

## ***Panorama da Teoria dos Custos dos Direitos***

Cesar Luis Pereira de Campos. Procurador Federal. Graduado em Direito pela UERJ. Pós-graduado em Direito Civil Constitucional pela UERJ. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM.

Sumário: 1. Introdução; 2. A relevância da atuação estatal para a efetividade dos direitos positivos; 3. Breve análise do impacto da responsabilidade objetiva nos custos da relação consumerista: a importância da análise econômica do direito; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

Palavras-chave: custos dos direitos; análise econômica do direito; direito do consumidor; responsabilidade objetiva.

### **1. Introdução**

A questão acerca dos custos dos direitos foi objeto de importante obra denominada *The Cost of Rights*<sup>1</sup>, cuja autoria pertence a dois professores norte-americanos, Cass Sunstein, da University of Chicago, e Stephen Holmes, da Princeton University e da New York University Law School.

O livro aborda, dentre outros temas, a relação existente entre o custo de implementação de um direito e a sua significação social e parte da noção, desenvolvida pelos autores, de que todos os direitos demandam algum tipo de atividade estatal para sua efetivação. Esses direitos a que o texto se refere são aqueles que embasam a Constituição, cuidando-se por criticar a divisão existente entre os chamados direitos negativos, os quais, segundo parte da doutrina, não demandariam uma prestação estatal para sua efetivação, como, por exemplo, os direitos de liberdade (direito à livre iniciativa, direito à propriedade privada), e aqueles denominados direitos positivos ou prestacionais, que necessitariam da atividade do Estado para sua implementação (nessa categoria encontra-se, *e.g.*, o direito à assistência social).

---

<sup>1</sup> SUNSTEIN, Cass, HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton e Company, 1999.

O estudo desses autores encontra-se dividido em quatro partes. A primeira trata de demonstrar a noção descrita no parágrafo anterior, ou seja, a de que a atividade estatal é essencial para que os direitos sejam efetivados, demandando para essa atuação recursos orçamentários.

A segunda parte, considerando a conclusão de que todos os direitos são positivos, esclarece que também os direitos de liberdade são afetados pela ausência de recursos, e que a proteção destes direitos representa igualmente a redistribuição da riqueza social, com todas as suas consequências. Assim, a efetivação de um direito passa por uma inevitável discussão política acerca da alocação dos recursos orçamentários coletados dos contribuintes pelo Estado.

Na terceira parte da obra critica-se a afirmação de alguns doutrinadores de que o excesso de direitos conferidos aos indivíduos nos Estados Unidos estaria levando-os a agir de forma irresponsável. Ao contrário, no livro, ressalta-se que diversos direitos foram criados com vistas a impor responsabilidades para a atuação do Estado e do indivíduo perante a sociedade, tais como os direitos ligados à preservação do meio ambiente. Ademais, no texto conclui-se que o simples fato de os direitos possuírem custos demonstra que o exercício deles envolve responsabilidades.

Na quarta parte Sunstein e Holmes afirmam que os direitos são frutos de negociações políticas nas quais nem todos os partícipes se encontram em posição de igualdade, principalmente do ponto de vista econômico, resultando em um maior benefício àqueles que possuem maiores recursos para oferecer em troca nas barganhas políticas.

Por fim, os autores concluem que a eficácia de qualquer direito, mesmo daqueles que não pressupõem prestação direta por parte do Estado, depende da atuação deste para garanti-lo, necessitando-se, por conseguinte, da contribuição pecuniária dos indivíduos que participam da sociedade para custear os gastos gerados com essa atuação. Uma frase expressa bem uma das ideias que os autores procuraram passar, qual seja, as liberdades individuais dependem da cooperação coletiva para manter um Estado capaz de garanti-las.

Apesar de a obra ser voltada para a realidade norte-americana, desprezando a experiência vivida em outros ordenamentos jurídicos,

defendemos que a tese fundamental em que ela se baseia, qual seja, a de que os direitos possuem custos, pode ser aplicada em situações fora das questões relativas à atuação estatal. Na doutrinação pátria temos o exemplo do professor Flávio Galdino, que se utilizou desta constatação para analisar decisões judiciais relativas aos consumidores inadimplentes de energia elétrica.

