

SOBRE OS DENOMINADOS CUSTOS DOS DIREITOS E A REFORMA DO ESTADO

Ricardo Antônio Lucas Camargo*

ETÉOCLES - "Se tudo fosse correto e ajuizado para todos, não/ surgiriam amargas divergências entre os homens./ Contudo, para os mortais nada é homogêneo, nada/ é igual, exceto em palavras; os atos são diferentes./ Mãe, falarei sem ocultar nada. Eu subiria a luminosas/ alturas, iria ao oriente onde despontam os astros,/ desceria às profundidades da terra, se fosse possível,/ para apoderar-me da tirania dos deuses./Assim o determina a honra. Não quero/ entregar o poder a outro e preservar a/frouxidão para mim. Quem perde mais/ganha menos. Além do mais, seria vergonhoso/ se este, que vem armado, que assola,/alcançasse o que deseja. Seria um/ insulto a Tebas se, intimidado por lanças/ micênias, eu entregasse o cetro a este. Seria/mais decente se este procurasse reconciliação/ desarmado. A palavra poderia alcançar tudo/ que se busca com ferro inimigo. Se por outros/ meios pretende estabelecer-se nesta terra que o faça./Mas não conte com o meu consentimento. Se posso/ mandar, porque me tornaria eu escravo dele? Estou/ pronto. Venha fogo, venham espadas. Atrelai os/ cavalos, cobri o campo de carros. Não entregarei/ meu trono a este. Se é preciso ferir a justiça,/melhor será fazê-lo pela tirania. Neste momento,/a injustiça é o melhor, a piedade fique para o resto" [Eurípides. *As fenícias*. Trad. Donald Schüller. Porto Alegre: L & PM, 2005, p. 46-47]

* Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais - Membro da Fundação Brasileira de Direito Econômico e do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública - IBAP/RS.

RESUMO

Aborda-se a perspectiva de se saber se o problema do custo dos direitos não são os referentes ao Estado liberal e se os mesmos teriam custo zero ou menor custo do que os que os vêm a complementar no contexto do Estado Social ou do Estado Democrático de Direito. Vê-se também a aparente neutralidade matemática para se chegar à conclusão de que a irrealizabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais radicaria no custo elevado, em face dos direitos civis e políticos, que não teriam custos, vem a desfazer-se, revelando, antes, o seu papel francamente comprometido sob o ponto de vista ideológico.

ABSTRACT

It deals with the perspective in knowing if the problems of the rights' costs are not the ones that refer to the Liberal State and if these same costs would have a tax equal to zero or at least less than those which are complementing the context of the Welfare State or the Democratic State of Rights. It is also possible to see the virtual mathematical neutrality in order to get to the conclusion that the economic, social and cultural rights are not being done due to the obstacles offered by the high costs.

1. Introdução

Conta Eurípides que Laio, rei de Tebas, foi consultar o Oráculo de Delfos para saber por que seu casamento com Jocasta não lhe dava um filho, ao que lhe respondera Apolo que, acaso gerado, este o mataria e sua casa pereceria num abismo de sangue. Embriagado, em busca da realização da própria vontade a qualquer preço, gerou em Jocasta um filho, e, mais tarde, recordando a palavra divina, decidiu abandoná-lo, logo ao nascer, às feras do Monte Citerão. Ali, foi Édipo salvo por um pastor, que o levou a Corinto, para a corte de Pólibo e Mérope, onde feliz cresceu, até que lhe veio a desconfiança de que deles não pudesse ser filho. Dirigiu-se, então, para Delfos. Ao chegar na Fócida, cruzou com um rico viajante que não lhe quis dar passagem, tendo a altercação terminado com a morte do viajante, que era Laio dirigindo-se de Tebas a Delfos para se certificar de que Édipo se teria finado no Citerão. A morte de Laio rendeu ensejo a que

fosse enviada a assolar Tebas a Esfinge, que formulava a todos os passantes um enigma que, se não respondido, sujeitava o perdedor a ser devorado. Creonte, irmão de Jocasta, ofertou a mão da rainha viúva a quem vencesse o monstro. Édipo decifrou o enigma, e a Esfinge deixou de ameaçar a cidade. Édipo casou-se com Jocasta, gerando quatro filhos: dois homens, Etéocles e Polinice, e duas mulheres, Ismena e Antígona. Quando Édipo veio a saber que esposara a própria mãe, vazou os olhos. Já adultos Etéocles e Polinice, encerraram o pai no palácio, para não terem de dar explicações sobre a sua auto-punição. Jocasta, entretanto, permaneceu a dele cuidar. O pai, ferido moralmente, lançou tremendas maldições sobre os rapazes, no sentido de que disputariam o palácio a espada. Temerosos de que, convivendo, as maldições fossem concretizadas, combinaram que Polinice, por ser mais moço, partiria voluntariamente ao exílio, enquanto Etéocles reinaria por um ano, ao cabo do qual a Polinice seria entregue o cetro. Entretanto, o pacto de alternância foi rompido e Polinice foi banido. Em Argos, casou-se com a filha do rei Adrasto e, com o apoio deste e mais cinco chefes, reuniu um exército para atacar Tebas. Da Fenícia foram enviadas virgens a Tebas, que Etéocles - aparentado com o rei da Fenícia, por ser descendente de Cadmo, filho de Agenor - as pudesse enviar a Delfos, para se tornarem sacerdotisas de Apolo e, com tal oferenda, obter apoio do deus. Contudo, o cerco as reteve na cidade. As mulheres bárbaras compadecem-se da população, desejam que os gregos civilizados não entrem em guerra. A mãe decidiu mediar um encontro entre os irmãos antes que viessem a iniciar o confronto. Polinice adentrou a cidade, armado, temendo que o aguardasse uma cilada. Expôs a justiça de sua pretensão, ao que respondeu Etéocles que não poderia demonstrar frouxidão diante de quem atacava a cidade e lhe pretendia subtrair o trono, por mais justa que fosse a pretensão. Retirando-se da cidade, acabrunhado por não poder sequer dirigir-se às suas irmãs, Polinice foi reunir-se aos seus soldados. Etéocles encontrou-se, então, com Creonte, que lhe fez ver a necessidade de adotar um plano de defesa, parando de subestimar o poder de destruição dos exércitos argivos. Preocupado, Etéocles ordenou a Creonte que fosse consultar Tirésias, o adivinho. Este lhe informou que Tebas somente poderia sair vencedora se Meneceu, filho de Creonte, fosse

sacrificado. A razão para isto seria o fato de, antes de Tebas ser construída, haver Cadmo, filho de Agenor, rei da Fenícia, matado um dragão que, por determinação de Ares, o deus da guerra, montava guarda a uma fonte. Os dentes do dragão, em seguida, foram semeados e deles nasceram soldados que se engalinharam, até que sobraram cinco que auxiliaram o príncipe fenício a erigir a cidade, da qual fora o primeiro rei. Meneceu era o último descendente puro dos soldados nascidos dos dentes de dragão. Creonte decidiu determinar a saída de Meneceu, para o poupar e oferecer sua própria vida em troca. O jovem, porém, resolveu imolar-se junto ao local em que Cadmo matara o dragão. O combate foi travado até o momento em que Etéocles e Polinice decidiram que resolveriam a pendência em combate singular. Ao saber de tal decisão, Jocasta mandou chamar sua filha Antígona e ambas se dirigiram ao campo de batalha para tentar impedir a luta. Entretanto, Etéocles feriu mortalmente Polinice, mas, imprudentemente, resolveu despojá-lo, o que rendeu ensejo a que o moribundo também o ferisse mortalmente. Jocasta e Antígona chegaram somente a tempo de assistirem à agonia dos dois jovens. Desesperada pela própria impotência, Jocasta se atirou sobre a espada que estava nas mãos do cadáver de Polinice. Antígona retornou ao palácio e chamou o velho pai cego, Édipo, para lhe dizer que passaria a ser o seu arrimo, morta que fora Jocasta. Creonte assumiu o reino de Tebas e proclamou o banimento de Édipo, porque Tirésias lhe informara que a sua presença seria fonte de infortúnios para a cidade e, atendendo a determinação de Etéocles, a proibição de se administrarem os ritos fúnebres a Polinice porque este reunira um exército contra sua própria pátria. Anunciou, também, a necessidade de se apressarem os esponsais de seu filho remanescente, Hemon, e Antígona. Esta não apenas se recusou ao matrimônio como também disse que acompanharia o pai ao exílio e, ainda, desafiando o decreto de Creonte, daria sepultura a Polinice. Pai e filha retiraram-se, pois, da cidade, em direção a Colona, próxima a Atenas, em santuário consagrado a Apolo.

