

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

CARLOS ANDRÉ BIRNFELD

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

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

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito Administrativo e Gestão Pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos André Birnfeld; José Sérgio da Silva Cristóvam; Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini.
– Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-759-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

O XII Encontro Internacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 12 e 14 de outubro de 2023, na bela e acolhedora Buenos Aires (ARG), seguramente será um marco nos encontros internacionais do CONPEDI - destacado como o maior, mais concorrido e um dos mais qualificados encontros internacionais já realizados. O evento ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevada qualidade, a exemplo do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I”, que reuniu um qualificadíssimo conjunto de pesquisadores de todas as regiões do Brasil e contou também com a integração de colegas pesquisadores na Argentina, com artigos marcados pela destacada pertinência acadêmica e inquestionável relevo prático.

A marca que permeou os artigos apresentados pode ser sintetizada no apuro intelectual e atualidade, com comunicados científicos e discussões de alta qualidade, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pela perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRETIONARIEDADE ADMINISTRATIVA PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOCIAIS
2. ANVISA E O CONTROLE JUDICIAL DE SEUS ATOS NORMATIVOS: AUTOCONTENÇÃO PARA EVITAR O ATIVISMO
3. COM AS MUDANÇAS, A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTINUA EFICIENTE?
4. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, GOVERNO DIGITAL E GESTÃO POR RESULTADOS NO SETOR DOS RESÍDUOS SÓLIDOS

5. ESTRATÉGIAS ANTICORRUPÇÃO: APRENDIZADOS PARA O BRASIL A PARTIR DAS EXPERIÊNCIAS DO REINO UNIDO E DOS ESTADOS UNIDOS

6. IMPACTOS NO ORÇAMENTO PÚBLICO EM FACE DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

7. O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA COMO MECANISMO DO DIREITO PRIVADO JUNTO AOS PROCESSOS LICITATÓRIOS NA LEI 14.133/2021

8. O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO

9. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DE COBRANÇA NOS TRIBUNAIS DE CONTAS: CASO DO GESTOR FALECIDO

10. PARADIGMAS PARA CRIAÇÃO DO MÍNIMO CONSTITUCIONAL EM ASSISTÊNCIA SOCIAL COM FOCO NO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO

11. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA EDUCACIONAL: ALTERNATIVA DE AMPLIAÇÃO INSTITUCIONAL PARA MELHORIA DA QUALIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

12. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE POR AUTOPROMOÇÃO COMO COROLÁRIO PARA A PERDA DO MANDATO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

13. A RESPONSABILIDADE DO DATA PROTECTION OFFICER (DPO) NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

14. O TERRITÓRIO-REDE COMO CATEGORIA ESTRATÉGICA PARA SE PLANEJAR O DESENVOLVIMENTO

Um rico conjunto de temáticas, que evidencia a firme marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Registramos os sinceros cumprimentos ao CONPEDI, pela elevada qualidade deste belo encontro internacional, e agradecemos aos colegas da Universidad de Buenos Aires (UBA), pela afetuosa acolhida que tivemos e pelos importantes momentos de integração e divulgação da pesquisa científica na área do Direito. A culinária, a hospitalidade do povo argentino e a destacada beleza de Buenos Aires, sua história, praças e parques conquistaram a todos nós!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas!

Buenos Aires (ARG); Florianópolis (SC), Curitiba (PR) e Rio Grande (RS), outubro de 2023.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – UNICURITIBA (PR)

Prof. Dr. Carlos André Sousa Birnfeld – Universidade Federal do Rio Grande (FURG)

PARADIGMAS PARA CRIAÇÃO DO MÍNIMO CONSTITUCIONAL EM ASSISTÊNCIA SOCIAL COM FOCO NO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO

PARADIGMS FOR THE CREATION OF THE CONSTITUTIONAL MINIMUM IN SOCIAL ASSISTANCE FOCUSING ON THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FOOD

Erica Antonia Bianco De Soto Inoue

Resumo

Trata o presente artigo da sugestão de criação de um mínimo constitucional voltado à Assistência Social, nos moldes já existentes para Saúde e Educação. Com o crescente aumento do número de pessoas se enquadrando nos critérios de vulnerabilidade e de super vulnerabilidade, dada a escassez de recursos, de alimentos e de condições de vida digna, há a exigência de que o poder público passe a destinar mais recursos para o combate à essas fragilidades, providenciando meios de proteção e garantia de dignidade às pessoas que ali se enquadram. O objetivo desta pesquisa, portanto, é responder ao problema da viabilidade de criação de um mínimo constitucional assistencial, de forma que se tenha uma nova obrigação orçamentária municipal dos vulneráveis. Para tanto, utiliza-se a pesquisa bibliográfica ainda em construção, mas que já permite a sinalização positiva da adequação legislativa constitucional e infraconstitucional nos moldes ora propostos, notadamente quanto à regulamentação de políticas públicas com critérios objetivos de aplicação e direcionamento de recursos a serem fiscalizados pelos órgãos de controle externo. Com a criação do mínimo constitucional assistencial espera-se que haja segurança alimentar e nutricional às camadas mais vulneráveis da população, como forma de efetivação do direito constitucional à alimentação e à uma vida digna dentro da sociedade em que vivem.