Desenvolveremos a seguir uma explanação mais aprofundada acerca da tese dos custos dos direitos.

## **2. A relevância da atuação estatal para a efetividade dos direitos positivos**

Primeiramente, importa ressaltar a distinção realizada por Sunstein e Holmes acerca da natureza dos direitos.

Apesar de o termo possuir significados variados, afirmam que, de forma geral, há dois modos distintos de se abordar o assunto: pela perspectiva moral e pela descritiva. A primeira associa o direito com princípios morais ou ideais, numa interpretação valorativa que busca sua justificação, ou seja, o fundamento ético de validade da norma. Segundo os autores, nessa perspectiva não se identifica um direito pesquisando-se junto às normas positivadas ou às decisões judiciais (lembre-se que se trata de um texto formulado dentro da realidade da Common Law), mas sim se indagando junto às pessoas o que moralmente consideram aquilo que lhes é permitido. A segunda abordagem é menos valorativa, importando-se mais em explicar a forma como os direitos são efetivados do que em buscar fundamentos morais que os justifiquem, sendo seu foco de estudo, em suma, o direito positivo.

Partindo da perspectiva descritiva Sunstein e Holmes afirmam que um interesse se qualifica como direito quando há um sistema legal que efetivamente trate-o como tal, defendendo-o. Daí dizerem que o direito positivo possui dentes, (*rights in that legal sense have teeth*) enquanto que o direito meramente de cunho moral não os possui (*are teethless*). Flávio Galdino percebe bem essa metáfora, colocando que os dentes correspondem, na realidade, aos remédios jurídicos previstos no ordenamento para garantir os direitos.

Observam ainda que, independentemente da utilização de remédios jurídicos, o Estado atua para garantir determinados direitos, colocando, por exemplo, à disposição da população diversos serviços destinados a garantir a integridade da propriedade, como corpo de bombeiros, policiais etc.

### **3. Breve análise do impacto da responsabilidade objetiva nos custos da relação consumerista: a importância da análise econômica do direito**

Conforme explanado anteriormente, o Estado é indispensável para o reconhecimento e efetivação dos direitos, o que somente pode ocorrer quando há um fluxo orçamentário capaz de custear os gastos advindos dessa atuação. Assim, observa-se um vínculo entre a efetividade do direito positivo e as condições econômicas da sociedade na qual ele vige.

A noção desse vínculo de modo algum representa um risco para que as discussões acerca da realidade orçamentária estatal sirvam de fundamento para a diminuição da proteção a alguns direitos. Ao contrário, a consciência de que os recursos financeiros são escassos permite uma análise melhor acerca das escolhas trágicas de onde gastar tais recursos, por possibilitar uma visualização mais precisa das conseqüências envolvidas para operacionalizar a efetividade dos direitos.

Nesse sentido, bem se expressou Flávio Galdino:

“O perigo não parece real. Na verdade, não se deve falar em diminuição de direitos ou de suas garantias, mas sim em redimensionamento da extensão da proteção devotada aos direitos, tendo como parâmetro as condições econômicas de dada sociedade. A aferição dos custos permite trazer maior qualidade às trágicas escolhas públicas em relação aos direitos. Ou seja, permite escolher melhor onde gastar os insuficientes recursos públicos.”<sup>2</sup>

Da mesma forma que essa aferição dos custos dos direitos possibilita realizar melhores escolhas no campo da ação estatal, nas lides consumeristas a percepção de que a proteção do consumidor gera em diversas ocasiões custos ao fornecedor conduz à necessidade de adaptação dessa proteção às conseqüências econômicas geradas por ela, de forma a permitir uma maximização da relação custo/benefício das medidas

---

<sup>2</sup> GALDINO, Flávio. Direitos não nascem em árvore. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público. Orientador: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro, 2001, p. 218.

adotadas. Aliás, não podemos nos esquecer de que o custo gerado por essa proteção será, em grande parte, repassado ao próprio consumidor pelo fornecedor, através do aumento do preço de seus serviços e/ou produtos.

Um exemplo de como um direito pode afetar o valor de produtos ofertados diz respeito à adoção da responsabilidade objetiva por alguns ordenamentos.

