

## A IMPORTÂNCIA JURÍDICA DOS CUSTOS DA ATUAÇÃO ESTATAL.

*Dalton Santos Moraes*

*Procurador federal, membro da Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União. Chefe de Divisão na Procuradoria Federal na Fundação IBGE. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Pós-graduando em Direito do Estado e Administrativo pela Universidade Gama Filho. E-mail : dalton@ibge.gov.br.*

1. A importância dos custos para a atuação estatal. 2. A limitação da atuação estatal à existência de recursos públicos disponíveis. 3. O custo dos direitos. 4. As fases de evolução dos custos da atuação estatal. 5. A necessidade de superação do modelo vigente. 6. Conclusão.

### 1. A importância dos custos para a atuação estatal.

Após o advento da II Grande Guerra Mundial, o intervencionismo estatal sofreu forte incremento, processo este originado a partir da reestruturação dos países destruídos pelo conflito bélico, mediante agressiva intervenção estatal em todos os campos de atividades desenvolvidas pelas sociedades em reconstrução.

CAIO TÁCITO , em artigo publicado na Revista de Serviço Público de março de 1955, asseverava, àquela época, que “ A experiência da sociedade contemporânea evidenciou que não mais se admite a posição contemplativa do Poder Público diante dos conflitos sociais notórios e angustiantes. O ideal enciclopedista do individualismo jurídico tornou-se obsoleto diante da concentração de riqueza nas mãos de grupos poderosos, em detrimento da imensa maioria. A função de equilíbrio do Estado tornou imperativa a sua intervenção no domínio da atividade privada. O Estado passou de fiscal a agente, de espectador a ator, de estático a dinâmico. O Poder Público tornou-se industrial, comerciante, banqueiro, transportador. “<sup>1</sup> Era o que se chamava de Estado do Bem Estar Social, construído sobre o pilar dos excedentes econômicos aplicados pela máquina estatal no suprimento de necessidades sociais.

Ocorre que com a modificação da temática relativa às finanças e à economia, já que não mais havia excedentes de produção disponíveis, passou-

---

<sup>1</sup> TÁCITO, Caio. " Evolução Histórica do Direito Administrativo". in Temas de Direito Público.. P. 6/7..

se a debater uma redefinição das funções do Estado, em especial quanto à redução de seu papel interventivo *lato sensu*, seja quanto à implementação de direitos sociais, seja quanto a sua atuação como agente empresarial, situação esta que, segundo documenta MARIA PAULA DALLARI BUCCI, deu-se na França e na Inglaterra nos idos dos anos 80. <sup>2</sup>

É que alhures se percebeu que a importância da redefinição da atuação estatal recaia sobre o fato de que o aumento ou diminuição das atividades de Estado importa em conseqüente aumento ou diminuição também da atividade administrativa e dos órgãos administrativos necessários à implementação concreta daquela atuação estatal, gerando-se, portanto, imediatos reflexos sobre o custeio da estrutura organizacional-operacional do Estado <sup>3</sup>. Ou seja, a decisão de uma sociedade pelo incremento do dirigismo estatal importa, necessariamente, em maiores despesas, ou custos, para o Estado e, conseqüentemente, maior ônus para os indivíduos integrantes da sociedade, dos quais sairão, via tributação, os recursos públicos necessários ao custeio das atividades estatais.

Já no Brasil - recém saído do regime de ditadura militar - , na mesma época do movimento europeu de redução do intervencionismo estatal, viveu-se aqui movimento justamente inverso ao que lá se fazia, em vista da exacerbação do papel intervencionista do Estado brasileiro <sup>4</sup>, através do poder constituinte originário de 1988, que, ainda sob os efeitos da embriaguez libertária decorrente do término do regime de exceção <sup>5</sup>, pretendeu fixar como solução a todos os problemas do tecido social a atuação provedora do Estado.

---

<sup>2</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. P. 28/29.

<sup>3</sup> Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a administração pública compreende a função política, que traça diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa; “.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. p.54.

<sup>4</sup> “Além disso, [ a Constituição de 1988] *timbrou-se, em sua versão originária, pela densificação da intervenção do Estado na ordem econômica, em um mundo que caminhava na direção oposta*, e por uma recaída nacionalista que impunha restrições ao ingresso de capital estrangeiro de risco, em domínios como o da mineração, telecomunicações, petróleo, gás, etc.

Alías, este caráter nacionalista e estatizante de diversos pontos da Constituição fez com que fossem ideologicamente atropelados pelos eventos simbolizados na queda do Muro de Berlim e pela constatação desconcertante, para muitos idealistas, de que o socialismo, tal como praticado, era fracassada mistificação de um Estado autoritário e burocrático.” (grifei)

BARROSO, Luís Roberto. “Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988 ( Uma Breve e acidentada História de Sucesso).” *Post Scriptum* de “O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas : Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira...”. t. p. 291.

