

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Políticas públicas, deveres
fundamentais e concretização
de direitos**

**Public policies, fundamental
duties, and the effectiveness of
rights**

Julio Pinheiro Faro

Sumário

DOSSIER FEDERALISMO

FORMA DE ESTADO: FEDERALISMO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS 2

Carlos Bastide Horbach

IMUNIDADE RECÍPROCA E FEDERALISMO: DA CONSTRUÇÃO NORTE-AMERICANA À ATUAL POSIÇÃO DO STF 14

Fernando Santos Arenhart

JUSTIÇA FISCAL, PAZ TRIBUTÁRIA E OBRIGAÇÕES REPUBLICANAS: UMA BREVE ANÁLISE DA DINÂMICA JURISPRUDENCIAL TRIBUTÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 34

Luís Carlos Martins Alves Jr

FEDERALISMO, ESTADO FEDERALISTA E A REVALORIZAÇÃO DO MUNICÍPIO: UM NOVO CAMINHO PARA O SÉCULO XXI? 52

Antonio Celso Batista Minhoto

EFEITOS POLÍTICO-JURÍDICOS DA NÃO INSTITUCIONALIZADA PARADIPLOMACIA NO BRASIL 66

Gustavo de Souza Abreu

THE MANAGEMENT OF PUBLIC NATURAL RESOURCE WEALTH 80

Paul Rose

A (IN)COMPETÊNCIA DO CONAMA PARA EDIÇÃO DE NORMAS SOBRE LICENCIAMENTO AMBIENTAL: ANÁLISE DE SUA JURIDICIDADE 118

André Fagundes Lemos

ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

TEORÍA DE LA PRESIÓN TRIBUTARIA EN BASE A LA IGUALDAD INTERGENERACIONAL: UNA PERSPECTIVA FINANCIERA Y TRIBUTARIA DEL CASO ARGENTINO 135

Luciano Carlos Rezzoagli e Bruno Ariel Rezzoagli

CRÉDITO TRIBUTÁRIO: GARANTIAS, PRIVILÉGIOS E PREFERÊNCIAS 148

Luís Carlos Martins Alves Júnior

TRIBUTÁRIO - O PARECER PGFN/CRJ 492/2011 E OS EFEITOS DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM FACE DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO* 174

Antônio Frota Neves

| | |
|---|------------|
| A SEGURANÇA JURÍDICA ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS E DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS NOS JULGAMENTOS DOS MANDADOS DE SEGURANÇA 24.781 E 25.116..... | 195 |
| Ana Paula Sampaio Silva Pereira | |
| AVALIAÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL: APONTAMENTOS PARA UMA NOVA AGENDA DE PESQUISA SOBRE O MODO DE PRODUÇÃO DAS LEIS..... | 229 |
| Natasha Schmitt Caccia Salinas | |
| POLÍTICAS PÚBLICAS, DEVERES FUNDAMENTAIS E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS | 251 |
| Julio Pinheiro Faro | |
| POLÍTICAS PÚBLICAS DE GUERRA ÀS DROGAS: O ESTADO DE EXCEÇÃO E A TRANSIÇÃO DO INIMIGO SCHMITTIANO AO HOMO SACER DE AGAMBEN | 271 |
| João Victor Nascimento Martins | |
| NEW INSTITUTIONS FOR THE PROTECTION OF PRIVACY AND PERSONAL DIGNITY IN INTERNET COMMUNICATION – “INFORMATION BROKER”, “PRIVATE CYBER COURTS” AND NETWORK OF CONTRACTS | 282 |
| Karl-Heinz Ladeur | |
| RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO | 298 |
| Edilson Enedino das Chagas e Héctor Valverde Santana | |
| A ATUAL GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA SEGUNDO A LÓGICA DE MERCADO E SUA AINDA CARACTERIZAÇÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO | 313 |
| Humberto Cunha dos Santos | |
| EMPRESAS, RESPONSABILIDADE SOCIAL E POLÍTICAS DE INFORMAÇÃO OBRIGATÓRIA NO BRASIL..... | 333 |
| Leandro Martins Zanitelli | |
| O OUTRO E SUA IDENTIDADE: POLÍTICAS PÚBLICAS DE REMOÇÃO E O CASO DOS AGRICULTORES DO PARQUE ESTADUAL DA PEDRA BRANCA/RJ..... | 350 |
| Andreza A. Franco Câmara | |
| A LEGITIMAÇÃO DO ABORTO À LUZ DOS PRESSUPOSTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... | 364 |
| Terezinha Inês Teles Pires | |
| JUSPOSITIVISMO, DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO | 392 |
| Guilherme Valle Brum | |
| A GOVERNANÇA TRANSNACIONAL AMBIENTAL NA RIO + 20..... | 406 |
| Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar | |

| | |
|--|------------|
| O QUE É UMA BOA TESE DE DOUTORADO EM DIREITO? UMA ANÁLISE A PARTIR DA PRÓPRIA PERCEPÇÃO DOS PROGRAMAS | 424 |
|--|------------|

Nitish Monebhurrun e Marcelo D. Varella

| | |
|-------------------------------|------------|
| NORMAS EDITORIAIS..... | 442 |
|-------------------------------|------------|

| | |
|---------------------------|-----|
| Envio dos trabalhos:..... | 444 |
|---------------------------|-----|

Políticas públicas, deveres fundamentais e concretização de direitos

Public policies, fundamental duties, and the effectiveness of rights*

Julio Pinheiro Faro**

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo contribuir para o aprofundamento da discussão sobre os deveres fundamentais. O seu ponto de partida é uma constatação óbvia, mas que, como tudo que é óbvio, tem demorado a ser percebido: a eficácia dos direitos fundamentais depende do cumprimento de deveres fundamentais. Após uma introdução geral sobre a classificação e o conceito de deveres, o trabalho, além da seção final, conclusiva, divide-se em duas grandes seções. Na primeira, discute-se o dever social de financiar o Estado, abordando-se, assim, as questões do abastecimento dos cofres públicos e da reserva do possível. Na segunda, discute-se o dever estatal de concretizar direitos, com uma abordagem específica sobre a alocação eficiente de recursos públicos por meio de políticas públicas.

Palavras-chave: Deveres fundamentais. Direitos fundamentais. Políticas públicas. Direitos sociais. Pagamento de tributos. Eficiência alocativa. Concretização.

ABSTRACT

The aim of this work is to discuss more extensively about the fundamental duties. Adopting as a starting point the obvious observation, but still unobserved that the fundamental rights effectiveness depends on the fundamental duties fulfillment. After a general introduction on the classification and on the concept of duties, this work, besides the final section is divided into two large sections. The first discusses the social duty of financing the State, with an approach to the questions of supplying the public coffers and the reserve of the possible. The second discusses the state duty of realizing rights, with a specific approach on the efficient allocation of public resources through public policies.

Keywords: Fundamental duties. Fundamental rights. Public policies. Social rights. Taxes payment. Allocative efficiency. Effectiveness.

* Recebido em 19/01/2013

Aprovado em 01/05/2013

** Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV); Diretor Secretário-Geral da Academia Brasileira de Direitos Humanos (ABDH); Pesquisador nos Grupos de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais” e “Direito, Sociedade e Cultura” do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado/Doutorado) da FDV; Servidor Público Federal. Email: julio.pfhs@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Que os direitos dependem de deveres não é nenhuma obviedade, como prega o senso comum.¹ Todavia, é patente o fato de que o tema dos deveres é dos mais esquecidos do constitucionalismo contemporâneo.² A preocupação excessiva em se reconhecer direitos contribuiu para um paradoxo:³ o excesso de direitos e a despreocupação com os deveres geram um impedimento na concretização de direitos. Este ensaio que aqui se inicia ocupa-se exatamente de algumas das questões sobre essa tendência engendrada pelo próprio ser humano contra a concretização dos seus próprios direitos. Essas questões serão apresentadas em dois grandes temas: *o dever da sociedade de financiar o Estado* e *o dever do Estado de concretizar direitos*.⁴

Antes, porém, de adentrar nas temáticas e seus respectivos aspectos, é preciso firmar linhas gerais sobre o tema geral: deveres fundamentais. A ideia de seres humanos serem ao mesmo tempo sujeitos de direitos e de deveres era comum no mundo antigo, detendo eles um compromisso com a comunidade. Contudo, essa ligação enfraqueceu-se e se perdeu, pelo menos na história ocidental, com o decurso dos anos. Assim, a noção do ser humano detentor de um compromisso com sua comunidade ou sociedade foi perdendo valor, sobretudo a partir da necessidade de se proteger a pessoa das ingerências estatais. Assim, falar de direitos tão só individuais foi muito comum especialmente a partir do constitucionalismo do século XVIII. Entretanto, esse vetusto modelo precisa ser substituído, porque as pessoas possuem tanto direitos quanto deveres, implicando a existência destes na existência daqueles.⁵

Os autores que já se emaranharam no assunto apontam que o conceito de dever tem historicamente influência especialmente da moral religiosa, bem como muitos institutos e conceitos jurídicos que atualmente são utilizados.⁶ No campo jurídico, tal qual no religioso, aos deveres se contrapuseram sanções. Ou seja, a previsão jurídica de um dever e o seu descumprimento pelas pessoas poderia ensejar algum tipo de castigo. Isso aproximou o pecado e o antijurídico, ligação só desfeita com a separação entre Estado e Igreja. É assaz interessante observar que muitos dos deveres que se encontram nas ordens constitucionais, especialmente na brasileira, têm a ver, ainda, com os pecados; exemplo clássico é o do furto, que consta também como um dos dez mandamentos. Da relação entre direito e moral se encontram, a princípio, dois deveres fundamentais: respeitar o sistema jurídico-constitucional e respeitar a situação jurídica de outrem. Deveres universais e naturais das pessoas.