Com a ampliação da complexidade e quantidade dos bens produzidos, frutos do crescente aumento da automação do processo produtivo, despeja-se no mercado um grande número de produtos defeituosos e potencialmente lesivos aos consumidores.

Os legisladores de diversos países, percebendo a insuficiência da responsabilidade subjetiva para resguardar os interesses dos lesados pelos fornecedores desses produtos, desenvolveram mecanismos para facilitar-lhes o recebimento das indenizações devidas, haja vista a dificuldade de se provar, em diversas ocasiões, a culpa do fornecedor. Dificuldade esta derivada não só da ausência de recursos financeiros por parte dos lesados, como também da impossibilidade de conhecimento técnico pleno sobre a maneira como os bens adquiridos eram produzidos.

Um dos mecanismos adotados por alguns ordenamentos foi a presunção de culpa do fornecedor do produto defeituoso. Outros foram um pouco além e dispensaram a culpa para a caracterização da imputabilidade, estabelecendo, com isso, uma responsabilidade objetiva dos fornecedores, bastando para configurá-la a comprovação do dano, do defeito e do nexo de causalidade entre um e outro.

Em defesa da manutenção da responsabilidade objetiva, podemos citar quatro argumentos aduzidos pela doutrina, quais sejam: a disseminação do risco de dano pela sociedade; a dissuasão e o controle do risco; a proteção das expectativas do consumidor; e a redução dos custos.

A dissuasão, o controle do risco e a proteção das expectativas do consumidor refletem o incentivo que a responsabilidade objetiva confere à atuação do fornecedor que objetiva reduzir a probabilidade da ocorrência de danos e conseqüentemente diminuir os custos na empresa.

A redução de custos a que se faz menção diz respeito ao estímulo que a responsabilidade objetiva confere à economia de tempo e de recursos para a solução dos litígios.

João Calvão da Silva considera que a responsabilidade objetiva induz o fabricante a prevenir-se das eventuais indenizações devidas, realizando seguros ou formando fundos próprios e incorporando o valor do prêmio ou do custo desses fundos no preço de seus produtos.<sup>3</sup> Consegue-se, assim, disseminar por toda a gama de consumidores daqueles bens os custos necessários para se arcar com eventuais indenizações.

O seguro contra riscos do produto trata dessa prevenção do empresário contra eventuais custos decorrentes de indenizações devidas por danos ocasionados por produtos defeituosos através da formalização de seguros onde o valor dos prêmios será repartido pelos consumidores com a incorporação dele no preço dos produtos adquiridos.

Verifica-se, pois, que a influência do ordenamento e da jurisprudência constitui-se em um fator para a determinação do preço dos bens ofertados, o qual pode denominar-se custo da responsabilidade pelo risco do produto.

Outro exemplo acerca dessa influência, agora destacando o papel da jurisprudência, encontra-se exposto em um artigo norte-americano publicado no "*Journal of Law and Economics*, vol XL, April 1997"<sup>4</sup> sobre as diferenças de preços existentes entre produtos farmacêuticos distribuídos nos Estados Unidos e no Canadá. Esse estudo concluiu ser o custo da responsabilidade pelo risco do produto ("*products liability risk*") um fator significativo para a diferença encontrada.

A responsabilidade pelo risco do produto diz respeito ao custo que o produtor/fornecedor sofre com as potenciais ações judiciais sobre os danos provocados pelo uso do produto. Destacam-se dois fatores que influem sobre esse custo: a quantidade de ações propostas e o índice de sucesso obtido pelos autores. Este fator é um catalisador do primeiro, pois quanto maior a probabilidade de sucesso na ação, maior o estímulo para que ela seja proposta pelos demais interessados.

Nos Estados Unidos observou-se que esse custo é significativamente superior ao encontrado no Canadá, dada a maior facilidade de vitória aos

---

<sup>3</sup> SILVA, João Calvão. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 498-499.

<sup>4</sup> MANNING, Richard L. Products liability and prescription drug prices in Canada and the United States. *Journal of Law and Economics*, Chicago, n. 40, p. 203-243, abr., 1997.

autores proporcionada pelo sistema legal norte-americano, e ao valor maior das indenizações por ele concedidas.

