a Emenda Constitucional n. 14, de 12 de dezembro de 1996, criou-se o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, FUNDEF, cuja fonte de recursos estava a dedução de 15% (quinze por cento) nos repasses do FPM.

A Emenda Constitucional n. 53, de 19 de dezembro de 2006, substituiu o FUNDEF pelo FUNDEB - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Básico e de Valorização do Magistério, em que as fontes de recursos incorporaram novas transferências intergovernamentais obrigatórias, e a dedução do FUNDEB é de 20% (vinte por cento) do repasse, segundo a Lei n. 11.494, de 20 de junho de 2007.

Já a Emenda Constitucional n. 55, de 20 de setembro de 2007, acresceu a alínea “d” ao inciso I, do art. 159 e adicionou 1% (um por cento) ao percentual do FPM, passando com o disposto na alínea “a”, inciso I do art. 159, a soma de 23,5% (vinte e três e meio por cento), calculado sobre 49% (quarenta e nove e meio por cento) do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de toda natureza e sobre produtos industrializados (art. 159, inc. I).

Analisando a divisão territorial dos municípios no Brasil de 1872 a 2010<sup>25</sup>, verificamos que, de 1955 a 1975, e de 1985 a 2005, tivemos os maiores percentuais de crescimento no número de municípios. No primeiro período, de aproximadamente 1.600, passamos a 3.850 municípios, e, no segundo, de 3.900 para 5.500 municípios. Hoje, o número oficial de municípios no Brasil é de 5.570.

Uma das possíveis causas da onda emancipacionista dos municípios, que de vilas e distritos passaram à categoria de municípios, está no sistema partição de tributos, realizados através pelo Fundo de Participação dos Municípios, FPM, instituído em 1964, para favorecer os municípios mais pobres.

Sob o pretexto de que com o maior número de municípios a população estaria mais próxima do Estado e das políticas públicas, milhares de municípios foram criados, e com isso toda uma pesada e onerosa estrutura, com a formação obrigatória de um Poder Executivo e de um Legislativo Municipal, acabaram por “tomar” parte dos recursos

---

<sup>25</sup> IBGE. Evolução da divisão territorial no Brasil – 1872-2010. Rio de Janeiro, 2011.

paraprópria sustentação e sobrevivência, como se esse fosse a solução para os problemas de implementação e acesso às políticas públicas.

No entanto, essa multiplicidade de divisões territoriais no Brasil acabaram por revelar verdadeiras disparidades, pois se verifica, por exemplo, que na área territorial de um único município, como o de Corumbá (MS), que possui aproximadamente 64.960 km<sup>2</sup>, estados como a Paraíba, com 56.585 km<sup>2</sup>, possuem 223 municípios; Sergipe, com 21.910 km<sup>2</sup>, com 75 municípios; Alagoas, com 27.768 km<sup>2</sup>, possui 102 municípios; e Pernambuco, com 98.312 km<sup>2</sup>, congrega 185 municípios. Milhares desses municípios não têm condições nenhuma de se autossustentar, exceto pelo exclusivo valor do FPM, o que por si não justificaria a própria existência, pois cria um assistencialismo dúplice: a da própria estrutura do ente município, que precisa de uma Câmara, uma dezena de secretarias e centenas de servidores que são subaproveitados pela própria precariedade da estrutura à disposição para prestação do serviço público; e da dependência que a população local possui do pouco que sobra em razão dos encargos da máquina administrativa, da má gestão, do desvio e do mau emprego do dinheiro público.

O que justifica, portanto, que em áreas tão diminutas territorialmente existam dezenas, centenas de municípios, que multiplicam estruturas pesadas e desnecessárias, fazendo com que o custo com o terceiro tipo seja inutilmente destinado, provocando um desvio legalizado dos valores que deveriam ser investidos em verdadeiras políticas públicas e em prol da população?

Em territórios tão pequenos, não é possível admitir que uma política pública seja tão desigual ou possua uma peculiaridade tão marcante em relação ao município vizinho localizado a menos de 50 km de distância.

Encarar diminutas diferenças como justificativas para implementação de políticas públicas desiguais para territórios contíguos e próximos, e servindo de fundamentação para uma divisão territorial é por demais danosa do ponto de vista da gestão administrativa.