Diante disso, os deveres podem ser divididos em *deveres fundamentais do cidadão* e *deveres de prestação estatal*. Uma vez que o foco deste trabalho recai sobre ambos os grupos, a tipologia e a conceituação hão de necessariamente contemplá-los.

Pois bem, uma primeira classificação de deveres fundamentais diz respeito ao fato de que à existência de um direito nem sempre corresponde a existência de um dever, salvo se a intenção for dizer que ao direito de

1 Trabalho produzido no Grupo de Pesquisa “Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais”, na linha de pesquisa em “Deveres Fundamentais”, do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da FDV. A linha de pesquisa em Deveres Fundamentais foi lançada no Brasil, pioneiramente, em Programas de Pós-Graduação, pela FDV, em 2010, por sugestão minha e do professor Dr. Adriano Sant’Ana Pedra.

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. *Direito Público*, n. 7, p. 80, 2005. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2004. p. 15.

3 MANTOVANI, Ferrando. La proclamazione di diritti umani e la non effettività dei diritti umani. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno 51, n.1, 2008, p. 41.

4 Para outros trabalhos meus sobre a temática dos deveres fundamentais, ver: FARO, Julio Pinheiro. Deveres como condição para a concretização de direitos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 79, p. 167-209, abr./jun. 2012; FARO, Julio Pinheiro. Solidariedade e justiça fiscal: uma perspectiva diferente sobre a concretização de direitos a partir do dever de pagar impostos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 81, p. 229-270, out./dez. 2012. Cito outros trabalhos meus ao longo do texto.

5 LOPES, Ana Maria D’Ávila. A participação política das minorias no Estado democrático de direito brasileiro. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). *Democracia, direito e política*: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 84-87.

6 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio Martinez. Los deberes fundamentales. *Doxa*, n. 4, 1987. p. 329.

um implica o dever de reconhecimento e respeito de outrem. Nesse passo, é interessante notar que, enquanto direitos fundamentais exprimem o aspecto ativo dos indivíduos perante Estado e a sociedade, deveres expressam o aspecto passivo da mesma relação, daí a coexistência entre direitos e deveres.⁷ Isto é, considerando-se a mesma relação jurídica, os direitos representam o que o Estado deve proporcionar aos indivíduos, e os deveres, o que os indivíduos devem proporcionar ao Estado. Trata-se de um ciclo, onde algumas das prestações estatais dependem, ao menos em parte, do cumprimento de deveres pelos indivíduos, ou seja, há direitos que dependem da realização correta e efetiva de deveres. Portanto, essa primeira classificação divide os deveres fundamentais em *deveres autônomos* (ou *genéricos*) e *deveres correlatos* (ou *conexos*) aos direitos (ou, ainda, *deveres específicos*), diferenciando-se porque uns não estão, embora outros estejam relacionados material e diretamente à concretização dos direitos fundamentais.⁸

Outra tipologia divide os deveres em *expressos* e *implícitos*, consistindo a diferença no fato de serem, ou não, facilmente identificados em enunciados normativos constitucionais. Dentro dessa classificação, há deveres que são formulações doutrinárias ou jurisprudenciais pacíficas, mas que não têm qualquer pista de sua existência no texto magno, podendo, pois, serem divididos em *legais* ou *constitucionais* e em *judiciais* ou *doutrinários*, de acordo com sua previsão no ordenamento jurídico – no primeiro caso – ou com sua criação pela doutrina ou pela jurisprudência – no segundo caso.

Pode-se trazer como terceira tipologia a divisão dos deveres em *sociais* e *estatais*. Os deveres sociais são exigíveis pelo Estado e pela própria sociedade em relação aos indivíduos que a compõem. Tais deveres podem ser subdivididos em *deveres em prol de interesse pessoal* e *deveres em prol de interesse da sociedade*, caso digam respeito à individualidade ou à coletividade, respectivamente. Dentre os deveres sociais em prol do interesse da sociedade está o *dever de financiar a sociedade*, desenvolvido com mais detalhes na seção n. 1 deste trabalho. Já os deveres estatais são exigíveis do Estado, podendo ser subdivididos em *externos* e *internos*, conforme sejam exigíveis por sujeitos de direito internacional legitimado, ou pela própria sociedade, por seus cidadãos e por órgãos legitimados para tanto, podendo-se citar o *dever estatal de concretizar direitos*, desenvolvido na seção n. 2 deste trabalho.

À apresentação geral acerca dos deveres fundamentais não se poderia furtar de uma tentativa de conceitualização, como aquilo que cada indivíduo tem ante o Estado e a sociedade de contribuir para a formação de uma base material que mantenha o maquinário estatal operante e que satisfaça as necessidades mínimas de todas as pessoas.⁹

2. O DEVER SOCIAL DE FINANCIAR O ESTADO

O financiamento do Estado, dever social em interesse da sociedade, concretiza-se com o pagamento de tributos.¹⁰ A ideia é corroborada com duas conclusões que têm sido repetidas e ecoadas. Primeira: conferir eficácia aos direitos fundamentais custa dinheiro.¹¹ Segunda: a sociedade deve abastecer os cofres públicos

7 NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 65.

8 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 228.

9 No mesmo sentido: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Los deberes positivos generales y su fundamentación. *Daxa*, n. 3, 1986, p. 17; FARO, Julio Pinheiro. Deveres fundamentais e a constituição brasileira. *FIDES: revista de filosofia do direito, do estado e da sociedade*, v. 1, n. 2, 2010. p. 223.

10 Ver, dentre outros: FARO, Julio Pinheiro. Administración pública, realización y financiación de los derechos fundamentales. In: DEL REAL, J. Alberto; ENRÍQUEZ, Gastón J.; RODRÍGUEZ, Luís G. (Ed.). *La maquinaria del derecho en Iberoamérica: constitución, derechos fundamentales y administración* (no prelo, 2014); FARO, Julio Pinheiro. Mínimo existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais. *Constituição, economia e desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, 2009.

11 Por exemplo: IMMORDINO, Giovanni; PAGANO, Marco. The cost of rights: an economic analysis. *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 4, 2004; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton,

com o pagamento de tributos.¹² Anexa a essas conclusões, junta-se uma terceira: por meio da atuação da Administração Pública, o Estado deve gerir correta e adequadamente a receita arrecadada, custeando seus serviços e concretizando direitos, por meio de políticas públicas.

A relação entre o dever de pagar tributos e a eficácia dos direitos fundamentais parece bem simples: enquanto os direitos representam tudo o que o Estado deve proporcionar aos indivíduos, os deveres têm a ver com o que os indivíduos devem proporcionar ao Estado e à sociedade.¹³ Assumindo-se que o Estado seja uma grande empresa prestadora de serviços públicos e que precisa ter recursos, tanto para sua manutenção quanto para a realização de tais serviços, duas são as ilações a que se chega. Uma: a prestação estatal devida é a realização de serviços públicos. Outra: a formação de recursos para a manutenção estatal e para a realização dos serviços públicos constitui-se naquilo que é devido pela sociedade e por seus indivíduos, em especial por estes, por serem os sujeitos passivos tributários. O débito dos indivíduos com o Estado na relação obrigacional acima descrita é solvido a partir do cumprimento da prestação decorrente da relação obrigacional tributária: o pagamento de tributos possibilita a formação de recursos que, abastecendo os cofres públicos, possibilitarão que se custeie a eficácia dos direitos. O abastecimento do erário pelos indivíduos é, pois, tanto um dever social em interesse da sociedade direcionado para a atuação do Estado, quanto uma obrigação tributária imposta pelo próprio Estado. Ou, melhor: a sociedade se autoimpõe o pagamento de tributos, para que o Estado possa manter funcionando o maquinário de que dispõe para concretizar direitos.

O tributo é uma prestação obrigatória, que deve ser cumprida com o pagamento preferencial em dinheiro, admitindo-se, excepcional e alternativamente, que ocorra o seu pagamento mediante a entrega de um bem suscetível de avaliação pecuniária, sem caráter de sanção pela prática de um ato ilícito, embora possa decorrer tanto de atos lícitos quanto de atos ilícitos, instituída em lei e cobrada por intermédio de atividade administrativa vinculada. Os indivíduos estão, portanto, obrigados, por força da ordem jurídica a pagar tributos. Entretanto, esse dever há que observar a capacidade que cada um tem de contribuir para o custeio do Estado e dos serviços públicos prestados por ele.