Por mais irresistível que seja a comparação entre a versão ofertada por Eurípides em *As fenícias* para a lenda tebana em face das de Sófocles e Ésquilo, pensamos em utilizá-la para fins didáticos no exame de um dos mais utilizados expedientes de busca de um

fundamento racional para uma das regras de ouro da globalização, que seria a minimização do Estado e a redução do peso dos denominados "encargos sociais", que oneram fortemente os custos das empresas, obrigando-as a repassarem-nos para os produtos e serviços que ofertam no mercado [Romita, Arion Sayão. Princípios em conflito: autonomia privada coletiva e norma mais favorável - o negociado e o legislado. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 28, n. 107, p. 16, jul/aet 2002; Magano, Octávio Bueno, A globalização da economia e o Direito do Trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, v. 21, n. 91, p. 42, set/dez 1995]. Isto porque tanto a tragédia quanto o tema em questão giram, precisamente, à volta da busca da situação plenamente favorável a determinado indivíduo sem que este tenha de arcar com qualquer custo.

2. O "tamanho do Estado" e o aumento da despesa pública

Um dos mais recorrentes argumentos em torno da necessidade de se reduzir o tamanho do Estado tem sido o de que se faz mister torná-lo mais barato [Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 59, n. 241, p. 5-6, jul/set 2005; Martins, Ives Gandra da Silva. Arts. 29 a 31. In: Plures. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 201; Silva, Paulo Napoleão Nogueira da. *Direito Constitucional do Mercosul*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 322; Souto, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 75]. Não é incomum, nos tempos que ora correm, a reclamação em torno de o Estado somente dever atender a quem é contribuinte dos tributos que arrecada, sendo os demais verdadeiros vampiros sociais das forças vivas que movem a nação, por traduzir, invariavelmente, a generosa opção pelos pobres uma cruel opção pela pobreza [Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Constituição e revisão*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 507; Aragão, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 70, nota 89; Martins, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 6, t. 1, p. 68-69, nota 6]. Tem ainda ganho terreno concepção no sentido de contratualizar ao máximo a prestação de serviços públicos, de tal sorte que eles sejam prestados mediante uma contraprestação

financeira imediata. O argumento central é que "todo serviço público tem um custo, que será coberto de alguma forma, pelos usuários ou pelos contribuintes. Em qualquer situação, se o montante correspondente ao custo do serviço não for integralmente coberto pelos beneficiários diretos, a população inteira terá de subsidiá-lo" [Dallari, Adilson Abreu. *Tarifa remuneratória de serviços concedidos*. In: Plures. ***Serviços públicos e Direito Tributário***. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 221-222]. Em que pese correta a premissa - a da inexistência de serviço público gratuito - ela embasa, em realidade, a pan-mercantilização das necessidades ou, como observa Marcus Faro de Castro, a conversão de qualquer tipo de bem ou serviço em "uma prestação de utilidade a que corresponda uma prestação pecuniária, estabelecida contratualmente mediante negociação privada, de maneira mais ou menos isenta da operação do devido processo legal e do seu ancoramento democrático" [Direito e economia: contribuições para o desenvolvimento da doutrina dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: Plures. ***Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos - ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade***. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, t. 3, p. 302]. Em suma, qual notícia Mário Lúcio Quintão Soares, "os neoliberais, na construção do Estado mínimo, refutam a cidadania plena e coletiva para todos os segmentos nos âmbitos sociais, econômicos e culturais, e renegam conquistas do Estado social, incorporadas pelo Estado democrático de Direito, como reconhecimento da igualdade do direito à educação, que comprometeria a liberdade de ensino e a livre opção da escola; direito à assistência médica, que impediria a escolha de médico pelo doente e o livre exercício da medicina; direito à seguridade social, ao descanso, às férias ou à negociação coletiva do trabalho, os quais violam o princípio da livre autonomia das partes na contratação laboral" [Teoria do Estado. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 297] Algo similar à diatribe lançada por Cícero contra duas leis que instituíam o voto secreto, no tribunate de Caio Graco: "parece-me já ver o povo dissociado do Senado, o arbítrio da população decidir sobre as mais graves questões. Pois é mais fácil agitar as multidões que resistir a elas" [Lélio, ou a amizade. Trad. Paulo Neves. In: Cícero, Marco Túlio. ***Saber envelhecer, seguido de A amizade***. Porto Alegre: L & PM, 1997, p. 103].

Nelson Jobim vincula o problema do déficit público ao reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, como decorrência da universalização do sufrágio [A proposta de reforma tributária do Governo Federal. In: Plures. **Reforma tributária e MERCOSUL**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 198; Aragão, Alexandre Santos de, op. cit., p. 70]. Neste caso, traduzir-se-iam tais direitos como mera "concessão", ao contrário dos "verdadeiros" direitos, os civis e políticos. Talvez aí se possa localizar o criptofundamento para que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o § 2º do artigo 5º da Constituição Federal, tenha entendido presente "vedação da ampliação do catálogo de direitos fundamentais, tal qual os demais direitos decorrentes de tratados internacionais, quando incompatíveis, seja no aspecto formal (extrínseco) ou material (intrínseco), com a Constituição", negando aos tratados internacionais sobre direitos humanos o status de norma constitucional, antes da Emenda Constitucional n. 45, de 2005 [Torelly, Paulo Peretti. *Tratados internacionais e direitos fundamentais na Reforma do Poder Judiciário*. In: Plures. **Temas fundamentais do Direito**. Canoas: Ed. ULBRA, 2005, p. 180].

Sobre esta causa da "ampliação do Estado", foi dito provir ela "das transformações decorrentes das crises do liberalismo, em que o eixo se deslocou da produção eminentemente agrária para a produção industrial - já que os países onde a Revolução Industrial mais cedo chegara, ocupados com o conflito de 1914-1918, tiveram suas relações comerciais com o Brasil, em muitos casos, interrompidas, tendo em vista a direção da economia nacional para o esforço de guerra - , do ingresso de imigrantes que já tinham contacto com a tecnologia da produção industrial, bem como a experiência da atuação sindical, do êxodo rural, que determinou a formação de uma classe trabalhadora urbana" [Camargo, Ricardo Antônio Lucas. **Direito Econômico, Direito Internacional e Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 48].