Se a gestão administrativa fosse absolutamente eficiente e levasse em consideração o alcance de políticas públicas para um território mais abrangente, poderíamos afirmar que muitos dos atuais 5.570 municípios, poderiam ser extintos, voltando a ser distritos. Com a readequação do cálculo do FPM redimensionado à incorporação, os municípios restantes deveriam receber o valor do município extinto e assim, sem ter de dividi-la com a pesada manutenção da máquina municipal, poderiam manter uma estrutura mínima, mas de qualidade nesses distritos, de forma atender à



população com eficiência em escolas e postos de saúde equipados, e com estruturas leves e avançadas em outras, o que diminuiria sensivelmente o custo dos direitos pela diminuição do custo do Estado.

## **8. Conclusão**

A Constituição Federal de 1988 é sem dúvida a mais democrática das constituições nacionais. É o reflexo normativo de ruptura com o regime anterior mas que também absorveu as diversas manifestações de liberdades que foram construídas principalmente no pós-Segunda Guerra Mundial.

Com a expansão da proteção constitucional dos direitos considerados fundamentais, haveria de destinar a alguém a missão de garantir sua proteção. O Estado então, é chamado a instituir, manter e aperfeiçoar mecanismos de assegurem usufruir desses direitos, de modo a contemplar o melhor bem-estar possível aos seus destinatários.

Dessa forma, a Constituição de 1988 estabeleceu uma infinidade de direitos, nas mais diversas áreas, atribuindo principalmente ao Estado o papel de protagonista para sua efetivação.

A formulação mais adequada para concretização desses direitos ocorre por meio de um planejamento minucioso que sedimente a atuação de Estado numa importante área social e que seja o reflexo de uma Política Pública, estruturando portanto, um conjunto de planos, programas, ações e atividades que assegurem a solução de problemas de interesse público, podendo ser específicos, como a construção de hospitais e escolas, e que promovam o desenvolvimento do país e a satisfação da sociedade.

O reflexo de um adequado planejamento das políticas públicas resultam em eficientes serviços ofertados pelo Estado, de modo a observar requisitos como permanência, generalidade, cortesia e economicidade. Seja pela via direta, seja pela terceirização, os serviços públicos não podem estar dissociados de uma política pública que a fundamente e a direcione para consecução de determinados objetivos gerais e específicos atinentes a cada área de atuação estatal.

Porém, ainda que constitucionalmente seja dever do Estado atuar como protagonista para concretização dos direitos fundamentais, há que se considerar que, para sua efetivação existe um custo, e que esbarra em discussões pragmáticas entre a limitação dos recursos financeiros e a garantia do mínimo existencial.

O ponto de equilíbrio entre os deveres do Estado e os direitos dos cidadãos encontra-se na eficiente distribuição das receitas e despesas destinadas às políticas públicas nas leis orçamentárias.

A avaliação das leis orçamentárias, o direcionamento das agendas e programas temáticos implementados pelo Poder Executivo e o monitoramento pelos Órgãos de controle sobre as metas estabelecidas, possibilitam ao Estado a correção de distorções e ao equilíbrio financeiro por meio da maximização dos recursos públicos, na melhoria do planejamento das políticas públicas e na competente gestão administrativa.

Ainda que o Estado consiga maximizar seus recursos entende-se necessário uma nova reflexão sobre o seu próprio custo. A expansão do Estado pela criação de novos municípios torna ainda mais oneroso e ineficaz a implementação de políticas públicas uma vez que não se pode conceber que municípios com idênticas situações sociais implementem políticas públicas totalmente diferentes simplesmente pelo fato de estarem sob a administração de diferentes gestores.

Não constitui solução o aumento da arrecadação pelo Estado se no lado da despesa os valores precisam ser diluídos para manutenção de uma pesada estrutura de secretarias municipais e de câmaras legislativas que pouco contribuem para desoneração dos custos dos direitos. A diminuição do número de municípios no país traria mais recursos a todas as áreas sociais, possibilitando uma eficiente implementação de políticas públicas que garantiriam a efetivação dos direitos fundamentais preconizado na Constituição Federal de 1988.

## **Bibliografia**

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: avanço social, equilíbrio institucional e legitimidade democrática. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no STF**(e-book). Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente**. Curitiba: Juruá, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

KOHAMA, Heilio. **Contabilidade pública: teoria e prática**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 239

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Revista Doutrina TRF4**. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Edição 24, Porto Alegre: Emajis, 2008.

TAMAMES, Ramón et al. **Remunicipalización: ciudadessin futuro?** Barcelona: Profit Editorial, 2017.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.