A *capacidade econômica contributiva* é um critério de aplicação da norma da isonomia tributária que veda a instituição pelas entidades tributantes de tratamento desigual entre os contribuintes em situação equivalente.¹⁴ De acordo com essa norma, a atividade de cobrança do tributo devido deve levar em conta a situação concreta do sujeito passivo, de maneira que, se não houver uma manifestação de riquezas equivalentes, a tributação deverá considerar critérios de diferenciação. Daí que, em síntese apertada, a tributação será tanto mais onerosa quanto maior for a real capacidade econômica do contribuinte, trabalhando-se, pois, com uma ideia de que “[...] quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza”.¹⁵ Portanto, apesar de o indivíduo ser obrigado a pagar tributos, é preciso que a entidade tributante observe a sua real capacidade de contribuir com um determinado montante.

A isso se junta a norma que veda o tributo que tenha efeito de confisco. A proibição de que o tributo seja utilizado com finalidade confiscatória estabelece que o indivíduo não pode arcar com uma obrigação tributária superior àquela que sua real capacidade econômica permite, impedindo, pois, que o Estado, sob a desculpa do necessário financiamento, aposses-se indevidamente de bens do indivíduo. “É óbvio que os tributos (de modo mais ostensivo, os impostos) traduzem transferências compulsórias (não voluntárias) de

1999; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

12 Ver, por exemplo: SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o estado para a implementação dos direitos humanos? In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

13 NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 65.

14 Ver, por exemplo, para aprofundar a discussão: FARO, Julio Pinheiro. O critério da capacidade econômica na tributação. *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 35, n. 2, 2010.

15 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

recursos do indivíduo para o Estado”.¹⁶ Contudo, tal cobrança compulsória não pode ser excessiva, ou seja, o Estado não pode tirar do indivíduo mais do que ele pode dar sob o pretexto do dever fundamental de pagar tributos para o financiamento das ações estatais em favor de direitos fundamentais.

O abastecimento do erário com o devido pagamento de tributos pelos indivíduos tem pelo menos duas consequências. A primeira é de que o indivíduo, mesmo contribuindo de acordo com a sua real capacidade econômica, deixará de contar com recursos para o exercício de parte ou de algum (ou alguns) de seus direitos. A segunda é de que essa contribuição individual, considerada em conjunto com as dos demais membros da sociedade, permitirá a formação de recursos para que o Estado mantenha seus servidores e, principalmente, preste os serviços públicos, especialmente políticas públicas concretizadoras de direitos. Dessa forma, o dinheiro que o indivíduo é levado compulsoriamente a reservar para pagar tributos, embora possa limitar seus direitos, será destinado a custear a eficácia de direitos de que é titular toda a sociedade. Dessa maneira, o dinheiro particular converte-se em recurso público, quando arrecadado pelo Estado, da administração tributária, e gerenciado por meio da administração pública, que o aloca e o investirá na própria sociedade. Portanto, tem-se a atuação do Estado como uma verdadeira empresa gestora da verba pública, devendo reservar pequena parte para a manutenção de seu próprio aparato e aplicar o restante para dar eficácia aos direitos fundamentais, por meio de ações prestacionais.

Um primeiro obstáculo que se deve colocar no discurso acerca do custo da eficácia dos direitos é saber o que significa essa pretendida eficácia. Afirmar que todos os direitos têm aplicação imediata, não é a mesma coisa que dizer que todos os direitos têm eficácia.¹⁷ Pode-se dizer que *aplicabilidade* tem a ver com aquilo que é *aplicável* ou quem tem a possibilidade de sê-lo, sendo capaz de produzir, então, efeitos.¹⁸ A produção de efeitos é o que se denomina *eficácia*, que será jurídica e social, consistindo aquela na “[...] possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos”, enquanto a eficácia social “[...] pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação”.¹⁹ Portanto, aplicabilidade e eficácia, embora conexos, são conceitos distintos. Assumindo-se, pois, em resumo, que *aplicabilidade é a capacidade de produzir efeitos* e que *eficácia é a própria produção de efeitos*, ao se dizer que “os direitos têm aplicação imediata” o sentido adotado não é de que eles produzem efeitos imediatos, e sim que eles têm a capacidade de produzi-los.

Note-se a diferença: dizer que um determinado direito é eficaz significa afirmar que ele já foi aplicado e produz efeitos, ao passo que dizer que um determinado direito é aplicável é o mesmo que dizer que ele tem capacidade de ser eficaz. Desse jeito, afirma-se que nem todos os direitos têm a mesma aplicabilidade; para uns, ela é imediata, para outros, diferida.²⁰ No entanto, quando se afirma que há normas de aplicabilidade imediata e normas cuja aplicabilidade é diferida, não se adota a ideia de que as primeiras produzem por si só todos os efeitos que lhes são possíveis (são plenamente eficazes), enquanto que as segundas não possuem essa característica (têm eficácia reduzida). O entendimento aqui é de que normas de aplicabilidade imediata têm aplicabilidade maior que as de aplicabilidade diferida. Assim, umas têm capacidade de produzir efeitos com mais facilidade e outra não. E isso tem uma grande influência sobre a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais. Aliás, é basicamente isso o que acontece com as normas definidoras de direitos sociais, econômicos e culturais e normas definidoras de direitos à liberdade. Enquanto aquelas trazem direitos de aplicabilidade diferida, estas trazem direitos de aplicabilidade imediata. Isso tem a ver com a distinção

16 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 144.

17 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 238.

18 SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 13.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 240.

20 Ver: FARO, Julio Pinheiro. Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 76, n. 3, p. 46-47, 2010.

feita entre direitos negativos (liberdades públicas) e direitos positivos (direitos sociais). Apertando-se a síntese, direitos negativos são os que prescindem de qualquer tipo de intervenção estatal, desde que, por certo, os indivíduos possuam meios para exercê-los; e direitos positivos são os que necessitam de uma atividade estatal prestacional, cuja finalidade é possibilitar o exercício de direitos.

Então, a concretização de direitos fundamentais tem um custo que é coberto pelo pagamento de tributos. Os tributos servem para gerar recursos públicos, as receitas derivadas, que podem ser alocadas e destinadas basicamente de duas maneiras: manutenção do maquinário estatal e realização de políticas públicas. Para o esperado posicionamento dessa receita, utiliza-se do critério, razoavelmente seguro, da *vinculação do tributo*, pelo qual se verifica se os tributos vinculam-se, ou não, à atividade estatal. A esse critério junta-se, aqui, um que lhe é muito próximo, permitindo, inclusive, seu melhor entendimento, vale dizer, o critério que se refere à *existência de destinação específica do tributo*, pelo que se afere se o tributo é instituído para atingir ou não um fim específico. Assim, há quatro possibilidades. A *primeira* envolve os tributos que não se vinculam a uma atividade estatal específica e nem a uma finalidade específica: são os impostos, com a exceção dos impostos extraordinários de guerra. A *segunda* abarca os tributos que não se vinculam a uma atividade estatal específica, mas que têm uma finalidade específica: aí se incluem os impostos extraordinários de guerra e os empréstimos compulsórios. A *terceira* engloba os tributos que se vinculam a uma atividade estatal específica, mas não têm uma finalidade específica: são as contribuições para a seguridade social. A *quarta* traz os tributos que se vinculam a uma atividade estatal específica e têm uma finalidade específica: aí estão taxas para utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos ou singulares e divisíveis, taxas de poder de polícia e a contribuição de melhoria.

A receita derivada tributária, auferida pelo Estado, deve ser utilizada para os gastos operacionais estatais (remunerações), para a formação de divisas e, principalmente, para o reinvestimento na sociedade, mediante políticas públicas. Parte dessa receita está, contudo, vinculada à concretização de determinados direitos, como se pode observar das pontuações subsequentes:²¹ Fundo Nacional de Saúde (art. 198, §2º, I, III e III, CF); manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212, *caput*, CF); fundo de combate e erradicação da pobreza (art. 80, II e III, art. 82, §§1º e 2º, do ADCT); pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo, financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás e ao financiamento de programas de infraestrutura de transportes (art. 177, §4º, CF); custeio da seguridade social (art. 195, CF); financiamento de programas de desenvolvimento econômico e financiamento do Fundo de Amparo ao Trabalhador (art. 239, §§1º e 4º, CF); financiamento adicional da educação básica pública (art. 212, §§5º e 6º, CF e Decreto 6.003/2006). Trata-se, obviamente, de lista aberta, já que não esgota as possibilidades de aplicação das verbas públicas. Ademais, é de se notar que todos esses investimentos estatais necessários e mínimos têm como foco principal a concretização de direitos sociais. Diante disso é que se pode retomar a assertiva de que *todos os direitos custam dinheiro*.

