



## A EFICIÊNCIA DA DECISÃO JUDICIAL: UMA ANÁLISE COM BASE NOS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS

Geraldo Neves Leite<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo expõe a questão da fundamentalidade e do custo dos direitos sociais. É uma pesquisa qualitativa baseada em revisão bibliográfica, que tem como objeto de estudo a análise do custo dos direitos e como isso pode influir na eficiência da decisão judicial que envolve a concretização de direitos fundamentais. O artigo demonstra que os direitos sociais importam custos orçamentários e qualquer controle judicial que implique na concessão desses direitos têm impacto econômico e social, o que não pode ser ignorado pelo magistrado por ocasião da decisão judicial.

**Palavras-Chaves:** Constitucionalismo Social; Custo dos direitos; Eficiência.

### THE EFFICIENCY OF THE JUDICIAL DECISION: AN ANALYSIS BASED ON THE COSTS OF SOCIAL RIGHTS

### ABSTRACT

This article addresses the question of the fundamentality and cost of social rights. It is a qualitative research based on a bibliographic review, whose object of study is the analysis of the cost of rights and how this can influence the efficiency of the judicial decision that involves the realization of fundamental rights. The article shows that social rights import budgetary costs and any judicial control that implies the granting of these rights have economic and social impact, which cannot be ignored by the judge at the time of the judicial decision.

**Keywords:** Social Constitutionalism; Cost of rights; Efficiency.

### INTRODUÇÃO

Em razão da concretização de direitos sociais ter se tornado, em pouco tempo, tema recorrente na área acadêmica, este artigo tem por objetivo estudá-la e sugerir mecanismos que permitam imprimir alguma eficiência à decisão judicial num ambiente de constitucionalismo social.

---

<sup>1</sup>Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Juiz de Direito. E-mail: gnleite@globo.com.



A Constituição da República de 1988, após um período longo de demanda reprimida, incluiu um enorme catálogo de direitos fundamentais dentro de suas normas que passaram a exigir do Estado uma ação financeira para ser concretizado.

Para assegurar o exercício de direitos sociais como saúde básica, educação fundamental obrigatória, assistência social, moradia e previdência social, a Constituição aparelhou União, Estados e Municípios com competências para instituir e cobrar tributos. Uma parte dos valores arrecadados com essa tributação, por força da norma, deve ser destinado à efetivação de tais direitos, identificados, regularmente, como de segunda geração.

Um dos meios para equacionar o dever fundamental de pagar tributos com a efetivação de tais direitos fundamentais está no orçamento público que, aliado aos comandos legais do ordenamento jurídico, possibilita à administração pública arcar com os custos de sua concretização.

Porém, esse orçamento vem sendo afetado pelo crescimento de demandas judiciais, em que são pleiteadas prestações específicas do Estado, consubstanciadas em obrigação de fazer. Após um período inicial em que muitas pretensões foram rejeitadas, o Poder Judiciário vem, paulatinamente, modificando sua postura e passando a reconhecer a plena eficácia dos direitos sociais, determinando providências diversas para concretizá-los.

O controle judicial revela-se necessário ante a constatação de dois graves problemas que contribuem para ineficiência da administração pública brasileira na tutela de direitos fundamentais: a má gestão e a corrupção.

A questão que se coloca é se esse controle judicial excessivo tem provocado problemas que afetam a justiça e a eficiência na distribuição de recursos, partindo-se da percepção não incomum de que, por conta de uma decisão judicial, afasta-se, algumas vezes, regras constitucionais como as de emissão de precatórios e do dever de licitação e de reserva do orçamento para despesa pública.

Dessa forma, como se pode fundamentar uma decisão judicial de controle de políticas públicas, a partir da análise dos custos dos direitos?

Essa é a pergunta que guiará o presente trabalho. Para isso, apresenta-se, de forma sintética, o quanto isso for possível, a evolução dos direitos fundamentais do Estado Liberal para o Estado Social, a fundamentalidade dos direitos sociais, o custo dos direitos fundamentais e a eficiência da decisão judicial, a partir da ideia de custo dos direitos sociais.

Tendo em vista o objetivo do artigo, a linha de pesquisa adotada foi dogmática, ancorada, quanto ao tipo de abordagem, em pesquisa qualitativa e, quanto ao procedimento



metodológico, em revisão bibliográfica de livros e artigos científicos pertinentes ao tema, que pudessem permitir uma melhor compreensão do objeto deste estudo.

O artigo está dividido em três seções. Na primeira seção, serão abordados o Estado de Direito e o Constitucionalismo Social, discorrendo acerca da transição do Estado Liberal para o Estado Social e da fundamentalidade dos direitos sociais. Na segunda seção, será analisado o custo dos direitos fundamentais, a partir da importante obra *O Custo dos Direitos*, de Sunstein e Holmes (2011), em que os autores defendem que não apenas os direitos sociais têm custos, mas também os direitos civis e políticos, por imporem ônus financeiro ao erário público.

A última seção proporá, por meio da análise econômica do direito, o uso da eficiência, como fundamento jurídico, a ser observado pelo julgador, por ocasião da decisão judicial e, por fim, de que forma o custo dos direitos pode ser utilizado como parâmetro para eficiência da decisão judicial, envolvendo a concretização de direitos sociais.

## 2 O ESTADO DE DIREITO E O CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

A lógica da economia, no início do século XIX, buscava harmonizar o lucro privado e o bem público tendo como fundamento científico à não-intervenção estatal<sup>2</sup>, para que o bem comum fosse alcançado pelo esforço de cada indivíduo para melhorar sua própria condição (BASTOS, 2007).

Nesse universo, o mercado possuiria relevância ímpar, pois seria por meio dele que se daria o processo vital de compra, venda e apropriação, circulação e acúmulo de bens da vida. Toda uma teoria foi construída e desenvolvida para defender a ideia de que seria plenamente possível alcançar o bem geral pelo individualismo (BASTOS, 2007).

Na visão de Bastos (2007, p. 30), “a acumulação e distribuição mais justa e rápida da riqueza poderia ser obtida pelo simples processo de deixar as pessoas agirem por si, sem restrições por parte do Estado ou da opinião pública”, em uma manifestação clara da doutrina do *laissez-faire*<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Essa visão de estado ausente sofre críticas por parte de alguns teóricos. Bastos (2007), ao abordar a questão, cita Hilferding (2002), para quem a não-intervenção do Estado nunca foi irrestrita, eis que no período de livre concorrência, havia controle estatal do mercado monetário e em questões de política fiscal e comercial. Segundo Faria (1978), o próprio fortalecimento do Estado era percebido pela necessidade de um comando na condução do investimento e na promoção da poupança.