Palavras-chave: Mínimo constitucional, Assistência social, Direitos fundamentais, Alimentação

Abstract/Resumen/Résumé

This article deals with the suggestion of creating a constitutional minimum for Social Assistance, along the lines that already exist for Health and Education. With the increasing number of people meeting the criteria of vulnerability and super vulnerability, given the scarcity of resources, food and dignified living conditions, there is a demand that the public power allocate more resources to combat to these weaknesses, providing means of protection and guarantee of dignity to the people who fit there. The objective of this research, therefore, is to respond to the problem of the feasibility of creating a constitutional minimum of assistance, so that there is a new municipal budgetary obligation for the vulnerable. To this end, bibliographical research still under construction is used, but which already allows for positive signaling of constitutional and infraconstitutional legislative adequacy in the manner

proposed here, notably regarding the regulation of public policies with objective criteria for the application and direction of resources to be monitored by external control bodies. With the creation of the constitutional minimum of assistance, it is expected that there will be food and nutritional security for the most vulnerable sections of the population, as a way of realizing the constitutional right to food and a dignified life within the society in which they live.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional minimum, Social assistance, Fundamental rights, Food

INTRODUÇÃO

As mudanças climáticas e sanitárias mundiais dos últimos anos geraram um agravamento da situação de vulnerabilidade de inúmeros povos ao redor do globo terrestre. Com a pandemia, iniciou-se a escassez de alimentos, de insumos, de remédios, de itens básicos essenciais, uma vez que sua produção depende da força humana a partir da produção da matéria-prima até a chegada do produto ao consumidor final.

Para que essa cadeia produtiva aconteça, é necessário que o ser humano dê seu tempo e sua força de trabalho, use seu conhecimento e sua saúde, em prol da sociedade em que vive.

Contudo, o que mais se percebe é que se por um lado há grande concentração de riquezas nas mãos de poucos, por outro lado há grande falta de riquezas nas mãos de muitos.

Este trabalho tem como objetivo analisar, dentro das normativas jurídicas e das possibilidades legislativas brasileiras, a possibilidade de se adotar um mínimo constitucional, nos moldes dos dois já existentes (saúde e educação) para Assistência Social.

Este mínimo constitucional assistencial teria como finalidade combater a fome e a extrema pobreza das camadas mais vulneráveis da sociedade. Aqui, escolhe-se o viés alimentar, - ainda que se saiba que a fome não existe apenas naqueles considerados de baixa renda -, como parâmetro exemplificativo de direito fundamental violado, contudo, não há empecilhos à sua aplicação igualmente para outros direitos essenciais, como moradia, vestuário, etc.

O direito à alimentação, quando em conjunto com os demais direitos fundamentais, é considerado meio condutor, ou seja, é considerado instrumento para se alcançar um padrão de vida digno e de bem-estar. Deixa de ser restrito à necessidade nutricional do organismo passando a ser também um elemento de garantia social, logo, passível de proteção estatal ampla.

Justifica-se, portanto, a presente pesquisa em razão da importância de se reconhecer o direito à alimentação como direito essencial não apenas para subsistência, mas mais amplamente como propiciar ao ser humano a adequada forma de suprimento alimentar, a estabilidade desse suprimento e a garantia do acesso a ele.

Uma vez reconhecido tal direito, e sendo um de seus vieses a garantia de acesso a ele, esta pesquisa sugere a criação de um mínimo constitucional assistencial justamente para que o poder público seja obrigado legalmente a providenciar a efetividade desse direito fundamental, seja através da criação de políticas públicas objetivas e fiscalizáveis, seja através de controle direto dos vulneráveis sob sua responsabilidade.

É importante observar neste sentido que a Lei no. 11.346/06 enfatizou o caráter amplo do direito à alimentação nos moldes propostos pelos muitos Pactos e Tratados de Direitos Humanos já redigidos no mundo. Por aquela lei, integra o conceito de alimentação o seu acesso facilitado, sua forma de consumo, sua finalidade nutricional e sua disponibilidade. Tal direito fundamental somente será considerado efetivado quando presentes todos estes requisitos.

Não há como se falar de direitos fundamentais se não forem direitos passíveis de serem exigidos, “em especial porque a história dos direitos fundamentais é marcada por lutas para a sua efetividade” (BISPO, 2014, p. 46).

Para construção do tema, portanto, serão trabalhados os tópicos sobre direito fundamental à alimentação, como escolhido dentre os muitos existentes, para ilustrar a importância da construção e criação de um mínimo constitucional assistencial. Isto porque é um de seus objetivos primeiros a garantia de que os mais vulneráveis terão alimentação adequada e constante para seu desenvolvimento pessoal e social.