Aqui se insere, em certa medida, o problema do mínimo existencial, cujo conteúdo ainda é objeto de muita controvérsia. Dizer que o Estado está vinculado aos investimentos acima referidos não é suficiente para determinar o conteúdo do mínimo existencial. Mesmo porque é possível encontrar, na própria constituição, dispositivos que prevejam outro conteúdo para aquilo que se pretende chamar de *mínimo existencial*, como é o caso do art. 7º, IV, que estabelece que o salário mínimo deva ser capaz de atender necessidades vitais básicas como saúde, moradia, lazer, alimentação, educação, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Nota-se, com isso, que o foco para o conteúdo do *mínimo existencial* recai sobre os *direitos sociais*, o que é um entendimento incompleto, já que a pessoa deve ter também acesso mínimo às liberdades e aos assim chamados direitos de solidariedade.

O *mínimo existencial* constitui-se no bloco de oportunidades mínimas devidas a todo e qualquer ser humano, para o seu adequado desenvolvimento e para que possa ter uma vida minimamente digna. Dizer que um

21 SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o Estado para a implementação dos direitos humanos no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalismo, tributação e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 16-17.

sujeito deva desfrutar de oportunidades mínimas implica afirmar que há exigências básicas e vitais a serem atingidas. Porém, não se podem confundir exigências com preferências, já que são gradações distintas de necessidades.²² Numa escala hipotética das necessidades humanas variando entre *-1* e *+1*, as exigências consistem naquilo que permitem aos indivíduos começarem suas vidas do *nível zero*, sem que lhes falte qualquer bem necessário para uma vida minimamente digna; são, portanto, as *necessidades básicas*, ou, ainda, as *oportunidades mínimas*. As preferências, por sua vez, consistem no que é supérfluo, representando os desejos, os interesses e as aspirações individuais. Ao Estado cabe viabilizar as *oportunidades mínimas*, viabilizando as condições para uma vida minimamente digna, podendo, pois, as pessoas exigirem dele e o controlarem no que se refere à concretização e à manutenção dessas oportunidades. Entretanto, não é obrigação estatal concretizar as preferências dos indivíduos, ou, por outra, o Estado não tem o dever de utilizar recursos para realizar aquilo que as pessoas *preferem*. Portanto, as *necessidades básicas* não podem basear-se em escolhas individuais, devendo, sim, apoiarem-se em escolhas genéricas e objetivas, sem que haja a incidência de quaisquer desejos, interesses ou condições particulares, adotando-se, pois, como necessidades básicas as que são realmente imprescindíveis para a persecução de um plano de vida baseado no atendimento de níveis mínimos de dignidade.²³

Talvez o maior problema sobre a escolha das necessidades básicas que irão formar o mínimo existencial seja a maneira *como* essa eleição será feita. Para contornar uma possível escolha a partir de preferências individuais, pode-se recorrer a esquemas hipotéticos, em que os indivíduos escolheriam sem a interferência de contingências naturais. Porém, esse não é o melhor caminho, já que tende a estabelecer um mínimo *imutável* e *fixo*, haja vista que só seria possível a escolha numa situação originária hipotética em que todos fossem *neutros* e *imparciais* e, ainda, em que todos fossem *iguais*, não havendo, portanto, qualquer tipo de pluralismo. Nesse sentido, há que se criticar um rol de necessidades mínimas baseado em “uma lista predeterminada e canônica” e, às vezes, universal, sem que se considere, assim, o contexto em que ela será aplicada,²⁴ embora não se afaste a possibilidade de construir-se uma lista. Assim, a eleição do que é ou do que compõe o mínimo existencial é feita a partir de opções políticas. A escolha em si é baseada em hipóteses (opiniões do que seriam melhores condições ao desenvolvimento social), mas o seu fundo é real, já que há o conhecimento, por exemplo, das desigualdades que cercam a sociedade.

Dessa maneira, a partir daquilo que a CF estabelece, pode-se tentar construir uma lista de direitos que formam o mínimo existencial e que são válidos para a sociedade brasileira: pagamento de uma renda mínima *per capita*, que varie de acordo com a inflação e com a carga tributária, permitindo ao indivíduo uma dieta equilibrada e a compra de itens básicos para a sua sobrevivência; fornecimento, com qualidade, de moradia básica a todas as pessoas, nela incluídos sistemas eficientes e ambientalmente sustentáveis de energia elétrica, água encanada e esgoto; oferecimento de ensino básico público adequado e gratuito; oferecimento de um sistema público, eficiente e gratuito, de assistência à saúde; oferecimento de transporte público eficiente, seguro e gratuito; manutenção de segurança pública eficiente; realização de políticas públicas adequadas e eficientes de combate e erradicação da pobreza; financiamento de programas de infraestrutura de transportes, de desenvolvimento econômico e de amparo ao trabalhador; manutenção de um sistema de seguridade social eficiente e ao menos não deficitário; oferecimento de subsídios a preços e transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo; financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria petrolífera e de gás.

Embora não haja uma certeza de que o rol acima seja de fato a representação do mínimo existencial, é possível dizer que há uma tendência ao reconhecimento de parte dos direitos ali presentes como necessidades mínimas, devendo, portanto, o Estado concretizá-las a partir do uso do dinheiro arrecadado ao erário

22 DE LUCAS, Javier; AÑÓN ROIG, Maria José. Necesidades, razones, derechos. *Doxa*, n. 7, p. 60-61, 1990. DE VITA, Álvaro. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 155; WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 88.

23 ZIMMERLING, Ruth. Necesidades básicas y relativismo moral. *Doxa*, n. 7, 1990. p. 24; RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 97-98.

24 Ver, dentre outros: SEN, Amartya. Human rights and capabilities. *Journal of Human Development*, v. 6, n. 2, 2005. p. 158.

com o pagamento de tributos. A maneira certa de esvaziar os cofres públicos é com a aplicação da maior parcela dos gastos na realização dos direitos fundamentais. Quando o Estado desvia o dinheiro público da finalidade à qual ele serviria – seja pelo excesso de economia para o pagamento da dívida pública, seja pelo gasto excessivo com servidores públicos – viola não apenas o mínimo existencial, como os direitos fundamentais e a dignidade humana.²⁵ Para contornar a violação de direitos, o Estado utiliza-se de uma visão deturpada do *discurso da reserva do possível*, asseverando que é impossível a concretização de direitos porque as necessidades humanas são infinitas e o dinheiro público é escasso.²⁶ O problema é que esse discurso equivocado, além de manter a violação dos direitos fundamentais pela inércia do Estado em concretizá-los, demonstra que recursos públicos são mal geridos e que as opções políticas e orçamentárias são ruins.²⁷

A expressão *reserva do possível* em seu sentido originário comporta a ideia de que a sociedade deveria delimitar a razoabilidade da exigência de determinadas prestações sociais, a fim de impedir o uso dos recursos públicos disponíveis para realizar preferências.²⁸ Em outras palavras, pela doutrina da reserva do possível, o Estado deve concretizar a igualdade mediante políticas públicas voltadas para as necessidades mínimas. A reserva constitui-se, então, na verdade, em uma *reserva para o mínimo*, estabelecendo o emprego dos recursos financeiro-orçamentários estatais para atender às necessidades básicas e, depois, mantê-las e, se houver sobra de capital, investir no que não for básico. Todavia, esse discurso parece não ser do agrado do Estado.²⁹ A ideia de *reserva para o mínimo*, tal qual cunhada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, tem íntima relação com a *formação de uma lista* de necessidades básicas, escolhidas cuidadosa e detidamente, devido à escassez dos recursos públicos para seu financiamento.³⁰ A reserva é fundamental, nesse sentido, para a constituição daquilo a que se chama de *conteúdo essencial do mínimo existencial*.³¹ Assim, tem-se o *conteúdo essencial* como uma garantia que limita a atividade estatal excessiva ou deficiente, ou mesmo a inatividade; enquanto o *mínimo existencial* atua como uma garantia ampliadora dos direitos, obrigando o Estado a direcionar recursos à sua concretização adequada e eficaz.

Apesar da reconhecida dificuldade em se indicar com alguma precisão quais direitos formam o mínimo existencial, pode-se dizer, como já ressaltado, que há algum acordo quanto a determinados direitos. Entretanto, o escopo do presente trabalho não permite que se estenda sobre os fatores para a elaboração de uma lista. O que, aliás, convida a uma observação mais detida é aquilo a que se chamou de *conteúdo essencial*, e que permite uma *análise de custo-benefício*, em que há a preocupação de maximizar a concretização de direitos a partir do uso adequado da verba pública disponível.³² E nessa análise, é absolutamente saudável que o Estado seja envolvido, já que sua atuação é muito semelhante à de uma empresa prestadora de serviços, não fosse sua vantagem de poder fechar contratos cujo custo é tanto menor que aquele alcançado por empresas privadas prestadoras de serviços.³³

25 Ver neste sentido, por exemplo: CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 201.

26 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades*, n. 6, 1998. p. 46; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 481.

27 Ver, por exemplo: VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. *Revista de direito constitucional e internacional*, n. 66, 2009. p. 35.