<sup>3</sup> Pela doutrina do *laissez-faire*, os mercados, assim como as demais leis naturais, certamente conduzirão ao melhor dos mundos, razão da máxima *laissez faire, laissez passer, n'est pas trop de gouverner*. Alguns autores sustentam, inclusive, que as “externalidades” negativas serão até mesmo caracterizadas como o primeiro estágio de



Neste contexto de Estado Liberal, evidentemente, o Direito foi chamado a legitimar tal discurso. Com isso, ganham relevância os chamados Direitos Humanos de Primeira Geração, voltados à defesa da vida, da igualdade formal, da propriedade, da liberdade e da segurança (BASTOS, 2007). A partir deste momento, foi dada especial importância aos direitos civis e políticos como as liberdades de expressão e consciência, culto, associação, imprensa, entre outras liberdades básicas. Valores como liberdade, propriedade e segurança foram alçados a um novo patamar em reação ao Absolutismo, obrigando o Estado a exercer um novo papel, que deveria estar submetido às regras do direito e do mercado (BASTOS, 2007). Neste cenário, como bem adverte Bastos (2007, p. 32), “impensável qualquer função do Estado de cunho paternalista que pudesse colocar em risco este equilíbrio natural das forças, esta igualdade formal”.

As primeiras Constituições que nasceram no século XVIII e XIX tiveram essa missão de ser a parte fundamental da organização do Estado Liberal, estruturando e limitando o poder estatal. Assim, as Constituições que surgiram nesse período refletiram, integralmente, o ideal do Capitalismo Liberal, que valorizava o livre-mercado e a propriedade privada.

Alguns fatores, entretanto, geraram a crise do Estado Liberal, dos quais podemos destacar: percepção de que a democracia política isoladamente não garante a igualdade de oportunidades; reconhecimento de que o interesse particular não é administrado da mesma forma que o interesse coletivo; constatação de que as instituições políticas dos séculos XVIII e XIX não estavam sendo capazes de responder às demandas da sociedade e reconhecimento de que o desenvolvimento econômico da sociedade não garante a redução da pobreza e da desigualdade (BASTOS, 2007).

Diante destas evidências, tornava-se impossível conter os já por demais contidos movimentos de socialização do capital. Surgem, nesta época, os movimentos operários visando, sobretudo, a superação do sistema capitalista. Porém, como uma espécie de alternativa menos radical, surgem os movimentos de socialização do Capitalismo, pretendendo, ao instaurar uma ordem capitalista social, instituir um Estado Democrático e Social de Direito capaz de preservar a ordem capitalista (BASTOS, 2007).

Como a principal característica deste novo modelo do capitalismo, destaca-se a regulação estatal na área diretamente ligada ao proletariado: o mercado de trabalho. O Direito

---

desenvolvimento, no sentido de que o aumento de desigualdades social seria mais do que compatível e coerente, desejável (BASTOS, 2007, p. 31).



do Trabalho surge como ramo do direito capaz de introduzir um viés público nas relações privadas decorrente de contratos de trabalho (BASTOS, 2007).

Nesse contexto, “a função dessa chamada contrarreforma foi abrandar as impaciências mais inquietas e sua maior eficácia e legitimidade dependiam de abrigo junto às Constituições dos diversos países que buscaram e ainda buscam instaurar o tão desejado Estado Social” (BASTOS, 2007, p. 37). Assim, o Estado Social deixa de ser somente um mero *government by law* e se transforma em um *government by policies*, na medida em que pretende preocupar-se com metas sociais e não apenas econômicas (BASTOS, 2007). Desta forma, surgem as Constituições dirigentes, como a Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã (de Weimar) de 1919, e suas normas constitucionais programáticas.

Essa ideia espalhou-se fazendo com que a Constituição fosse vista como indispensável a qualquer Estado, pois seria a partir dela e sob os valores nela refletidos que o Estado seria construído e desenvolvido. Com o sufrágio universal e com o alcance dos Parlamentos pelos diversos grupos sociais, sobretudo, o proletariado, a legislação ordinária e, posteriormente, as Constituições, sofreram profundas mudanças. Essas mudanças possibilitaram o ingresso de valores sociais no direito positivo.

Segundo Bastos (2007, p. 41), o Constitucionalismo Social nasce a partir do reconhecimento de que “o Estado Social, por mudar a substância, mas não a forma, que permaneceu com Estado de Direito, continua acreditando no Direito como a base da organização social, e não a Economia, embasada em atos e resultados”, razão pela qual passam a ser constitucionalizados direitos vinculados ao princípio da igualdade material e não apenas formal. Surgem os direitos sociais como saúde, educação, seguridade social e trabalho.

O Estado Social, não muito diferente do Estado Liberal, com o passar do tempo sofre uma crise. Alguns países que consagraram o capitalismo originário passaram a perceber um movimento de refluxo do dirigismo estatal e das legislações de alcance social e intervencionista para uma retirada ou flexibilização dos direitos de cunho social-interventivo.

Na América Latina, por exemplo, em que 45% da população vivia abaixo da linha da pobreza em 2003, segundo dados do BID, merecendo uma atuação mais atenta do Estado, percebe-se que este, em face de sua carência, não tem meios para realizar a intervenção necessária para garantir o bem-estar social da população, priorizando “de forma equivocada, no mais das vezes, investimentos e gastos públicos em áreas de interesses de minorias prósperas, ainda para piorar o que já é ruim” (BASTOS, 2007, p. 46), ou aceitando “o discurso e a luta pelo Estado Mínimo” (BASTOS, 2007, p. 46).



Esse cenário de crise do Estado Social evidencia a necessidade de avaliar como os recursos limitados dos países estão sendo utilizados para garantir a concretização dos direitos fundamentais da população. A análise passa pela relação entre deveres do Estado e direitos fundamentais dos indivíduos. Dentro dessa perspectiva metodológica, necessário se fazer a distinção entre deveres negativos e deveres positivos, além de direitos individuais e direitos sociais, por ser importante para este artigo em que se pretende abordar os custos dos direitos e sua análise para eficiência da decisão judicial.