Com efeito, uma vez ampliado para além do círculo dos *beati possidentes* o exercício do direito de voto, o Poder Público passa a ter de contemplar os interesses de todos aqueles que participam na sua formação. Como ensina Washington Peluso Albino de Souza,

“compondo o modelo constitucional burguês, por natureza socialmente seletivo, foi adotado o ‘sufrágio’ como referencial democrático do modo de participação e decisão do povo nos destinos sociais. Deste modo, o conceito de ‘povo’ e a sua ‘inclusão’ como beneficiário dos direitos configurados no texto constitucional, fundem-se, por especial vinculação ao ‘voto’ e ao ‘eleitor’. Em contrapartida, é ‘excluída’ a parte restante, passando a caracterizar a ‘população’. Assim, a seleção dos elementos ‘incluídos’ e ‘excluídos’ em face da realidade social passa a ser juridicamente manipulada pela ampliação ou pela restrição das áreas contempladas com os direitos assegurados na Constituição, segundo decisão dos detentores do poder. Configura-se, desta forma, a imagem da dominação, estrategicamente elaborada. A figura jurídica do ‘povo’, portanto, fica vinculada de forma institucional e estável a um determinado ordenamento jurídico, havendo aqueles que só o concebem ligado ao Estado pelo vínculo da cidadania. Pela conjugação dos conceitos jurídico e sociológico, entretanto, pode ser aquilatada a expansão desta idéia restrita de ‘povo’, pela via de ‘inclusão’ de atendimento à satisfação das necessidades referentes a toda a ‘população’, na via dos Direitos Humanos. Com maior ou menor velocidade, de acordo com a dinâmica das ‘mutações sociais’ e as estruturas de dominação, os textos constitucionais os absorvem sob a forma de ‘conquistas’, pós-burguesas. Quando o constitucionalismo seletivo conservador não conseguiu impedir a sua consignação, passou a torpedeá-las, anulando-lhes os efeitos mediante técnicas excludentes embutidas no próprio texto constitucional” [*Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 532; Passos, José Joaquim Calmon de. A cidadania tutelada. In: Plures. *Hermenêutica, cidadania e Direito*. Campinas: Millenium, 2005, p. 25-26; Aragão, Alexandre Santos de, op. cit., p. 59; Souza, Neomésio José de. *Intervencionismo e Direito*. Rio de Janeiro: Aide, 1984, p. 162]. O reconhecimento de direitos a categorias a que antes eram denegados, com a resistência à atribuição de força normativa aos documentos que os prevejam, em que pese implique uma ampliação da esfera pública, por um lado, por outro, materializa a resistência a tal ampliação: “não custa lembrar que a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas não é mais do que uma Resolução

da Assembléia Geral daquela entidade" [Torelly, Paulo Peretti, op. cit., p. 187], razão por que Alfred Verdross somente lhe reconhecia valor moral e não jurídico [*Derecho Internacional Público*. Trad. Antonio Truyol y Sierra. Madrid: Aguilar, 1973, p. 506].

Tal ampliação, que poderia ser vista como uma demonstração de fraqueza por parte de quem fora justamente recompensado diante da grande maioria de mandriões e ineptos, e que terminou por onerar o custo de produção com os encargos sociais e aumentou a voracidade do fisco, deitaria raízes na impossibilidade de se salvar o regime democrático e o próprio Estado de Direito sem a redução das desigualdades, como observa Gilberto Bercovici: "com a falta de homogeneidade social, inúmeros setores da população já não mais se identificam na política e no Estado. Para Heller, a homogeneização social não significa a supressão dos antagonismos na sociedade, mas que estes interesses antagônicos podem ser compostos e viabilizar a inclusão da população no processo democrático" [Concepção material de serviço público e Estado brasileiro. In: Plures. *Serviços públicos e Direito Tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 77]. Isto quer dizer, por outras palavras, que inúmeros setores, por não se sentirem incluídos na política e no Estado passariam a agir como verdadeiros poderes paralelos, caso não fossem contemplados - a reação de Polinice ante a denegação, por Etéocles, de todos os direitos, é a de atacar o Estado - [Diniz, Artur José de Almeida, *Novos paradigmas em Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 154; Souza, Washington Peluso Albino de, op. cit., p. 550-551]. Neste sentido, os direitos reconhecidos após o advento do Estado Social aparecem com uma função pacificadora: Como disse Ingo Wolfgang Sarlet, "os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio da eliminação das desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade, podendo afirmar-se, neste contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais" [*A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 202; Soares, Mário Lúcio Quintão, op. cit., p. 306; Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 586; Grau, Eros Roberto. *A ordem econômica na*

Constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 245; Souza, Neomésio José de, op. cit., p. 50; Aragão, Alexandre dos Santos, op. cit., p. 62, nota 70]. A redução da relação do Estado com os seus súditos a uma contraprestação pelos tributos pagos, algo semelhante à participação nos lucros de uma sociedade comercial na proporção da contribuição no capital, encontra como contraditor insuperável o fato de que à autoridade do Estado todos se submetem independentemente de serem ou não contribuintes, como recordou Alfredo Augusto Becker [**Teoria geral do Direito Tributário.** São Paulo: Lejus, 1998, p. 244; Conti, José Maurício. **Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade.** São Paulo: Dialética, 1996, p. 16]. Quando Meneceu se imola por Tebas, é por saber que a cidade é muito maior do que a vaidade de Etéocles, que este não a governa apenas para os seus partidários, mas para quantos estejam sob sua autoridade, inclusive as fenícias, que sequer constituintes do Estado são. O caráter coletivo das necessidades que o serviço público visa atender, por outro lado, conduz a que, necessariamente, não se adote uma concepção estritamente contratual deste mesmo serviço. César A. Guimarães Pereira é certo: "a redução do conceito de serviço público aos serviços *uti singuli* implica a exclusão de atividades que, por serem utilizáveis apenas de modo coletivo, não podem ensejar a estipulação de uma contrapartida financeira específica, diante da impossibilidade de identificação de um usuário e da medida em que este utiliza o serviço" [A posição do usuário e a estipulação da remuneração por serviços públicos. In: Plures. **Serviços públicos e Direito Tributário.** São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 304]. A idéia de solidariedade social, albergada nos artigos 3º, III e IV, 5º, XXIII, 170, III e VIII, e 194, VII, da Constituição Federal, vem, poderosa, a afastar a visão pura do *do ut des*: Antígona quer ofertar os ritos funerários a Polinice porque, em razão de pertencer ele ao gênero humano, e não em razão dos afetos de Etéocles, faria jus ao sepultamento. E é a esta idéia de solidariedade que José Joaquim Calmon de Passos apela quando diz que "há, realmente, uma 'espécie humana', e a sobrevivência só estará assegurada quando alcançar os 'homens' e não a mim apenas e aos meus comparsas" [op. cit., p. 43].

Max Weber, ainda, salienta o aumento significativo para as despesas do Erário Público com a profissionalização dos agentes públicos, que deixaram de ser remunerados diretamente pelos interessados na prestação do serviço, transferindo-se tal incumbência ao Tesouro [*Economia y sociedad*. Trad. José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1944, v. 4, p. 112-115]. E tal transferência, entretanto, foi vista como uma inovação moralizadora, como se vê nesta passagem de Aliomar Baleeiro: “os que recebem salários das partes, por via de regra, ou se entregam a extorsões ilegais ou multiplicam os atos e criam formalidades inúteis para justificarem emolumentos maiores. Em geral, esquecem que o serviço público é impessoal e objetivo, de modo que exploram os cargos com espírito mercantil” [*Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 119]. No caso brasileiro, também se costuma vincular o déficit público ao programa desenvolvimentista do Governo Kubitschek, por conta da elevação dos gastos públicos com infra-estrutura e apoio aos investimentos privados, sem que existisse um esquema adequado de financiamento, provocando a redução do montante do Fundo de Participação dos Estados e colocando estes na contingência de aumentar as alíquotas do Imposto de Vendas e Consignações [Moreira, Egon Bockmann. Anotações sobre a história do Direito Econômico brasileiro - Parte II: 1956-1964. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. Belo Horizonte, v. 3, n. 11, p. 135-136, jul/set 2005], bem como na criação da conta movimento pelo Governo castrense instaurado em 1964, permissiva da concessão de empréstimos ao setor privado sem limites determinados pelas normas bancárias, a atribuição conferida à União de conferir isenções fiscais concernentes a tributos de competência dos Estados membros, obrigando a estes e aos Municípios a buscarem outras formas de financiamento – dentre elas, a antecipação de receita e a captação de recursos no exterior, com o “aval” da União -, a assunção, pelo Tesouro Nacional, das dívidas da administração direta e indireta, com a federalização das dívidas estaduais e, após o retorno ao Poder civil, as alienações de ativos com o objetivo aparente de solucionar o déficit público, mas com a assunção de todo o passivo a eles correspondente, como se pode verificar em análise feita por Vinicius Moreira de Lima [O Governo Lula e o PPA de 2004/2007. In: <<http://>

www.fbde.org.br/governo.html>, acessado em 15 nov 2004; Torres, Ricardo Lobo. Transparência fiscal. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, n. 81, p. 172, s/d]. Resultado: a identificação das causas do déficit público, muitas vezes, vem informada pelos referenciais da concepção de política econômica defendida pelo pesquisador.