28 MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005. p. 663-664.

29 Ver, dentre outros: FARO, Julio Pinheiro. Os vinte anos da constituição brasileira: da reserva do possível à proibição do retrocesso social. In: FARO, Julio Pinheiro; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (coord.). *Uma homenagem aos vinte anos da constituição brasileira*. Florianópolis: Boiteux, 2008; KRELL, Andreas Joachim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, n. 144, 1999. p. 241-242; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

30 WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: M. Fontes, 2003. p. 88.

31 Ver, por exemplo: LOPES, Ana Maria D’Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 164, 2004.

32 CALIENDO, Paulo. Obra citada, 2009. p. 209.

33 COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960. p. 17.

Tal análise levará em conta o custo de determinadas políticas públicas e o benefício por elas proporcionado aos indivíduos e à sociedade. Dentro do *cálculo do custo* inclui-se, por exemplo, saber se é mais viável e menos oneroso para a sociedade que o Estado, através de seus órgãos, elabore e execute as políticas públicas, ou se é tanto melhor que haja um procedimento licitatório que permita que empresas privadas concorram, através de critérios como a técnica mais adequada e o menor custo, para a prestação de tais políticas; ou, ainda, em que tipos de políticas públicas (voltadas para a realização de que direitos) o dinheiro público deve ser alocado. Por sua vez, o *cálculo do benefício* engloba os ganhos que toda a sociedade, ou um determinado grupo de indivíduos obteve com concretização de direitos fundamentais decorrente da realização de políticas públicas. A *análise* desses dois tipos de cálculo deve ser feita antes de se concretizar qualquer ação em prol de uma política pública, trabalhando-se, portanto, com previsões qualitativas e quantitativas. A *análise de custo-benefício* permite, portanto, que o Estado direcione com eficiência a receita derivada da arrecadação de tributos, além, é claro de outras receitas (não tributárias). O resultado disso é a melhor concretização dos direitos fundamentais. Ou seja, se o dever dos indivíduos é pagar tributos para a formação de receita para o Estado, então o dever do Estado é gerir e utilizar da melhor forma possível esse capital para concretizar direitos.

3. O DEVER ESTATAL DE CONCRETIZAR DIREITOS

Retomando a ideia do Estado como uma empresa prestadora de serviços públicos, há que se discorrer sobre o dever estatal de alocar da melhor forma possível os recursos públicos, tanto no que diz respeito ao custeio de seus serviços, quanto à concretização de direitos. O certo é que se trata de uma empresa bastante peculiar, já que dispõe de prerrogativas que nenhuma outra empresa em um regime de livre e aberta concorrência possui. As prerrogativas, é claro, se justificam pela natureza dos serviços prestados e pela necessidade de que isso ocorra segundo o melhor custo-benefício possível.

Dentre as várias teorias que se relativas à *análise de custo-benefício*, especialmente no que se refere ao custo de políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais, pode-se citar aquela segundo a qual os benefícios serão menores que os danos potenciais apenas se o agente for negligente, vale dizer, se não tomar as precauções devidas em termos de custos.³⁴ Aplicando-se essa teoria ao campo de estudo aqui desenvolvido, pode-se dizer que a Administração Pública deve tomar todas as precauções cabíveis e realizar todos os estudos prévios possíveis antes de alocar qualquer percentual do dinheiro público na realização de políticas voltadas para a concretização de direitos. Assim, autorizada a execução da política pública, após a sua realização, será feito um acompanhamento e uma avaliação, a fim de se levantarem informações sobre a relação custo-benefício e apurar se houve alguma negligência, com o intuito de responsabilização dos responsáveis. A responsabilização, nesse caso, não tem a ver com o Estado – pois, se assim o fosse, a sanção aplicável recairia sobre a parte prejudicada pela negligência estatal, isto é, a sociedade –, mas com seus agentes – pessoas físicas ou jurídicas, conforme o caso – que não agiram com a devida diligência.³⁵

A ideia contratualista aplicada ao Estado é perfeitamente viável. Assim como todos os contratos, há dois polos. A sociedade e cada um dos indivíduos que a compõem estão naquele polo chamado, genericamente, ativo, que deve financiar a realização de políticas públicas e a que se deve a concretização de direitos. O Estado ocupa, por sua vez, o polo passivo, a que se deve o pagamento de tributos e que deve concretizar direitos. Existe, aqui, já uma primeira particularidade: o polo passivo é ocupado por agentes (servidores) públicos que fazem parte do polo ativo também. O que permite que essa peculiaridade não seja determinante é a ficção de que os indivíduos que atuam na Administração Pública ocupam cargos e, na posse deles, pertencem

34 POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 73 e 480.

35 Entendimento interessante sobre a responsabilização é desenvolvido em: FARO, Julio Pinheiro; GOMES, Marcelo Sant'Anna Vieira. A disregard doctrine e a administração pública. *Revista síntese responsabilidade pública*, v. 1, n. 1, 2011.

apenas ao polo passivo (*ficção dos cargos públicos*). Da relação entre devedor e credor decorre a possibilidade de responsabilização por algum dano provocado por qualquer dos polos: se um contribuinte não pagar certo tributo estará sujeito a uma sanção, por meio da qual pagará o tributo atualizado monetariamente e juros de mora; ou, por outra, se um servidor público deixa de observar normas quanto à alocação de recursos, seja alocando-os mal, seja desviando-os, estará sujeito à responsabilização por improbidade.

E nisso se insere um interessante problema: a questão das prerrogativas de função, decorrentes, inexplicavelmente, da tese da ficção dos cargos públicos. Ora, se um servidor público, em decorrência do exercício de sua função pública, age com negligência, o primeiro efeito a ser gerado deveria ser a desconsideração da ficção a que ele se submete, e sua imediata, com as garantias de praxe, responsabilização. No entanto, o que ocorre é que, além de ser mantida a ficção, é-lhe dada uma prerrogativa, algo como uma bonificação por sua conduta reprovável. Prerrogativa esta que, aliás, transfere, em geral, o processamento e o julgamento de sua causa de um juízo monocrático para um juízo colegiado, diluindo a possibilidade de que haja a aplicação das sanções devidas.

Não obstante essa desproporção decorrente da ficção dos cargos públicos há, ainda, a teoria das *cláusulas contratuais exorbitantes*. Trata-se de mais outra garantia conferida ao Estado. Se a prerrogativa de função beneficia os servidores públicos em detrimento do polo credor, que não desfruta dessa bonificação, a garantia das cláusulas exorbitantes, além de prejudicar o polo credor, quando o Estado atua como devedor, também opera contra empresas que fazem o papel do Estado. Há que se explicar melhor essa questão. Na primeira relação enunciada, o Estado age como devedor (da realização de políticas públicas para concretização de direitos fundamentais) da sociedade e dos indivíduos, que agem como credores. Na segunda relação, o Estado, incapaz de realizar políticas públicas com seu próprio maquinário, contrata, em nome dos credores da primeira relação, com terceiros, em geral empresas privadas, por meio de licitação, para que se forme um subcontrato administrativo, com o fim de que sejam realizadas as políticas públicas.

Pois bem, no direito contratual comum (regime privado), quando o devedor delega ou mesmo concede a terceiro a realização de sua obrigação, pode fazê-lo em seu próprio nome e por sua própria conta, caso não procure o consentimento do credor, ou em nome e à conta do credor, caso este dê seu consentimento. No direito contratual público, o princípio da supremacia do interesse público gera a presunção de que há o consentimento do credor para que o Estado efetue tais subcontratos. E, em virtude desse princípio e do princípio da indisponibilidade do interesse público, tais subcontratos conferem ao devedor (da primeira relação) certos direitos que se situam fora daquilo que seria comum se esperar, daí serem *cláusulas exorbitantes* – ou, caso se inverta o polo, certos deveres que estão além do que é comum. Um exemplo curioso é o caso de a Administração Pública, pela falta de planejamento prévio, parar de pagar o terceiro (subcontratado) por seus serviços, e este ter, ainda assim, de manter a prestação, já que os serviços públicos devem ser contínuos.

Ocorre que não há a presunção absoluta do consentimento do credor (da primeira relação) pela realização de um subcontrato, de modo que, havendo, comprovadamente, dolo ou culpa – aí de novo – por parte dos servidores públicos que deviam atuar com diligência do exercício de seus encargos, há a desresponsabilização do credor (da primeira relação) e a conseqüente responsabilização do devedor (da primeira relação), já que o princípio da supremacia do interesse público não pode servir para justificar a prática de atos ilícitos ou praticados sem a necessária diligência. Portanto, o Estado, nas relações promovidas por seus servidores, possui benefícios que, do modo como são habitualmente utilizados, acabam prejudicando o polo que deveria ser beneficiado, isto é, a sociedade e os indivíduos. Assumindo, contudo e com otimismo, que tais benesses sejam utilizadas apenas em último caso e que os encargos públicos sejam exercidos com a melhor diligência possível, vislumbra-se mais nitidamente uma grande vantagem que a Administração Pública possui – embora não lhe seja exclusiva: a barganha.