Pois bem, os direitos individuais (civis e políticos) são normalmente chamados de direitos de primeira geração (liberdades públicas, na França, e direitos de defesa, na Alemanha), reconhecidos no período do Estado Liberal e que tem por objetivo proteger a autonomia dos indivíduos da interferência estatal, a denominada Liberdade dos Modernos<sup>4</sup>. Esses direitos acabam por impor um dever negativo para o Estado. Presume-se, à primeira vista, que os direitos civis e políticos não exigem a alocação de recursos governamentais. Nesse caso, a garantia desses direitos não teria custos orçamentários ou sociais.

Os direitos sociais (econômicos e culturais), por sua vez, são conhecidos como direitos de segunda geração, percebidos no período do Estado Social e que se caracterizam por exigir a intervenção do Estado para sua realização. Nesta senda, eles imporiam um dever positivo ao Estado que, para garanti-los e realizá-los, mediante a implementação de políticas públicas, precisa de recursos públicos para lidar com o custo desses direitos.

Uma análise superficial desta distinção de direitos pode sugerir que apenas os direitos sociais, econômicos e culturais impõem custos ao Estado, o que contribui para dificuldade de sua concretização. Além desta adversidade, os direitos sociais contam com a resistência de sua aceitação como direito fundamental.

No Brasil, a despeito de constar no preâmbulo da Constituição da República de 1988 que cabe ao Estado assegurar o “exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça”, observa-se, na doutrina e jurisprudência, uma profunda dificuldade em lidar com a ideia de fundamentalidade dos direitos

---

<sup>4</sup> Benjamin Constant (1819), na obra *Sobre a Liberdade dos Antigos Comparada com a dos Modernos*, criou uma distinção entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”. A liberdade dos antigos era participativa, uma liberdade republicana, que dava aos cidadãos o direito de influir diretamente nas políticas por debates e votos em assembleia pública. A liberdade dos modernos, em contrapartida, era baseada na posse de liberdades civis, na regência da Lei e na proteção contra interferência estatal.



sociais. Esses direitos terminam rebaixados na hierarquia normativa, reduzidos a simples normas programáticas a espera de serem regulamentadas para produzirem efeitos.

O constituinte, ao listar os direitos sociais como valores supremos do Estado Democrático de Direito, considerou-os como categoria essencial do regime, na mesma categoria dos direitos civis e políticos. Para Barreto (2013, p. 205), esse proceder do constituinte reflete um novo paradigma, por meio do qual “os direitos sociais tornam-se direitos fundamentais que mantêm relações de igualdade com os direitos civis e políticos”.

A integração dos direitos sociais no quadro dos direitos fundamentais implica logicamente em considera-los, sob uma perspectiva ética. A partir de uma interpretação ética dos direitos humanos, pode falar-se em direitos sociais como “direitos essenciais e inafastáveis, por conseguinte, fundamentais” (BARRETO, 2013, p. 216). Neste aspecto, “em vez de serem direitos contra o Estado, se constituem em direitos através do Estado, exigindo do Poder Público certas prestações materiais, como a implementação de políticas sociais” (BARRETO, 2013, p. 216-217).

Os direitos sociais, no quadro jurídico-político atual, concretizam a obrigação do Estado de controlar os riscos do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos exclusivamente aos próprios indivíduos, restituindo um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais. Nesta perspectiva, eles são direitos fundamentais que exigem do Estado a realização de prestação materiais, mediante a implementação de políticas públicas. Por outro lado, para concretização desses direitos, o Estado precisa de recursos financeiros dentro do orçamento público que, via de regra, se obtém mediante a arrecadação de tributos.

Neste cenário, visualiza-se que os direitos têm custos, os quais precisam ser avaliados pelo administrador, por ocasião do planejamento e implementação de políticas públicas, e pelo Poder Judiciário, quando exerce o controle judicial dessas políticas para concretização dos sobreditos direitos fundamentais. A seção seguinte tratará desta questão.

### **3 O CUSTO DOS DIREITOS**

Como salientado na introdução deste artigo, após anos de demanda reprimida, a Constituição da República de 1988, incluiu em seus dispositivos inúmeros direitos fundamentais a exigir do Estado uma ação financeira para serem concretizados. Contudo, percebe-se, ao longo do tempo, que para concretização desses direitos o Estado tem que dispor de recursos financeiros no orçamento público, o que, via de regra, ocorre mediante a





arrecadação de tributos pelo governo<sup>5</sup>. Isso significa que não é possível, ao mesmo tempo, exigir que o Estado reduza tributos e dê garantia plena aos direitos fundamentais.

A liberdade de expressão, a propriedade, o devido processo legal e o voto, por exemplo, são alguns dos direitos fundamentais mais valorizados e que, entretanto, não são gratuitos, pois custam dinheiro para serem protegidos. Essa constatação, na maioria das vezes, é ignorada por considerar-se esses direitos civis e políticos como direitos negativos que, para sua proteção e realização, presumem uma não intervenção do Estado.

Uma das primeiras obras a tratar do custo dos direitos na América Latina foi *Los derechos sociales como derechos exigibles*, em que os autores Abramovich e Courtis (2002), apesar de reconhecerem a ampla justiciabilidade dos direitos sociais, fazem uma abordagem crítica sobre os custos desses direitos.

Na visão dos autores:

(...) a realização e proteção de direitos sempre custam dinheiro, seja no caso de direitos sociais, seja nos direitos civis e políticos. Nesse sentido, recursos públicos são indispensáveis também para a proteção da liberdade de imprensa, do direito de propriedade, do direito de associação etc., já que a criação e a manutenção de instituições políticas, judiciárias e de segurança, necessárias para a garantia desses direitos, implicam gastos para o Estado (SILVA, 2008, p. 591)

Tal perspectiva foi inspirada na destacada obra *The cost of rights*, publicada em 2000, por Cass Sunstein e Stephen Holmes, que trouxe essa problemática para os debates da atualidade. A primeira tese defendida pelos autores é de que mesmo alguns direitos básicos – como a liberdade de expressão e a liberdade de culto – não se satisfazem com a mera inação estatal. Para Sunstein e Holmes (2011, p. 33), a proteção e a realização dos direitos custam dinheiro:

A la verdad evidente de que los derechos dependen de los gobiernos es preciso agregar un corolario lógico, rico en implicaciones: los derechos cuestan dinero. Es imposible protegerlos o exigirlos sin fondos y apoyo públicos. Esto es tan cierto para los derechos antiguos como para los nuevos, para los de los estadounidenses antes del New Deal de Franklin Delano Roosevelt como después. Tanto el derecho al bienestar como a la propiedad privada tienen costos públicos. El derecho a la libertad de contratar supone

<sup>5</sup> Na obra *A função tributária: por uma efetiva função social do tributo*, Bastos (2006) sustenta que o poder tributário, em face de ter seu objetivo vinculado aos objetivos fundamentais da República, é, em grande medida, um poder-dever ou uma função. A legitimidade do tributo, portanto, somente pode ser aferida na proporção em que ele for utilizado para esse objetivo. Assim, para Bastos (2006), se a sociedade deve ser destinatária do tributo, ele deve fazer parte, do mesmo modo, da relação tributária.





costos, no menos que la atención médica, el derecho a la libertad de expresión o a una vivienda decente. Todos los derechos reciben algo del tesoro público.