Em continuação, serão trabalhados os conceitos sobre os mínimos constitucionais já existentes e as premissas que os compõem, notadamente quanto à sua proteção, seu controle e suas formas de compensação e punição por descumprimento.

A finalidade deste tópico está em demonstrar que o mínimo constitucional assistencial poderá ser criado de forma independente no formato já existente ou na forma de interdisciplinaridade com os mínimos da saúde e da educação, compensando-se receitas e despesas em destinações aplicáveis à ambas as áreas.

Na terceira parte serão expostos sugestões de paradigmas para criação do mínimo constitucional proposto, quais sejam: previsão constitucional, obrigatoriedade de vinculação de recursos específicos para sua efetividade, estudos locais de prioridades, elaboração de programas e políticas públicas voltados à minimizar e até a extinguir a situação de extrema pobreza e insegurança alimentar conforme parâmetros regionais.

Encaminhando-se para a conclusão, serão feitas considerações relevantes sobre problemas aventados quando se trata de efetivação de direitos fundamentais e a escassez de recursos públicos, mais especificamente sobre a reserva do possível e a ponderação de princípios.

Desta forma, na conclusão sugere-se a ampliação legislativa constitucional, seja de forma individual, seja de forma interdisciplinar, para que seja criado um mínimo constitucional assistencial obrigatório vinculativo de receitas municipais para proteção de super vulneráveis conforme suas necessidades locais mais prioritárias a serem combatidas pelo poder público.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe longo rol de direitos fundamentais e sociais a serem observados pelos gestores públicos, bem como pelo setor privado e pelo capital humano no trato com seus pares.

A preocupação do Constituinte manteve seu foco na saúde e na educação, possivelmente como meio de desenvolvimento pessoal dentro de uma sociedade capitalista meritocrática e de um conceito popular de bem-estar social.

Mais de 30 anos depois, o que pouco se percebe são os resultados decorrentes da obrigatoriedade de aplicação de um mínimo de recursos públicos em ambas as áreas. O que se pode imaginar, é que sem essa obrigação, com a maioria dos gestores públicos sendo despreparados para lidar com leis orçamentárias ou assuntos específicos, a população brasileira estaria vivenciando uma crescente perda de qualidade de vida.

Neste sentido, traz-se como destaque o direito fundamental à alimentação e à segurança alimentar, a qual abarca a fome e a falta de alimentos, mas a isto não se limita. Aliás, é de grande estranheza que o direito à alimentação, de tamanha importância, só tenha entrado sob os holofotes públicos com o início da discussão sobre mínimo existencial e a reserva do possível.

Sua literal e vital importância deveria ter sido destacada junto aos mínimos constitucionais de garantia de uma alimentação adequada, saudável e diária, obrigando o poder público a garantir fatia expressiva de seu orçamento para que todo ser humano possa contar com pelo menos uma boa refeição por dia, já que se trata de direito fundamental decorrente do próprio direito à vida e à dignidade humana.

A proposta do mínimo constitucional voltado à assistência social tem como finalidade a proteção dos super vulneráveis naquilo que se tem como base a sua dignidade humana: alimentação, vestimenta, água potável etc.

Subordinar a proteção dos vulneráveis a uma reserva do possível traz insegurança jurídica e alimentar tanto quanto sujeitar o destino dos recursos públicos à escolha de legisladores despreparados que preferem obras desnecessárias, pontes que ligam nada a lugar nenhum (no ditado popular), investimentos de fachada, publicidade pessoal que se confunde com publicidade institucional, apoio às causas de destaque social sem estudo local de prioridades, dentre outros.

Nesta construção de raciocínio, cabe primeiramente compreender o que se entende por direito à alimentação ou à segurança alimentar, aqui trabalhado como conceitos idênticos por razões metodológicas.

Conforme Vanesca Freitas Bispo (2014, p. 57), ao falar em alimentação é necessário que se compreenda que o conceito se modificou ao longo dos anos. No passado, alimentação era vista como mera forma de se matar a fome; atualmente, há sensível diferença entre esta e o conceito de alimentação adequada.

Não há dúvida de que vivemos em um mundo faminto, num mundo que sofre dos mais variados tipos de fome, isto é, de deficiências ou carências sistemáticas dos princípios alimentares essenciais ao equilíbrio vital do organismo. Humano. Do complexo e emaranhado desenho da fome, porém, destacam-se dois traços marcantes que expressam os aspectos mais alarmantes do problema e que estão a exigir dos grupos responsáveis uma maior parcela de atenção; a insuficiência calórica, ou seja, a deficiência total de energia que o atual potencial humano necessita para se manter em estado de equilíbrio vital e a deficiência de proteínas, ou melhor, dos seus componentes – os aminoácidos indispensáveis à elaboração do substrato do protoplasma vivo. (CASTRO, 1984, p. 38)

Depreende-se que, assim como a saúde e a educação, direitos fundamentais portadores de índice constitucional obrigatório, a alimentação também é indispensável ao desenvolvimento e formação do ser humano.