A *barganha* é uma prática comercial bastante comum e que se baseia numa análise de custo-benefício. Nesta análise, não só o comprador como também o vendedor pesam, de acordo com seus respectivos interesses, se o benefício de uma determinada transação supera o seu custo. A barganha leva justamente em

consideração fatores que permitam diminuir os custos e aumentar os benefícios na transação. O resultado é o mútuo benefício. O procedimento de licitações praticado pelo Estado nada mais é que uma *barganha*, pelo que a Administração Pública estipula, por exemplo, que a proposta que contiver a melhor técnica e o menor preço para a prestação de um determinado serviço é que sairá vencedora. Tanto o Estado sabe desse seu poder que o utiliza, embora por vezes o faça sem a devida diligência quanto à análise sobre o custo-benefício, como as empresas concorrentes dele têm conhecimento, utilizando-o a seu favor, embora nem sempre com boa-fé, no intuito de ter uma fonte certa e determinada de receita.

Esta ideia, que não é nova³⁶ e o que é bastante interessante, permite tratar o Estado como uma superfirma muito peculiar, que pode influenciar por suas decisões administrativas o uso de fatores de produção pelas firmas privadas, gerando uma concorrência em que o vencedor será aquele que atender da melhor forma o Estado, isto é, com a técnica mais adequada e com o menor preço.³⁷ Portanto, se a Administração Pública não consegue, por seus próprios meios, isto é, se a combinação entre os recursos públicos e o maquinário estatal e servidores públicos não consegue realizar com eficiência políticas públicas que concretizem direitos, pelo menos uma de duas medidas deve ser adotada, embora seja mais produtiva a adoção de ambas. Pois bem, a primeira medida que se vislumbra é a realização de concursos licitatórios para que se efetuem contratos com empresas capazes de eficientemente realizar as políticas públicas que forem necessárias. A segunda é a criação de órgãos administrativos e/ou agências reguladoras que estabeleçam diretrizes de execução dessas políticas e que fiscalizem cada uma das etapas do processo de contratação. Vale listar: planejamento pré-licitação, autorização da licitação, apuração do resultado da licitação, fechamento do contrato com o vencedor, execução do objeto do contrato, controle e avaliação dos resultados e correção de falhas.

Nessa linha, há que se repisar que o Estado, por meio da Administração Pública, tem o dever de colocar em prática e com eficiência políticas públicas que concretizem direitos, com o uso esperado (correto) dos recursos públicos na melhor relação possível de custo-benefício. A concretização de direitos depende, portanto, da existência de todo um maquinário institucional (estatal) que reúna e direcione os recursos formados a partir da arrecadação de tributos junto à sociedade.³⁸ Esse maquinário, assim como a concretização de direitos, tem seu custo. Na verdade, o custo é extremamente alto, já que é comum a falta de planejamento e a presença de burocracia desnecessária para o atendimento das obrigações estatais, aquilo a que se pode denominar de *atividade estatal prestacional*, consistente na realização de políticas públicas para a concretização de direitos. A burocracia desnecessária e a ausência de um planejamento apropriado são dois dos fatores que compõem aquilo a que se chama *falibilidade da administração pública*, uma vez que todas as escolhas são políticas e, não raro, os resultados gerados são inapropriados.³⁹ Quando as falhas são eventuais, o resultado de alguma tomada de decisão estatal – que pode ser uma ação ou mesmo uma omissão –, apesar de inapropriado, tende a ser irrelevante. No entanto, em geral, essas falhas são habituais, prejudicando, assim, a *eficiência* da atividade estatal prestacional.

A eficiência é uma característica inerente à Administração Pública. No entanto, há uma séria dificuldade por parte do Estado em alcançá-la adequadamente. A explicação talvez possa estar na ausência de livre iniciativa e/ou livre concorrência em setores de atuação exclusiva ou privativa do Estado. Ora, no mercado, quando a livre iniciativa e a livre concorrência são respeitadas, a eficiência é simplesmente uma consequência natural (ideia de mão invisível): as empresas existentes num mesmo ramo da economia trabalham para que a maior parte dos clientes de determinado produto sejam seus. Para que isso seja possível, a empresa tem de ser *eficiente*, isto é, o seu processo produtivo tem de ser o melhor daquele setor econômico, vale dizer, a produção deve atender melhor o mercado e com menos custo. Eficiência é, portanto, fazer melhor e com o menor custo.

36 Ver, por exemplo: COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960. p. 17.

37 Ver: COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960. p. 17-18.

38 IMMORDINO, Giovanni; PAGANO, Marco. The cost of rights: an economic analysis. *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 4, 2004. p. 85.

39 Ver, neste sentido: COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960. p. 18.

A atuação estatal funciona como um sistema em que inexistente livre concorrência, devendo o consumidor (a sociedade e os indivíduos) se satisfazer com a única empresa que tem a credencial para atuar em certo ramo (realização de políticas públicas), não tendo como reclamar do padrão de eficiência, já que inexistem concorrentes. A não ser no caso em que o Estado afirma a sua ineficiência e possibilita, conforme critérios próprios de conveniência e oportunidade, que empresas privadas concorram para realizar determinadas políticas públicas. Aliás, apenas para fins de registro, há que se verificar como contrastam a ineficiência estatal e a eficiência de certas empresas privadas em casos paradigmáticos como a educação e a saúde.

Ante esse quadro, a Administração Pública deve buscar, nos três âmbitos do Poder do Estado, especialmente a partir do Legislativo e do Executivo, criar mecanismos e também instrumentos que permitam uma alocação eficiente de recursos. Entende-se, aqui, que, talvez a melhor opção seja adotar uma lista de necessidades humanas básicas ordenadas conforme o seu grau de prioridade para a sociedade ou determinado setor dela e alocar os recursos com a melhor relação custo-benefício que se puder alcançar no intuito de concretizar as necessidades (direitos) consideradas prioritárias. Isso permite retomar dois temas já enfrentados aqui, isto é, possibilita dizer que a realização do mínimo existencial depende que o Estado possua uma reserva de recursos.

Entretanto, alocar os recursos para promover o mínimo existencial ou o seu conteúdo essencial não significa o simples direcionamento, como se a concretização de cada direito não dependesse da concretização dos demais. Ao contrário, é preciso haver um planejamento dos gastos estatais. De aí que se não há recursos suficientes para concluir uma política pública, a sua realização deve ser iniciada⁴⁰ com o planejamento de que a próxima disponibilidade de recursos seja alocada de melhor jeito para sua conclusão, ou até mesmo para a sua eventual expansão.⁴¹ O planejamento e a alocação, que deveriam ser ininterruptos, trazem a questão da *irreversibilidade da concretização dos direitos fundamentais*. Trata-se de uma vedação que estabelece que aquilo que já foi concretizado deve ser pelo menos mantido, em virtude do necessário respeito ao *mínimo existencial* ou ao seu *conteúdo essencial*, e, assim que possível, ser maximizado. Entende-se, então, a *irreversibilidade* como uma garantia cujo objetivo é manter a concretização de direitos, especialmente aqueles de natureza prestacional. E, nesse sentido, há íntima relação entre a reserva do possível em sua acepção original e a vedação da reversibilidade da concretização de direitos fundamentais, já que ambas se referem àquilo que o indivíduo pode razoável e racionalmente exigir da sociedade.⁴²

A finalidade dessa característica intrínseca a todos os direitos fundamentais é evitar que a Administração Pública com suas decisões, ações e omissões cause uma situação de possível *retrocesso social*. Isso porque, uma vez concretizados determinados direitos, eles passam a vincular o Estado à sua necessária manutenção (*irreversibilidade da concretização*) e impedem⁴³ que a Administração Pública aja com excesso, alocando desnecessariamente recursos, ou no sentido de promover a sua redução ou anulação, deixando de alocá-los devidamente. Esses impedimentos geram duas vedações que a Administração Pública deve observar: uma é a *proibição de excesso*, outra é a *proibição de proteção deficiente*. Sob a *vedação de excesso*, procura-se evitar que sejam alocados desnecessariamente recursos em políticas públicas satisfatoriamente realizadas em detrimento de outras políticas públicas que serviriam para a concretização de outros direitos que carecem de eficácia. Objetiva-se impedir que, sob o argumento da irreversibilidade da concretização de certo direito, não sejam destinados recursos suficientes para concretizar outros direitos. Pela *vedação da proteção deficiente*, direciona-se a Administração Pública a um dever de dupla finalidade: manter uma destinação de recursos nem excessiva, nem deficiente para a manutenção da

40 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 74.

41 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades*, n. 6, 1998. p. 47.

42 Neste sentido: KRELL, Andreas Joaquim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 52; QUEIROZ, Cristina M. M. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 68.

43 Ver, dentre outros: DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 176.

eficácia de direitos já concretizados e alocar recursos para a concretização de todos os outros direitos que ainda carecem de concretização ou de concretização adequada. Em breve síntese, a Administração Pública tem o papel de elaborar, de implantar e de manter políticas públicas que concretizem com eficiência os direitos que se considerem prioritários, maximizem-nos e impeçam que o Estado influencie negativamente o exercício de direitos fundamentais pelas pessoas, ou seja, que o Estado não dê a devida proteção aos direitos.