Em geral, os direitos são exigíveis através de um Poder Judiciário que funcione normalmente e que disponha de orçamento adequado. Na prática, os direitos passam a ser mais que mera declaração moral quando se confere poder a organismos cujas decisões sejam juridicamente vinculantes. Na visão de Sunstein e Holmes (2011), os indivíduos que não vivem sob a tutela de governos capazes de cobrar impostos e encontrar solução efetivas não tem direitos jurídicos. A ausência de Estado significa ausência de direitos. Para eles, “um derecho sólo existe si y cuando tiene costos presupuestarios” (SUNSTEIN e HOLMES, 2011, p. 38).

É preciso reconhecer que a qualidade e a extensão da proteção dos direitos dependem não só de gastos públicos, mas também de recursos privados. Além de custos orçamentários, os direitos têm custos sociais. Um estudo amplo dos custos do direito deveria prestar bastante atenção a esses custos não monetários (SUNSTEIN e HOLMES, 2011). Neste ensaio, contudo, será dada especial atenção aos custos orçamentários, pois é por meio deles que são destinados recursos para implementação de políticas públicas que visam a concretização dos direitos.

Uma questão coloca-se, então: por que este tema tem sido ignorado? À primeira vista, parece ser evidente que os direitos têm um custo. Afirmar que um direito tem um custo é confessar que, em sendo os recursos escassos, temos que renunciar a algo, a fim de adquiri-lo e conservá-lo. Decorre deste raciocínio a ideia de custo e benefício. Ignorar os custos deixa de fora algumas concessões dolorosas.

Os liberais, por exemplo, preferem duvidar de que as liberdades civis refletem nas cargas públicas. Os conservadores, por sua vez, preferem não recordar que os impostos pagos pela sociedade servem para proteger direitos de propriedade de indivíduos ricos (SUNSTEIN e HOLMES, 2011). O desejo muito difundido de inviolabilidade dos direitos explica porque o tema que ignora os custos é aceito por todos. Há um tabu cultural para avaliar a exigibilidade dos direitos.

Muitos estudiosos sustentam que determinados direitos fundamentais essencialmente não têm custos, por não ser possível detectar custos ocultos. Na visão de Sunstein e Holmes (2011, p. 44), “os custos não estão escondidos”. O direito ao devido processo legal, como o direito a ser processado e julgado por um júri popular, implica custos públicos. Não se pode duvidar, também, que uma compensação razoável decorrente de uma desapropriação por necessidade pública tem custos orçamentários substanciais. Além disso, a custódia de um apenado no sistema penal exige recursos públicos.



Outros exemplos sobre direitos fundamentais tornam claro a questão dos custos dos direitos. O processo judicial, por meio do qual se exerce alguns direitos civis e políticos mais relevantes, envolvem gastos públicos, exigindo dos juízes e tribunais uma gestão processual eficiente para concretização desses direitos. Quando os juízes recomendam técnicas de mediação e conciliação para estimular acordos fora do tribunal, a fim de reduzir a demora e o congestionamento do processo, estão reconhecendo implicitamente que o fator tempo tem relevância econômica, ou melhor, que o tempo dos tribunais é dinheiro dos contribuintes.

No sistema judicial estadunidense, ao interpretar leis e precedentes, e para decidir quem pode demandar a quem, os tribunais, por exemplo, tomam em conta o risco de se verem atolados por processos dispendiosos. Em linhas gerais, os tribunais têm mecanismos administrativos e judiciais para decidir sobre as próprias cargas de trabalho porque, entre outras coisas, os recursos para subsidiar o gasto público não são ilimitados. No ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito do direito processual, tem-se instituído técnicas individuais de repercussão coletiva como incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR), por exemplo, para conter a demanda nos tribunais e com isso reduzir os custos dos processos.

Esses exemplos demonstram que a concretização de direitos fundamentais importa em custos orçamentários, o que não pode ser ignorado por aqueles que são responsáveis por sua concretização. Essa visão pode provocar, inicialmente, certo ceticismo àqueles que defendem, como os libertários, que as liberdades civis e políticas presumem, para sua concretização, uma não intervenção do Estado, ou os liberais igualitários, para quem “os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem a cálculos de interesses sociais” (RAWLS, 2008, p. 4), mas o fato de tomar consciência dos custos não reduz nosso compromisso com a proteção dos direitos fundamentais.

A título de exemplo, o direito ao igual acesso à justiça para todos os indivíduos não pode sofrer restrição, ainda que não se saiba quanto se deveria gastar em conjunto, como nação, para assegurar a realização desse direito. Esses custos requerem uma avaliação moral e política, e não se pode resolver somente com contabilidade e economia.

Em um momento de crise econômica e política que passa o Brasil, há uma cruzada para reduzir os gastos públicos. Essa situação tem significativa implicação na proteção e concretização de direitos fundamentais. Os políticos liberais<sup>6</sup> receiam que a possibilidade de

---

<sup>6</sup> Neste artigo, compreende-se como políticos liberais aqueles que reconhecem as liberdades básicas como direitos fundamentais.



análise de eficiência de custo-benefício seja mal usada por poderosos interesses privados. Eles podem temer que as inevitáveis revelações de malgasto, ineficiência e desperdício de recursos – que em princípio são boas – conduzem eventualmente a ulteriores recortes do orçamento para proteção de nossos direitos.

Os políticos mais conservadores, por sua vez, tendem a se preocupar com supostos direitos negativos de propriedade e contratação que ignoram custos, porque examinar com frieza os custos traria fricções libertárias dos indivíduos que exercem seus direitos. Os custos públicos dos direitos mostram que a riqueza privada, tal como se conhece, só pode existir graças as instituições governamentais.