Vanesca expõe com propriedade o pensamento atual de que a mera decisão política de distribuição aleatória de cestas básicas ou a existência de políticas públicas emergenciais mal formuladas não são suficientes para se combater a fome, já que esta não é um problema temporário e individual, como também não é um problema local ou restrito à simples ausência de comida. Ela é mundial e pode abranger até aqueles que não passam fome, mas possuem déficit de nutrientes importantes para manutenção da vida, o que se nomeia de fome oculta ou desnutrição.

Tendo causas diversas, a fome na visão doutrinária atual não mais se vincula exclusivamente à má distribuição de renda, muito embora esta seja vista como uma das suas causas. Isto porque a fome pode ser encontrada inclusive nas camadas mais elitizadas da população, quando se trata de análise de quantitativo ingerido e valores nutricionais deficitários.

Aqui, vale-se da prática metodológica dedutiva de afinilamento temático. Desta forma, o foco dos tópicos seguintes se dará na proteção dos super vulneráveis, ou seja, daqueles que se encontram em situação de pobreza extrema e que não possuem acesso ou cujo acesso é extremamente escasso à alimentação.

Surgirá, neste contexto, a responsabilidade do poder público em proteger este direito fundamental por implicar não apenas na questão da dignidade humana, mas na atração dos

demais direitos fundamentais e sociais como igualdade, saúde, desenvolvimento pessoal, entre outros.

Para que se compreenda, portanto, a importância da criação de um mínimo constitucional que obrigue o poder público a destinar parcela de recursos orçamentários para proteção dessa camada vulnerável da sociedade, será trabalhado no tópico seguinte a formação e importância dos mínimos constitucionais já existentes e, em seguida, a forma e os critérios necessários para concretização desta proposta, qual seja: paradigmas para criação de um mínimo constitucional voltado à Assistência Social e à garantia de efetivação dos direitos fundamentais do ser humano.

2 MÍNIMOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICAÇÃO

Atualmente, a legislação constitucional brasileira impõe aos entes públicos a observância de apenas dois percentuais mínimos de aplicação de recursos orçamentários, quais sejam: educação e saúde.

A previsão destes mínimos se encontra nos artigos 198 e 212 da Constituição Federal, e trazem o percentual de 15% da receita corrente bruta para saúde e o percentual de 25% da mesma receita para educação.

Esses recursos possuem origem na arrecadação municipal com tributos locais, tais como IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), ISS (Imposto Sobre Serviços) e ITBI (Imposto de Transmissão de Bens Imóveis Intervivos). A estes, somam-se os repasses estaduais e federais, como os provenientes da cota parte do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias), do FPM (Fundo de Participação dos Municípios), parte da arrecadação do IR (Imposto de Renda) e do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados).

Há real importância na observância a esses percentuais, pois seu descumprimento injustificado acarreta a reprovação de contas pelo Tribunal de Contas do Estado bem como a possibilidade de se impetrar com Ação Civil Pública por improbidade do gestor público.

Em maior proporção, a reprovação das contas pela não observância aos índices constitucionais mínimos exige que haja compensação de investimentos no futuro e pode levar, inclusive, à suspensão das transferências voluntárias, nos moldes previstos no artigo 25. §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal e à intervenção estadual (art. 35, III da mesma lei).

A compensação é medida hábil a tentar recuperar a falta de investimentos mínimos nas suas áreas de obrigação e deve ocorrer através de ações programadas e adaptadas às leis orçamentárias que garantirão sua execução no futuro.

Na prática, a intervenção do Poder Judiciário é de grande importância, uma vez que ainda se tem o parecer do Tribunal de Contas como meramente opinativo, cabendo àquele sua execução eficaz.

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. MUNICÍPIO: APLICAÇÃO, NO ENSINO, DO PERCENTUAL DE 25% DA RECEITA PROVENIENTE DE IMPOSTOS. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE: LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. C.F., art. 127, art. 129, III, art. 212. I. - Ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra Município para o fim de compeli-lo a incluir, no orçamento seguinte, percentual que completaria o mínimo de 25% de aplicação no ensino. C.F., art. 212. II. - Legitimidade ativa do Ministério Público e adequação da ação civil pública, dado que esta tem por objeto interesse social indisponível (C.F., art. 6º, arts. 205 e segs, art. 212), de relevância notável, pelo qual o Ministério Público pode pugnar (C.F., art. 127, art. 129, III). III. - R.E. conhecido e provido. (STF, RE 190938 / MG - MINAS GERAIS, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 14/03/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma)

Acima, tem-se não apenas a legitimidade do Ministério Público para promover Ação Civil Pública que vise a complementação de valores via compensação para se atingir os 25% constitucionais em educação, mas a eficaz produção jurisprudencial da Suprema Corte neste sentido.