3.As noções de custo

Custo, de acordo com o artigo 46 da Lei 4.506, de 1964, é o conjunto das despesas e encargos relativos à aquisição, produção e venda dos bens e serviços objeto das transações de conta própria [Comparato, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 34]. Para os economistas, o custo é a remuneração paga pelo produtor para elaborar e colocar à disposição no mercado o produto ou serviço que oferta [Galves, Carlos. *Manual de economia política atual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1983, p. 225]. A noção se torna importante, na medida em que não há necessidade que não dependa de um bem ou serviço, e não há bem ou serviço que não comporte, no momento de sua elaboração, o emprego de determinados recursos, que têm de ser obtidos, em regra, mediante remuneração. Quando surge a decisão de investir, emerge o conceito de custo de oportunidade, referente às alternativas possíveis de investimento, renunciadas pelo investidor [Lima, Hélio da Silva. *A crise monetária internacional: os direitos especiais de saque e a ajuda internacional*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1974, p. 34]. Laio, Etéocles, Creonte: nenhum deles quer arcar com o custo das decisões que toma.

Quando se dá início à atividade econômica, tem-se os custos fixo e variável. Custo fixo é o que não depende do volume de bens e serviços produzido, de que são exemplos o aluguel do espaço, eventual condomínio, determinados impostos etc. Custo variável ou direto é o que varia em função da quantidade produzida, aparecendo como exemplos os gastos com mão-de-obra, com a energia elétrica voltada a acionar as máquinas, a matéria-prima etc. [Nusdeo, Fábio. *Curso de economia – introdução ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 252].

Após iniciado o processo produtivo, surge, também, o conceito de custo marginal, que se refere à produção de uma unidade a mais além das já produzidas, e que traduz o limite da capacidade da empresa produzir lucro. A presença de Édipo, cego, em Tebas traduz um custo marginal que supera o bem decorrente dos serviços por ele prestados à cidade, como diz Creonte: "não posso permitir que continues nesta terra./ As palavras de Tirésias são claras: a cidade não/ prosperará enquanto viveres aqui" [Eurípides, op. cit., p. 91]. Claro que a utilização deste conceito para os efeitos de se concluir pela atendibilidade ou não da situação de um ser humano conduziria à sua redução à condição de ferramenta, e traria, assim, a observação de Aliomar Baleeiro, quando refuta as objeções à existência do *otium cum dignitate*, a aposentadoria: "em verdade, não se pode discutir a sua necessidade, já porque choca a moral contemporânea que o governo atire à miséria os servidores velhos ou incapacitados, já porque a experiência mostrou que, em consequência disso, o serviço público se atrofiava com a permanência do pessoal idoso, por isso mesmo com tendências à rotina, à falta de assiduidade, ao afrouxamento da disciplina, e rebeldes a qualquer reforma" [op. cit., p. 120]. Por um lado, haveria a queda na própria eficiência da prestação, porque o servidor estaria desmotivado e cansado, por outro, haveria o próprio exaurimento da máquina, a longo prazo, porque ninguém se abalancharia a trabalhar sabendo que seria, ao final, quando suas forças já tivessem sido amplamente exploradas, abandonado à própria sorte. Como salienta Marcus Faro de Castro, "é preciso entender que toda economia, como se depreende do que afirma Polanyi, repousa sobre um conjunto de relações que não se define apenas economicamente. Tal conjunto de relações, embora não seja fixo, é formado por pessoas e/ou coisas às quais os indivíduos destinam, em determinadas circunstâncias, uma consideração de tal modo especial que o valor delas não pode ser facilmente traduzido em um preço econômico, ou seja, em uma prestação pecuniária contratualmente estabelecida. Tal consideração especial que os indivíduos destinam a pessoas e coisas durante a sua vida prende-se a noções de honra, dignidade, decência, afetividade, auto-estima, reverência, bem-estar etc. Os tutelados (aposentados, enfermos, inválidos, menores etc.) são exemplos de pessoas às quais é oferecida

uma deferência ou consideração especial, e por isso permanecem em posição diferenciada no sistema contratual da economia, conforme elaborações e determinações jurídicas" [op. cit., p. 303].

O custo social diz com o uso dos bens públicos e com os prejuízos - os efeitos colaterais - da atividade para a natureza e o meio social [Galves, Carlos, op. cit., p. 227; Nusdeo, Fábio. Custo social. In: Plures. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 22, 182]. Para a Análise Econômica do Direito, a maximização da eficiência alocativa seria o único critério compensatório da *social choice*, o que implica conferir à decisão privada a possibilidade do acesso aos insumos e aos bens de consumo [Derani, Cristiane. Capital financeiro e proteção à concorrência. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 17, p. 184, 1997]. O custo social da querela pessoal entre Polinice e Etéocles é descrito por Jocasta: "se a espada de Argos for mais poderosa/ do que a lança de Cadmo,/ verás esta fortaleza tebana abatida, verás muitas/ jovens escravizadas, violentadas e arrastadas/ao cativoiro por soldados inimigos" [Eurípides, op. cit., p. 48].

Dentre os custos sociais, chama a atenção o ambiental, que é o que diz com a capacidade degradadora de uma determinada atividade econômica que se instale em determinado sítio. Passam, assim, a integrar o custo de produção as medidas voltadas à mitigação da degradação e à recuperação do ambiente [Cardoso, Artur Renato Albeche. A degradação ambiental e seus valores econômicos associados - uma proposta modificada. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 6, n. 24, p. 176, out/dez 2001; Ramos, Elival da Silva. Federação - competência legislativa. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v. 19, n. 77, p. 127, jan/mar 1986; Torelly, Paulo Peretti, Velasques, Maria Tereza Oltramari, Winkler, Bruno de Castro & Coelho, Helena Beatriz Cesarino Mendes. Petição inicial da ação civil de nulidade de cláusulas contratuais e de rescisão contratual, cumulada com perdas e danos contra Ford Brasil Ltda. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul - Caso Ford:: em defesa do interesse público*. Porto Alegre, v. 25, n. esp., p. 30, mar 2002]. Paulo de Bessa Antunes, no particular, aponta para situações em que se mostra impossível a quantificação dos custos da degradação, como, por exemplo, no caso de extinção de uma

espécie [Existe um Direito Ambiental? *Revista da Procuradoria-Geral da República*. Brasília, v. 2, n. 3, p. 158, abr/jun 1993]. Há ainda outros exemplos fornecidos pela doutrina, que são o da chuva ácida, por vezes provocado em países diversos daqueles que por ela são afetados e o aquecimento global do orbe terrestre, em relação ao qual a própria responsabilidade da ação humana ainda não está bem definida [Menezes, Paulo Roberto Brasil Teles de. O Direito de Ambiente na era do risco: perspectivas de mudança sob a ótica emancipatória. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 8, n. 32, p. 133, out/dez 2003]. Mas, quando se fala no custo ambiental, o que se tem em mente é o combate à concepção puramente hedonística, pela qual, pouco importando as conseqüências, o que importaria seria a extração plena da utilidade das coisas nos limites do prazer de quem frui [Moll, Luíza Helena. Externalidades e apropriação: projeções do Direito Econômico sobre a nova ordem mundial. In: Plures. *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional - estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 151; Petter, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica - o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 244]. A lógica desta economia voltada a exaurir todos os recursos de um determinado local que se explore, a "economia de rapina", bem se assemelha à dos filhos de Édipo, tanto Etéocles, que em nome do poder seria capaz de destronar os deuses, quanto Polinice, que chega a reunir um exército estrangeiro contra sua própria cidade.