<sup>5</sup> “A Assembléia Constituinte foi cenário de ampla participação da sociedade civil, que permanecera alijada do processo político por mais de duas décadas. O produto final de seu trabalho foi heterogêneo. De um lado, avanços como a inclusão de uma generosa carta de direitos, a recuperação das prerrogativas dos Poderes Legislativo e Judiciário, a redefinição da Federação. De outro, no entanto, o texto casuístico, prolixo, corporativo, incapaz de superar a perene superposição entre o espaço público e o espaço privado no país. A Constituição de 1988 não é a Carta da nossa maturidade institucional, mas das nossas circunstâncias.”

Tal contradição de nossa realidade ao movimento vivido pelos países desenvolvidos manteve o Estado brasileiro como um organismo lento, ineficiente e ineficaz, incapaz, portanto, de atender aos anseios de nossa efervescente sociedade. Face a isso, no Brasil, em que pese ainda a indefinição reinante quanto ao tipo de Estado que se quer <sup>6</sup>, chegou-se a um consenso do tipo que não se quer, confirmando-se “uma demanda generalizada por modernização da organização administrativa do Estado” <sup>7</sup>.

À luz de tal necessidade de modernização do Estado brasileiro e considerando-se a necessidade de concentração dos recursos públicos disponíveis em atividades essenciais, destacam-se como tendências <sup>8</sup>, percorridas também pelo direito público brasileiro, o fomento à expansão da atividade administrativa para o âmbito da sociedade civil organizada e o encolhimento da estrutura estatal, através de privatizações e da adoção de posturas menos burocráticas e mais gerenciais pelo Estado-Administração.

Em face da conjugação de tais tendências com a necessidade brasileira de “migrar de um paradigma de Estado barateador do custo da produção do capital e gerador de emprego e renda para o de um Estado prestador de serviços e fomentador do desenvolvimento” <sup>9</sup>, é que surge a necessidade imperiosa de dar-se maior atenção, sob o aspecto jurídico, à temática dos custos da atuação estatal.

## **2. A limitação da atuação estatal à existência de recursos públicos disponíveis.**

Se toda atuação estatal depende de recursos públicos e estes são, pública e notoriamente, finitos, o limite daquela estará sempre na quantidade de recursos públicos disponibilizados para tanto pela própria sociedade .

Como ensina GRAU <sup>10</sup>, com base em posicionamento de HESSE, nem mesmo a força normativa superior da Constituição, garantida pelo próprio

---

BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo)”. “ *in* A Nova Interpretação Constitucional : Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. . p. 45.

<sup>6</sup> ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. “O Estado Brasileiro Contemporâneo.”

<sup>7</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit. “Direito Administrativo e Políticas ...”. p. 33.

<sup>8</sup> SABINO CASSESE. *Apud* “Uma Nova Administração Pública”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. RDA 220. Abril/junho 2000.

<sup>9</sup> COSTIN, Cláudia. “Ética e Administração Pública. “. .

<sup>10</sup> “25. A compreensão de tudo isso, reclama, na situação considerada - de " exaustão da capacidade orçamentária"- a análise do tema da força normativa da Constituição e da concepção, desenvolvida por Konrad Hesse, da *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.

Essa força normativa se manifesta quando se assenta na natureza singular do presente, quando o conteúdo corresponde a essa natureza singular.

Diz Hesse : “ Em síntese, pode-se afirmar : a Constituição jurídica estará condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser

Estado-Juiz, pode superar a condicionante natural, representada pela inexistência de recursos públicos, para obrigar o Estado-Administração a realizar despesa pública sob situação de exaustão dos recursos públicos disponíveis para sua atuação.

No mesmo sentido, há recente julgado do Supremo Tribunal Federal reconhecendo que mesmo os direitos garantidos constitucionalmente, submetem-se à capacidade econômico-financeira do Estado, a chamada “reserva do possível” :

“ É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais ... depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. “ <sup>11</sup>

A “reserva do possível” é a constatação doutrinária <sup>12</sup>, segundo a qual, havendo a fixação de um direito subjetivo passível de sindicabilidade judicial, estará a sua implementação limitada às reservas materiais existentes, ou seja, as possibilidades econômicas e financeiras do Estado para tanto :

*“ Hoy, como ayer, los derechos económicos, sociales y culturales plantean incuestionable : custean dinero, custean mucho dinero. Por ello, em los comienzos de la década de los setenta, P. Häberle fórmulo la idea de ‘la reserva de las cajas financieras’ para exprimir la idea de que los derechos económicos,*

---

realizada se se levar em conta essa realidade. (...) Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente ( *individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Estes limites não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela idéia de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza. Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade da Constituição *não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais.* ”

É dizer de outra forma, que não é a consciência do homem que determina o seu ser, mas sim, pelo contrário, seu ser social é que determina a sua consciência.