Em medida mais rígida, caso não ocorra a correção e compensação acima mencionada, é cabível também a intervenção estadual, nos termos do artigo 35, III da Constituição Federal.

A rejeição das contas pela falta de aplicação do mínimo constitucional pode levar à emissão de parecer desfavorável, principalmente porque, na prática, notadamente na área de educação, 20% dos recursos são automaticamente amortizados no repasse do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), cabendo ao ente municipal destinar 5% de seus recursos externos ao ensino. O mesmo não ocorre com os 15% aplicáveis à saúde que saem na sua integralidade dos cofres públicos locais.

Vale lembrar que, muito embora o Poder Legislativo seja aquele apto a fiscalizar as contas do Poder Executivo, pode não acatar o parecer prévio do Tribunal de Contas, sendo que por maioria absoluta de seus membros, pode tornar uma reprovação de contas em aprovação.

A única recomendação (sem punições previstas àqueles que mudam o parecer por interesse meramente político) é a de que haja fundamentação de forma objetiva para aprovação de contas que não observaram os mínimos legais.

Como última penalidade pela não observância dos mínimos constitucionais, está o previsto no artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal que veda transferências voluntárias quando o município não aplica o mínimo em educação e saúde.

Vale esclarecer que, em relação ao mínimo aplicável à saúde, muito embora a Constituição Federal preveja a criação de lei complementar que estabeleça percentuais, normas de fiscalização e controle das despesas aplicadas no setor, por não trazer a fonte dos recursos como acontece com a educação, acaba por não estabelecer uma base de cálculo adequada, utilizando-se na prática, as receitas tributárias diversas, sem os descontos “na fonte” como acontece com os recursos do FUNDEB e sua complementação posterior pelo ente público.

Diante desse quadro, verifica-se a necessidade de gerenciar com maior eficiência e eficácia a utilização do dinheiro público, que passa a ser um importante instrumento na aplicação dos recursos disponíveis para saúde e educação. “Para se alcançar melhores resultados e proporcionar uma melhor utilização e controle dos recursos neles aplicados, além de fornecer aos formuladores de políticas sociais e aos gestores de programas dados importantes para o desempenho de políticas mais consistentes e para a gestão pública mais eficaz” (COSTA e CASTANHAR, 2003, p. 971)

Nesta linha de proteção constitucional, analisando-se a base de elaboração de diversas leis orçamentárias municipais, percebe-se que há margem para aplicação efetiva de um mínimo constitucional em assistência social cuja finalidade seja a proteção dos super vulneráveis em termos de garantia do direito fundamental à segurança alimentar.

Isto porque, na situação em que se encontram os mais vulneráveis da sociedade, pode-se criticar o uso de recursos públicos em ações voltadas ao velho “pão e circo”, sendo que o pão nem sempre chega à mesa dos brasileiros em situação de extrema pobreza.

Gastos com eventos em cidades não turísticas, gastos com publicidade institucional não educativa ou preventiva, gastos com obras não prioritárias são exemplos de como há meios de aplicação dos recursos públicos naquilo que se entende ser primário à governança municipal.

Vale destacar que o enfoque municipal é dado como meio dedutivo de análise orçamentária, pois a arrecadação possui origens diversas, porém mensuráveis e programáveis por meio de estimativas. No final, para o cálculo de prestação de contas, no entanto, valerá a arrecadação real contabilizada ao final de cada exercício financeiro.

3 PARADIGMAS PARA CRIAÇÃO DE UM MÍNIMO CONSTITUCIONAL EM ASSISTÊNCIA SOCIAL

A busca pela normatização específica da assistência social no texto constitucional possui raízes na ineficácia de deixar à discricionariedade dos governantes o montante a ser aplicado no combate à pobreza, à fome, à deficiência de moradia, dentre outros problemas de grande vulnerabilidade social.

Konrad Hesse traz importante estudo sobre a força normativa da Constituição ou, mais precisamente, das normas constitucionais (HESSE, 1991).

Na prática, percebe-se que os mínimos constitucionais voltados à saúde e à educação ao longo de todos os anos em que foram colocados obrigatoriamente em prática auxiliaram, porém não de forma ampla, no combate às mazelas da população brasileira.

O caminho do bem-estar físico e da capacitação de jovens e adolescentes para o mercado de trabalho foi sedimentado sem que outros componentes sociais fossem igualmente incentivados, tais quais a abertura de novos postos de trabalho, a qualificação profissional para profissões emergentes, a falta de novas oportunidades para os que não conseguem terminar seus estudos ou até mesmo condições mínimas de subsistência para operacionalizar todo o resto.