E, tendo em conta a necessidade de a atividade se manter, aparece, ainda, o custo operacional, que se compõe das despesas operacionais, como tais entendidas aquelas que, para efeitos tributários, não se computam propriamente no custo, mas dizem respeito às operações normais e necessárias a que a empresa desempenhe sua atividade e se mantenha a respectiva fonte produtora, nos termos do artigo 47 da Lei 4.506, de 1964 [Batalha, Wilson de Souza Campos. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 2, p. 878; Watanabe, Ippo & Pigatti Júnior, Luiz. *Coletânea de decisões tributárias federais*. São Paulo:

Saraiva, 1993, p. 198; Mélega, Luiz. Contrato de prestação de assistência técnica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 14, n. 19, p. 63-64, 1975], somadas ao custo de produção. É em relação ao necessário à manutenção da defesa de Tebas que Creonte consegue conter a afoiteza de Etéocles.

De qualquer sorte, nota-se que toda a discussão em torno dos custos dos direitos impõe a perquirição sobre que espécie de custos se trata. E, por outro lado, o próprio caráter inexorável ou evitável de tais custos. Tal questão, pois, deixa de ser puramente quantitativa para se tornar, também, qualitativa. E, por outro lado, a classificação dos custos no âmbito privado termina por fazer *pendant* com a classificação das despesas públicas, embora se deva ter extremo cuidado para não se fazerem impróprias equiparações.

4.O custo dos direitos e o déficit público

Andrei Pitten Velloso identifica quatro hipóteses básicas referentes ao custo dos direitos opostos ao Poder Público: "1) há recursos suficientes nos termos da normatividade constitucional e não se verifica a exaustão da capacidade orçamentária; 2) não há recursos suficientes nos termos da normatividade constitucional, mas tampouco se verifica a exaustão da capacidade orçamentária; 3) não há recursos suficientes nos termos da normatividade constitucional e ocorre a exaustão da capacidade orçamentária; 4) há recursos suficientes nos termos da normatividade constitucional mas inexiste capacidade orçamentária" [O papel dos princípios na interpretação: argumentação jurídica e sistema jurídico. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 27, n. 58, p. 22, 2004]. Na primeira, não há lugar para a denegação do direito. Na segunda, o atendimento ao direito poderá acarretar o afastamento das balizas orçamentárias. Na terceira e quarta hipóteses, poderá, eventualmente, haver dificuldade superável, pela realização de escolha entre as despesas a serem realizadas, ou insuperável, em se tratando de exaustão orçamentária, efetiva. A questão que se coloca, efetivamente, é a de saber se a impossibilidade econômica seria elisiva do direito deduzido, se ela seria suspensiva de sua exigibilidade ou se ela seria irrelevante. E, por outro lado, se a situação, em si mesma,

configuraria impossibilidade ou mera dificuldade. Claro que se poderá identificar nos denominados "direitos de prestação" inequívoco fator de geração de déficit para o Poder Público. Qual notícia Ingo Wolfgang Sarlet, "já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, e, limite fático à efetivação desses direitos" [op. cit., p. 264; Mendes, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania - necessidade de desenvolvimento de novas técnicas de decisão: possibilidade da adoção da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade no direito brasileiro. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo, v. 1, n. 3, p. 28, abr/jun 1993]. E se poderá dizer, com toda a certeza, que o atendimento a uma pretensão concreta implicaria o sacrifício de toda a coletividade, com graves danos para a economia em geral, porque o déficit público seria o responsável pela variação negativa do poder aquisitivo da moeda. Entretanto, quando se fala em direitos fundamentais, "o Estado não pode se esquivar do seu dever de proteção. Perante esse dever, há o que Canaris chama de imperativo de tutela, isto é, a necessidade de tutela ou proteção do direito fundamental" [Marinoni, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 320]. E por menos não é que a II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, "recomendou o estabelecimento, nas Nações Unidas, de um programa amplo de fortalecimento de estruturas nacionais adequadas, que tenham impacto direto na observância dos Direitos Humanos e na manutenção do Estado de Direito, com um aumento considerável e recursos do atual orçamento regular das Nações Unidas assim como de orçamentos futuros e de fontes extra-orçamentárias para este fim" [Trindade, Antônio Augusto Cançado. A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993): o legado de Viena. In: Plures. *A incorporação das normas internacionais de Direitos Humanos no Direito brasileiro*. San José, CF: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados/Comissão da União Européia,

1996, p. 109]. Quer dizer: não é segredo que a viabilização de muitas das providências necessárias à efetivação de direitos depende de recursos, tanto que isto ingressa nas preocupações, inclusive, das Nações Unidas. A questão que se coloca é até que ponto se pode erguer o problema financeiro como obstáculo à efetivação dos direitos, tendo em vista, inclusive, a própria distinção sempre invocada como um trocadilho bem intencionado e inconseqüente entre ser e ter.

5.O Estado mínimo seria um Estado de custos mínimos?

No pensamento monetarista, o combate ao déficit público se há de fazer mediante o corte de gastos públicos antes de qualquer expediente voltado a aumentar diretamente a receita [Tilbery, Henry. A indexação no sistema tributário brasileiro. In: Plures. **A correção monetária no Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 94]. Neste caso, o Estado mínimo seria o ideal, porque seria o mais barato. Será?

Mesmo o Estado liberal pode, eventualmente, mostrar-se extremamente custoso: a tutela da propriedade privada, por exemplo, demanda despesas na remuneração de pessoal encarregado de impedir a qualquer pessoa ou grupo de pessoas que a invadam, no caso de bem imóvel, ou que a subtraíam, no caso de bem móvel [Amaral, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 73-74; Galdino, Flávio. O custo dos direitos. In: Plures. **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 211]. Além dos estipêndios, os meios necessários ao desempenho da tarefa de proteger a propriedade também não são gratuitos: o lugar apropriado para treinamento, a própria alimentação, por vezes, a aquisição de armamento e munições, o deslocamento para o local onde ocorram os fatos, nada disto é obtido gratuitamente, e, quanto maior o nível conflitivo, mais necessário se faz o aumento do gasto público, mesmo para os adeptos do Estado Mínimo.

Mas não é somente na tutela policial do direito de propriedade que o Estado liberal se mostra pleno de custos. O próprio aparato judicial, que exige a presença de prédios onde os serviços funcionem, juízes para julgarem, membros do Ministério Público para a propositura das ações penais, escrivães para chefiarem as secretarias, os diversos serventuários, com especial ênfase nos encarregados de

procederem à autuação das peças processuais, montando o caderno que será manuseado pelos sujeitos do processo, os que terão de proceder à citação do réu, bem como à intimação de testemunhas e das partes para as diligências que a estas incumbirem, os peritos, quando for exigido conhecimento técnico específico para a reconstituição do fato controvertido, tudo isto, enfim, é extremamente custoso aos cofres públicos [Galdino, Flávio, op. cit., p. 194-195; Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, v. 1, p. 255; Coelho, Sacha Calmon Navarro. Serviços públicos e tributação. In: Plures. **Serviços públicos e Direito Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 262; Barbi, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 131-132; Souza, Hamilton Dias de & Greco, Marco Aurélio. Natureza jurídica das custas judiciais. In: Plures. **A natureza jurídica das custas judiciais**. São Paulo: Resenha Tributária, 1982, p. 62-63].