Essa perspectiva é destacada por Sunstein e Holmes (2011), a ponto de afirmarem que, à primeira vista, nem os liberais nem os conservadores aceitam a indagação dos custos dos direitos. Eles apontam também um terceiro obstáculo, os profissionais do direito. Segundo eles, o Poder Judiciário, em grande medida, orgulha-se de estar afastado do processo político, de seguir os ditados da razão antes da celeridade, e de deixar as questões fiscais nas mãos dos legisladores e administradores públicos, mas na prática, a atuação dos juízes difere muito menos dos legisladores e gestores públicos do que parece, porque os direitos que ajudam a proteger têm custos (SUNSTEIN e HOLMES, 2011, p. 48).

Para Sunstein e Holmes (2011), compreender que os direitos têm custos permite entender que é inevitável que exista um governo que faça coisas boas, como administrar as despesas necessárias para proteger direitos. Nesse contexto, decisões sobre políticas públicas não poderiam ser tomadas a partir de uma hostilidade imaginária entre a liberdade e o cobrador de impostos, porque se realmente fossem inimigos, todas as nossas liberdades básicas seriam candidatas a abolição.

Outra ideia que é questionada por Sunstein e Holmes (2011, p. 57-60) – que foi por muito tempo considerada pelos tribunais como algo inquestionável – é a que considera a distinção entre direitos positivos e negativos e que somente são custosos os direitos positivos, ou seja, os direitos sociais, de segunda geração. Para os autores, “essa dicotomia tem deixado raízes profundas no pensamento e na opinião pública” (SUNSTEIN e HOLMES, 2011, p. 60).

A plausibilidade inicial dessa distinção entre direitos positivos e negativos reflete um contraste entre governo pequeno e governo grande. Os direitos negativos, de primeira geração, parecem não exigir atuação do governo. Os direitos positivos, de segunda geração, exigem ação do governo. Os direitos negativos protegem a liberdade e os direitos positivos impulsionam a igualdade. Os primeiros são privativos e os segundos são contributivos. Os direitos negativos



oferecem refúgio contra o governo, os positivos nos concedem serviços deste (SUNSTEIN e HOLMES, 2011, p. 60).

O atrativo desta categorização, na visão de Sunstein e Holmes (2011), surge em parte da advertência moral ou promessa moral que acreditam que ela contém. Os conservadores, devotos desta compreensão, afirmam, por exemplo, que os direitos positivos de seguridade social tendem a infantilizar a quem os usa e se utiliza de recursos financeiros do governo. Por outro lado, os direitos negativos, os liberais clássicos, exercitam-se em forma autônoma, por indivíduos duros e autossuficientes que desprezam o paternalismo e as esmolas do governo.

Os conservadores também criticam os direitos de bem-estar subsidiados pelos contribuintes. Os liberais, por sua vez, tipicamente associam o direito de propriedade e de contratação a um egoísmo imoral, enquanto os conservadores, as liberdades individuais ligadas a autonomia moral. Para os progressistas, os direitos adquiridos surgem de uma solidariedade generosa. Por sua vez, para os conservadores libertários, os gastos da seguridade social criam uma dependência.

Na visão de Sunstein e Holmes (2011, p. 63), essa distinção entre dois tipos de direitos parece ser atrativa e difícil de criticar, contudo, não é tão clara e apresenta confusões fundamentais, tanto teóricas quanto empíricas. Para os autores, onde tem um direito, tem um remédio, não havendo que se fazer distinção. Os indivíduos gozam de direitos, não em sentido moral e sim legal, se o governo repara de forma justa e previsível as ofensas que sofrem. Isso revela que é inadequada a distinção entre direitos negativos e positivos. Os direitos são custosos porque os remédios o são (SUNSTEIN e HOLMES, 2011). A imposição de leis que visam assegurar direitos é onerosa, pois os direitos jurídicos são vazios se não existe uma força estatal que faça cumpri-los. Não há direito legalmente exigível se não houver deveres exigíveis, por esta razão, a lei só pode ser permissiva se for obrigatória.

Se os direitos forem meras imunidades à interferência pública, a virtude suprema do governo seria a paralisia ou a invalidez. Isso é inconcebível, pois um Estado incapacitado não pode proteger as liberdades individuais.

Para Sunstein e Holmes (2011), em 1992, por exemplo, nos Estados Unidos se gastaram cerca de 73 bilhões de dólares – uma soma maior que o PIB de mais da metade dos países do mundo – na proteção policial e investigação criminal. “Buena parte de ese gasto público, por supuesto, se destino a proteger la propiedad privada” (SUNSTEIN e HOLMES, 2011, p. 85-86).



O financiamento de direitos básicos através de recursos derivados de impostos permite ver com clareza que os direitos são bens públicos: serviços sociais financiados pelos contribuintes e administrados pelo Estado para melhorar o bem-estar coletivo e individual. Nesta perspectiva, os chamados direitos civis e políticos são também direitos positivos.

Assim, ao contrário do senso comum – segundo o qual os direitos negativos não geram custos – não é possível exercer nenhum desses direitos sem um significativo gasto público. A proteção de direitos civis e políticos, como o devido processo legal, o matrimônio e o voto pressupõe a criação pelo Estado de instituições como tribunais, cartórios de registro de casamento e cartório eleitoral.

De outro lado, há direitos sociais que não implicam grandes gastos, por não requererem uma obrigação de fazer, mas uma abstenção. Abramovich e Courtis sustentam, por exemplo, que o direito à saúde implica um dever estatal de não prejudicar a saúde dos indivíduos. (ABRAMOVICH e COURTIS, 2002). Segundo Silva (2008, p. 592), “não haveria como diferenciar entre direitos civis e políticos e direitos sociais com base na dicotomia ‘fazer/não fazer’”, visto que ambos requerem gastos públicos para sua proteção e realização. Para Abramovich e Courtis, se houver ainda sentido nessa diferenciação, “esse sentido não tem nenhuma relação com a possibilidade ou impossibilidade de tutela judicial desses direitos” (ABRAMOVICH e COURTIS, 2002, p. 48).

Apesar do forte argumento desses autores em dizer que não há diferença entre direitos individuais e sociais, questiona-se porque os primeiros são mais comumente realizados e os últimos dificilmente são efetivados?

Nos países tidos como em desenvolvimento, tal qual o Brasil, é muito comum ouvir como resposta a essa questão que falta vontade política dos governantes. Para Silva (2008), essa falta de vontade política do Poder Executivo poderia ser suprida em parte pela vontade judicial do Poder Judiciário, mediante o controle de políticas públicas. A questão que se apresenta, então, é de que forma o controle judicial pode ocorrer de forma eficiente, partindo da ideia de que os direitos têm custos e o poder público atua num cenário de recursos escassos e mal administrados.