Oferecer remédio e estudo, falando-se grosso modo, não resolve o problema da falta de um teto ou de comida na mesa. Muitas crianças possuem como única refeição aquilo que recebem na merenda escolar durante o período que passa na escola. Foi notícia no Brasil todo que, durante a pandemia, inúmeras crianças e jovens ficaram sem ter o que comer, obrigando o governo a permitir e legalizar a distribuição de refeições pelas escolas para minimizar o problema.

Nesse sentido, a Lei no. 13.987/2020 que fala:

Art. 1º A Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 21-A:

“Art. 21-A. Durante o período de suspensão das aulas nas escolas públicas de educação básica em razão de situação de emergência ou calamidade pública, fica autorizada, em todo o território nacional, em caráter excepcional, a distribuição imediata aos pais ou responsáveis dos estudantes nelas matriculados, com acompanhamento pelo CAE, dos gêneros alimentícios adquiridos com recursos financeiros recebidos, nos termos desta Lei, à conta do Pnae.”

Analisando-se o contexto sociojurídico dentro de uma realidade pós-pandêmica, tem-se que os paradigmas necessários à criação de um mínimo constitucional com força normativa de obrigatoriedade e eficácia voltado à assistência social seriam: previsão constitucional, obrigatoriedade de vinculação de recursos específicos para sua efetividade, estudos locais de prioridades, elaboração de programas e políticas públicas voltados à minimizar e até a extinguir a situação de extrema pobreza e insegurança alimentar conforme parâmetros regionais.

Neste sentido:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas da sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser consideradas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. (HESSE, 1991, p. 14-15)

É graças a essa pretensão de eficácia na criação de comandos constitucionais que, nas palavras do autor supra, se tem ordem e conformação à realidade política e social (op.cit). No tocante à proteção dos vulneráveis através inicialmente da proteção específica constitucional, cabe observar também a questão dos princípios fundamentais, como o direito à vida, à dignidade, à moradia, à alimentação.

A razão, portanto, da necessidade de normatização específica reside justamente nos estudos sobre a força da Constituição e pela impossibilidade de alteração de suas cláusulas pétreas como o são os direitos fundamentais e sociais ali previstos. A força de seu texto é tamanha que nem as alterações frequentes na realidade sociopolítica possibilitam sua alteração ou sua perda de finalidade e eficácia.

Sendo assim, a criação de um mínimo constitucional é paradigma obrigatório para que a proteção à segurança alimentar comece a realmente ser princípio de aplicação imediata pelos entes da federação, fornecendo parâmetros seguros de conduta orçamentária e de fiscalização pelo controle externo e Judicial.

Nesta linha de raciocínio, tem-se que o primeiro passo seria a verificação de adequação das leis orçamentárias aos moldes constitucionais. Ou seja, com a validação constitucional de uma possível criação do mínimo constitucional para Assistência Social, será necessário verificar se os Planos Plurianuais, as Leis de Diretrizes Orçamentárias e as Leis Orçamentárias Anuais de cada município podem ser programadas para cumpri-lo nos patamares regulamentados pelos legisladores.

Ademais, a exigência de parâmetros definidos e objetivos para criação e implementação de políticas públicas locais, as quais exigem disponibilidade orçamentária, e conseqüentemente sua reserva legal, deve ser igualmente controlada e fiscalizada pelos órgãos de controle externo, sob pena de haver gastos incoerentes, desconectados e não prioritários no combate à fome e no auxílio dos super vulneráveis.

Seria interessante que houvesse a possibilidade de intercâmbio orçamentário ou de compensação financeira do mínimo assistencial com suas áreas afins, quais sejam, educação e

saúde, como forma de otimização de aplicação de políticas públicas de desenvolvimento humano, para tanto sendo necessária apenas a adequação legislativa já existente neste sentido.

A exemplo do citado, pode-se mencionar a aquisição de uniformes escolares acompanhados de calçados, mochila e material escolar pelo poder público. Em regra, tais gastos não são contabilizados no percentual da educação por serem alocados como assistenciais, contudo, ampliando-se a possibilidade de intercâmbio entre ambas as áreas, há maior facilidade de os municípios atingirem os mínimos constitucionais em suas prestações de contas.

4 QUESTÕES RELEVANTES PARA CRIAÇÃO DE UM MÍNIMO CONSTITUCIONAL ASSISTENCIAL

Ao longo das disputas judiciais cujo debate gira em torno da efetivação dos direitos fundamentais criou-se a figura da reserva do possível para justificar a não utilização de recursos públicos em causas que envolvessem um ou poucos indivíduos em detrimento da coletividade.

Sabe-se que, muito embora a norma jurídica traga no seu núcleo um *dever ser* que deve acompanhar ou modificar a realidade na qual seja incidente, este mesmo núcleo pode se tornar irrealizável pela simples ausência de condições materiais para sua concretização (BARCELLOS, 2011, p. 276).