O cumprimento forçado dos contratos também não se realiza sem custos: mesmo quando eles se mostrem dotados de força executiva, isto implica o deslocamento de serventuário dotado de fé pública e de poder coercitivo, no sentido de poder penhorar ou arrestar tantos bens do devedor quantos bastem para garantir a execução - deslocamento, este, que, não raro, pode ter de se realizar mais de uma vez, como na hipótese do parágrafo único do artigo 653 do Código de Processo Civil [Neves, Celso. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 7, p. 40-41; Theodoro Júnior, Humberto. **Processo de execução**. São Paulo: LEUD, 1976, p. 250; Castro, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 8, p. 210-211; Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. 10, p. 223; Assis, Araken de. **Manual do processo de execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 588] -. Supondo que o devedor não se defenda, nem haja concurso de credores, há os trabalhos de avaliação, bem como o de alienação judicial, que se realiza mediante a prática de atos e diligências que também não são gratuitos, como, por exemplo, a publicação de editais [Silva, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 2, p. 101-

103; Assis, Araken de, op. cit., p. ; Theodoro Júnior, Humberto, op. cit., p. 305]. Satisfeita que seja a pretensão executiva, supondo a ausência de quaisquer incidentes que a atravanquem, deverá ser declarada a sua extinção por sentença [Assis, Araken de, op. cit., p. 1.351; Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, t. 11, p. 566; Theodoro Júnior, Humberto, op. cit., p. 441; Neves, Celso, op. cit., p. 297; Rocha, José de Moura. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 9, p. 355, Almeida, Joaquim Canuto Mendes de. A "liberdade jurídica" no direito e no processo. In: Plures. **Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo**. São Paulo: Resenha Tributária, 1976, p. 296], realizada, por funcionário pago pelos cofres públicos, a baixa na distribuição, enviados os autos ao arquivo, que demanda espaço para que eles sejam assentados e servidores para deles cuidarem [Castro Filho, José Olympio de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 10, p. 343; Valladão, Haroldo. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 13, p. 132-134; Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. 18, p. 66-70].

Para possibilitar o deslocamento de bens e pessoas – pressuposto indispensável da noção de mercado, alicerce do pensamento liberal –, há mister abrir vias de circulação: estradas de ferro e de rodagem, pontes, viadutos. A titularidade destas vias há de ser do Poder Público, uma vez que, sob regime privado, poderia ficar a circulação física de bens e pessoas sujeita à vontade do *dominus* [Coelho, Sacha Calmon Navarro, op. cit., p. 265; Silva, José Afonso da. **Direito Urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 184-185], ante o caráter de exclusividade, em regra, inerente à propriedade particular, qual se lia no artigo 527 do Código Civil brasileiro de 1916 e se lê no artigo 1.231 do Código Civil brasileiro de 2002 [Alvim Netto, José Manoel de Arruda. Breves anotações para uma teoria geral dos direitos reais. In: Plures. **Posse e propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 30; Pereira, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Rio, 1977, p. 119; Bevilacqua, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro:

Rio, 1977, v. 1, p. 1008; Santos, J. M. Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, v. 7, p. 314-315; Costa, Dilvanir José da. **Sistema de Direito Civil à luz do novo Código**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 513; Aronne, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 68; Gomes, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 87; Pereira, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 4, p. 73; Monteiro, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1970, v. 3, p. 90-91; Lopes, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, v. 6, p.254; Rodrigues, Sílvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5, p. 79-80; França, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 438; Diniz, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 4, p. 109; Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 11, p. 44].

A abertura de vias de circulação insere-se no conceito de obra pública, e, para ela se poder realizar, em regra, há a necessária precedência de desapropriação, nos termos da letra "i" do artigo 5º do Decreto-lei 3.365, de 1941. Esta pressupõe uma série de atividades administrativas, cada qual com um custo. Primeiro, a elaboração do decreto, segundo, a sua publicação, terceiro, o deslocamento de técnicos para a realização da avaliação do bem a ser desapropriado [Fagundes, Miguel Seabra. **Da desapropriação no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 121; Cretella Júnior, José. **Tratado geral da desapropriação**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 1, p. 247-251; Mello, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 699], o próprio pagamento do justo preço e as diligências concernentes ao registro, tudo isto supondo-se que o desapropriado não oponha qualquer obstáculo e não seja necessário, pois, chegar à fase judicial [Fagundes, Miguel Seabra, op. cit., p. 158; Mello, Celso Antônio Bandeira, op. cit., p. 697-698; Cretella Júnior, José, op. cit., p. 277-280]. A obra pública pode ser executada diretamente pela Administração - o que implica a celebração de contratos de fornecimento para ter à mão os materiais necessários (com o

conseqüente dever de pagar os fornecedores), o aporte de recursos para o deslocamento de pessoal ou, mesmo, o recrutamento temporário de mão-de-obra [Cretella Júnior, José. **Dos contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 82-83; Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira. **Contratos administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 197, nota 7; Pereira Júnior, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 99; Meirelles, Hely Lopes. **Direito Municipal brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 329; Mello, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 580-581; Justen Filho, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2004, p. 102] - ou por pessoas privadas por ela contratadas, seja por empreitada - em que se estabelece relação na qual o Estado se propõe a remunerar a integral execução da obra [Cretella Júnior, José, **Dos contratos**, cit., p. 83; Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira, op. cit., p. 198; Pereira Júnior, Jessé, op. cit., p. 101; Justen Filho, Marçal, op. cit., p. 103; Meirelles, Hely Lopes. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 262; Marinho, Fernando Viegas. **Licitação: padronização e procedimento**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 28] -, seja mediante concessão - em que a delegação de serviço será precedida pela realização de obra pública, a ser remunerada pelas tarifas pagas pelos usuários [Cretella Júnior, José, **Dos contratos**, cit., p. 82; Meirelles, Hely Lopes, **Licitações e contratos**, cit., p. 269; Azevedo, Eurico de Andrade & Alencar, Maria Lúcia Mazzei de. **Concessão de serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 24] -. Por outro lado, nas delegações de serviços aos particulares e quaisquer outros contratos administrativos, devem ser asseguradas tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão da prestação do serviço - universalização - e o equilíbrio econômico-financeiro [Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira, op. cit., p. 233-234; Meirelles, Hely Lopes, **Licitações e contratos**, cit., p. 192; Marinho, Fernando Viegas, op. cit., p. 109; Mello, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 632; Freitas, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 164-165; Justen Filho, Marçal, op. cit., p. 528; Souto, Marcos Juruena Villela, op. cit., p. 93; Pereira Júnior, Jessé

Torres, op. cit., p. 605; Aragão, Alexandre Santos de, op. cit., p. 294; Sundfeld, Carlos Ari. **Licitação e contratos administrativos de acordo com a Lei 8.666/93 e 8.883/94**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 236; Marques Neto, Floriano Azevedo. A correção monetária e econômica nos contratos administrativos e a nova lei. In: Plures. **Estudos sobre a nova lei de licitações e contratos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 158].

Mais: a perfectibilização dos contratos administrativos sempre depende da realização de procedimentos, que vão desde a necessidade de licitação até a reconstituição das hipóteses em que esta é dispensável ou inexigível [Meirelles, Hely Lopes, **Licitações e contratos**, cit., p. 38-39; Sundfeld, Carlos Ari, op. cit., p. 23-24; Britto, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: ZNT, 1997, p. 111; Ferraz, Sérgio & Figueiredo, Lúcia Valle. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 30; Marinho, Fernando Viegas, op. cit., p. 15; Freitas, Juarez, op. cit., p. 66]. Com efeito, a licitação começa pela confecção do edital, seguida da respectiva publicação, destinando-se um espaço e um ou mais servidores para recebimento das propostas, com os documentos de habilitação dos que acorrerem, bem como para o exame da aptidão para a participação no certame, o julgamento com a classificação das propostas, a homologação do resultado e adjudicação a quem se tenha sagrado vencedor [Mello, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 499; Britto, Carlos Ayres de, op. cit., p. 107-108; Sundfeld, Carlos Ari, op. cit., p. 168-169]. Supondo que não haja qualquer impugnação a nenhum dos juízos que se façam em sede de licitação, não serão poucos os gastos feitos pela Administração Pública em cada uma das fases do procedimento. Tanto assim o é que o inciso III do § 2º do artigo 7º da Lei 8.666, de 1993, exige, para que se possam realizar as licitações, a existência de recursos orçamentários que assegurem os pagamentos [Sundfeld, Carlos Ari, op. cit., p. 224; Marinho, Fernando Viegas, op. cit., p. 196-197]. E, por outro lado, toda esta formalidade "burocrática" se mostra necessária, no contexto da economia de mercado: "como se sabe, a licitação nada mais é do que uma forma de 'concorrência', típica de mercado, efetuada entre particulares, cujo objeto é o 'bem' representado pelo exercício de uma atividade econômica, que, por sua origem e natureza, incumbe