Assim, perece a sua força normativa quando a Constituição já não corresponde à natureza singular do presente. *Opera-se a frustração material da finalidade de suas normas que estejam em conflito com a realidade e ela se transforma em obstáculo ao pleno desenvolvimento das forças sociais.*

26. É precisamente isso o que se dá quando, verificada efetiva situação de “ exaustão da capacidade orçamentária “, se imponha à Administração o princípio da sua sujeição às decisões judiciais que a condenem a realizar despesa pública. Verifica-se, neste caso, a frustração material da finalidade do princípio da sujeição da Administração às decisões judiciais. “ (grifei)

GRAU, Eros Roberto. “Despesa Pública - Conflito entre Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas - O Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública.

<sup>11</sup> Supremo Tribunal Federal. ADPF/MC 45 - DF. Rel. Min. Celso de Mello. J. 29/04/2004. In Informativo de Jurisprudência STF 345, de 26 a 30/04/2004. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>12</sup> Veja-se TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação.. p. 155/156. e BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas : ...". Op. cit.. p. 111.

*sociales y culturales se encuentran sometidos a las capacidades financieras del Estado (...).* “<sup>13</sup>

A referida constatação doutrinária é devidamente reconhecida pela Suprema Corte brasileira, conforme se verifica por voto do ministro relator no julgamento da ADPF/MC 45 no Supremo Tribunal Federal :

" Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos pela cláusula da “*reserva do possível*”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa - traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão mais disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. “<sup>14</sup>

No mesmo sentido, recente julgado<sup>15</sup>, também, do Supremo Tribunal Federal, em que o Min. GILMAR MENDES FERREIRA aduz, como fundamentação de seu voto “Um caso paradigmático (...) em que a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre *numerus clausus*” de vagas nas Universidades (“*numerus clausus Entscheidung*”), reconheceu que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidos à “*reserva do financeiramente possível*” (“*Vorbehalt des finanziellen Möglichen*”). Nesse caso, segundo o Tribunal alemão, não pode existir qualquer obrigação constitucional que faça incluir o dever de, no sistema educacional, fornecer vagas a qualquer tempo e a qualquer um que as pleiteie, exigindo altos investimentos destinados a suprir demandas individuais sem qualquer consideração sobre o interesse coletivo. (*BverfGE 33. 303 (333)*). “

---

<sup>13</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales e culturales.*” *Apud* BARCELLOS, Ana Paula de . A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais : O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.. p. 237.

<sup>14</sup> Supremo Tribunal Federal. ADPF/MC 45 - DF. Rel. Min. Celso de Mello. J. 29/04/2004. *In* Informativo de Jurisprudência STF 345, de 26 a 30/04/2004. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>15</sup> " INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido. "

Percebe-se, portanto, que a atuação estatal estará sempre limitada à existência de recursos públicos disponibilizados pela própria sociedade, tendo a doutrina denominado este axioma de “reserva do possível”, a qual, conforme será visto adiante, recai não somente sobre os chamados direitos positivos - sociais, econômicos e culturais - mas também sobre os ditos direitos negativos ou “de liberdade”.

### 3. O custo dos direitos.

O Estado moderno caracteriza-se, principalmente, por ser garantidor da vida em coletividade, já que ele é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos existentes, caracterizando-se estes como as situações a que o ordenamento jurídico concede determinados remédios jurídicos para sua proteção.

Como a atuação estatal depende de recursos econômicos-financeiros captados junto à sociedade, os direitos só se concretizarão se houver recursos públicos suficientes para sua implementação pelo Estado, sendo, então, os seus custos indispensáveis à caracterização dos direitos, mesmo àqueles ditos negativos, pois em última instância, todos os direitos são positivos e dependem da atuação estatal para sua existência.

Para demonstrar o acima exposto, utilizar-nos-emos do ensinamento de GALDINO<sup>16</sup> acerca da obra norte-americana intitulada *The Cost of Rights*<sup>17</sup>, da autoria de STEPHEN HOLMES e CASS SUNSTEIN.