A imperiosa necessidade de que o Estado cumpra com o seu dever fundamental, que terá sérias consequências sobre a concretização dos direitos fundamentais, faz com que sejam editados *atos administrativos* para a elaboração e execução de políticas públicas.

Os atos administrativos são fundamentalmente atos jurídicos. Isto é, declarações de vontade unilaterais e com finalidade pública emanadas da Administração Pública e aptas a produzir efeitos jurídicos para a própria Administração, incluindo seus servidores, e para seus administrados.⁴⁴ Dentro dessa conceituação, destaca-se que os atos administrativos devem ter necessariamente *finalidade pública*, sendo considerado nulo todo ato que se desviar dessa finalidade.

A concretização dos atos administrativos pode ocorrer de variadas maneiras, mas, em geral, sempre culminará na realização de um serviço público. O conceito de serviço público varia de acordo com a conveniência de quem tenta lhe estabelecer as bases. Contudo, alguns elementos essenciais podem ser apontados: devem ser prestados pela Administração ou por quem atue em seu lugar, sujeitam-se às normas jurídicas e aos controles externo e interno e vinculam-se à finalidade pública em razão da qual são executados.⁴⁵ A conveniência deste trabalho sugere, então, uma conceituação estrita de *serviço público*, que, na verdade, acaba por ser a conceituação de *políticas públicas*: prestações estatais com o objetivo de concretizar direitos fundamentais. Nesse sentido, o Estado, por meio de sua Administração Pública, tem o *dever* de prestar políticas públicas para concretizar os *direitos* fundamentais. Portanto, uma primeira conclusão que se alcança é de que os atos administrativos dão origem às políticas públicas, cuja finalidade está vinculada à concretização de direitos.

Guardando essa conclusão, deve-se tratar sobre vinculação e discricionariedade dos atos administrativos. Diz-se que a distinção entre atos vinculados e atos discricionários tem a ver ou com o motivo (causação que enseja a prática do ato), ou com o objeto (resultado prático que se quer obter), ou com ambos, porque são esses dois elementos que formam aquilo a que se chama *mérito do ato administrativo*. Sempre haverá mérito administrativo quando for realizada uma análise de custo-benefício pela Administração. Como se espera que sempre haja essa análise, faz-se imperioso distinguir os dois tipos de atos. Uma premissa é básica: todos os atos administrativos são vinculados à finalidade pública. Como a finalidade é apenas um dos requisitos para a validade e a eficácia dos atos administrativos, é plenamente possível que um mesmo ato tenha finalidade vinculada e motivo e/ou objeto discricionário; aliás, a única combinação inviável é a de que todos os requisitos decorram de discricionariedade.⁴⁶

Afirma-se, então, que a competência para executar⁴⁷ – e não a competência para criar – atos administrativos pode ser vinculada ou discricionária. Todavia, não se pode dizer que haja uma relação antitética, e sim que há uma relativização da ideia de discricionariedade,⁴⁸ já que não há um ato completamente discricionário – ou um ato desvinculado, ou até mesmo arbitrário. Portanto, inexistente um ato administrativo discricionário desvinculado, o que existe é a possibilidade de que a Administração Pública decida, se a lei não dispuser em

44 Nesse mesmo sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 132-133.

45 Ver: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 297.

46 Com a mesma percepção, ver, por exemplo: FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 82.

47 Nesse sentido, dentre outros: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 9 e 18. Para uma crítica à ideia de discricionariedade, ver, por exemplo: OMMATI, José Emílio Medauar. Do ato ao processo administrativo: a crise da ideia de discricionariedade no direito administrativo brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 930, abr. 2013.

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Relatividade” da competência discricionária. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004. p. 18.

outro sentido, se a ocorrência de uma determinada situação é causa para a edição de um ato administrativo e determine, com respeito à finalidade do ato, qual o seu conteúdo. Assim, a discricionariedade tem a ver com o como e com que meios a finalidade interesse público será atingida a partir da realização de um serviço público, isto é: que tipo de serviço público será executado, por quem e com qual resultado prático.

Logo, possibilita-se à Administração Pública escolher dentro de padrões razoáveis de clareza, congruência e de custo-benefício que serviços prestar para concretizar direitos. Essa liberdade de escolha é conferida pelas normas jurídicas já estabelecidas, que delimitam o juízo (de mérito) administrativo ao mínimo a ser atingido, a fim de que o benefício público seja maior que o custo para alcançá-lo. E esse mínimo é aquilo a que já se chamou de mínimo existencial ou, ainda, quando for o caso, seu conteúdo essencial, vedando-se a reversibilidade do que já foi concretizado, sempre mediante a alocação eficiente de recursos. É *dever*, pois, do Estado criar e executar serviços públicos baseado em um estudo prévio que revele o custo-benefício mais viável para a concretização de direitos. Entretanto, se a realização de serviços públicos fosse o único meio para a eficácia de direitos fundamentais, ela certamente estaria confinada em um campo muito restrito, o da atuação da Administração Pública e, quando muito, de seus delegatários. Daí que, não são apenas os serviços públicos que servem à concretização de direitos, mas também as políticas públicas.

A expressão *políticas públicas* é mais abrangente que a expressão *serviços públicos*, já que se refere a um planejamento envolvendo um programa e que se executa por meio de atos administrativos que se consolidarão em serviços públicos.⁴⁹ O conceito de política pública pressupõe, pois, a harmonia entre as atividades desenvolvidas pela Administração e seus delegatários – que é o que se denominou anteriormente de serviços públicos – e pelas entidades privadas em prol da concretização de direitos. Essa possibilidade que o Estado tem de delegar e de permitir que empresas privadas atuem em seu auxílio cria-lhe deveres de regulamentação, de coordenação e de fiscalização, para que a prestação de tais serviços de interesse público seja mais eficiente e atenda aos valores sociais plasmados, ou não, no texto constitucional.

A realização de políticas públicas está sujeita a controle, especialmente no que diz respeito à relação custo-benefício gerada pela alocação de recursos, além dos controles de constitucionalidade, suprallegalidade, legalidade e sobre o atendimento dos atos infralegais. No caso dos serviços compartilhados, isto é, prestados livremente por empresas privadas, sem a necessidade de qualquer delegação pelo Estado, o controle sobre o custo-benefício ou, ainda, sobre a eficiência do serviço de interesse público prestado, será feito pelo mercado. Por exemplo, se uma escolha fornece o melhor ensino a um preço mais baixo que as concorrentes, se um plano de saúde oferece mais e melhores benefícios a um preço mais baixo do que seus concorrentes, a preferência do consumidor será pela instituição que lhe permita pagar o menor preço e ter os melhores (ou mais) benefícios. Além desse controle mercadológico, há que se considerar o controle estatal sobre a observância pelas empresas privadas das normas legais, regulamentares e constitucionais. Nesse sentido, há que se verificar, por exemplo, se certa instituição de ensino segue todos os requisitos constitucionais para desfrutar de imunidade tributária, além do que se deve checar se ela cumpre a legislação sobre as diretrizes básicas da educação, e também as normas regulamentares que operacionalizam tudo isso. No caso dos serviços públicos e das políticas públicas, como a única concorrência existente ocorre apenas no procedimento licitatório, quando este existe, há, portanto, um controle mais burocrático, pois não é possível simplesmente trocar o fornecedor menos ou ineficiente por um que seja mais ou eficiente. Portanto, o controle não ocorrerá apenas pelos consumidores diretamente atingidos, mas também pelos atingidos indiretamente, já que, ao contrário do que ocorre no caso dos serviços compartilhados, o dinheiro utilizado para a prestação de serviços públicos é de *toda* a sociedade, obtido por meio do cumprimento do dever social de pagamento de tributos.

Tem-se, pois, o *controle dos serviços públicos concretizadores de direitos* ou, ainda, como se encontra mais frequentemente na doutrina, o *controle da Administração Pública*, cujo objetivo é realizar o controle de eficiência

49 Ver, no mesmo sentido: BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, n. 133, 1997, p. 90; BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

da atividade estatal na alocação de recursos públicos, a fim de que sejam respeitadas as regras e finalidades que a ordem jurídica impõe a esta atuação,⁵⁰ evitando-se ou corrigindo-se, com isso, alguns desvios que possam vir a ocorrer, como os desvios de finalidade dos atos administrativos, os desvios de recursos públicos, a aplicação excessiva ou deficiente de recursos em determinados serviços públicos, a ausência de planejamento prévio de custo-benefício, a manutenção de contratos onerosos e de serviços equivocados, dentre outros problemas. O controle deve partir, em primeiro lugar, do próprio Estado, que, ao produzir um ato administrativo, deve prestar atenção para que ele atenda ao interesse público. Trata-se, aqui, do *autocontrole* da Administração Pública, ou *controle interno*, pelo que o Estado dá a seus cidadãos pelo menos uma certeza teórica de que o interesse público está sendo atendido e de que há planejamento de custo-benefício para alocação eficiente dos recursos públicos.⁵¹ No controle de seus atos, a Administração pode tanto anulá-los ou revogá-los. A anulação de atos administrativos se dá quando se verificar que o ato é ilegal ou ilegítimo. Por sua vez, a revogação ocorrerá quando a manutenção do ato for inconveniente ou inoportuna para o interesse público, devendo-se resguardar os direitos adquiridos, já que, nesse caso, os atos são legais e legítimos.