Assim que, alegando impossibilidade financeira de atender aos comandos judiciais por escassez de recursos orçamentários ou pela possibilidade de comprometimento de serviços essenciais da coletividade em favor de um indivíduo, é que se criou o princípio da reserva do possível.

Em termos práticos, isso significa dizer que “a confiabilidade da alegação de existência ou não de recursos disponíveis para o atendimento das prestações positivas demandas do poder estatal” (NASCIMENTO, 2022, p. 104).

Sendo prática comum que haja uma demanda por necessidade urgente e ainda mais comum a alegação de inviabilidade orçamentária, é necessário que o Judiciário verifique se ambos são plausíveis e se caberia uma forma de equilibrar ou sanar o problema.

Isto porque, via de regra, o que se tem nos orçamentos municipais e estaduais é uma má alocação de recursos ou, conforme já mencionado, uma alocação político-partidária apta a cumprir um programa de governo sem maiores olhares às vulnerabilidades patentes da sociedade sob sua administração.

A exemplo disso tem-se os gastos com publicidade institucional que se tratam de verdadeiros meios de promoção pessoal do gestor, visando a perpetuação no poder. Ainda, cita-

se como exemplo os gastos com obras públicas desnecessárias ou meramente de embelezamento, as quais, muito embora sejam bonitas aos olhos, normalmente não se encontram em bairros de periferia ou de baixa renda.

Há importância na menção ao princípio da reserva do possível no seio da temática da criação de um mínimo constitucional assistencial porque com este, aquele seria argumento decadente ou raro nos tribunais, haja vista que a reserva orçamentária obrigatória existiria nos cofres públicos também para este tipo de demanda setorial emergencial.

Ao julgador caberá, portanto, analisar se é possível atender ao comando constitucional obrigando solidariamente os entes federados à sua concretização, ou se caberia a ponderação de princípios ao caso concreto pela qual o risco de danos à coletividade e o interesse público teriam primazia sobre a efetivação do direito fundamental pleiteado.

Desses argumentos surge, então, um novo problema. Em caso de real escassez de recursos, mas de grande emergência ou calamidade entre os vulneráveis, qual seria o meio eficaz de equilíbrio da situação?

Onde há escassez orçamentária deve haver alternativa na forma de arrecadação de recursos. Esta pode ser obtida através de auxílios federais, de emendas impositivas estaduais, de emendas impositivas municipais, de devolução antecipada de duodécimo, dentre outras.

A afirmação de uma impossibilidade fática de realização de um direito fundamental pressupõe a efetiva inexistência/ insuficiência de recursos estatais, de forma insuperável, para fazer frente às despesas públicas que concretizam os direitos fundamentais a prestações positivas, em determinado tempo e espaço. (NASCIMENTO, 2022, p. 105)

Havendo inviabilidade orçamentária comprovada, as alternativas são desagradáveis, porém não inexistentes. A transferência de recursos por estado de calamidade, a realização de empréstimos públicos, o aumento da carga tributária, a realocação justificada de recursos até então prioritários (finalização de obras, por exemplo), dentre outros, são meios hábeis de se garantir a efetivação de direitos fundamentais assistenciais, contudo, se realizados de forma não programada ou garantida, podem ser mais prejudiciais do que benéficos à coletividade.

Deve-se considerar, ainda, muito embora não seja enfoque da presente pesquisa, que o Brasil possui uma modalidade tributária regressiva e indireta, que não visa a solidariedade fiscal, notadamente quando há perdões de dívidas e renúncias fiscais. Em contrapartida, a solução primária a este modelo tributário se encontra justamente na arrecadação que o governo tem através de suas próprias empresas estatais, a qual equilibraria as contas públicas e permitiria a efetivação dos direitos fundamentais em um primeiro momento imediato.

Outra razão para se colocar a limitação de recursos em *perspectiva* é o fato de quem ainda que falte capacidade contributiva no presente, os Estados possuem uma capacidade de crédito bastante elástica, tendo em vista a possibilidade de aumento de receitas no futuro via elevação de tributos. Sob esse prisma, o “possível” não seria objetivamente aferível, pois o Estado poderia *possibilitar* sua atuação não só pela reorganização das prioridades orçamentárias e pela racionalização de despesas, mas também pela contração de novos empréstimos, criação de novos tributos, majoração de alíquotas e redução da sonegação. (MARINO, 2015, p. 173)

Por fim, sobre a temática das questões a serem consideradas, ainda que já brevemente comentado acima, há a questão da discricionariedade administrativa por parte do gestor ou do ordenador de despesas. Tem-se como problemática a ser sanada com a criação do mínimo constitucional pois sua existência impede que critérios mais objetivos de direcionamento de recursos públicos ocorram em âmbito local, por exemplo.

Não se prega aqui o fim da discricionariedade, pois essencial à administração pública, mas quando mal aplicada pode ser um entrave à efetivação de políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais como o da alimentação aqui trabalhado.