ao Estado, porém que este transfere ao particular. Até este ponto, dá-se a livre concorrência (pois que cercada de ampla publicidade, sob pena de nulidade). [...] Encerrada a fase de 'concorrência' (licitação), o Estado assegura ao concorrente vitorioso a condição de agir em caráter monopolista, com a garantia de impedir o surgimento de novo concorrente, durante o período estipulado nas próprias condições da licitação" [Souza, Washington Peluso Albino de. op. cit., p. 285]. Também as hipóteses que autorizam a contratação direta, seja no caso de inexigibilidade, seja no caso de dispensa de licitação, devem ser reconstituídas mediante procedimento próprio [Pereira Júnior, Jessé Torres, op. cit., p. 314-315; Britto, Carlos Ayres, op. cit., p. 141-142; Sundfeld, Carlos Ari, op. cit., p. 62-63; Ferraz, Sérgio & Figueiredo, Lúcia Valle, op. cit., p. 33; Mello, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 479]. E isto porque, como a regra é assegurar a concorrência, a legalidade da sua inócorrência traduz fato excepcional, que, portanto, deve ser devidamente provado [Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 212].

A própria segregação dos marginais ou marginalizados - sem compromisso nosso com qualquer um dos dois termos - pressupõe a realização de obras públicas para a construção de estabelecimentos penais [Silva, Odir Odilon Pinto da & Boschi, José Antônio Paganella. *Comentários à lei de execuções penais*. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 86; Miotto, Armida Bergamini. *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2, p. 614; Nogueira, Paulo Lúcio. *Comentários à lei de execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 100], bem como a necessidade de remunerar quem custodie os presos, de oferecer aos guardas os instrumentos necessários para lhes possibilitar o exercício da vigilância aludida, ainda por parte dos que adotem a tese que exclui o condenado por crime da condição de pessoa [Barreto, Sebastião Silva. Apologia do crime e dos criminosos. *Justitia*. São Paulo, v. 81, n. 185/188, p. 24-26, jan/dez 1999; Guerra, João Batista Cordeiro. O Ministério Público e a defesa da ordem jurídica. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 75, n. 265, p. 15, jan/mar 1979; Mello, Jorge Krieger. *Pena de morte: perigo ou necessidade?* Porto Alegre: Planusgraf, 1975, p. 34; Van Acker, Leonardo. A tridimensionalidade do homem. In: Plures. *Estudos em*

homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 416-417; Barros, Hamilton de Moraes e. A proteção jurisdicional dos Direitos Humanos no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, v. 8, n. 32, p. 82, out/dez 1971] - abstração feita, aqui, de posicionamentos pessoais do subscritor deste texto [op. cit., p. 70-71] e das peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro [Constituição Federal, artigo 5º, III, XLVI e XLVII] - também demandam gastos públicos. Nem se pretenda sustentar a incompatibilidade de uma visão de Estado mínimo com práticas aptas a denegar personalidade a qualquer ser humano: para que, *em sua pureza*, se desenvolva uma economia de mercado, é necessário que se possam tratar os problemas dos que eventualmente sejam prejudicados como meros efeitos colaterais, e isto só é possível com o financiamento de um fortíssimo aparelho repressor [Rotman, Rodolfo B. O Estado: Teoria pura e teoria da dominação. In: Plures. **Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo.** São Paulo: Resenha Tributária, 1976, p. 42; Aragão, Alexandre Santos de, op. cit., p. 61, nota 66]. Severo o julgamento de Artur José de Almeida Diniz: "bilhões de seres humanos passaram a ser descartáveis (*expendable*, em inglês), que não se encaixam na 'lei da rentabilidade' (Hugo Assmann). Deixam de ter valor econômico, o que até escravos possuíam" [O Direito e os direitos humanos: a batalha contra os filhos das trevas - comentários a partir da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Barrios Altos*. In: Plures. **Os rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos - ensaios em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, t. 3, p. 508].

Em todos os parágrafos que antecederam a este, neste item, figuramos situações sem incidentes, sem resistência oposta pelos que tivessem seus interesses contrariados em qualquer destas hipóteses. Entretanto, dentro da própria ideologia liberal, não é exigível que ninguém seja absolutamente despojado da possibilidade de defender-se de uma agressão a seus interesses, quando juridicamente protegidos. Etéocles censura a Polinice entrar armado em Tebas, quando, tomando em consideração o fato de o pacto entre os irmãos não haver sido honrado, seria perfeitamente razoável que o exilado estivesse prevenido contra qualquer cilada. No que tange à execução,

o devedor pode ou opor embargos ou apresentar exceção de pré-executividade [Silva, Rachel Marques da. Alguns aspectos da exceção de pré-executividade. Plures. *Temas fundamentais do Direito*. Canoas: Ed. ULBRA, 2005, p. 248-249; Assis, Araken de, op. cit., p. 202; Silva, Ovídio Araújo Baptista da, op. cit., p. 36; Theodoro Júnior, Humberto, op. cit., p. 345-346; Castro, Amílcar de, op. cit., p. 383-384] ou ainda deixar de nomear bens à penhora, sem que o Oficial de Justiça tenha como realizar, por si, a constrição de quaisquer outros livres e desembaraçados [Assis, Araken de, op. cit., p. 470-471; Castro, Amílcar de, op. cit., p. 217-219; Theodoro Júnior, Humberto, op. cit., p. 178-179; Lima, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, v. 6, p. 487], obrigando à realização de diligências, providências extremamente custosas, de ofício a repartições públicas, bancos, para a obtenção de pistas sobre a existência da possibilidade da garantia da execução. Raramente as desapropriações terminam de modo amigável, no âmbito administrativo, sobretudo porque é freqüente a impugnação judicial da própria declaração da presença dos pressupostos para ela ser efetivada. Raramente, também, um procedimento licitatório se exaure no âmbito administrativo: os inabilitados e os que não tenham vencido a concorrência, por vezes, consideram lesiva a uma posição sua juridicamente protegida a conclusão do processo licitatório [Marinho, Fernando Viegas, op. cit., p. 64]. E observe-se que nem estão sendo trazidos à balha casos em que há a presença da promiscuidade entre interesses públicos e privados, caracterizando um tal grau de subordinação do poder político ao poder econômico privado a ponto de se haver até mesmo criminalizado as condutas correspondentes.

Note-se que nos parágrafos anteriores trabalhamos com a hipótese de um Estado que não se fizesse presente no domínio econômico, deixando os agentes privados livres para definirem, espontaneamente, a ordem do mercado. Na realidade, poderíamos, também, tomar em consideração a atuação estatal no domínio econômico que se mostra para os cantores das excelências da iniciativa privada sempre desejada - paradoxalmente -: o fomento público. Este traduz função econômica do Estado voltada ao engajamento da iniciativa privada na política econômica pública,