#### **4 A EFICIÊNCIA DA DECISÃO JUDICIAL E O CUSTO DOS DIREITOS**

A ideia prevalecente de que o controle judicial, ao complementar as políticas públicas insuficientemente implementadas pelo governo, está contribuindo positivamente para realização dos direitos sociais parece equivocada porque se baseia na falácia de que



complementar é sempre algo positivo. Isso seria correto se a realização de direitos, como visto anteriormente, não implicasse gastos públicos.

O exame do custo dos direitos é fundamental para que o controle judicial de políticas públicas voltadas para realização de direitos sociais se dê de modo não somente justo, mas também eficiente. A questão da fundamentalidade dos direitos sociais é um fator muito importante a ser considerado pelo juiz ou tribunal por ocasião da decisão judicial, mas não deve ser o único, quando se vislumbra um cenário de recursos escassos e mal administrados.

A eficiência, como critério econômico, é uma ferramenta importante para se avaliar *a posteriori* se um controle judicial de políticas públicas foi realizado de forma menos onerosa para o poder público. No presente ensaio, contudo, pretende-se trabalhar a eficiência sobre outro viés, como princípio jurídico, que sirva *a priori* como argumento jurídico por ocasião da fundamentação da decisão judicial de processos que tem como objeto a concretização de direitos.

A eficiência tem diversas concepções. Uma das mais comuns – e que é objeto de estudo da Análise Econômica do Direito (AED) – é a concepção de eficiência como maximização da riqueza social. Segundo este movimento teórico, o juiz deve decidir com atenção para maximização da riqueza da sociedade. Nessa ótica, uma decisão será considerada eficiente se for possível maximizar a riqueza e o bem-estar social, minimizando os custos sociais. A eficiência, será compreendida, neste artigo, a partir dessa perspectiva normativa.

A Análise Econômica do Direito (AED), segundo Posner (2011, p. 4), somente passou a ter uma estrutura científica entre os anos de 1958 e 1973, quando da publicação do livro de sua autoria denominado *Economics Analysis of Law*, e com o decorrer do tempo passou a se destacar como uma das principais teorias do direito contemporâneo.

Posner (2007a) compreende que o direito e a economia estão interligados por razão mercadológica não monetária, mas de eficiência, a partir do momento que os juízes, ao decidirem os casos difíceis, formulam políticas públicas. Não se pode olvidar que a economia do direito, na visão de Posner, traz a ideia de eficiência – a partir da relação custo-benefício – e de como esse fundamento deve influenciar, ou pelo menos deveria, os juízes quando decidem casos complexos.

É no caso difícil, como no caso de concretização de direitos fundamentais, afirma Posner (2007a), que o juiz decidirá a questão litigiosa como um verdadeiro formulador de políticas públicas. No livro *Economics Analysis of Law*, Posner afirma ser o objetivo da AED a utilização de teorias e métodos empíricos da economia para resolução de conflitos jurídicos. Ele propõe





que o direito no sistema do *common law* seja um veículo de promoção da eficiência, consagrada pela maximização da riqueza social, como critério para solução de conflitos jurídicos (POSNER, 2007b)

A maximização da riqueza torna-se, então, uma concepção do direito. Para Posner (2007b), o modelo de comportamento humano é o da racionalidade prática, segundo a qual cada indivíduo escolherá a ação que maximizará sua utilidade esperada, o que pode refletir uma preocupação com o bem-estar dos outros. A Análise Econômica do Direito, como vista por Posner até então, tem como pressuposto básico o fato de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações, sejam estas monetárias ou não, jurídicas ou não. Há eficiência, quando os recursos são alocados de forma a ter seu uso mais valioso. Este é o padrão normativo da eficiência, segundo o critério de maximização de riqueza social.

Neste contexto, a maximização da riqueza tem um viés não apenas econômico, mas também ético e jurídico, a partir das seguintes premissas: a) os indivíduos são maximizadores racionais de suas satisfações em comportamentos dentro e fora do mercado; b) os indivíduos respondem a incentivos; c) as regras e decisões judiciais podem ser avaliadas com base na eficiência, ao ponto de que as decisões judiciais devem promovê-la.

Analisar a questão da concretização de direitos fundamentais a partir dessa perspectiva é importante visto que os direitos sociais importam custos orçamentários e qualquer controle judicial que implique na concessão desses direitos têm impacto econômico e social, o que não pode ser ignorado pelo magistrado por ocasião da decisão judicial.

Silva (2008, p. 594-596) estuda um caso que serve para os propósitos deste artigo. Trata-se de uma pesquisa empírica realizada por estudantes da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sobre todas as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo relacionadas a casos de pedidos de concessão de remédios para tratamento da AIDS entre janeiro de 1997 e junho de 2004.

Segundo Silva (2008, p. 594), “o resultado geral apontou que, em 85% dos casos, os autores dos pedidos recebiam os medicamentos que requeriam”. À primeira vista, analisando a questão a partir da noção de fundamentalidade dos direitos sociais, poderia se concluir que trata de uma demonstração clara de efetividade da prestação jurisdicional, mas há informações que exigem uma certa reflexão.

A primeira delas era de que a política pública de combate a AIDS do governo brasileiro era considerada pela OMS, na época, como uma das mais eficazes do mundo. A segunda informação relevante era que a viabilidade da política pública, incluindo a distribuição de





remédios, devia-se, em grande parte, à mobilização social e não apenas de ação estatal. A última constatação da pesquisa foi que, “em 93% das decisões, os julgadores consideraram o direito à saúde como individual (SILVA, 2008, p. 595) e não se preocuparam “com a eventual existência de uma política pública (eficaz ou não) já colocada em prática pelo governo” (SILVA, 2008, p. 595).

Silva (2008, p. 595-596) conclui, a partir da exposição do estudo de caso que, por ocasião da decisão judicial, os julgadores tratavam os direitos sociais como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados a direitos individuais, desconsiderando – seja por falta de informações consistentes nos processos, seja por não dispor de estrutura funcional para lidar com tais informações – o caráter coletivo dos direitos sociais e as políticas públicas implementadas para sua concretização.