Neste contexto, busca-se no mais privado dos direitos um exemplo cabal para demonstrar a tese de que todos os direitos são positivos, por impescindirem de uma prestação estatal para serem assegurados: a invasão de uma propriedade privada por outro particular. O direito de propriedade e seus elementos - no referido caso, a posse -, em que pese sua gênese de direito privado e a característica particular da contenda, será, em última instância, resguardado pelo Estado, à medida que o proprietário esbulhado, normalmente, precisa recorrer ao Poder Judiciário para que este o reintegre na sua posse. Portanto, se o particular, mesmo numa contenda com outro particular e sobre um direito considerado de natureza privada, precisa recorrer ao Estado-Juiz - o qual é inteiramente custeado pelos recursos públicos obtidos mediante a atividade tributária estatal -, aquilo que normalmente é visto pela doutrina tradicional como um dever de abstenção do Estado torna-se, na verdade, uma prestação estatal positiva indispensável à garantia do direito de propriedade do particular.

O mesmo se dá com outros direitos - tais como a liberdade de expressão, liberdade de contratar e liberdade de ir e vir -, que, ditos negativos, se violados acabam por ser garantidos por uma atuação positiva do Estado-Juiz<sup>18</sup>. Daí

---

<sup>16</sup> “O Custo dos Direitos.” *In* Legitimação dos Direitos Humanos. Ana Paula de Barcellos. [ et. al. ] Org. : Ricardo Lobo Torres. p. 139/222

<sup>17</sup> Cambridge : Havard University Press, 1999.

talvez, numa adaptação superficial da tese à realidade brasileira, decorra, em parte, a tão propalada situação de lentidão e ineficiência da Justiça brasileira - e não do emprego adequado do sistema recursal pelas procuraturas públicas - , pois o atual avanço na fixação de novos direitos suplanta, e muito, a capacidade material de aparelhamento do Estado-Juiz <sup>19</sup> , o qual, frise-se, também depende dos recursos públicos disponibilizados pela própria sociedade para bem atuar no sentido de assegurar, efetivamente, a tutela jurisdicional àqueles que dela precisam.

Reforçando-se o exposto anteriormente, é fácil verificar que qualquer direito, até mesmo o mais simples, importa em custos para o Estado e a sociedade. Veja-se o singelo direito constitucional de petição ao Poder Público <sup>20</sup> . Estando o Estado jungido a responder qualquer petição a ele endereçado, deverá adotar as providências administrativas pertinentes ao referido, dependendo, no mínimo, recursos materiais e humanos necessários ao cumprimento de todas as fases de processamento do requerimento administrativo, tais como a manutenção de setor de protocolo, a atuação do processo administrativo que formaliza a petição, a instrução do feito, a manifestação da assessoria jurídica e a decisão da autoridade competente, o recurso do administrado, dentre outras <sup>21</sup> . E tudo isto, por evidente, custa dinheiro.

---

<sup>18</sup> “ (...) Enquanto os direitos civis são direitos freqüentemente considerados “negativos”, no sentido de que o que se quer, principalmente em relação aos direitos civis, é que a liberdade e a propriedade do cidadão não seja ferida, no caso dos direitos políticos e dos direitos sociais é necessária uma “atuação positiva” do Estado. O conceito negativo de liberdade está associado aos direitos civis e ao liberalismo, enquanto o conceito de liberdade positiva, associada à democracia no caso dos direitos políticos, ao socialismo, no caso dos direitos sociais, e à cidadania plena no caso dos direitos republicanos. A liberdade negativa é uma liberdade “de”, enquanto a positiva é uma liberdade “para”. O cidadão tem a liberdade negativa de não sofrer restrições ou interferências em relação a seus desejos legítimos; tem a liberdade positiva para participar do governo, partilhar a riqueza social, e garantir que o que foi decidido ser público de fato o seja.

Essa distinção, que na sua formulação contemporânea se deve a Isaiah Berlin (1958), embora atrativa, é, na verdade, relativa. *Para se garantirem os direitos civis é também necessária uma ação positiva do Estado, implicando, inclusive, em custos administrativos: afinal, todo o aparato clássico do Estado - poder legislativo, poder judiciário, polícia, forças armadas - existe para garantir positivamente os direitos civis, da mesma forma que o aparato social do Estado, expresso nos ministérios da educação, da saúde, da cultura, etc., além do poder judiciário e do poder legislativo, existem para garantir os direitos sociais.* “ (grifei)

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. “Cidadania e *Res Publica*: A Emergência dos Direitos Republicanos” p. 157/158

<sup>19</sup> “(...) E o retrato do juiz é o do cidadão comum, cujo grande pecado tem sido a dificuldade de comunicação e a natural adaptação ao novo contexto social. Ele incorpora a figura de um profissional, ser humano, que busca, justamente, se afeiçoar às mudanças contemporâneas, sem estar, em muitos casos, equipado material e doutrinariamente para dar conta da carga de novos problemas. *Freqüentemente, se vêem as invasões de terra, movimentos políticos organizados, as greves, as reivindicações de massa, tudo desaguando no Judiciário. E, para essa realidade, os magistrados necessitam se qualificar. Indispensável o investimento no aperfeiçoamento. Não se pode exigir do juiz-homem além de suas possibilidades. Como organização humana, carece de constante aprimoramento. E isso tem um custo. (...)*” (grifei)

CAMARGO, José Aquino Flores de. “A Legitimação Democrática e a Figura do Juiz.”

