

Decisão Judicial e Custos dos Direitos: A Utilização da Variável Econômica na Construção da Fundamentação Judicial¹

Pedro Henrique Azevedo Lopes Ferreira²

Rebeca Costa Gadelha da Silveira³

RESUMO

Exige-se do Judiciário uma constante prestação de contas em sua atividade, sendo esta perfectibilizada por meio da apresentação de fundamentações adequadas de suas decisões. O juiz desempenha um importante papel social, devendo guardar observância com os objetivos da República previstos no art. 3º da Constituição. Para que se apresente uma fundamentação adequada, diversas variáveis devem ser consideradas, destacando-se a inerente aos custos dos direitos. Nesse sentido, o estudo da teoria de Cass Sunstein e Stephen Holmes mostra-se fundamental, o que se procederá mediante uma metodologia direcionada eminentemente à revisão bibliográfica da obra *Custo dos Direitos*, contrastando-a com a realidade brasileira. Todos os direitos são positivos e exigem uma resposta afirmativa do Estado, inexistindo direitos absolutos. A questão dos custos dos direitos merece especial atenção, e, embora não seja a primordial, não pode ser ignorada.

¹ Data de recebimento: 07/12/2017. Data de aceite: 19/01/2018.

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Entre Rios do Piauí (FAERPI). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Técnico Ministerial no Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: pedro.ferreira@mpce.mp.br

³ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Pós-Graduada em Direito do Trabalho pela Faculdade Entre Rios do Piauí (FAERPI). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Técnica Ministerial no Ministério Público do Estado do Ceará. E-mail: rebecca.silveira@mpce.mp.br

PALAVRAS-CHAVE: *Judiciário. Fundamentação das decisões judiciais. Custo dos direitos.*

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira possui uma forma analítica e um cunho social eminentemente garantidor de direitos. Dentro dessa linha, é dada ao Judiciário, na condição de Poder independente e autônomo, a possibilidade de, sem interferências externas, reconhecer vasto leque de direitos que impactam, não apenas na vida dos que estão a litigar em determinado processo, mas no cotidiano da sociedade como um todo.

Tem-se que, em uma ordem constitucional que elege como o primeiro dos objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o papel social desempenhado pelo juiz não pode ser ignorado, mormente quando, em comunhão com tal objetivo, acolhe-se, como direito fundamental, a inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF).

Parece lógico, mas é imperioso que se afirme, que a estrutura estatal traduzida pela Constituição Federal é sustentada e parcialmente perfectibilizada por meio de pesados impostos, gerando recursos que se mostram, a todo tempo, nitidamente escassos.

É preciso, portanto, que haja um constante equilíbrio na atuação jurisdicional, de modo que o juízo, por meio de utilização de diversas variáveis, faça constantes ponderações acerca das teses esposadas pelas partes e das consequências oriundas de sua decisão.

Partindo de tais premissas, o estudo que se desenvolverá nas linhas que seguem tem o intuito de traçar algumas considerações acerca da teoria dos custos dos direitos de Cass Sunstein e Stephen Holmes, perfazendo uma análise acerca da importância da consideração de preceitos nela elencados na elaboração de decisões judiciais nas quais são requestados direitos oponíveis por particulares em face da própria máquina estatal.

Para tanto, a metodologia a ser adotada será de natureza eminentemente qualitativa, consistindo na elaboração de uma pesquisa teórica e bibliográfica, abalizada, pois, nos estudos dos autores mencionados, além de dialética, na medida em que se faz um contraste com a realidade brasileira.

Nesse desenrolar, tem-se a pretensão de demonstrar que os impactos econômicos da decisão judicial devem ser levados em consideração pela autoridade responsável pela prolação do ato decisório. Deseja-se, assim, fornecer subsídios aptos a orientarem a discricionariedade judicial, mormente nos casos em que a simples subsunção do fato à norma, além de não parecer ser suficiente para solver a questão colocada, poderá acarretar consequências extra-autos inicialmente não previstas por quem está a decidir o caso e que, como agente social que é, não pode ignorar.

Com o presente estudo não se tenciona defender que a saída que guarde maior eficiência econômica deva ser aquela a ser necessariamente adotada. Em outras palavras, uma decisão judicial não deve ser exclusivamente ou mesmo precipuamente orientada por critérios econômicos ou pelas consequências que pode trazer. Em verdade, tem-se o intuito principal de demonstrar que o viés econômico deve ser mais um a orientar o juiz na tomada de decisão. Seria, portanto, mais um fator a ser considerado para que se encontre a melhor resposta para o caso concreto, um fator adicional para auxiliar o magistrado na tarefa de fundamentação de suas decisões.

2 O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O PAPEL SOCIAL DO JUIZ

A ordem jurídica brasileira exige dos agentes públicos uma constante prestação de contas. Essa *accountability* exigida da Administração Pública é fruto do dever de transparência, que transborda da própria Constituição Federal, mormente em seu art. 37, *caput*, ao

tratar dos chamados princípios mínimos do Direito Administrativo (MARINELA, 2002, p. 80).

No âmbito do Poder Judiciário não é diferente. Exige-se, nesse particular, que a autoridade que decidirá questões que lhes são postas (inclusive por outras esferas de Poder, dentro da própria máquina pública) justifique de modo devido suas decisões. Tal preceito resta patente no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal:

Art. 93 - IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (grifo nosso).

O processo judicial, portanto, como leciona Streck, trata-se de uma construção compartilhada que se dá por meio da principiologia constitucional, na qual se exige do agente público, que decide a demanda, um respeito ao contraditório e à ampla defesa, assim como às demais regras do jogo, tendo o decisor, como dever precípua, o de justificar adequadamente seus atos jurisdicionais, procedendo ao que se chama de *accountability* hermenêutica (STRECK, 2014, p. 265).

Além disso, como já mencionado, é certo que, em um Estado de cunho social, exige-se que o Judiciário exerça um papel que vai muito além da simples aplicação literal e descompromissada da norma posta.

Na medida em que o art. 3º da Constituição Federal elege como objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, não pode o Judiciário, na condição de Poder responsável por dar guarida ao ordenamento jurídico, ver-se dissociado de uma luta pela concretude do normativo constitucional. Nos dizeres de Nalini, “os juízes não têm a chave

para resolver os problemas do mundo. Mas integram o Estado e não podem considerar-se descomprometidos da tarefa de contribuir para a consecução de seus objetivos” (NALINI, 1997).

Considerando, portanto, que é dentro de uma atividade de construção dialética envolvendo as partes que a decisão judicial é elaborada, e, levando em conta, também, o papel social do juiz no atendimento aos objetivos da República, tem-se que o ente judicante deve levar em consideração algumas variáveis no momento de elaboração da sentença. Uma delas é de suma importância, e, sem sombra de dúvidas, deve ser considerada no processo decisório, mormente quando se trata de efetivação de direitos oponíveis em face do Estado: trata-se do custo dos direitos.

3 O CUSTO E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS: A TEORIA DE CASS SUNSTEIN E STEPHEN HOLMES

Conforme anteriormente mencionado, tem-se que a questão do custo dos direitos deve ser considerada como de singular importância na formação do convencimento do magistrado na emissão do ato decisório.

Diz-se isso, porque as determinações oriundas de uma decisão judicial podem, ao fim e ao cabo, causarem consequências reflexas, ou mesmo diretas, em questões que originalmente não teriam sido postas à mesa do magistrado. Na medida em que se decide de modo irrefletido, economicamente falando, acerca de determinadas questões, pode-se, em verdade, causar prejuízos maiores do que os benefícios que se pretendeu atingir. Em outras palavras, pode-se acabar propriamente por violar mais direitos do que aqueles que se pretendia albergar.

A título exemplificativo, destaca-se a questão da concessão judicial de determinado medicamento ou insumo a pessoa que dele necessita para sobrevivência. A questão já é clássica: certa pessoa,

não tendo condições para custear determinado tratamento médico, e, tendo o pleito negado ou postergado pelos caminhos naturais fornecidos pelo Executivo, socorre-se ao Judiciário com o intuito de resguardar, de modo urgente, o direito fundamental à vida.

Tem-se que a concessão de tais pleitos, pela via jurisdicional, acaba, por vezes, elevando os custos de transação⁴ aos quais o Estado originalmente se submeteria na concessão, em situações ordinárias, do bem da vida que é pleiteado.

Como a concessão de determinado pedido pela via jurisdicional acaba por desviar o caminho que naturalmente seria percorrido pelo Executivo, seja com a adição de novas etapas ao procedimento originário, seja com a inovação em questões que sequer estariam originalmente previstas nos planos do administrador, ou mesmo com a supressão de etapas do procedimento ordinário, os custos tendem a se elevar.

No caso de adição de novas etapas ao processo, pode-se falar que a própria judicialização da questão já onera os custos do Estado. O Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça Brasileiro (CPJus) do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) realizou um estudo tendo como base dados coletados do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, e obteve o resultado de que, em 2013, um processo judicial custaria, em média R\$2.369,73 (dois mil trezentos e sessenta e nove reais e setenta e três centavos)⁵. E estes são os custos apenas da mera movimentação da máquina judiciária, desconsiderando-se os custos adicionais oriundos das inovações pleiteadas e concedidas judicialmente.

No que pertine às inovações em questões que originalmente não

4 Adota-se, aqui, o conceito de David Driesen e Shubha Ghosh, os quais definem “custos de transação” como os custos de se lidar com as pessoas. Tais custos, segundo os autores, incluiriam custos associados tanto com a contratação privada como com a tomada de decisões governamentais, incluindo os custos de se adquirir informações para ambos os tipos de transações. Seria, portanto, um conceito amplo, mas de extrema utilidade. (DRIESEN; GHOSH, p. 31).

5 IDP. Índice de Desempenho da Justiça IDJus 2013 e Estudo comparado sobre a evolução do Judiciário 2010 - 2013. Disponível em: <http://cpjus.idp.edu.br/wp-content/uploads/2015/03/IDJUSn4_relatorio_pesquisa_23.02.15.pdf>. Acesso em: 16 Jun. 2017.

estariam previstas, pode-se exemplificar com a concessão judicial de tratamentos não dispostos nos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS). É sabido que, para que uma nova tecnologia seja incorporada ao SUS, diversas etapas são seguidas. Entre estas, está a aprovação pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), responsável por uma análise de custo-efetividade da tecnologia a ser integrada ao sistema público de saúde⁶. O deferimento judicial de tratamentos que não passaram pelos trâmites exigidos tende a ignorar questões como *custo-efetividade* ou, ao menos, acaba por não ser dotado do mesmo grau de tecnicidade dos órgãos oficiais responsáveis, o que, por certo, gera um aumento de despesa originalmente não calculado. Na medida em que não se consegue analisar se existe tratamento alternativo cujo binômio custo-efetividade seja mais vantajoso, e, levando em consideração que as partes litigantes tendem a desejar o melhor e normalmente mais caro tratamento existente, resta óbvio que os custos tendem a se elevar.

Na mesma toada, mas em relação à supressão de etapas do procedimento, o último exemplo pode ser aproveitado. Adquirir tratamentos que originalmente não estão previstos no planejamento estratégico do Poder Público acaba por elevar os custos de adquiri-los, na medida em que, na maioria das vezes, acabará por obter apenas o necessário para custear, em cada caso, o tratamento pedido na espécie, gerando um acréscimo no preço do bem adquirido.

Vê-se, portanto, do que já fora traçado, que a questão dos custos dos direitos é de observância fundamental para aquele que determinará que o administrador público, ordenador de despesas originário,

6 “O papel da CONITEC difere bastante do papel da Anvisa na avaliação das tecnologias. A Anvisa realiza uma avaliação de eficácia e segurança de um medicamento ou produto para a saúde visando à autorização de comercialização no Brasil. No entanto, para que essas tecnologias possam ser utilizadas na rede pública de saúde (SUS), além de receber o registro da Anvisa, elas precisam ser avaliadas e aprovadas pela CONITEC, que considerará a análise da efetividade da tecnologia, comparando-a aos tratamentos já incorporados no SUS. Caso a nova tecnologia demonstre superioridade em relação às tecnologias já ofertadas no SUS, serão avaliados também a magnitude dos benefícios e riscos esperados, o custo de sua incorporação e os impactos orçamentário e logístico que trará ao sistema”. CONITEC. Perguntas Frequentes. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 16 Jun. 2017.

aja de modo não previsto em seus planos. Tal questão não merece ser ignorada, sendo o objetivo do presente estudo traçar algumas linhas a respeito do assunto.

Para tanto, pretende-se apresentar a seguir algumas contribuições com base na obra *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, de Cass R. Sunstein e Stephen Holmes. As premissas básicas da obra a serem tratadas adiante são duas: a afirmação de que todos os direitos seriam positivos, e a de que inexistiriam direitos absolutos.

3.1 A dicotomia entre direitos positivos e negativos

Há uma tradicional e difundida divisão doutrinária entre direitos fundamentais tidos por negativos e direitos positivos. No centro da discussão clássica encontram-se os pensamentos de Jellinek e sua teoria dos quatro *status*, assim como a teoria das dimensões ou gerações de direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p 254-269).

A primeira teoria descreve a vinculação do indivíduo para com o Estado, podendo esta ocorrer em quatro níveis (*status*) distintos: passivo, ativo, negativo e positivo. Importam, aqui, precipuamente os dois últimos. Enquanto que, no *status negativus* ou *status libertatis* parte-se do ponto de que o indivíduo é dotado de personalidade e de liberdade própria, com uma esfera pessoal imune à intervenção estatal, no *status positivus* ou *status civitatis*, tem-se que aos indivíduos são disponibilizadas instituições estatais para garantia de direitos.

Nessa mesma linha caminha a teoria das dimensões de direitos fundamentais, inserindo como direitos de primeira dimensão os direitos ligados à liberdade do indivíduo (direitos civis e políticos), ou seja, direitos que envolveriam abstenções estatais. Seriam tais direitos, na clássica concepção de Bonavides, “*direitos de resistência ou de oposição perante o Estado*”(BONAVIDES, 2009, p. 564). Na segunda dimensão de direitos fundamentais, por outro lado, trata-se de direitos que “*nasceram abraçados ao princípio da igualdade*”

(BONAVIDES, 2009, p. 564), podendo o indivíduo exigir do Estado determinadas prestações materiais positivas.

Embora tais teorias tenham peso histórico e prático sem precedentes, é certo que não são imunes a aprimoramentos ou a críticas. Afinal, conforme leciona Karl Popper em sua teoria falsificacionista, teorias científicas são expedientes temporários a serem substituídos quando e se algo melhor aparecer (RESCHER, 2003, p. 25). Não se pretende, aqui, afastar a lógica das teorias resumidamente esposadas acima. O que se quer, a seguir, é apresentar como o pensamento colocado por Sunstein e Holmes contribui na adição de novas camadas ao conhecimento já consolidado pelas teorias clássicas inerentes à efetivação de direitos fundamentais.

Os autores defendem a premissa de que todos os direitos seriam positivos, sempre existindo custos inerentes ao seu exercício. Iniciam apontando que a dicotomia acima explanada é clássica no âmbito dos Estados Unidos, principalmente nos embates de discursos de conservadores e progressistas.

Diz-se que os conservadores costumam defender que direitos positivos acabariam por corroer a “liberdade verdadeira” na medida em que tornariam as pessoas dependentes do governo. E assim seria feito em duas frentes: injustamente confiscando a propriedade privada dos ricos e imprudentemente enfraquecendo a autossuficiência dos mais pobres (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 25).

Os progressistas, por outro lado, aplaudem o surgimento das garantias positivas, interpretando-as como um sinal de aprendizagem política e como um melhor entendimento das exigências de justiça social. Impulsos de caridade teriam finalmente vindo à tona e sido codificados no Direito. O *New Deal* e a *Great Society America* teriam rompido com princípios que serviam apenas aos interesses dos detentores de propriedade e de grandes empresários (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 26).

Mas quem estaria correto? Seriam direitos de propriedade instru-

mentos de puro egoísmo ou fonte da autonomia pessoal? Direitos relativos ao bem-estar social expressam solidariedade ou corrompem a iniciativa própria e causam dependência do povo? Deveriam os indivíduos ser protegidos apenas do governo ou também pelo governo? Tais perguntas estariam no centro do debate americano. Todavia, dizem os autores, se a própria distinção entre direitos positivos e negativos é falha, talvez nenhum dos lados tenha uma base firme para o debate. É a partir deste ponto que a dicotomia entre direitos positivos e negativos começa a ser desconstruída.

Tem-se que a máxima *“where there is a right, there is a remedy”*, ou, em tradução livre, “onde há um direito, há um remédio jurídico capaz de tutelá-lo” é o ponto de partida da questão. Direitos são custosos, porque remédios jurídicos são custosos. A execução de direitos, inclusive os negativos, demanda custos ao Estado.

Segundo Sunstein e Holmes:

Formulated differently, almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse. There are no legally enforceable rights in the absence of legally enforceable duties, which is why law can be permissive only by being simultaneously obligatory. That is to say, personal liberty cannot be secured merely by limiting government interference with freedom of action and association. No right is simply a right to be left alone by public officials. All rights are claims to an affirmative governmental response. All rights, descriptively speaking, amount to entitlements defined and safeguarded by law. A cease-and-desist order handed down by a judge whose injunctions are regularly obeyed is a good example of government ‘intrusion’ for the sake of individual liberty. (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 26).

Ou seja, para que o Estado garanta efetividade a direitos tidos por negativos, não basta que se abstenha. Na maioria das hipóteses, terá de intervir de modo eficaz para albergar direitos inerentes ao indivíduo e que, ordinariamente, são tidos como direitos ligados à

mera abstenção estatal. E para que intervenha, custos são gerados. Sejam custos efetivos ou custos de oportunidade⁷.

Como dito em linhas anteriores, o próprio custo do Judiciário, órgão que, ao fim, teria a função de resguardar tais direitos, não pode ser ignorado. Pagamento de servidores, manutenção de sua estrutura física, tudo é, logicamente, oriundo de impostos. Fábio Portela Almeida é claro ao exemplificar a questão:

Esse raciocínio é aplicável a toda a miríade de direitos protegidos pelo ordenamento jurídico. A proteção da propriedade privada depende da existência não apenas de tribunais e policiais, mas também de bombeiros e prisões para punir os violadores desse direito. O direito à liberdade de expressão depende não apenas da proteção policial para impedir os que procurem criar obstáculos a seu exercício, mas também da manutenção de uma estrutura institucional que garanta de fato o exercício desse direito, possibilitando a criação e a livre atuação de editoras, jornais, revistas, canais de televisão, blogs, entre outros canais da livre expressão. O direito à educação depende da existência, de fato e em boa qualidade, de escolas e professores. O exercício do direito ao sufrágio depende da manutenção de tribunais eleitorais, bem como da aquisição de computadores para registro dos eleitores e candidatos. (ALMEIDA, 2016).

Na medida em que o Estado, por exemplo, tem o dever de combater a violência urbana e de garantir o ir e vir de seus cidadãos, direito de cunho tradicionalmente visto como negativo, vultuosos custos são dispendidos. Na mesma lógica, ao passo em que é assegurada a um proprietário de imóvel a utilização de ações reais para resguardar um direito que está a ser vilipendiado, verbas também

⁷ Sobre o conceito de custo de oportunidade: "Toda escolha pressupõe um custo, um trade off, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida. A esse custo chamamos de custo de oportunidade. Assim, por exemplo, se decidimos comprar caças para fortalecer nossa Aeronáutica, abdicamos de outra alocação que esses recursos poderiam ter (e.g. construir escolas). Se você opta por ler este artigo, deixa de realizar outras atividades como estar com seus filhos, passear com sua namorada ou assistir televisão. A utilidade que cada um gozaria com uma dessas atividades é o seu custo de oportunidade, i.e., o preço implícito ou explícito que se paga pelo bem. Note que dizer que algo tem um custo não implicar afirmar que tem valor pecuniário. Agora você sabe que há muita sabedoria no dito popular "tudo na vida tem um preço", basta olhar para o lado." (GICO JR., 2010)

são alocadas para permitir que o braço estatal promova a proteção da propriedade. Direitos são vistos, portanto, como reivindicações por uma resposta afirmativa do estado. Tal indivíduo apenas terá um direito se o Estado puder intervir para tutelá-lo. Nesse sentido, todos os direitos seriam positivos.

3.2 A inexistência de direitos absolutos

A presente questão, sob certo viés, parece relativamente pacífica no âmbito dos estudos constitucionais brasileiros. O estudante de Direito que atenta para o presente tópico pode inclusive vê-lo como redundante. Afinal, prospera hoje a ideia de que todo direito, manifestado sob a forma de regras ou princípios, pode perecer em determinado caso concreto para que outro, de maior importância naquela situação, sobressaia-se. Adota-se, no Brasil, primordialmente os pensamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy acerca do assunto.

Dworkin traz uma distinção lógica entre regras e princípios. Enquanto que regras seriam aplicáveis na orientação tudo-ou-nada, princípios não apresentariam consequências automáticas, possuindo uma dimensão de peso que as regras não teriam. Princípios, portanto, não atuariam de modo conclusivo, mas sim de modo a inclinar determinadas decisões. Enquanto que um conflito de direitos enunciados por regras resolvem-se por exclusão, um conflito de direitos regidos por princípios é resolvido por precedência ou prioridade. Nesse sentido:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes. [...] Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não

podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior. Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. (DWORKIN, 2014, pp. 42-43).

Tangenciando a visão de Dworkin, defende Robert Alexy (2011, pp. 90-91) que haveria conflitos entre regras, resolvíveis no âmbito da validade, e colisões entre princípios, solucionáveis no âmbito valorativo. Enquanto regras consistiriam em mandamentos definitivos, princípios seriam considerados mandamentos de otimização. Nesse sentido, dentro de uma colisão entre direitos que se manifestam por princípios, deve-se resolver a questão por meio de uma ponderação otimizante.

Assim, diz o jurista alemão que os princípios são caracterizados por poderem ser satisfeitos em diferentes graus, ao passo que possuem alto grau de generalidade e valoração. Por outro lado, as regras são normas que, pela baixa carga axiológica, não abrem espaço para muitas discussões, devendo ser satisfeitas ou não, sem que haja um meio termo.

Desse brevíssimo apanhado da posição atualmente dominante na doutrina brasileira no que pertine ao fenômeno relativo ao conflito de direitos, manifestáveis via regras ou princípios, pode-se facilmente perceber que inexistem direitos absolutos.

A abordagem do assunto feita por Sunstein e Holmes, todavia, segue por caminho diverso. Pode-se dizer que, nesse particular, são caminhos que partem de pontos diferentes e chegam a uma mesma conclusão. Ocorre que, tão importante quanto a conclusão, é o caminho que se faz para nela chegar. Por isso a relevância do estudo do pensamento da posição dos autores americanos ora estudados.

Os autores partem da premissa de que a escassez de recursos, ideia que se traduz na essência do pensamento econômico, afeta sobremaneira a concretização de direitos.

Argumenta-se que, para remediar as violações a direitos já ocorridas e para dissuadir as futuras violações, os tribunais devem contar com a cooperação voluntária das agências governamentais, que, por sua vez, necessariamente operam dentro de rigorosas restrições fiscais.

No contexto dos serviços sociais, o problema seria claro. Para lidarem com problemas potencialmente ilimitados, tais serviços receberiam recursos que, dada a incomensurabilidade da necessidade havida, seriam proporcionalmente ínfimos. Essas pesadas restrições orçamentárias acabariam por implicar em potenciais violações de direitos. Nas palavras dos autores, “this is deplorable, but in a imperfect world of limited resources, it is also inevitable. Taking rights seriously means taking scarcity seriously”(SUNSTEIN; HOLMES, 1999, p. 58).

Diante de tal quadro, é possível observar que o Poder Público fica, em diversas situações, tendo de eleger a área e a situação em que alocará recursos, o que é uma tarefa difícil frente a uma necessidade ilimitada daqueles regidos pelo Estado prestacional. Não obstante haja um dever constitucional, em teoria, de garantir a todos um tratamento isonômico e efetivar direitos sociais, existirá sempre a questão fática da escassez de recursos a ser enfrentada, juntamente com a subjetividade que permeia as escolhas trágicas do ordenador de despesas.

E essa é a questão chave. As cortes não estariam suficientemente bem posicionadas para supervisionarem o complicado processo de alocação eficiente de recursos. Como poderia um juiz, confrontado com um problema que envolve tal situação, mensurar a urgência do caso que lhe é posto em face de outros problemas sociais, que competem por atenção estatal, e sobre os quais o magistrado, via de regra, sabe muito pouco?

Tal indagação é extremamente identificável com a realidade brasileira. O Judiciário é comumente demandado a decidir, não apenas em ações individuais que pleiteiam direitos em face do Estado, mas

em ações civis públicas das mais variadas naturezas. Seja para exigir que a atuação efetiva de uma prefeitura no combate à poluição do ar⁸, seja para determinar a regularização no abastecimento de água em um município⁹, seja para requerer melhores estruturas para hospitais públicos¹⁰ ou mesmo, para que sejam nomeados candidatos aprovados em concurso público para determinado órgão¹¹.

Em todos os casos, o pleito que é demandado pela parte promotiva exige uma alocação de recursos escassos a ser perfectibilizada por ato de agente que, no fim das contas, não teria como medir o impacto de sua decisão e se a alocação de recursos para consecução do direito a ser albergado não acarretará na violação de outro direito. Sunstein e Holmes, confrontados com tal realidade, argumentam:

Rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear the ultimate responsibility. [...] Rights are relative, not absolute claims. Attention to cost is simply another pathway, parallel to more heavily traveled routes, to a better understanding of the qualified nature of all rights, including constitutional rights. (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, 60).

Como explica Flávio Galdino (GALDINO, 2005, p. 234), o ponto

8 COUZEMENCO, Fernanda. Ação civil pública requer atuação efetiva da prefeitura no controle da poluição do ar em Vitória. *Século Diário*. Vitória, 21 maio 2017. Disponível em: <<http://seculodiario.com.br/34179/10/acao-civil-publica-requer-atuacao-efetiva-da-municipalidade-no-controle-da-poluicao-do-ar-em-vitoria>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

9 REDAÇÃO. Ministério Público ajuíza Ação Civil Pública por falta de água no município de Goianorte. *Conexão Tocantins*. Tocantins, 19 maio 2017. Disponível em: <<http://conexaoto.com.br/2017/05/19/ministerio-publico-ajuiza-acao-civil-publica-por-falta-de-agua-no-municipio-de-goianorte>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

10 Cf.: O DIA. Ministério Público pede melhor estrutura para o Hospital Curupaiti. *O Dia*. Rio de Janeiro, 08 jun. 2017. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-06-08/ministerio-publico-pede-melhor-estrutura-para-o-hospital-curupaiti.html>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

11 ESTADÃO CONTEÚDO. MP-SP pede que Justiça obrigue estado a contratar policiais civis. *Exame*. São Paulo, 02 jun. 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/mp-sp-pede-que-justica-obrigue-estado-a-contratar-policiais-civis/>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

nodal da questão reside na afirmação de que os custos não devem ser encarados meramente como óbices à efetivação de direitos fundamentais, mas sim como pressupostos à sua própria definição. A problemática está justamente quando a Administração Pública sustenta, calcada na exaustão orçamentária, que tal direito não poderá ser concretizado. Tal visão acaba por adotar uma perspectiva de que os custos seriam inteiramente externos ao direito pleiteado, o que parece de todo equivocado pelo que se viu no presente tópico.