A crítica do autor, com a qual concordamos, refere-se ao fato das decisões judiciais sobre políticas públicas não tratarem, em regra, dos parâmetros adotados para a implementação das políticas públicas já em curso, que têm uma lógica própria, notadamente a realização de objetivos coletivos e de prestação progressiva, de acordo com metas fixadas.

Tal situação provoca frequente debate acerca do papel do Judiciário em relação às políticas públicas. Os partidários da ideia de contenção judicial defendem um afastamento de decisões judiciais relativas a essas políticas, enquanto os partidários do ativismo judicial defendem uma forte intervenção judicial nas políticas públicas. Neste artigo, defendemos uma forma de controle judicial que atente para as consequências da decisão judicial sem desconsiderar que os direitos sociais ocupam papel de destaque na Constituição e as decisões sobre a realização desses direitos não são assuntos que devam ser deixados apenas à esfera dos poderes Legislativo e Executivo.

Uma decisão judicial ineficiente, que não atente para as consequências econômicas e sociais, pode gerar efeito colateral. Silva (2008, 596), ao refletir sobre a questão, adverte que “ao distribuir tratamentos médicos de forma individual (i.e., sem considerar as políticas governamentais na área), os juízes podem estar prejudicando outras políticas públicas na área de saúde (ou em outras áreas), mesmo que eles consigam resolver alguns casos isolados”.

Quando se trata de políticas públicas, é imperioso destacar que a eficiência do controle judicial passa pela percepção do próprio Poder Judiciário do seu papel dentro de um ambiente de Constitucionalismo Social. A despeito do uso do controle judicial ter se acentuado ultimamente, é importante que o sistema judicial seja capaz de delimitar bem sua atuação com intuito de tornar mais eficiente as decisões judiciais no controle de políticas públicas.



Como já mencionado, a eficiência passa pela ideia de minimização de custos sociais e de maximização da riqueza social. A atuação frequente do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas traz um custo político – a intervenção pressupõe certa violação ao princípio da separação de poderes – e custo econômico – o uso do aparelho judicial importa em gastos públicos pagos pela sociedade mediante o pagamento de impostos, porém propicia um benefício – a proteção de direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, a eficiência da decisão judicial em casos de políticas públicas envolvendo a concretização de direitos deve passar pela compreensão dos custos deles. Num cenário de recursos escassos, a decisão judicial de casos complexos será fundamentada na eficiência, se determinar a alocação de recursos para aqueles que realmente necessitem, pois trata-se de repartição de bens coletivos socialmente produzidos, segundo a lógica da justiça distributiva.

Os julgadores, para isso, devem estipular regras procedimentais para resolver esses litígios com o máximo de eficiência. Essa análise de custo e benefício – método economicista de determinar que curso de ação tomar – é, para Posner, uma forma disciplinada de medir as consequências dos cursos alternativos e de escolher aquela que parece produzir maior excedente de boas consequências que possam ser redistribuídas (POSNER, 2008, p. 252).

Neste cenário, propõe-se que o julgador, por ocasião da decisão judicial envolvendo o controle de políticas públicas, deve realizar a ponderação dos direitos fundamentais em análise, estabelecendo se o caso concreto envolve direitos sociais que podem ser classificados como essenciais para existência de uma vida condigna<sup>7</sup>. Essa ponderação dá-se mediante a obediência de critérios que podem fundamentar a decisão judicial.

Tais critérios são bem semelhantes aos elaborados por Castro et al. (2012), no artigo *Análise do Impacto das Decisões Judiciais sobre o orçamento da União no caso da Saúde Pública*.

O primeiro critério é a análise do direito fundamental que se pretende ver concretizado à luz do conceito de mínimo existencial<sup>8</sup>. Trata-se da análise do pedido formulado pelo autor da demanda judicial sob o pálio do princípio da dignidade humana. Tal percepção é

---

<sup>7</sup> Trata-se de um conjunto de prestações que seriam oponíveis e exigíveis do Estado, de forma imediata, já a partir da Constituição, independentemente da ação dos poderes Legislativo e Executivo, consubstanciada em uma política pública determinada.

<sup>8</sup> O mínimo existencial está fortemente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, a ponto de ser tratado como um direito ao mínimo de existência condigna. De acordo com o liberalismo de princípios de John Rawls (2003), o mínimo existencial corresponde ao conjunto de prestações materiais necessários ao exercício de liberdades básicas.



fundamental para que se compreenda que a tutela judicial é necessária para concretização de condições materiais indispensáveis à existência humana com dignidade, “núcleo vindicável de prestações, cuja entrega pelo Estado não pode ser obstaculizada, sob a escusa da reserva do possível”<sup>9</sup> (CASTRO et al., 2012, p. 35).

O segundo critério é o do reconhecimento da universalidade do direito pleiteado. Trata-se da percepção de que o direito social que se pretende ver tutelado não tem caráter individual, mas coletivo. Nesse contexto, o mínimo existencial deve corresponder a prestações que sejam passíveis de universalização (todos os indivíduos têm direito de acesso a determinados serviços públicos) e a sua concessão não viola a isonomia, acarretando, a princípio, uma distribuição injusta. Se o direito exigido é de acesso universal e não viola a isonomia, a sua concretização é obrigatória, mediante a execução de políticas públicas.

O terceiro critério envolve a aplicação da eficiência como fundamentação jurídica da decisão judicial. Trata-se de uma etapa do processo decisório que cumpre uma função de controle ou de alarme quanto à justeza da decisão. Esse passo é focado na análise das consequências gerais jurídicas ou econômico-sociais que podem produzir a decisão no futuro, ponderando-se os benefícios a serem experimentados pelo autor da demanda em face do custo dos direitos a serem suportados com a implementação da política pública, diretamente, pelo poder público e, indiretamente, pela sociedade, por ser esta que paga a conta da condenação do Estado. Após essa ponderação<sup>10</sup> e constatado a melhor consequência da decisão, a tutela judicial deve ser concedida.

Ao comentar sobre o consequencialismo na decisão judicial, Lorenzetti (2010, p. 321) pontua: “o julgador que não mede os efeitos da decisão quanto ao caso concreto, ou também as consequências posteriores ou o impacto do julgado em outros pronunciamentos, consuma uma interpretação desqualificável por imprevidente”.