<sup>20</sup> CF: “ Art. 5º ...

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas :

a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; ” .

<sup>21</sup> Ver disposições da Lei 9.784/99 sobre processo administrativo federal.

Isto posto, os direitos - sejam de que espécie forem ( público ou privado; individual, coletivo ou difuso; fundamental, civil, político, econômico, social ou cultural ) - são implementados mediante a atuação do Estado, mesmo nos ditos direitos negativos, em que o Estado-Administração deve manter-se inerte, já que aí, eventual e em última instância, a atuação estatal positiva dar-se-á por meio da prestação jurisdicional do Estado-Juiz , representando esta dispêndio de recursos públicos disponíveis, pois “como dizem os americanos, “não existe almoço grátis” ” <sup>22</sup>.

É de concluir-se, portanto, que toda e qualquer atuação estatal - em especial, a atividade administrativa, através da qual o Estado-Administração executa as políticas públicas garantidoras da vida em coletividade - custa recursos, ou melhor, dinheiro. E como tudo que custa dinheiro não é absoluto, não é possível formular uma definição de direito, e conseqüentemente da atuação estatal necessária a sua implementação, abstraindo-se da concreta realidade financeira vivenciada pelo Estado e pela sociedade, sob pena de incorrer-se no que BARROSO chama de “insinceridade normativa “ <sup>23</sup> .

#### 4. As fases de evolução dos custos da atuação estatal.

GALDINO, em que pese a tradicional formulação geracional dos direitos, opta por expor interessante modelo teórico de evolução dos direitos, de acordo com a importância dada ou não pelo pensamento jurídico à questão dos custos, fixando as seguintes fases :

- “ Indiferença ” : aqui o caráter positivo da prestação jurisdicional e o respectivo custo são absolutamente indiferentes ao pensamento jurídico;
- “ Reconhecimento ” : reconhece-se, institucionalmente, que há direitos, positivamente fixados, a prestações estatais (sociais), afastando-se, entretanto, a exigibilidade de implementação de tais direitos;
- “ Utopia ”: a crença ideológica - baseada na influência da doutrina econômica keynesiana - em despesas sem limite iguala direitos

---

<sup>22</sup> NÓBRIGA, Marcos Antônio Rios da. *Et al.* “ A Lei de Responsabilidade Fiscal e os Limites Máximos Transitórios.” *In* Lei de Responsabilidade Fiscal : Teoria e Prática.. p. 4

<sup>23</sup> “Por mais de uma razão determinada disposição constitucional deixa de ser cumprida. Em certos casos, ela se apresenta desde o primeiro momento como irrealizável. (...)

No primeiro caso - em que o preceito já nasce condenado à ineficácia - sua inviabilidade pode decorrer da intrínseca deficiência do texto, *da manifesta ausência de condições materiais para o seu cumprimento* ou da impossibilidade de jurisdicização do bem ou interesse que pretendeu tutelar. (...)

*Igualmente irrealizável é o preceptivo constitucional que padeça de excesso de ambição, colidindo com as possibilidades reais do Estado e da sociedade, ainda que aferidas por critério generoso.* Assim, *v.g.*, o art. 368 do Anteprojeto elaborado em 1986 pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida pelo Professor Afonso Arinos de Mello Franco, segundo o qual “ é garantido a todos o direito, para si e para sua família, de moradia digna e adequada, que lhes preserve a segurança, a intimidade pessoal e familiar.” (grifei)

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas : Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.. p. 62.

negativos e positivos , reconhecendo-se a positividade dos direitos ditos sociais, mas desprezando-se o elemento custo.

- “ Limitação de recursos ” : com a superação dos paradigmas keynesianos, traça-se o equilíbrio orçamentário como objetivo, sustentando-se que as despesas públicas devem limitar-se à receita do Estado.