CONCLUSAO

Conforme amplamente abordado acima, é imperiosa a criação de um mínimo constitucional específico para Assistência Social através do qual se torne obrigatória a destinação de recursos públicos para garantia de direitos fundamentais violados pelo poder público.

Sabe-se que não há lei orçamentária que não preveja recursos para aquisição de cestas básicas, para utilização em benefícios eventuais, para campanhas do agasalho, dentre outras ações realizadas pelo poder gestor conforme sua discricionariedade e plano de governo.

Contudo, nem sempre a qualificação desses gestores permite que vejam os problemas sociais além daqueles aparentes ou interessantes para sua manutenção no poder. A realidade é mais dura e mais cara também.

Fala-se de famílias inteiras que não possuem garantida uma única refeição diária. Famílias inteiras que não possuem uma peça de roupa adequada ao seu tamanho ou ao clima da região onde vive. Famílias inteiras que sequer possuem água encanada ou energia elétrica em suas residências. Isso quando possuem um teto sobre suas cabeças.

O que se vê diariamente são os meios de comunicação noticiando o aumento da pobreza, da escassez de postos de trabalho e das grandes diferenças de oportunidades existentes nas mais diversas sociedades.

Os mínimos constitucionais criados em 1988 buscavam minimizar essas desigualdades, contudo, mais de 30 anos depois, pouco se vê de avanços neste sentido.

A proposta deste estudo é que, nos moldes como foram criados os mínimos da saúde e da educação, seja criado o mínimo assistencial com a finalidade única de oferecer dignidade aos mais vulneráveis dentro da sociedade em que vivem.

Sua utilização seria interdisciplinar com os outros mínimos, aproveitando-se a reserva de recursos para trabalhar o combate às vulnerabilidades como um todo e não em pequenos casos isolados.

Tem-se, portanto, como problema de pesquisa aqui respondido, a possibilidade de criação de um mínimo constitucional aplicável à assistência social, cuja finalidade será garantir o direito fundamental à segurança alimentar, em conjunto com os direitos fundamentais já garantidores de educação e saúde básicas à população brasileira.

A preocupação com sua viabilidade encontra-se resolvida neste sentido. No momento em que se torna possível adequar leis orçamentárias e programas de políticas públicas direcionadas e fiscalizadas por órgãos de controle, sua concretização é certa.

A busca pela efetivação dos direitos fundamentais previstos pretreamente na Constituição Federal não deve ganhar proporções de norma fictícia, quando há, sim, meios de que sejam garantidos a cada cidadão brasileiro.

Sabe-se que a resposta a todos os problemas sociais não se encontra somente na adequação orçamentária, contudo, é notório que ao longo dos anos tem sido a saída mais escolhida pelos governos federais em seus programas assistenciais de pagamentos de auxílio mensais às famílias de baixa renda.

Por fim, uma vez que esses programas encontrem recursos dentro do orçamento gerado pelo próprio município, complementado por auxílio federal e estadual, com objetivos específicos e implementação auditada, poderão deixar de ser emergenciais e se tornarem permanentes, com resultados também mais duradouros dentro daquele limite territorial local onde forem implantados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. “Há direitos acima dos orçamentos?”. In Sarlet, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 7ª reimpressão. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- BISPO, Vanesca Freitas. **Direito fundamental à alimentação adequada: a efetividade do direito pelo mínimo existencial e a reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2014.
- CASTRO, Josué de. **Fome, um tema proibido**. Últimos escritos de Josué de Castro. Anna Maria de Castro (org.). 2ª ed. Petropolis: Vozes, 1984.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: RT; Portugal: Coimbra Editora, 2008.
- COSTA, Frederico Lustosa da; CASTANHAR, José Cezar. Avaliação de programas Públicos: desafios conceituais e metodológicos. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, 2003
- FRASER, Nancy. **Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition and participation**. Stanford University, 1996.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LAZARINI, Rafael José Nadim de. **Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- MARINO, Leonardo Romero. Moldando a “reserva do possível” no tempo: a sustentabilidade fiscal como direito difuso fundamental. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. v. 5, n. 1, jan./jun. 2015.
- MELO, Omar Augusto Leite. **Análise econômica dos direitos fundamentais: consequencialismo e custo dos direitos na jurisdição (econ)stitucional do STF**. São Paulo: Editora Dialética, 2023.
- MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A constitucionalização das finanças públicas no Brasil. Devido processo orçamentário e democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NASCIMENTO, Isabel Campos. **O princípio da reserva do possível e a ponderação**: uma proposta de critérios para análise da confiabilidade epistêmica de premissas empíricas e normativas de decisões judiciais. São Paulo: Dialética, 2022.

NEVES, Helena Telino (coord.). **Direito à alimentação e segurança alimentar**. Coordenação Helena Telino Neves. Curitiba: Juruá, 2017.

STF. RE 190938 / MG - MINAS GERAIS, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Julgamento: 14/03/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma.