

# GESTÃO DOS CUSTOS DOS DIREITOS EM TEMPOS DE RECURSOS ESCASSOS: CONSIDERAÇÕES ENTRE DIREITO E ECONOMIA

RIGHTS COSTS MANAGEMENT IN TIME OF SCARCE RESOURCES:  
CONSIDERATIONS BETWEEN LAW AND ECONOMY

## Carlos Felipe de Aguiar Nery

Mestrando em Direito pelo Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB.

Servidor Público do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

carlos.nery@tjdft.jus.br

<http://lattes.cnpq.br/4212844681591034>

<https://orcid.org/0000-0001-9385-9372>

## RESUMO

Objetivo: o presente artigo possui o intuito de evidenciar a importância da investigação acerca do custo que os direitos carregam e de explicitar os desafios na administração e na gestão da Justiça para com a organização judiciária e, conseqüentemente, mais eficiência na prestação jurisdicional. Destaca-se, ainda, a importância da continuação do aprofundamento de estudos da Análise Econômica do Direito (AED) como forma de identificar gargalos e perseguir alternativas para melhor utilização da máquina judiciária como um todo. Método: a metodologia utilizada foi a analítica, com pesquisa bibliográfica feita em livros, artigos e sites, bem como na verificação dos dados referentes ao funcionamento da Justiça brasileira. Conclusão: a conclusão é sobre a importância do aprofundamento de estudos sobre os custos de manutenção e melhor gestão da máquina judiciária.

» PALAVRAS-CHAVE: CUSTO. ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. DECISÃO ECONÔMICA.

## ABSTRACT

Objective: This paper intends to evidence the importance of research on the right's costs, as well as to explain the challenges in the administration and management of Justice and consequently more efficiency in the legal assistance. It also highlights the importance of continuing to deepen studies of Economic Analysis of Law (AED) as a way to identify bottlenecks and pursue alternatives for better use of the judicial machine as a whole. Method: the methodology used was the bibliographic research from reading books and articles related to the theme, as well as the checking of data related to workings of Brazilian Justice. Conclusion: the conclusion is about the importance of further studies on maintenance costs and better management of the entire Judiciary.

» KEYWORDS: COST. JUSTICE ADMINISTRATION. ECONOMICS DECISION.

Artigo recebido em 28/2/2021, aprovado em 01/7/2021 e publicado em 21/10/2022.

## INTRODUÇÃO

A criação, o crescimento e a concessão cada vez maior de direitos foram, inegavelmente, muito importantes para o desenvolvimento das sociedades, e a ampliação desse cenário trouxe alguns novos problemas que antes não eram cogitados, como a questão dos custos para a coletividade e a escassez de recursos, que tornam ainda mais importante a discussão sobre o melhor aproveitamento dos recursos aliado à manutenção dos direitos.

Nesse contexto, fica cada vez mais constatado que os direitos necessitam de dinheiro para que sejam eficazes, dependendo de recursos em geral públicos, o que na sociedade brasileira é cada vez mais preocupante em razão da injusta distribuição e má gestão de políticas públicas, além da falta de estudos econômicos tanto com relação à atividade legislativa de criação de direitos quanto com relação à atividade judiciária de tomada de decisão.

Assim, o presente artigo desenvolveu-se com base na teoria dos custos dos direitos, representada nas obras de Flávio Galdino, Stephen Holmes e Cass Sunstein, e teve como objetivo o de reforçar a importância e a análise de visão mais pragmática na concessão de direito ou no desenvolvimento de política pública em um trágico cenário de recursos escassos, trazendo a reflexão à tona acerca da importância de mais aprofundamento pelos operadores do direito sobre as teorias oriundas da Análise Econômica do Direito (AED), com o intuito de reforçar o jogo democrático e, especialmente, a questão da distribuição orçamentária.

Buscou-se com este estudo problematizar a questão da limitação de recurso existente no contexto econômico brasileiro e a relevância de levar em consideração o custo de implementação e manutenção de todos os direitos tanto em relação à administração da Justiça quanto em relação ao processo de tomada de decisão, uma vez que a AED pode contribuir para a busca de soluções conceituais e práticas que impliquem melhor gestão de recursos.

A metodologia utilizada foi a analítica com base em pesquisa bibliográfica de livros e artigos correlatos ao tema, realizando abordagem qualitativa sobre as teorias que envolvem a função do direito, os seus custos e a importância da AED, além da pesquisa e da verificação de alguns dados sobre o atual cenário orçamentário brasileiro.

Como objetivo específico, buscou-se discorrer sobre a evolução das dimensões do direito com a conhecida diferenciação de positivos e negativos e apresentar a teoria dos custos com base na ideia de que todos os direitos são positivos.

Ademais, objetivou-se demonstrar a limitação orçamentária brasileira indicando um cenário de tragédia por escassez de recursos, clamando por melhor administração e gestão de recursos que servirão para a implementação e a garantia de direitos.

Por fim, pretendeu-se reforçar a importância da AED para a teoria dos custos dos direitos e a melhoria do processo de tomada de decisão e administração da Justiça, que implicam necessariamente escolha de recursos limitados, além de demonstrar a importância e a interligação desses estudos com outras bases filosóficas e teóricas, e a reafirmação de que trabalhar com orçamento e economia aliado à ciência jurídica é o caminho para o desenvolvimento da democracia e da distribuição orçamentária.

# 1 OS DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS E A QUESTÃO DOS CUSTOS DE IMPLEMENTAÇÃO

## 1.1. A FUNÇÃO DO DIREITO E AS SUAS DIMENSÕES

O Estado, por meio da prestação jurisdicional proferida pelo Poder Judiciário, detém a prerrogativa de dizer o direito quando provocado, atuando por meio de decisões judiciais. Ocorre que tradicionalmente parte da doutrina, seguindo os ensinamentos acerca das gerações de direitos, entende que apenas os direitos que dependem de ação estatal para se concretizarem geram custo para a sua implementação por parte do Estado, ou seja, que os nossos direitos fundamentais podem ser usufruídos sem custo algum, premissa esta que pode ser contestada.

Vale destacar, de início, ainda que haja dificuldades na sua conceituação em razão das diversas correntes doutrinárias, como o jusnaturalismo e o juspositivismo, que a função precípua do direito é a de regular as relações sociais e, por consequência, trazer ordem e paz social aos que o procuram, conforme assinala Ihering:

O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo –, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos (IHERING, 2004, p. 27).

E, mais adiante, com relação ao direito contemporâneo, as palavras de Clèmerson Merlin Clève assim asseveram:

Pois bem, entendo que o direito contemporâneo é o direito de um modo de produção específico, que se manifesta num tempo específico (e não em outro), que exige um Estado determinado (o moderno e não outro) e que, para além disso, impõe certas coordenadas para a instância política de regulação social. O direito então é uma instância de regulação social (CLÈVE, 2001, p. 212).

Quando se fala especificamente de direitos humanos e fundamentais, a função do direito cresce em importância e relevância, uma vez que podem ser considerados subjetivos e dotados de exigibilidade, conforme se depreende das palavras de Galdino:

Pode-se então, provisoriamente, compreender os direitos fundamentais como direitos subjetivos, representando situações valoradas positivamente pelo ordenamento – aí entendido também e principalmente o momento de aplicação do Direito – dotadas de exigibilidade em face do Estado, a fim de que este conforme a realidade ao dever-ser jurídico, tutelando pretensões, faculdades, potestades, e imunidades dos indivíduos (GALDINO, 2005, p. 146).

E, antes de prosseguir, salienta-se o porquê de ressaltar a **qualidade** dos direitos fundamentais como tendo características de exigibilidade ou não, para que se possa demonstrar o que tradicionalmente é entendido por alguns doutrinadores como Ingo Sarlet e o que de fato ocorre na realidade para fins de revelar os impactos com que tais entendimentos podem causar no cenário econômico e jurídico nacional.

Assim, a controvérsia para saber quais são os direitos suscetíveis de exigibilidade jurisdicional, ou seja, geradores de custo direto para o Estado, parte-se preventivamente da classificação dos direitos em exequíveis ou não, ou seja, de matiz de liberdade ou econômicos e sociais. Essa tradicional divisão é costumeiramente explicada com fundamento nas gerações do direito.

A doutrina nacional em grande parte reconhece a divisão dos direitos em gerações, considerando-se que, foram sendo revelados à medida que houve a evolução da própria natureza humana às necessidades do homem, daí o surgimento cada vez maior de novos direitos. Nesse sentido, vale sublinhar que alguns autores têm preferido falar em dimensões dos direitos, uma vez que a ideia da expressão “gerações” pode traduzir significado de finalidade, de término e que a geração seguinte viria a substituir a anterior, e assim sucessivamente (TAVARES, 2020, p. 443). Ideia essa à qual nos filiamos, sendo que o termo dimensões passará a ser usado ao longo deste trabalho.

A primeira dimensão dos direitos surgiu a partir do século XVIII com o advento do Estado Liberal e engloba os chamados direitos individuais e políticos, que podem ser exemplificados como a proteção contra as liberdades de ir e vir, da inviolabilidade do domicílio, de ordem econômica, além das liberdades políticas de voto, associação e opinião. Por se encontrarem afeitas à ideia de não intervenção por quem quer que seja, inclusive do Estado, nas categorias de direitos acima, exemplificadas, a primeira dimensão é considerada restritiva (TAVARES, 2020, p. 444-445). Assim também Sarlet narra que esses direitos são “apresentados como direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos” (SARLET, 2010, p. 47).

Os direitos considerados de segunda dimensão são aqueles direitos sociais, econômicos e culturais ligados ao ideal de igualdade material, em que há necessidade de indicar um rol de pretensões a serem satisfeitas pelo Estado, portanto são considerados exigíveis e têm natureza positiva. Dentre esses direitos pode-se destacar o direito ao salário, jornada de trabalho, proteção contra o desemprego, habitação, previdência e assistência (TAVARES, 2020, p. 446).

Já os direitos de terceira dimensão são considerados aqueles ligados à coletividade, em que não há ator facilmente identificável; pelo contrário, a sua identificação é difusa, sendo ainda considerados direitos de fraternidade ou de solidariedade. Em razão dessas características, são tradicionalmente citados os direitos à paz, ao meio ambiente saudável e melhor qualidade de vida, ao consumidor e ao desenvolvimento (SARLET, 2010, p. 48).

Não obstante a classificação dos direitos nas três dimensões acima expostas, o autor Ingo Sarlet (SARLET, 2010, p. 50-51)

já admite a existência de uma possível quarta corrente de direitos ligada à democracia, à informação e ao pluralismo (posição de Paulo Bonavides) e de uma possível quinta ligada ao direito à paz (posição de Karel Vasak), dimensões as quais não serão objeto de aprofundamento em razão da discussão acerca da exequibilidade ou de não estarem mais afeitas aos direitos de primeira e segunda gerações, para fins do presente trabalho.

## 1.2. A POSITIVIDADE, A NEGATIVIDADE E A QUESTÃO DOS CUSTOS DOS DIREITOS

A despeito de todas as críticas a que se refere parte da doutrina, como Flávio Galdino, acerca da divisibilidade dos direitos fundamentais em gerações, pois, na verdade, são infragmentáveis, além da questão da sucessão das respectivas gerações, que no Brasil não ocorreram na sequência definida na clássica divisão, a importância da referida classificação não perde força; pelo contrário, facilita o entendimento de momentos históricos da geração de direitos ligados ao homem. Além disso, a dicotomia positivo/negativo, nas palavras do mesmo autor,

é fundado no pressuposto de que existem direitos subjetivos (fundamentais) cuja efetivação independe completamente da atuação positiva do Estado, ou seja, independe de qualquer prestação pública, não gerando custos, daí serem chamados direitos negativos” (GALDINO, 2005, p.151 -152).

Com base na diferenciação de dimensões que acabam por ressaltar a divisão em positivo e negativo, Galdino elucida muito bem essa interligação:

(i) a necessidade ou não de prestação estatal (em caso negativo ter-se-ia mera omissão) para consecução de direitos fundamentais, de modo que a expressão *direitos positivos* refere-se, em especial, a direitos que demandam prestação estatal para sua efetivação e, (ii) em estreita correlação, os custos que essas prestações ocasionam para o Estado, de forma que positividade refere-se também a dispêndio de recursos (GALDINO, 2005, p. 151, grifo do autor).

Com relação à característica de positividade/exequibilidade, portanto geradora de custos, comumente se refere apenas aos direitos de segunda dimensão, prestacionais e que dependem de alguma ação do Estado para ser concretizados. Inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF), em mais de um julgado, apontou a clássica divisão dos direitos fundamentais em gerações, e mencionou a dicotomia positivo/negativo para afirmar a questão da exigibilidade para os direitos de segunda geração, como, por exemplo, no julgamento do ARE 639.337/SP:

[...] Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, **não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) – com as liberdades positivas, reais ou concretas** (RTJ 164/158-161, Rel. Min Celso de Mello).

[...] **Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, §2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada Maria Cristina de Brito Lima, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame (BRASIL, 2011, grifo nosso).**

O que se pretende com essa aferição, ao contrário do entendimento majoritário acerca da exequibilidade apenas dos direitos de segunda dimensão, é aderir à doutrina de Flávio Galdino, assentada na obra de Cass Sunstein e Stephen Holmes (HOLMES; SUSTEIN, 1999), para informar que todos os direitos, ainda que com características de inexecuibilidade diretas, geram custos para o Estado. No mesmo sentido, vale ressaltar que a posição dos juízes, considerada postura trágica por ter de escolher a quem conceder esses mesmos direitos em um cenário de escassos recursos,

acaba por levar à necessidade de mais estudos das teorias econômicas aliadas às ciências jurídicas e aos cuidados com a questão orçamentária, alocação de recursos e de políticas públicas.

Os autores norte-americanos apresentam um conceito de direito trazendo a ideia de que tem a função de solucionar conflitos, mas que estão ligados à questão dos custos e sua escassez, conforme abaixo:

Como o direito em geral, os direitos são invenções institucionais mediante as quais as sociedades liberais procuram criar e manter as precondições necessárias para o desenvolvimento individual e também para resolver problemas comuns, solucionando conflitos e facilitando respostas inteligentes e coordenadas a desafios, calamidades e crises que atingem todos. **Se os direitos são meios de auto-organização coletiva e precondições para o desenvolvimento pessoal, sua garantia e proteção é naturalmente custosa. Na qualidade de serviços fornecidos pelo Estado com o objetivo de melhorar o bem-estar individual e coletivo, todos os direitos jurídicos, os constitucionais inclusive, pressupõem decisões políticas (que poderiam ter sido diferentes) acerca de como canalizar recursos escassos do modo mais eficaz em face dos problemas e oportunidades mutáveis que se tem em mãos** (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 216, grifo nosso).

Holmes e Sunstein também traçam algumas diferenças sobre a dicotomia positivo/negativo, alegando que esses aspectos acabam por trazer pensamentos comuns à sociedade americana acerca da ação proibitiva ou permissiva do Estado, aliados às questões relacionadas à política e à liberdade, muito presentes naquela sociedade. Eles descrevem a ideia comum de que os direitos negativos afastam o Estado, protegem a liberdade e a esfera privada e são preferidos pelos cidadãos, que desejam ser deixados em paz pelo poder público, tendo como exemplo direitos como a propriedade privada e a liberdade contratual. Já os direitos tidos como positivos são para aqueles que precisam ser cuidados e protegidos por ajuda pública, em que há a inclusão e a exigência da presença do Estado, buscam promover a igualdade, a redistribuição e a concessão de serviços pelo poder público, exemplificando-se no vale-alimentação, nos subsídios habitacionais e nos programas de renda mínima (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 35).

Nesse caminho, os autores norte-americanos buscam demonstrar que os direitos “têm dentes” (*rights in that legal sense have teeth*), no sentido de que aqueles direitos ainda que considerados individuais e meramente negativos, em última análise, são também positivos, dependendo a sua consecução de atuação estatal; portanto, inexistindo direitos ou liberdades puramente privados (1999, p. 17 apud GALDINO, 2005, p. 203).

Holmes e Sunstein partem da premissa considerada inexata de que alguns direitos podem ser usufruídos sem custo algum, para, com base em listagem exemplificativa, tentar demonstrar a dificuldade e o desafio a ser enfrentado pelo Estado em sua definição e em seus respectivos custos de implementação e manutenção, em especial quando se fala em direitos que afetam as liberdades individuais.

Ao descrever genericamente algumas categorias de direitos tão diversas como o direito ao aborto, o de praticar a própria profissão, rescindir um contrato, direitos do consumidor, de exercício do pátrio poder, ser ouvido em juízo, de se presumir inocente até que prove o contrário, eles

lançam esforços para aduzir que essa lista demonstra que todos os direitos passíveis de imposição jurídica são necessariamente positivos (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 33).

Como exemplo maior, os autores citam o direito de propriedade que tradicionalmente ocupa posição passiva em relação à intervenção estatal, não havendo qualquer necessidade de atuação direta para a sua implementação, bastando o respeito ao respectivo direito para que se considere plenamente efetivado. Contudo, Sunstein e Holmes aduzem que o direito de propriedade demanda alguma prestação estatal positiva, como, por exemplo, por meio da atuação normativa dos agentes políticos e juízes, além da ação de proteção ao referido direito por parte de policiais e bombeiros, sendo que todos esses exemplos declinados são mantidos com recursos públicos, ou seja, dependem de alguma maneira da atuação positiva do erário (1999, p. 90 apud GALDINO, 2005, p. 207-208).

E sai caro manter e garantir os direitos de propriedade por conta da necessária coleta de dinheiro por meio da tributação, que para acontecer, necessariamente, será inevitável a atuação legislativa, formulação de política pública pelo executivo, além de ser preciso atravessar todo o percurso burocrático exigido pelos ordenamentos, reforçando a ideia de que, ainda no caso de um direito de dimensão negativa como o de propriedade privada, também gera custo e há necessidade de recurso para a sua garantia (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 71).

E, mais adiante, afirma-se que os remédios jurídicos para a proteção aos respectivos direitos são igualmente custosos, daí a afirmação de que todos os direitos são positivos, uma vez que “custam, no mínimo, os recursos necessários para manter essa complexa estrutura judiciária que disponibiliza aos indivíduos uma esfera própria para tutela de seus direitos” (GALDINO, 2005, p. 209), razão pela qual há a necessidade de maior consideração às condições econômicas da sociedade em relação aos seus custos e à insuficiência dos recursos públicos para a sua criação e manutenção.

Não apenas os direitos de propriedade privada geram custos, apesar de apresentarem feição negativa, inúmeros outros com características completamente diferentes são descritos para confirmar a afirmação de que todos os direitos são positivos. Tem-se, como exemplo, a proteção do sistema penal que, por consequência, traz proteção a todos os cidadãos e também os direitos dos presidiários, ou seja, liberdades negativas, que custam dinheiro à medida que o contribuinte custeia o treinamento e o monitoramento das polícias (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 75).

Com base na descrição e no reconhecimento de que todos os direitos de algum modo irão demandar custo por parte do Estado, em geral elevados e considerados escassos pelas teorias econômicas, invoca-se a necessidade de ponderação acerca da melhoria da administração e gestão desses mesmos recursos, em especial quando se fala da estrutura judiciária que abarca parte dos recursos existentes em uma crescente que vai contra o cenário de limitação orçamentária prevista para os próximos anos.

E, retomando a ideia de que o gratuito não existe, importante evidenciar a doutrina de Flávio Galdino ao fim da sua obra que deu ideia a este artigo e que retrata bem a importância da teoria dos custos dos direitos: “levar os direitos a sério é – também e dentre outras coisas – incluir pragmaticamente no rol das trágicas escolhas que são feitas todos os dias pelas pessoas, os custos dos direitos, pois, como já se disse... **direitos não nascem em árvores**” (GALDINO, 2005, p. 347, grifo nosso).

Por essa razão, por fim, é importante frisar que o direito precisa levar a sério a questão da escassez de recursos, que, como se verá, tem cenário desfavorável, levando à conclusão sobre a importância de formação adequada para os juristas e gestores em geral e, em especial, para os juízes, a fim de que possam desempenhar suas funções de maneira ainda mais inteligente e com cada vez mais habilidade, atentos às implicações econômicas de suas decisões.

## **2 A SITUAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E A NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA**

A problemática do custo dos direitos, levantada no capítulo 1, com a demonstração de que todos os direitos geram custos para o Estado e, por via indireta, para todos os cidadãos, ganha ainda mais relevância no atual cenário político e econômico brasileiro, em que o orçamento se encontra cada vez mais limitado, havendo necessidade de muito cuidado na gestão dos referidos recursos, para que estes sejam suficientes a todas as necessidades da sociedade brasileira.

Em um país continental como o Brasil, com mais de duzentos milhões de pessoas e aproximadamente 79 milhões economicamente ativas (FREITAS, 202-?), certamente a receita gerada por esse quantitativo de pessoas, caso bem administrada, poderia ser suficiente para atender aos anseios da população em geral.

Segundo dados obtidos no portal da transparência do governo federal, entre 2016 e 2020, o orçamento da receita saltou de R\$ 2,95 trilhões para R\$ 3,58 trilhões, aumento de R\$ 630 bilhões (aproximadamente 22%). No mesmo período, o orçamento da despesa variou de R\$ 2,95 trilhões para R\$ 4,13 trilhões, aumento de R\$ 1,18 trilhão (aproximadamente 40%) (BRASIL, 2020b?)

Aparentemente, os valores apresentados sugerem grande quantidade de receitas disponíveis para que o Estado tenha capacidade de bancar todos os seus custos, mas, em uma análise geral, a evolução dos números das despesas demonstra que o cenário é delicado, pois os valores dos gastos evoluíram 18% a mais do que as entradas, sugerindo cenário de tragédia e escassez em termos econômicos, que acaba por refletir nos demais contextos das sociedades, como o social, por exemplo. E a tragédia pode ser ainda maior em razão da pandemia do coronavírus e a beligerância de grandes potências que afetou o país, trazendo desemprego e desequilíbrios econômicos que poderão refletir nos orçamentos futuros.

A expressão “tragédia” empregada no presente artigo foi utilizada com base na doutrina de Erik Navarro Wolkart, baseada em Hardin, para quem “a chamada *tragédia dos comuns* é uma parábola famosa em microeconomia que ilustra como os recursos comuns (*bens comuns*) tendem a ser explorados em níveis acima do desejável do ponto de vista social, gerando uma tendência de esgotamento (o que seria a *tragédia*)” (WOLKART, 2019, p. 85, grifo do autor).

E o cenário de tragédia traz reflexões importantes sobre a questão do esgotamento dos recursos, da divergência nas escolhas do bem comum e sua consequência para os direitos sociais, sendo inclusive objeto de manifestação do ministro Celso de Mello, no julgamento do já citado ARE 639.337/SP:

[...] Isso significa, portanto, considerada a indiscutível primazia reconhecida aos direitos da criança e do adolescente (ANA MARIA MOREIRA MARCHESAN, “O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa”, “in” RT 749/82-103), **que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de educação pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a educação infantil, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Município (CF, art. 211, § 2º), da norma inscrita no art. 208, IV, da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental da cidadania e que é, no contexto que ora se examina, o direito à educação, cuja amplitude conceitual abrange, na globalidade de seu alcance, o fornecimento de creches públicas e de ensino pré-primário “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006) (BRASIL, 2011, grifo nosso).**

A administração da Justiça por intermédio da organização judiciária, o equacionamento da força de trabalho e a gestão de pessoas do mesmo modo são altamente afetados pela problemática dos escassos recursos financeiros existentes, razão pela qual toda a análise que envolve o tema deve passar pelo estudo dos custos dessas prestações para o Estado, que, em verdade, dirige-se para a própria população que mantém os serviços por meio dos impostos.

Em 2019, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 100,2 bilhões, que correspondem a 1,5% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, representando um custo pelo serviço de Justiça de R\$ 479,16 por habitante, independentemente de o cidadão ter utilizado o serviço judiciário ou não. Já os gastos com recursos humanos são responsáveis por 90,6% da despesa total e compreendem, além da remuneração com magistrados, servidores, inativos, terceirizados e estagiários, todos os demais auxílios e assistências devidos, tais como auxílio-alimentação, diárias, passagens, entre outros (BRASIL, 2020a).

Por outro lado, os cofres públicos receberam durante o ano de 2019, em decorrência da atividade jurisdicional, cerca de R\$ 76,43 bilhões, apesar da expressiva despesa do Poder Judiciário, um retorno de cerca de 76% das despesas efetuadas.

Portanto, apesar dos avanços ao longo dos anos, os números apresentados pelo CNJ reforçam a teoria já exposta no capítulo 1 de que os direitos têm custos altos não apenas nos casos

oriundos da segunda dimensão, com característica de exequibilidade, como sociais, culturais e econômicos, mas também todos os outros direitos que dependem de recursos para a sua manutenção e garantia, devendo a escolha do gestor público, trágica por natureza, ser permeada por aspectos proeminentes não apenas das ciências jurídicas, mas adicionalmente aos das ciências econômicas.

### 3 A IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A QUESTÃO DA ESCASSEZ DE RECURSOS

A análise dos custos dos direitos e sua relação direta com a posição do Poder Judiciário surge como fundamental para se aprofundar o debate sobre o fato de que os recursos são escassos e há a necessidade de ancoramento de teorias econômicas que ajudem a entender esse fenômeno e a buscar soluções conceituais e práticas para melhor tomada de decisão em relação às escolhas trágicas realizadas pelos juízes.

Essa possibilidade renova a importância da conhecida Análise Econômica do Direito (AED), que, nas palavras de Ivo Gico Jr., pode ser conceituada como:

[...] a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. Note-se que a utilização do método econômico para analisar o direito não quer dizer que são os economistas que praticam a AED. Pelo contrário, na maioria dos casos, os pesquisadores que a praticam são juristas ou possuem dupla formação. De qualquer forma, são *juseconomistas* (TIMM, 2014, p. 14).

Os estudos de direito e economia surgiram mais fortemente nos Estados Unidos da América (EUA) no início do século XIX apoiados nas teses do utilitarismo de Jeremy Bentham, que trouxe a ideia de “conceber os indivíduos economicamente e maximizadores racionais de seus próprios interesses ou utilidades (o utilitarismo), tendo a escola de pensamento em questão se desenvolvido a partir da agenda teórica do realismo jurídico norte-americano” (GALDINO, 2005, p. 240).

Mas a fundação da AED é atribuída por muitos a Ronald Coase, que, no trabalho “The Problem of Social Costs”, de 1960, traz os conceitos de custos da transação e propõe o já conhecido teorema de Coase, que, nas palavras de Wolkart, pode ser assim descrito:

Eis o insight fundamental do *teorema de Coase*: a alocação inicial de recursos e direitos sempre pode ser modificada pelas transações de mercado. Se essas transações não tiverem custo, essa realocação será sempre a mais eficiente possível, ou seja, será aquela capaz de conferir o maior valor possível a esses direitos e recursos. Se as transações de mercado vão sempre acontecer de modo a alocar os recursos de forma mais eficiente, então pouco importa sua alocação inicial (desde que não haja custos de transação para essas negociações) (WOLKART, 2019, p. 102, grifo do autor).