Portanto, tal fato demonstra que uma análise econômica do direito se faz necessária nas lides consumeristas haja vista a jurisprudência constituir-se em fator significativo para a determinação do preço dos serviços e produtos ofertados. Quanto mais favoráveis forem as decisões judiciais ao consumidor, concedendo-lhe direitos que não estavam expressamente previstos nos contratos celebrados, maior será o custo dessas relações jurídicas para ele, em decorrência do aumento para o fornecedor do custo da responsabilidade pelo seu produto/serviço. Logo, cabe averiguar o custo/benefício das medidas adotadas.

Porém, as afirmações acima não significam que os magistrados deverão basear suas decisões meramente nos resultados das análises econômicas de uma relação de custo/benefício, transformando a atividade jurídica em uma "máquina operada por economistas". No entanto, essa análise é um importante fator metajurídico que norteia a solução a ser tomada na lide, objetivando uma tutela mais eficiente dos direitos.

#### **4. Conclusão**

Pode-se afirmar, portanto, que as condições econômicas de um dado momento influem de certo modo na configuração dos direitos e sobre sua respectiva exigibilidade. Ressalte-se que essa conclusão, apesar de estar voltada na obra em comento para a questão dos recursos públicos, também pode ser aplicada ao campo das relações consumeristas através do princípio da manutenção do equilíbrio econômico do contrato.

Um exemplo na jurisprudência brasileira acerca da influência econômica nas relações contratuais ocorreu com os contratos de *leasing* que continham cláusula de reajuste atrelado à variação cambial. Com a brusca desvalorização da moeda brasileira ocorrida no fim de 1999, houve um grande aumento no valor devido pelos consumidores que haviam celebrado tais contratos, o que levou a jurisprudência a tomar variadas soluções, dentre elas a abaixo exposta:

LEASING. VARIAÇÃO CAMBIAL. FATO SUPERVENIENTE. ONEROSIDADE EXCESSIVA. DISTRIBUIÇÃO DOS EFEITOS. A brusca alteração da política cambial do governo, elevando o valor das prestações mensais dos contratos de longa duração, como o leasing, constitui fato superveniente que

deve ser ponderado pelo juiz para modificar o contrato e repartir entre os contratantes os efeitos do fato novo.

Com isso, nem se mantém a cláusula da variação cambial em sua inteireza, porque seria muito gravoso ao arrendatário, nem se a substitui por outro índice interno de correção, porque oneraria demasiadamente o arrendador que obteve recurso externo, mas se permite a atualização pela variação cambial, cuja diferença é cobrável do arrendatário por metade.

Não examinados os temas relacionados com a prova de aplicação de recursos oriundos do exterior e com a eventual operação de hedge.

Recurso conhecido em parte e parcialmente provido.<sup>5</sup>

Nessa situação, o direito da instituição financeira arrendadora de ter o valor do contrato reajustado conforme a variação cambial foi mitigado devido à grande onerosidade que seu exercício acarretava ao consumidor em razão das condições econômicas.

Diversas normas do CDC expressam a preocupação do legislador brasileiro com o equilíbrio da relação contratual. Por exemplo, no seu artigo 51, §1º, II, §2º e §4º é possível encontrar expressões como “equilíbrio contratual”, “ônus excessivo a qualquer das partes” e “justo equilíbrio entre direitos e obrigações”.

Assim, não é recomendável que a interpretação de uma cláusula, considerando-a abusiva, leve ao reconhecimento de um direito quando este gerar um custo excessivo a outra parte, sem prever alguma contraprestação para a manutenção do equilíbrio contratual. Decisões reiteradas nesse sentido podem, inclusive, gerar um ambiente favorável ao exercício irresponsável dos direitos.

Ressalte-se, ainda, que uma prévia análise do custo/benefício das medidas adotadas se impõe para evitar o reconhecimento de determinada prestação a alguém, quando a mesma for inviável do ponto de vista econômico-financeiro, possibilitando, desta forma, que se busquem medidas alternativas viáveis e que preservem da melhor maneira possível a situação de ambas as partes.