Além do autocontrole, existe necessariamente o *controle externo*, já que é possível, na mais otimista das hipóteses, que o controle interno falhe. Como se depreende do nome, trata-se de controle feito por agentes desvinculados da atividade administrativa do Estado. O *controle legislativo* ou *político* é uma das formas de controle externo. Ocorre que o Poder Legislativo tem certas competências exclusivas como, a fiscalização e o controle dos atos da Administração Pública, direta e indireta, a sustação dos atos normativos da Administração Pública que exorbitem suas funções e o julgamento anual das contas prestadas pelo Chefe do Executivo. E poderá também exercer, ao lado do Tribunal de Contas, o *controle financeiro*, isto é, fiscalizar todas as contas da Administração Pública. Outro tipo de controle externo é o *controle jurisdicional* ou *judicial*, pelo que se opera a apreciação quanto à legalidade ou à legitimidade dos atos administrativos.⁵² Nessa senda, cabe ao Poder Judiciário tecer seu juízo podendo anular tais atos se eles estiverem eivados por alguma ilegalidade ou ilegitimidade. São várias as opções disponíveis na ordem jurídica para a correção judicial do comportamento, comissivo ou omissivo, administrativo. Podem-se citar como exemplos, as medidas cautelares, as ações possessórias em geral, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou por omissão. Cabe também o controle externo pelo *Ministério Público*, que pode, valendo-se de sua condição de fiscal do direito, efetuar o controle sobre a prestação de serviços públicos, a partir dos instrumentos que o ordenamento jurídico lhe confere para cumprir o seu papel, isto é, defender o interesse público. O Ministério Público atua ao lado do Poder Judiciário, mas a ele não se vincula. Suas funções básicas (e não as únicas) são: zelar pelo efetivo respeito pelos Poderes Públicos e pelos serviços públicos aos direitos fundamentais, promovendo as medidas necessárias para a sua concretização e promover a ação civil pública para a proteção dos interesses públicos. Por fim, cabe aos cidadãos efetuar, enquanto proprietários do interesse público e dos recursos públicos, o *controle social*, instrumento do que se convencionou chamar de participação (ou gestão) democrática da coisa pública. Com esse mecanismo, os cidadãos hão de fiscalizar os atos administrativos em prol da defesa da concretização de seus direitos. Há pelo menos dois meios para o exercício desse controle, os direitos de petição e de reclamação relativos aos serviços públicos em geral e específicos para a concretização de direitos fundamentais.

Nesse sentido, verifica-se que o controle de políticas públicas é feito basicamente de três maneiras: pelo controle dos cidadãos (controle mercadológico de serviços compartilhados e controle social de serviços

50 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O controle da administração pública. In: CISNEROS FARIAS, Germán; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (coord.). *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. México, DF: UNAM, 2007, p. 34.

51 Nesse sentido, ver: FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

52 Obra fundamental sobre o assunto é: FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

públicos), pelo controle da Administração Pública (autocontrole ou controle interno) e pelo controle de outros setores do Estado desvinculados da Administração (controles político, financeiro, jurisdicional e pelo Ministério Público). Tudo isso visa a uma mesma meta: fiscalizar o cumprimento do dever estatal de concretizar direitos fundamentais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se, pois, dizer que a relação jurídica estabelecida entre os indivíduos/sociedade e o Estado deve se pautar na confiança de que ambas as partes cumprirão com suas obrigações e que a elas será dada a igual oportunidade de fiscalizar e de controlar a maneira como as prestações são executadas. Assim, de um lado, os indivíduos/sociedade enquanto credores têm o direito de que os seus direitos sejam concretizados e, como todo credor, devem financiar a atuação do devedor pelo do pagamento de tributos. Do outro lado, o Estado, enquanto devedor, ao receber esse pagamento, deve transformá-lo em capital, gerindo-o e aplicando-o, para que possa investi-lo com eficiência na sociedade por meio da concretização de direitos fundamentais.

Dessa maneira, ante o exposto, é inevitável concluir que os *deveres*, além de se constituírem em um tema pouco enfrentado, são também condição essencial para a eficácia real dos direitos fundamentais. Ora, dos vários tipos de deveres existentes num sistema constitucional, foram escolhidos dois – dever social de pagar tributos (financiamento de direitos) e dever estatal de concretizar direitos (aplicar os recursos públicos) – para o fim de demonstrar o quão importante é a relação entre deveres e direitos e quão é necessário também o estudo daqueles.

Daí se poder dizer que os deveres fundamentais são o óbvio que não se quer ver, e que quando são vistos, normalmente o são de uma maneira egoística, ou seja, apenas o outro tem deveres a cumprir. E isso tem resultado em um paradoxo. O excesso de preocupação com a eficácia dos direitos tem deixado na penumbra a questão dos deveres, resultando em algo bastante interessante, o impedimento da concretização dos próprios direitos. O óbvio que se pretendeu demonstrar com o presente estudo é, assim, o de que os deveres são condição para que haja a concretização de direitos.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O controle da administração pública. In: CISNEROS FARIAS, Germán; FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge; LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coord.). *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. México, DF: UNAM, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, n. 133, 1997.
- CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Das constituições dos direitos à crítica dos direitos. *Direito Público*, n. 7, 2005.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología “fuzzy” y “camaleones normativos” en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. *Derechos y Libertades*, n. 6, 1998.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960.
- DE LUCAS, Javier; AÑÓN ROIG, Maria José. Necesidades, razones, derechos. *Doxa*, n. 7, 1990.
- DE VITA, Álvaro. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- FARO, Julio Pinheiro. Administración pública, realización y financiación de los derechos fundamentales. In: DEL REAL, J. Alberto; ENRÍQUEZ, Gastón J.; RODRÍGUEZ, Luís G. (Ed.). *La maquinaria del derecho en Iberoamérica: constitución, derechos fundamentales y administración*. (no prelo, 2014).
- FARO, Julio Pinheiro. Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 76, n. 3, 2010.
- FARO, Julio Pinheiro. Deveres como condição para a concretização de direitos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 2012.
- FARO, Julio Pinheiro. Deveres fundamentais e a constituição brasileira. *FIDES: revista de filosofia do direito, do estado e da sociedade*, v. 1, n. 2, 2010.
- FARO, Julio Pinheiro. Mínimo existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, 2009.
- FARO, Julio Pinheiro. O critério da capacidade econômica na tributação. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, v. 35, n. 2, 2010.
- FARO, Julio Pinheiro. Os vinte anos da constituição brasileira: da reserva do possível à proibição do retrocesso social. In: FARO, Julio Pinheiro; TEIXEIRA, Bruno Costa; MIGUEL, Paula Castello (Coord.). *Uma homenagem aos vinte anos da constituição brasileira*. Florianópolis: Boiteux, 2008.
- FARO, Julio Pinheiro. Solidariedade e justiça fiscal: uma perspectiva diferente sobre a concretização de direitos a partir do dever de pagar impostos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: v. 81. out./dez. 2012.
- FARO, Julio Pinheiro; GOMES, Marcelo Sant’Anna Vieira. A disregard doctrine e a administração pública. *Revista Síntese Responsabilidade Pública*, v. 1, n. 1, 2011.
- FRANÇA, Phillip Gil. *O controle da administração pública: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Los deberes positivos generales y su fundamentación. *Doxa*, n. 3, 1986.

- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton, 1999.
- IMMORDINO, Giovanni; PAGANO, Marco. The cost of rights: an economic analysis. *Diritto & Questioni Pubbliche*, n. 4, 2004.
- KRELL, Andreas Joaquim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- KRELL, Andreas Joaquim. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, n. 144, 1999.
- LOPES, Ana Maria D’Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, n. 164, 2004.
- LOPES, Ana Maria D’Ávila. A participação política das minorias no Estado democrático de direito brasileiro. In: LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Florianópolis: Conceito, 2006, p. 83-96.
- MANTOVANI, Ferrando. La proclamazione di diritti umani e la non effettività dei diritti umani. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, anno LI, fasc. I, 2008.
- MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Relatividade” da competência discricionária. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 8, 2004.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004.
- OMMATI, José Emílio Medauar. Do ato ao processo administrativo: a crise da ideia de discricionariedade no direito administrativo brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 930. abr. 2013.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Daxa*, n. 4, 1987.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: M. Fontes, 2007.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o estado para a implementação dos direitos humanos? In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SCAFF, Fernando Facury. Como a sociedade financia o Estado para a implementação dos direitos humanos no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalismo, tributação e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SEN, Amartya. Human rights and capabilities. *Journal of Human Development*, vol. 6, n. 2, 2005.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 66, 2009.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: M. Fontes, 2003.

ZIMMERLING, Ruth. Necesidades básicas y relativismo moral. *Daxa*, n. 7, 1990.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.