Uma vez que a decisão sobre alocação e realocação de recursos e direitos varia a depender dos critérios de justiça e economia utilizados, este modelo de Coase trouxe importante ferramenta na busca pela melhor eficiência na maneira de decidir a alocação de recursos, tema já debatido no presente trabalho, e tem consequência direta no processo de escolha dos direitos pelos juízes (WOLKART, 2019, p. 105).

Outro grande expoente da AED é Richard Posner, que, ainda na década de 1970, e, posteriormente, a partir da publicação da obra “Economic Analysis of Law”, de 1981, traduziu a ideia da eficiência como maximização da riqueza, ao contrário da maximização da felicidade dos indivíduos oriunda da teoria utilitarista. Posner também teve méritos na popularização da AED e sua inclusão nas disciplinas das faculdades de direito americanas (WOLKART, 2019, p. 141).

Com a apresentação desses conceitos gerais provenientes da AED, bem como da importância de alguns autores para o desenvolvimento do tema, pretende-se asseverar que a questão principal dessa ciência está na busca da maximização da eficiência econômica, o que refletirá nas questões sociais e no direito de dada sociedade.

E, como o objeto central deste trabalho está relacionado à questão da escassez de recursos e sua implicação na tomada de decisão, constata-se que a AED pode contribuir de maneira muito eficaz para a construção de respostas aos inúmeros problemas oriundos da atuação do Judiciário, em especial com relevância para os incentivos na conversão das regras jurídicas em normas mais claras, objetivas e de fácil entendimento (GICO JUNIOR; RIBEIRO, 2013, p. 14).

Nesse cenário, Galdino aponta que o Direito é considerado sistema complexo que envolve alocação de recursos da sociedade, sendo que as normas jurídicas e as decisões judiciais devem buscar o critério proveniente da AED de máxima eficiência, indo mais além ao dizer que “a decisão mais justa será aquela que se mostrar mais condizente com os critérios escolhidos de eficiência, preferencialmente no sentido de aumentar a riqueza social global” (GALDINO, 2005, p. 243-244).

Essa é a razão pela qual se busca mais aprofundamento na formação do operador do Direito, em especial dos juízes, que, na posição de decidirem sobre a imposição ou não de um direito nas mais variadas situações levadas a cabo ao Judiciário, poderão raciocinar e decidir de modo mais inteligente e realista com a competição pelos recursos escassos que ocorre entre estas imposições (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 92).

Mas essa atuação voltada para a análise econômica não deixa de ser grande desafio, pois os juízes devem manter sua independência constitucionalmente garantida, embora precisem voltar os olhos para a prestação de contas e para a análise de como as suas decisões afetam a esfera fiscal, sendo esse paradoxo carregado de desafios que devem ser enfrentados.

E mais, o tema segue tão relevante que Holmes e Sunstein afirmam que nenhum direito pode ser protegido de modo eficiente caso o Tesouro Nacional esteja vazio, chegando a suspeitar se a constitucionalização de determinados tipos de direitos é desejável ou não a depender do nível de desenvolvimento, pois:

*Seria de se imaginar que nos países em desenvolvimento a constitucionalização dos direitos de segunda geração a uma garantia mínima de -bem-estar não é desejável, porque custariam muito mais que os direitos de primeira geração cujos objetos são liberdades mais conhecidas (ou seja, sob essa ótica, há entre eles uma distinção de grau, não de tipo); porque dariam ao Judiciário um poder indevido; porque não produziriam um retorno social suficiente; ou porque dariam uma impressão errada acerca de qual é*

a finalidade básica do Estado. Todas essas são questões práticas. Porém, dizer que os direitos de primeira geração ‘não têm preço’ e os de segunda são ‘custosos’ não é somente uma imprecisão de vocabulário: também estimula a ilusão de que os tribunais são capazes de gerar seu próprio poder e impor suas próprias soluções, quer sejam apoiados pelo Executivo e pelo Legislativo, quer não (HOLMES; SUNSTEIN, p. 116, grifo nosso).

Pode até parecer óbvia a complementariedade entre o direito e a economia, e que algum estudioso poderia afirmar a desnecessidade de profundos estudos nessa área, mas o desenvolvimento da AED, com o cruzamento dos campos de estudos nas universidades e pesquisas, além da produção bibliográfica, teve seu crescimento e evolução apenas nas últimas décadas, conduzindo à imprescindibilidade de aprofundamento das pesquisas e interação entre as áreas que certamente trarão muitos ganhos para toda a sociedade.