Aliás, no que se refere aos limites da atuação estatal, a doutrina e jurisprudência pátrias reportam-se à “reserva do possível”, que trata do limite de implementação de um direito subjetivo sindicável judicialmente às

---

<sup>5</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Resp 2001/0137027-6. Rel.: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Fonte: DJ 22.09.2003, p. 331.

reservas materiais existentes, ou seja, às possibilidades econômicas e financeiras do Estado.

No âmbito doutrinário Konrad Hesse expõe, em síntese, que:

“... a Constituição jurídica estará condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta do seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. (...) Constatam-se os limites da força normativa da Constituição quando a ordenação constitucional não mais se baseia na natureza singular do presente ( *individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Estes limites não são, todavia, precisos, uma vez que essa qualidade singular é formada tanto pela idéia de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*) quanto pelos fatores sociais, econômicos e de outra natureza. Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade da Constituição **não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais.**”<sup>6</sup>  
[grifo nosso]

Com relação à jurisprudência, o Exmo. Sr. Ministro Relator da ADPF/MC n.º 45 reconheceu no Supremo Tribunal Federal a “reserva do possível” aduzindo:

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

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão mais disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.”<sup>7</sup>

Ainda no âmbito da Suprema Corte pátria, o Min. Gilmar Mendes Ferreira utilizou como fundamentação de seu voto decisão de Tribunal

---

<sup>6</sup> HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 6.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/MC 45 - DF. Rel. Min. Celso de Mello. J. 29/04/2004. In Informativo de Jurisprudência STF 345, de 26 a 30/04/2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

alemão que reconhecia estarem os pressupostos fáticos do exercício de determinado direito ligados à "reserva do financeiramente possível".

Com base nessa jurisprudência e doutrina, concluiu Dalton Santos de Moraes, em artigo publicado acerca dos custos dos direito no âmbito da atuação estatal:

"Percebe-se, portanto, que a atuação estatal estará sempre limitada à existência de recursos públicos disponibilizados pela própria sociedade, tendo a doutrina denominado este axioma de 'reserva do possível', a qual, conforme será visto adiante, recai não somente sobre os chamados direitos positivos - sociais, econômicos e culturais - mas também sobre os ditos direitos negativos ou 'de liberdade'.<sup>8</sup>

Consoante exposto, o reconhecimento de um direito ao consumidor gera, na maioria das ocasiões, ônus financeiros ao fornecedor. Portanto, se demonstra coerente considerar que o axioma da "reserva do possível" não deve se aplicar tão somente às relações envolvendo o Estado, mas também às relações consumeristas.

O professo Flávio Galdino critica em seu estudo a jurisprudência do Eg. STJ acerca da impossibilidade do corte de energia elétrica de consumidores inadimplentes, sob pena, inclusive, de o fornecedor ser condenado em danos morais. Essa linha de decisão jurisprudencial seguramente incentiva aos consumidores a não se preocuparem em pagar em dia suas contas de luz, o que acarreta um ônus excessivo não apenas ao fornecedor, como aos demais consumidores que quitam no vencimento seus débitos.

Como o próprio autor supramencionado asseverou: "a falsa ideia de que alguns direitos nada custam, ou são gratuitos, essa sim gera irresponsabilidade."<sup>9</sup>

## **5. Referências bibliográficas**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Resp 2001/0137027-6. Rel.: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Fonte: DJ 22.09.2003, p. 331.

---

<sup>8</sup> MORAIS, Dalton Santos. A importância jurídica dos custos da atuação estatal. *Informativo de Direito Administrativo e LRF*. Curitiba, n. 40, p. 349-356, nov., 2004.

<sup>9</sup> GADINO, Flávio. *op. cit.*, p. 227

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

GALDINO, Flávio. *Direitos não nascem em árvore*. Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público. Orientador: Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro, 2001.

MANNING, Richard L. Products liability and prescription drug prices in Canada and the United States. *Journal of Law and Economics*, Chicago, n. 40, p. 203-243, abr., 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

MORAIS, Dalton Santos. A importância jurídica dos custos da atuação estatal. *Informativo de Direito Administrativo e LRF*. Curitiba, n. 40, p. 349-356, nov., 2004.

SILVA, João Calvão. Responsabilidade civil do produtor. Coimbra: Almedina, 1999, p. 498-499.

SUNSTEIN, Cass, HOLMES, Stephen. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton e Company, 1999.