Nesta última fase, o pensamento jurídico, se ainda não consegue “incluir a realidade em seu espectro de considerações, passa a ter em conta, ao menos, as impossibilidades materiais de prestações públicas, ainda que os direitos a tais prestações, sejam objeto de reconhecimento em sede judicial.”<sup>24</sup>

Tal como se pode verificar pelo modelo teórico acima exposto e pelo reconhecimento da “reserva do possível” pela nossa mais alta Corte Judicial, o juspublicismo brasileiro ainda está na fase da “limitação dos recursos”, onde o custo dos direitos e, conseqüentemente, da atuação estatal que os resguarda é meramente um limite às prestações estatais positivas, criando-se uma falsa impressão quanto à inexistência de limites financeiros às prestações estatais ditas negativas.<sup>25</sup>

## 5. A necessidade de superação do modelo vigente.

É preciso ultrapassar aquela fase da compreensão jurídica onde os custos são visualizados como meros óbices à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, tal como se apregoa na “reserva do possível”, em busca de modelo de pensamento no qual se entenda que todos os direitos representam custo para o Estado e, portanto, dependendo todos eles de prestação estatal - positiva ou negativa - devam ser submetidos às escolhas trágicas a que está sujeito o Estado-Administração a todo momento, pois, “na sua essência, *administrar* compreende o reconhecimento e o diagnóstico [das] necessidades públicas, a obtenção e afetação de recursos necessários à sua satisfação e a *definição de prioridades, no caso de inexistência de recursos suficientes.*”<sup>26</sup> (grifei)

É que, como os recursos públicos são finitos e as demandas da sociedade pela prestação estatal são infinitas, a análise dos custos - e, por evidente, dos benefícios - da atividade estatal a ser desempenhada é de fundamental importância para o direito público, pois o Estado estará sempre jungido, numa clara alusão à obra de CALABRESI e BOBBIT<sup>27</sup>, às chamadas “escolhas trágicas”. Ou seja, numa realidade de escassos recursos públicos, o Estado - e conseqüentemente a Administração Pública detentora da missão de produzir a atividade administrativa necessária à implementação das políticas públicas - deve valorar quais são as providências mais prioritárias, a fim de com elas gastar os recursos públicos disponibilizados pela sociedade. Neste contexto, parametrizando o ensinamento da obra dos autores estrangeiros mencionados, as decisões ou “escolhas trágicas” do Estado sobre a alocação de recursos

---

<sup>24</sup> GALDINO, Flávio. Op. cit. “Os Custos dos Direitos”. p. 174.

<sup>25</sup> Op. cit. p. 181/182.

públicos para a tutela de determinados direitos - considerados como mais prioritários, enquanto outros, por evidente, restarão desprotegidos - espelha os valores da sociedade em questão.

Neste ínterim, dá-se a opinião de HOLMES e SUNSTEIN de que, ao invés de considerar direito uma situação ideal e não raro absoluta, melhor seria considerá-lo como poder de invocar parcela dos escassos recursos públicos de uma dada comunidade. O tempo e o lugar e, por que não dizê-lo, as condições econômicas e financeiras, segundo os referidos autores norte-americanos, definem as prioridades das comunidades, estatuidando o que seja direito. Portanto, mais do que uma situação meramente factual, os custos da atuação estatal e a limitação desta aos recursos públicos disponibilizados pela sociedade são requisitos de ordem jurídica, necessários à interpretação do direito público.

Na particularidade brasileira, é possível afirmar que nosso direito público já iniciou sua caminhada rumo à fase em que a análise prévia do custo de certa atuação estatal será elemento para a fixação de certa pretensão da sociedade como direito passível de exigibilidade, inclusive, em sede judicial. Veja-se que tal evolução já pode ser notada, de forma incipiente, em nosso ordenamento vigente pela leitura do art. 195, § 5º da Constituição da República, segundo o qual “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”. Ou seja, não é possível à sociedade, através de seus representantes, componentes do Estado-Legislativo, pleitear a criação de novo benefício previdenciário ou a majoração/extensão de outro já existente, salvo se indicar os recursos que pretenda disponibilizar para tal prestação estatal - veja-se também o disposto no art. 24 da LC nº 101/00 - Lei de Responsabilidade Fiscal.

Ressalte-se que aqui não temos qualquer pretensão de incentivar a idéia de um Estado mínimo, primeiro porque este debate melhor se atém ao âmbito da ciência política, segundo porque tal pretensão de cunho liberal já se mostrou utópica <sup>28</sup> e inviável. Nossa pretensão, na linha de pensamento da moderna doutrina juspublicista citada neste trabalho, é contribuirmos para o debate acerca da proposição de que o custo dos direitos, e seu respectivo impacto nas contas do Estado - melhor dizendo, o custo da atuação estatal necessária à implementação de qualquer direito - não é argumento de natureza metajurídica, mas sim de ordem jurídica <sup>29</sup>, pois, apesar de não expressamente previsto na legislação vigente, tal argumento sempre influirá na

---

<sup>26</sup> TAVARES, José. “Administração Pública e Direito Administrativo : Guia de Estudo.”. p. 28.

<sup>27</sup> CALABRESI, Guido e BOBBIT, Philip. *Tragic choices - The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*.