Um bom exemplo da aplicação desses critérios é relativo as demandas judiciais na área da saúde pública. Suponha que alguém ajuíze uma ação requerendo, com urgência, o

<sup>9</sup> Não é consensual o conceito da reserva do possível na doutrina. Isso se dá pelas mais variadas interpretações dadas à temática. No que importa ao presente artigo, a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

<sup>10</sup> Na ponderação, deve-se ter em conta a intensidade e a importância da intervenção em um direito fundamental. Quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção (ALEXY, 2008). Essa é a razão para se compreender que além de regras e princípios jurídicos, o julgador deve se valer de argumentos de política, por serem estes argumentos que atentam para as consequências da decisão judicial.



fornecimento de um medicamento de valor elevado, mas imprescindível para seu tratamento, e que não está disponível no estoque do SUS. O julgador, ao apreciar o pedido, adotando os critérios propostos, irá verificar se o direito pleiteado pelo autor da ação está relacionado com o mínimo existencial. Em seguida, observará se a assistência pretendida é universal e não viola a isonomia. Neste caso, o juiz pode verificar se o medicamento pleiteado, em caso semelhante, seria ofertado a qualquer cidadão. Trata-se da percepção de que o direito social que se pretende ver tutelado não tem caráter individual, mas coletivo. Ressalte-se que a isonomia levará em conta o grau de necessidade de cada pessoa, já que distribuir o mesmo serviço para todos, num país como o Brasil em que existem profundas diferenças sociais entre indivíduos e classes, nem sempre acarreta uma distribuição justa.

Se constatado que o medicamento, mesmo caro e não disponível no estoque do SUS, é de eficácia comprovada para o tratamento correspondente a doença apontada pelo autor da demanda, revela-se razoável reconhecer o direito do autor à tutela judicial. O último critério, de eficiência, tende a analisar as consequências jurídicas e econômico-sociais da decisão. Nele, o juiz apenas sopesará os custos do direito pleiteado, servindo apenas para evitar abusos que podem comprometer de forma abrupta o orçamento público – prejudicando assim outras políticas públicas na área da saúde – e que nem sempre se mostram adequados para concretização do direito pleiteado. No caso estudado, se a medicação pleiteada, mesmo de valor elevado, for necessária para o tratamento do demandante, o custo do direito pode ser suportado pelo poder público, ante o benefício alcançado com a garantia de uma vida condigna para o paciente.

Importante destacar que a proteção de um direito fundamental, por meio de demandas individuais, não deve significar o abandono da compreensão macro do problema. O juiz, mesmo concedendo a tutela judicial para ofertar o medicamento, pode, em busca da eficiência da decisão judicial, instar o poder público a demonstrar se existe uma política pública (objeto primário dos direitos sociais) em curso e se ela é adequada e eficiente. Caso não seja adequada, qual é a razão disso? O juiz pode verificar se os recursos previstos são adequados à obtenção dos resultados pretendidos e se está havendo uma correta aplicação deles. Em caso de falhas ou desvios, o juiz pode determinar ao Poder Executivo que, mediante política pública, promova coletivamente a mesma prestação.

Desse modo, a análise do custo dos direitos e a fixação de critérios para fundamentação da decisão judicial podem contribuir para eficiência da decisão judicial envolvendo o controle de políticas públicas.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, conforme já explicitado, teve como objeto de estudo a análise do custo dos direitos e como essa percepção pode influir na eficiência da decisão judicial que envolve a concretização de direitos fundamentais.

Como demonstrado ao longo do presente ensaio, o Constitucionalismo Social então vigente no ordenamento jurídico brasileiro, prevê a fundamentalidade dos direitos sociais. No decorrer da história, os primeiros direitos a serem considerados fundamentais foram os direitos civis e políticos, dentro de uma concepção de Estado Liberal de Direito. A partir da crise do Estado Liberal, diante das tensões provocadas por movimentos sociais, os direitos sociais e também os econômicos e culturais, passaram a ser considerados como direitos fundamentais, com a consolidação do Estado Social de Direito.

O Estado Social sofre constante crise, a partir da constatação de que o Estado, num cenário de escassez, não dispõe de recursos suficientes para proteção e realização de todos os direitos fundamentais. Num ambiente nebuloso de que os direitos sociais somente devem ser satisfeitos pelo Estado na reserva do possível, por serem considerados direitos que possuem custos, constatou-se, inicialmente, a negativa de intervenção do judiciário para o controle de políticas públicas envolvendo esses direitos.

A partir do desenvolvimento de teorias que conseguiram demonstrar que os direitos sociais, por terem previsão constitucional, deveriam ser considerados fundamentais e que não somente os direitos sociais como também os direitos individuais impõem custos ao Estado e à sociedade, pôde-se convencer o judiciário de que o controle judicial era importante para concretização de direitos sociais.

O cenário atual é de demasiado controle judicial de políticas públicas que tem provocado grande impacto no orçamento público. Tal situação tem provocado uma ineficiência da prestação jurisdicional, pois promove a distribuição deficiente de recursos públicos, visto que, na maioria das vezes, decorre de decisões judiciais dentro de processo originados de demandas individuais, sem que o julgador atente para o fato de que os direitos sociais são direitos coletivos.

De todo o exposto, pôde-se extrair que a eficiência da decisão judicial, em casos envolvendo a concretização de direitos sociais, pode ser alcançada a partir da ideia de que os direitos sociais têm custo.

## REFERÊNCIAS



ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Fundamentais e outros temas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **O Constitucionalismo Social. A Constituição como Instrumento Jurídico de Contenção do Poder Econômico**. In Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros. Campinas: Millennium Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **A função tributária: Por uma efetiva função social do tributo**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 43, n. 169, p. 143-159, jan/mar. 2006.

CONSTANT, Henri-Benjamin. *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*. 1819. Trad. Por Loura Silveira. Minas Gerais: Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em [www.fafich.ufmg.br/~luanaut/Constant\\_liberdade.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/~luanaut/Constant_liberdade.pdf). Acesso em 30 dez 2016.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de; VALLE, Caroline; ANSCHAU, Lorena Coser Doano; FERREIRA, Marcela Bravo. **Análise do impacto das decisões judiciais sobre o orçamento da União no caso de saúde pública: Possibilidades e contingenciamento dos riscos**. Revista Tributária e de Finanças Públicas, ano 20, volume 102, p. 15-40, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito**. Tradução de Bruno Miragem e notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. Rev. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Problemas da filosofia do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

\_\_\_\_\_. *Economic analysis of law*. 7ª. Ed. New York: Aspen Publishers, 2007b.

\_\_\_\_\_. **A Economia da Justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *How judges think?* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 4 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais**. In Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008



SUNSTEIN, Cass e HOLMES, Stephen. *El Costo de Los Derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011