Essa interligação se mostra tão importante que a partir dos anos 2000 surgiram pesquisas que apontaram o caminho para um novo campo de pesquisas aplicável às ciências econômicas e jurídicas: a econômica comportamental (*Behavioral Economics*) e a análise econômica comportamental do direito (*Behavioral Law and Economics*). Nomes como Daniel Kahneman, Amos Tversky e Richard Thaler contribuíram para a atualização da AED com as descobertas psicológicas e neurocientíficas que tornaram o desenvolvimento dessa ciência ainda mais complexo.

Por essa razão, a precaução com o custo dos direitos, além de trazer diversos problemas de cálculos orçamentários, da mesma forma principia outras questões filosóficas que vão além da econômica, como, por exemplo, a questão da justiça distributiva, a prestação de contas democrática e a tomada de decisão por parte da coletividade, indicando alternativas importantes a serem discutidas e aprofundadas, com base em novas abordagens complementadas com novas questões que envolvem, além do direito, a matemática e a estatística (HOLMES; SUNSTEIN, 2019, p. 125).

Portanto, ainda que surjam críticas com relação ao possível excesso de teorias econômicas no direito e à adoção cega dos resultados de mercado, a Análise Econômica do Direito tem-se mostrado indispensável para diversos ramos como o direito antitruste, a regulação da atividade econômica, a formulação de políticas públicas, a análise do crime, a tributação e a responsabilidade civil, dentre outros, por conseguinte estimulando uma formulação prudente de políticas públicas e evidenciando a sua importância e necessidade de aprofundamento de estudos que contribuam para o atual cenário de quase esgotamento e aperfeiçoamento da tomada de decisão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na conclusão, reafirma-se a posição de que o direito tem como finalidade precípua a de regular a vida das pessoas, tentando trazer paz social e crescimento, mas, para atingir esse objetivo, não há como se olvidar do fato de que a implementação e a garantia de todos os direitos dependem de um orçamento para isso, que se encontra escasso, portanto limitado, excluindo a possibilidade de que todos sejam atendidos no mesmo momento e com o mesmo vigor.

A proposta deste estudo, portanto, foi a de evidenciar, com base na doutrina de Galdino, Holmes e Sunstein, que toda uma gama de direitos, não apenas os de aposentadoria, assistência e alimentação, mas juntamente os que envolvam as liberdades privadas, como, por exemplo, os direitos à propriedade privada, à liberdade de expressão, à relação policial e à liberdade contratual, tem um custo público, podendo-se afirmar que todos os direitos são positivos.

Em razão da limitação financeira das sociedades contemporâneas, os direitos jurídicos que têm por finalidade a promoção do bem comum e a realização da paz social acabam por ficar limitados em face da escassez de recursos que impera especialmente no Brasil, tornando a escolha de um desses direitos em detrimento de outros, questão de difícil solução em termos econômicos e no cenário de tragédia atual.

Assim, levar em consideração os custos dos direitos traz grande desafio para o Estado, em especial para o Poder Judiciário, que se vê obrigado a atender outras espécies de abordagens na sua atuação, além das jurídicas, como questões de orçamento público, economia e escassez de recursos. Portanto, surge a necessidade daquele Poder se socorrer cada vez mais da AED para o aperfeiçoamento do processo de tomada de decisão e melhoria da administração da Justiça.

Portanto, esta conclusão chama a atenção para a importância do tema e para a oportunidade de aprofundamento de debates acerca dos direitos, democracia, igualdade e justiça redistributiva, buscando sempre o bem-estar da sociedade e o melhor uso do recurso público, considerando que o gratuito não existe.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 4/1/2021.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 4 jan. 2021.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. Orçamento Anual: visão geral do orçamento anual. **Portal da Transparência**, [s.l., 2020b?]. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento?ano=2020>. Acesso em: 4/1/2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (decisão monocrática). Recurso Extraordinário com Agravo 639.337/SP. Relator: ministro Celso de Mello, 21 jun. 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 28 jun. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despachos214463/false>. Acesso em: 4 jan. 2021.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e Os Direitos**: elementos para uma crítica do Direito Contemporâneo. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FREITAS, Eduardo de. População economicamente ativa do Brasil. **Site Mundo Educação**. [s.l., 202-?]. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/populacao-economicamente-ativa-brasil.htm#:~:text=No%20caso%20espec%C3%ADfico%20do%20Brasil,75%25%20atuam%20no%20setor%20produtivo>. Acesso em: 4/1/2020.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; RIBEIRO, Gustavo Ferreira (org.). **O jurista que calculava**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. *E-book Kindle*.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. **The Cost Of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.