<sup>28</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. “Cidadania e *Res Publica* : ...”Op. cit. 160.

<sup>29</sup> Entendimento diverso apresenta HUMBERTO ÁVILA, o qual nos parece classificar tais argumentos como “não-institucionais”, devido a “ não ... fazerem referência ao modo institucional de existência do Direito” e “ serem argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob *pontos de vista econômicas, políticos e/ou éticos*” .

ÁVILA, Humberto. “A Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico.”

interpretação dos dispositivos legais que obrigam o Estado a quaisquer espécies de prestações à sociedade.

Foi neste ínterim que o Min. GILMAR MENDES FERREIRA prolatou seu voto vencedor, no julgamento da Intervenção Federal 2.926-1/SP<sup>30</sup>, aduzindo que “não podem ser desconsideradas as limitações econômicas que condicionam a atuação do Estado ...”. A hipótese sob julgamento referia-se a requerimento de intervenção federal no Estado de São Paulo, devido ao não cumprimento de precatórios de natureza alimentícia pelo referido ente federativo. Em suas razões de defesa, o Estado justificou que, deduzidas as despesas legais e constitucionais com pessoal (58% das receitas correntes líquidas), com o serviço da dívida junto à União (12%), com o custeio do aparato administrativo, que inclui saúde e educação (19%), com investimentos mínimos indispensáveis à continuidade dos serviços públicos essenciais (9%), sobriariam apenas 2% das receitas correntes líquidas para o pagamento dos precatórios, receita esta que estava sendo efetivamente gasta com o pagamento das obrigações decorrentes de decisões judiciais transitadas em julgado.

Segundo GILMAR MENDES FERREIRA, o exame de dados concretos como os expostos pelo ente federativo não pode deixar de ser realizado, sob pena de interpretar-se inadequadamente o ordenamento vigente, haja vista que “No âmbito dos reflexos econômicos da atividade jurisdicional, a experiência internacional tem, assim, demonstrado que a proteção dos direitos fundamentais e a busca da redução das desigualdades sociais necessariamente não se realizam sem a reflexão acurada acerca do seu impacto.”

E, continuando o exame da questão sob o prisma da proporcionalidade de decretar-se a intervenção federal no referido caso, entendeu que não haveria proporcionalidade para a medida drástica, pois o ônus imposto ao Estado-membro, e à sociedade que lá vive, seria maior do que os benefícios decorrentes da intervenção, até porque, diante do quadro de impossibilidade financeira de pagamento integral e imediato dos precatórios de natureza alimentícia, tal como demonstrado pelo Estado-membro, estaria o próprio interventor nomeado sujeito às mesmas disponibilidades financeiras que a atual Administração do ente federativo.

Invocando citação de Nelson Hungria - “*Onde não há, até rei perde.*” - e considerando a intrincada relação custo das atividades estatais *versus* limitação de recursos disponíveis, concluiu o ministro seu voto vencedor afirmando que, enquanto o Estado-membro mantiver-se “diligente na busca de soluções para o cumprimento integral dos precatórios judiciais, não estarão presentes os pressupostos para a intervenção federal ... solicitada.”<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> STF. Tribunal Pleno. IF 2926 / SP. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Rel. Acórdão Min. Gilmar Mendes Ferreira

<sup>31</sup> No mesmo sentido :

IF- 2772/ SP Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. GILMAR MENDES Tribunal Pleno

IF 164/SP Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. GILMAR MENDES Revisor Min. Julgamento: 13/12/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ DATA-14-11-2003 PP-00014 EMENT VOL-02132-01 PP-00010

## 6. Conclusão.

É inegável que o Estado, na concepção moderna do termo, é sentido em todas as situações cotidianas da vida socialmente organizada, tanta são as funções que a própria sociedade moderna lhe atribui <sup>32</sup>.

Sendo tantas as demandas da sociedade e finitos os recursos disponibilizados para a atuação do Estado, torna-se evidente que esta estará sempre limitada à existência daqueles, ou seja, a atuação estatal está sempre jungida à "*reserva do financeiramente possível*", mesmo naquelas situações em que se pretenda resguardar os chamados direitos negativos ou de "liberdade de".

Diante de tão insofismável quadro de coisas e da moderna concepção de Estado Democrático de Direito, sob a qual somente seria válida a atuação estatal baseada nas disposições normativas que regulam a vida em sociedade - artigos 1º, *caput*, e 37, *caput*, da Constituição da República - não podem os custos das atividades desempenhadas pelo Estado passarem ao largo do Direito ou serem considerados meros argumentos de natureza metajurídica, sem qualquer relação com a ordem jurídica vigente.