mediante o oferecimento de prêmios, ao invés de coagir, preservando-se a essência da liberdade de iniciativa [Augusto, Ana Maria Ferraz. Incentivos - instrumentos jurídicos do desenvolvimento. In: Plures. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 43, p. 219; Grau, Eros Roberto. op. cit., p. 164; Carvalhosa, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 344; Souza, Neomésio José de, op. cit., p. 142]. O instrumento por excelência do fomento é o incentivo, embora não seja o único, porquanto outras atividades de auxílio à iniciativa privada podem ser incluídas neste conceito como, por exemplo, a prestação de assistência técnica a agricultores. O artigo 35, item 2º, da Constituição Federal de 1891 previa, dentre as atribuições não privativas da União, animar o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, agricultura, indústria e comércio [Barbalho, João. **Constituição Federal brasileira - comentários**. Rio de Janeiro: Typographia da Companhia Litho-Typographica, 1902, p. 141]. Os desvirtuamentos do fomento, convertendo-se em favorecimento, sobretudo pelo potencial agressivo à concorrência, tem preocupado a doutrina [Muylaert, Sérgio Ribeiro. **Estado - empresa pública - mercado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 176; Sierralta Ríos, Aníbal. **Introducción a la juseconomía**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Peru, 1996, p. 347; Faria, Werter R. **Constituição Econômica: liberdades de iniciativa e de concorrência**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1990, p. 120; Clark, Giovani. **O município em face do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 208; Osório, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 208]. Isenções, alíquotas regressivas, créditos presumidos, empréstimos a juros privilegiados, tudo isto tem um caráter de paternalismo estatal a que o empresariado não está disposto a renunciar, a despeito de os recursos para tanto provirem da massa de contribuintes que não é beneficiada pelos incentivos financeiros e creditícios referidos - Constituição Federal de 1988, artigos 170, IX, 174 e 179 -. E tanto isto implica perda de recursos públicos que normas como os artigos 21 da Lei 4.320, de 1964 e 14 da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, existem para impedir a concessão irrefreada de auxílios financeiros à

iniciativa privada. Destarte, não é um Estado liberal na acepção literal que estaria, atualmente, no desejo dos titulares do poder econômico privado, tampouco um Estado que gastasse menos do que o arrecadado, mas sim um Estado que gastasse o que arrecada, talvez, até mais, em função dos interesses deste mesmo empresariado [Grau, Eros Roberto, op. cit., p. 22; Souza, Washington Peluso Albino de, op. cit., p. 415; Moll, Luíza Helena, op. cit., p. 146; Aragão, Alexandre Santos de, op. cit., p. 64]. E não vai aqui nenhum juízo de valor depreciativo acerca do egoísmo empresarial, que, no contexto do pensamento liberal, é considerado mais virtude que defeito, porque “traduz o propulsor do progresso”. Mas a questão básica é que o próprio papel de Estado providência para um dos segmentos que compõem a sociedade acaba por fazer com que os demais segmentos também cobrem providências. De qualquer sorte, “com o fim da guerra fria e o alívio das tensões que a acompanhavam, por um lado abriram-se vias para maior cooperação internacional, mas, por outro lado, muitos países passaram a dilacerar-se por conflitos internos, em meio a grande instabilidade política e ressurgimento do nacionalismo, da violência gerada pelo separatismo étnico, xenofobia, racismo, intolerância religiosa; se no passado recente as tensões se deviam sobretudo à polarização ideológica, em nossos dias passaram a decorrer de uma diversidade e complexidade de causas, nem sempre facilmente discerníveis, a erigir novas barreiras entre os seres humanos. A profunda recessão econômica agravou as disparidades já insuportáveis entre países industrializados e países em desenvolvimento, no plano internacional, e entre diferentes setores da sociedade, no plano interno. Cresce o desemprego assim como, de modo alarmante, a pobreza extrema. Os avanços logrados em relação às liberdades clássicas, com o processo de redemocratização experimentado por vários países nos últimos anos infelizmente se fizeram acompanhar da atual crise econômica, agravada pelo problema da dívida externa, aumentando consideravelmente a pobreza absoluta e afetando sobretudo os setores mais desfavorecidos e vulneráveis

da população. Tais retrocessos no domínio econômico-social ameaçam comprometer os avanços logrados por diversos países em relação aos direitos civis e políticos. A globalização da economia (sua abertura com a busca estratégica de mercados em escala mundial) faz-se acompanhar do incremento do protecionismo nos países centrais e das iniciativas, de tantos países, da formação de blocos econômicos e esquemas de integração regional e subregional, reveladoras da debilitação do Estado e de sua vulnerabilidade e insuficiência ante as exigências crescentes de competitividade no mercado internacional. A atual opção de tantos países por modelos de economia de livre mercado tem-se, infelizmente, feito acompanhar de crescente negligência do poder público quanto à vigência e garantia particularmente dos direitos econômicos e sociais. A globalização dos mercados, por sua vez, gera padrões de consumo insustentáveis, senão desastrosos, nas sociedades mais afluentes. A degradação do meio-ambiente e o excesso da população se somam a todos estes fatores, a gerarem grandes movimentos migratórios (com 'desplazados' internos e refugiados em grande escala), atribuídos a uma diversidade de causas (políticas, econômicas, sociais), inclusive violações sistemáticas de direitos humanos" [Trindade, Antônio Augusto Cançado, op. cit., p. 96-97; Bonavides, Paulo, op. cit., p. 344].

6. Conclusão

Neste caso, vê-se que o problema do custo dos direitos não é o de se saber se, economicamente, os direitos referentes ao Estado liberal teriam custo zero ou menor custo do que os que os vêm a complementar no contexto do Estado Social ou do Estado Democrático de Direito. Neste caso, a aparente neutralidade matemática para se chegar à conclusão de que a irrealizabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais radicaria no custo elevado, em face dos direitos civis e políticos, que não teriam custos, vem a desfazer-se, revelando, antes, o seu papel francamente comprometido sob o ponto de vista ideológico [Bonavides, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 444]. O problema é, sim, de prioridades. É o de fazer a escolha adequada, buscando, entretanto, o critério razoável, informado pela linha de maior vantagem. E esta nem sempre se traduzirá pelo maior lucro monetário [Souza,

Washington Peluso Albino de, op. cit., p. 307]. Não é por menos que Meneceu, como diz o coro, "deixa Creonte em prantos/ e à Tebas das sete portas/ retumbante vitória" [Eurípides, op. cit., p. 72]. Mas o presente texto prova, mais uma vez, um outro dado de profunda relevância: a impotência do ser humano para fundamentar racionalmente o porquê de merecer preservação, dado que, como recorda Hilton Japiassu, "as teorias científicas provam que o lugar do homem, no mundo, é apenas infinitesimal, e que nem mesmo é necessário, mas por acaso" [*O mito da neutralidade científica*. Rio de Janeiro: IMAGO, 1975, p. 99]. Sob o ponto de vista científico, as razões para a sobrevivência humana são tão boas quanto a de qualquer ser vivo - uma bactéria, um protozoário, um verme, um inseto, uma fera -. Estas razões serão encontradas em outro campo que o científico, tenham elas natureza puramente emocional - instinto de sobrevivência - ou busquem seu fundamento em um dado de transcendência, como, *por exemplo*, o fato de o homem, qual dito no Genesis, ser feito à imagem e semelhança de Deus. De qualquer sorte, no plano *científico*, a premissa da necessidade da sobrevivência do homem é um dado exterior, a ser tratado como um axioma insuscetível de demonstração. Uma vez *aceito* tal axioma, sob a fórmula "dignidade da pessoa humana" - inciso III do artigo 1º e caput do artigo 170 da Constituição Federal de 1988 -, restará, aí sim, verificar se existem fundamentos racionais para excluir a quem quer que seja que tenha forma humana da condição de pessoa. Ausentes tais fundamentos, a todos, pois, independentemente de considerações acerca de custos, hão que ser reconhecidos os direitos e deveres inerentes à condição de pessoa [Petter, Lafayette Josué, op. cit., p. 176]. Neste sentido, recordemos com Kelly Susane Alflen da Silva que "a interpretação está vinculada a algo estabelecido, embora os resultados obtidos na tarefa hermenêutica de concretização das normas constitucionais não alcancem uma **exatidão absoluta**, no sentido das *Naturwissenschaften* - pois, neste caso, só dentro do possível seus resultados são sólidos, racionalmente fundamentáveis e controláveis. Porém, dentro dos limites do possível, que podem se tornar razoáveis e convincentes, e, sendo, por isso, até certo grau, previsíveis" [Hermenêutica constitucional na fundamentação contemporânea. Plures. **Temas fundamentais do Direito**. Canoas: Ed. ULBRA, 2005, p.23].