A ideia dos custos, muito mais do que com um caráter de impedimento à efetivação de determinado direito, deve ser vista como um pressuposto para sua própria conceituação. Ou seja, deve ser internalizada à própria essência do direito.

Devem as cortes, portanto, levar os custos dos direitos a sério no âmbito da argumentação jurídica que forjará a decisão judicial. Não se está a defender que o juízo, confrontado com determinada questão que acarretará em alocação de recursos escassos, mantenha-se silente. Tal não seria possível na ordem constitucional brasileira, mormente por conta do Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Há de se repetir que igualmente não se está a defender que decisões sejam tomadas levando em conta apenas o aspecto econômico.

Quando confrontado com questões como as outrora exemplificadas, deve o magistrado agir de modo extremamente diligente, dando foco na função dialética do processo, ouvindo o que as partes têm a dizer sobre o aspecto orçamentário da questão posta. Além disso, instrumentos como a inspeção judicial, o *amicus curiae* e corpos técnicos criados dentro dos próprios órgãos públicos com o fim de dar subsídios o magistrado acerca de questões que extrapolam o jurídico¹², por exemplo, são de extrema utilidade prática em tais hipóteses.

12 Cf.: ASSESSORIA DE IMPRENSA. Núcleo coordenado pelo TJCE para agilizar demandas da saúde passa a funcionar nesta sexta-feira. TJCE. Fortaleza, 15 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/noticias/nucleo-coordenado-pelo-tjce-para-agilizar-demandas-da-saude-passa-a-funcionar-nesta-sexta-feira/>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

O que se pretendeu mostrar, nesta exposição, é que o magistrado deve levar em conta o custo dos direitos em suas decisões, assim como as consequências pragmáticas delas advindas. Conforme mencionado nas primeiras linhas do presente trabalho, deve o agente público prestar contas de sua atuação e fundamentar de modo escoreito as decisões que toma.

A consideração esposada no presente tópico é uma das variáveis que deve ser indubitavelmente considerada. Como sustentam Sunstein e Holmes na conclusão da questão ora em tablado, “courts that decide on the enforceability of rights claims in specific cases will also reason more intelligently and transparently if they candidly acknowledge the way costs affect the scope, intensity, and consistency of rights enforcement” (SUNSTEIN; HOLMES, 1999, 61). O intuito de se chamar atenção para o aspecto econômico da questão posta, portanto, é de fortalecer a argumentação jurídica do magistrado, e de garantir o atendimento ao dever de *accountability* outrora mencionado, e, ao mesmo tempo, possibilitar um melhor cumprimento ao papel social que deve desempenhar a magistratura.

4 CONCLUSÃO

O dever de fundamentar adequadamente as decisões judiciais deve ser visto como uma verdadeira prestação de contas do magistrado para com as partes e para com a sociedade. O processo judicial é construído de modo dialético pelas partes que estão nele envolvidas, constituindo *múnus* inafastável do ente judicante o de trazer argumentos suficientemente aptos a justificar suas decisões, a convencer aqueles que se submetem à jurisdição que a decisão tomada foi a melhor possível.

Além disso, como visto, deve o juiz desempenhar um papel social, de modo a garantir, em seu atuar, a observância aos objetivos da República insculpidos no art. 3º da Constituição Federal.

Para tanto, diversas variáveis podem ser consideradas, sendo a inerente aos custos dos direitos de fundamental importância, mormente nos casos em que são pleiteadas prestações em face do Estado.

Para que se “leve direitos a sério” sob o viés de seus custos, duas questões podem ser consideradas: a de que todos os direitos são positivos e a de que direitos não são absolutos.

Todos os direitos são positivos, na medida em que, de alguma forma, deverá o Estado dispender recursos públicos para sua consecução. Sejam custos efetivos, sejam custos de oportunidade, um direito, ainda que classificado de modo clássico como negativo, como as liberdades públicas, demandará custos. Diz-se isso, porque o Estado deverá possuir a estrutura para resguardar tais direitos de violações públicas. Direitos são, destarte, reivindicações por uma resposta afirmativa do estado e tal indivíduo apenas terá um direito se o Estado puder intervir para tutelá-lo.

Inexistem direitos absolutos na medida em que os problemas oriundos de violações de direitos são potencialmente ilimitados, sendo os recursos oriundos dos pagamentos de impostos dos cidadãos escassos. Ordenadores de despesas corriqueiramente são colocados em situações em que devem optar entre verdadeiras escolhas trágicas. O juiz, via de regra, não está suficientemente bem posicionado para decidir acerca de tais questões, mas, de acordo com o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário, deve se manifestar. Considerar o processo como uma expressão de construção dialética e instrumentos como a inspeção judicial e o *amicus curiae* são fundamentais neste ponto.