Isto porque a própria efetividade da própria Constituição da República - a instituição e manutenção de tal efetividade é dever não só do Estado, mas de toda a sociedade - passa pela consideração dos custos dos direitos, e da conseqüente atuação estatal que os resguarda, como requisito de natureza jurídica, diante do qual deve, também, ser realizada a interpretação de nosso ordenamento jurídico, sob pena de divorciar-se o operador do Direito da realidade <sup>33</sup> que o cerca.

---

IF 2127/SP Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Rel. Acórdão Min. GILMAR MENDES Revisor Min. Julgamento: 08/05/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação: DJ DATA-22-08-2003 PP-00022 EMENT VOL-02120-01 PP-00044

<sup>32</sup> Segundo ATALIBA NOGUEIRA, o Estado tem como " ... finalidade ... regular globalmente as relações sociais de determinado povo fixo, em dado território sob um poder." (grifei) (NOGUEIRA, José Carlos Ataliba. " Lições de Teoria Geral do Estado". *Apud* TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. p. 16 ). Diante da presente citação, percebe-se que nem mesmo renomados autores de Teoria Geral do Estado conseguem englobar todas as funções estatais em suas definições, haja vista a magnitude do rol de funções estatais atualmente exigidas pela vida em sociedade. Veja-se que, em contradição à citação do autor, também estarão os brasileiros, que vivem fora do país, sob o manto do Estado brasileiro, pois se assim não o fosse não teriam os mesmos que participar das eleições brasileiras ou justificar sua impossibilidade, nem de cumprir determinadas normas de natureza tributária, etc. A permanecer no raciocínio do autor, estariam fora da jurisdição do Estado brasileiro os membros de missões diplomáticas brasileiras permanentes no exterior, bem como as transitórias, *n.g.* a atual "força de paz" militar brasileira em atuação no Haiti.

<sup>33</sup> " Ao nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida. Sem embargo, ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o *dever-ser* tipificado na norma e o *ser* da realidade social. Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre. É precisamente aqui que reside o impasse científico que invalida a suposição, difundida e equivocada, de que o Direito deve se limitar a expressar a realidade do fato. Isto seria sua negação, De outra parte, é certo que o Direito se forma com elementos colhidos na realidade e seria condenada ao insucesso a legislação que estivesse ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico socialmente eficaz. "

BARROSO, Luís Roberto. " O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas : ..." Op. cit. p. 60.

## Bibliografia :

- ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. O Estado brasileiro contemporâneo. Jus Naveguandi, Teresina, <sup>a</sup>4, n.44, ago. 2000. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=55>>.
- ÁVILA, Humberto. “A Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico.” Revista da Faculdade de Direito da UFRGS (19) : 157-180. Porto Alegre : Nova Prova Gráfica e Editora, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia dos Princípios Constitucionais : O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula *et al.* “ O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *In* A nova interpretação constitucional : ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-positivismo). “ *in* A Nova Interpretação Constitucional : Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas : Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 5<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.
- BOBBIT, Philip e CALABRESI, Guido. *Tragic choices - The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York, London. W.W Norton e Company, 1978.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Cidadania e *Res Publica* : A Emergência dos Direitos Republicanos. Rio de Janeiro : Renovar. Revista de Direito Administrativo. RDA 208. Abril/junho 1997.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo : Saraiva, 2002.
- CAMARGO, José Aquino Flores de. “ A Legitimação Democrática e a Figura do Juiz.” Disponível em [www.ajuris.org.br/sharewords/?org=AJURIS&depto=Dep.ComunicacaoSocial](http://www.ajuris.org.br/sharewords/?org=AJURIS&depto=Dep.ComunicacaoSocial). Consulta em 10/09/2004.
- COSTIN, Cláudia. Ética e Administração Pública. Jornal “O Globo”, de 02/08/2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo : Atlas, 2000.

- GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. *In* Legitimação dos Direitos Humanos. Ana Paula de Barcellos. [ et. al. ] Org. : Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. “Despesa pública - Conflito entre Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas - o Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública.” *Revista Trimestral de Direito Público* 2/1993. Malheiros Editores.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Uma Nova Administração Pública. *RDA* 220. Abril/junho 2000.
- NÓBRIGA, Marcos Antônio Rios da *et al.* “A Lei de Responsabilidade Fiscal e os Limites Máximos Transitórios.” *In* Lei de Responsabilidade Fiscal : Teoria e Prática. Org. Carlos Valder do Nascimento. Rio de Janeiro : América Jurídica, 2002.
- TAVARES, José. Administração Pública e Direito Administrativo : Guia de Estudo. 2ª ed. Coimbra : Almedina, 1996.
- TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 18ª ed. São Paulo : Malheiros, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação. Rio de Janeiro : Renovar, 1995.