Direitos devem ser levados a sério, e levar direitos a sério requer que o magistrado fundamente adequadamente suas decisões, e procure dar cumprimento aos objetivos da República Brasileira, utilizando-se, para tanto, de diversas variáveis. Entre as tantas possíveis, a econômica, e, especificamente, a dos custos dos direitos, é, sem dúvida, de grande valia.

JUDICIAL DECISION AND COSTS OF RIGHTS: THE USE OF THE ECONOMIC VARIABLE IN CONSTRUCTION OF THE JUDICIAL REASONING

ABSTRACT

The Judiciary is required to have a constant accountability in its activity, which is perfectibilized through the presentation of adequate reasons for its decisions. The judge plays an important social role, and must observe compliance with the objectives of the Republic provided in art. 3º of the Constitution. In order to provide an adequate rationale, several variables must be considered, especially those related to the costs of rights. In this sense, the study of the theory of Cass Sunstein and Stephen Holmes is fundamental, which will be done through a methodology directed eminently to the bibliographic revision of the work the Cost of Rights, contrasting it with the Brazilian reality. All rights are positive and require an affirmative response from the State, and there are no absolute rights. The issue of the costs of rights deserves special attention, and although this is not the primary issue, it can not be ignored.

Keywords: *Judiciary. Reasoning for judicial decisions. Cost of rights.*

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Fábio Portela. Resenha: SUNSTEIN, Cass & Holmes, Stephen. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 681-688, ago. 2016. ISSN 2179-7943. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/10352>>. Acesso em: 16 Jun. 2017.

ASSESSORIA DE IMPRENSA. Núcleo coordenado pelo TJCE para agilizar de-

mandas da saúde passa a funcionar nesta sexta-feira. **TJCE**. Fortaleza, 15 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/noticias/nucleo-coordenado-pelo-tjce-para-agilizar-demandas-da-saude-passa-a-funcionar-nesta-sexta-feira/>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CONITEC. **Perguntas Frequentes**. Disponível em: <<http://conitec.gov.br/perguntas-frequentes>>. Acesso em: 16 Jun. 2017.

COUZEMENCO, Fernanda. Ação civil pública requer atuação efetiva da prefeitura no controle da poluição do ar em Vitória. **Século Diário**. Vitória, 21 maio 2017. Disponível em: <<http://seculodiario.com.br/34179/10/acao-civil-publica-requer-atuacao-efetiva-da-municipalidade-no-controle-da-poluicao-do-ar-em-vitoria>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

DRIESEN, David M; GHOSH, Shubha. **The Functions of Transaction Costs: Rethinking Transaction Cost Minimization in a World of Friction**. College of Law Faculty Scholarship, Paper 34.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2014

ESTADÃO CONTEÚDO. MP-SP pede que Justiça obrigue estado a contratar policiais civis. **Exame**. São Paulo, 02 jun. 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/mp-sp-pede-que-justica-obrigue-estado-a-contratar-policiais-civis/>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GICO JR., Ivo. T.. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. In **Economic Analysis of Law Review** v. 1., nº 1, pp. 7-32, jan-jun, 2010, Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?file_name=0&article=1043&context=ivo_teixeira_gico_junior&type=additional> Acesso em 17 de jun. 2017

IDP. **Índice de Desempenho da Justiça IDJus 2013 e Estudo comparado sobre a evolução do Judiciário 2010 - 2013**. Disponível em: <http://cpjus.idp.edu.br/wp-content/uploads/2015/03/IDJUSn4_relatorio_pesquisa_23.02.15.pdf>. Acesso em: 16 Jun. 2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Nalini, J.. Novas perspectivas no acesso à justiça. **Revista CEJ**, América do Norte, 112 12 1997. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/114/157>> Acesso em 17 de jun. 2017.

O DIA. Ministério Público pede melhor estrutura para o Hospital Curupaiti. **O Dia**. Rio de Janeiro, 08 jun. 2017. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-06-08/ministerio-publico-pede-melhor-estrutura-para-o-hospital-curupaiti.html>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

REDAÇÃO. Ministério Público ajuíza Ação Civil Pública por falta de água no município de Goianorte. **Conexão Tocantins**. Tocantins, 19 maio 2017. Disponível em: <<http://conexaoto.com.br/2017/05/19/ministerio-publico-ajuiza-acao-civil-publica-por-falta-de-agua-no-municipio-de-goianorte>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

RESCHER, Nicholas. **Epistemology**. An introduction to the theory of knowledge. Albany: State University of New York Press, 2003.

SCAFF, Fernando Facury. reserva do possível pressupõe escolhas trágicas. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-26/contas-vista-reserva-possivel-pessupoe-escolhas-tragicas>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W. W. Norton, 1999.