

Ana P. Barcellos  
Ana P. C. Barbosa  
Fernanda D. L. L. da Silva  
Flávio Galdino  
Gustavo Binenbojm  
Gustavo M. Ribeiro

TEMAS  
RENOVAR

Jane R. G. Pereira  
Marcello Ciotola  
Nelsson Saldanha  
Ricardo Lobo Torres  
Rogério S. do Nascimento  
Vicente de Paulo Barretto

---

# LEGITIMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

---

Organizador:  
RICARDO LOBO TORRES

RENOVAR

LEGITIMAÇÃO  
DOS  
DIREITOS HUMANOS

# Legitimação dos Direitos Humanos

*Ana Paula de Barcellos*  
*Ana Paula Costa Barbosa*  
*Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva*  
*Flávio Galdino*  
*Gustavo Binenbojm*  
*Gustavo Moulin Ribeiro*  
*Jane Reis Gonçalves Pereira*  
*Marcello Ciotola*  
*Nelson Saldanha*  
*Ricardo Lobo Torres*  
*Rogério Soares do Nascimento*  
*Vicente de Paulo Barretto*

**Organizador**  
*Ricardo Lobo Torres*

TEMAS RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo

2002

Todos os direitos reservados à  
LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.  
MATRIZ: Rua da Assembléia, 10 – Sls. 2420/2421 – Centro – RJ  
CEP 20.011-901 – Tels: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135.  
LIVRARIA CENTRO: Rua da Assembléia, 10 – Loja E – Centro – RJ  
CEP 20.011-901 – Tels: (21) 2531-1338 / 2531-1316 / 2531-3222.  
LIVRARIA IPANEMA: Rua Visconde de Pirajá, 273-Loja A – Ipanema – RJ  
CEP: 22.410-001 – Tel: (21) 2287-4080.  
FILIAL RJ: Rua Antunes Maciel, 177 – São Cristóvão – RJ CEP 20.940-010  
Tels: (21) 2589-1863 / 2580-8596 / 3860-6199 Fax: (21) 2589-1962.  
FILIAL SP: Rua Santo Amaro, 257-A – Bela vista – SP  
CEP 01.315-001 – Tels: (11) 3104-9951

www.editorarenovar.com.br      renovar@editorarenovar.com.br  
SAC 0800-221863

*Conselho Editorial*

Arnaldo Lopes Sussekind – Presidente  
Carlos Alberto Menezes Direito  
Caio Tácito  
Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.  
Celso de Albuquerque Mello  
Ricardo Pereira Lira  
Ricardo Lobo Torres  
Vicente de Paulo Barreto

*Revisão Tipográfica*  
Julio Boto  
Renato R. Carvalho

*Capa*  
Julio Cesar Gomes

*Editoração Eletrônica*  
TopTextos Editoração Gráfica Ltda

**Nº 1034**

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

L410

Legitimação dos Direitos Humanos / Ana Paula de Barcellos.  
[et al.]; Org.: Ricardo Lobo Torres. – Rio de Janeiro: Renovar,  
2002.

562 p., 21 cm. – (Temas)

ISBN 85-7147-615-2 (broch.)

I. Direito. I. Ana Paula de Barcellos. II. Torres, Ricardo Lobo.  
III. Título.

CDD: 340

Proibida a reprodução ( Lei 9.610/98)  
Impresso no Brasil

## Nota Sobre os Autores

**Ana Paula de Barcellos** — Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UERJ. Mestre em Direito Público pela UERJ. Autora de: *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O *Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Advogada no Rio de Janeiro.

**Ana Paula Costa Barbosa** — Mestre e Doutoranda em Direito Público pela UERJ. Professora de Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional da Universidade Estácio de Sá.

**Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva** — Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Professora do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito da Fundação Getúlio Vargas — FGV. Mestre em Ciências Jurídicas — PUC/RJ. Doutoranda em Ciências Jurídicas — PUC/RJ. Juíza Federal da 3ª Vara Federal de Execuções Fiscais/RJ. Autora de: *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

**Flávio Galdino** — Professor Assistente de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UERJ. Mestre e Doutorando

## O Custo dos Direitos

*Flávio Galdino*

*"Of course it does not follow that rights must be tossed along with everything else into a gigantic cost-benefit machine created and operated by economists" (HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p.102).*

### 1. INTRODUÇÃO E PLANO DO ESTUDO

O presente estudo destina-se precipuamente a analisar o impacto da importante obra dos Professores Cass Sunstein<sup>1</sup> e Stephen Holmes<sup>2</sup>, militantes nos Estados Unidos da América, sobre as concepções tradicionais acerca da natureza dos direi-

---

1 Karl N. Llewellyn Professor of Jurisprudence, The University of Chicago, Law School and Department of Political Science.

2 Professor of Politics at Princeton University and adjunct professor of law at New York University School of Law. É também autor de várias obras importantes, como *Benjamin Constant and the Making of Modern Liberalism*.

tos, notadamente no seio da produção intelectual nacional. Visa também a explorar sumariamente alguns consectários da visão propugnada pelos referidos autores.

Esses autores, no importante livro *The cost of rights* (Cambridge: Harvard University Press, 1999), e o título é expressivo do objeto da obra, dedicam-se realmente à questão dos custos dos direitos. O estudo é desenvolvido a partir da "positividade" dos direitos, discorrendo aqueles autores, dentre outros temas que serão analisados no momento próprio, sobre a relação existente entre o custo de implementação de um direito e a sua significação social, relação esta que vai determinar necessariamente, no que concerne à efetivação, uma análise comparativa dos muitos direitos e seus respectivos custos.

Tem-se por escopo, outrossim, apresentar os autores, oferecendo ao menos um panorama geral da respectiva produção científica, pelo menos no que concerne ao Professor Cass Sunstein, célebre autor de obras relevantíssimas — em sua maioria produzidas na última década —, conquanto pouco conhecido pelos nossos autores, sendo mesmo escassamente referenciado na literatura jurídica brasileira, sem que tenhamos efetivamente notícia de nenhum estudo a seu respeito aqui produzido.

O trabalho divide-se em três partes.

Na primeira parte, discorre-se brevemente sobre a evolução das concepções tradicionais acerca dos direitos no pensamento jurídico brasileiro nos últimos quarenta anos aproximadamente (fazendo-se referência às fontes estrangeiras somente quando indispensável), sobretudo em relação aos direitos fundamentais, e principalmente acerca de sua diferenciação em positivos e negativos, *tout court*. Isto porque esta tipologia é fundamental para muitos temas e seus respectivos autores, eis que, a partir dela, formulam algumas de suas conclusões mais relevantes, de amplo alcance teórico e também prático.

Após, na segunda parte do trabalho, apresenta-se a obra em comento — *The cost of rights* de Cass Sunstein e Stephen Holmes, situando-a como momento de amadurecimento e talvez mesmo de superação das antes mencionadas concepções tradicionais acerca dos direitos, notadamente da tipologia positivo/negativo, a qual, como salientado, continua largamente utilizada até os dias correntes em relação aos direitos fundamentais.

A partir das conclusões obtidas pelos autores comentados é possível, então, extrair algumas conseqüências teóricas e práticas relevantíssimas, as quais, tendo em vista os escopos do trabalho, são igualmente limitadas ao ambiente jurídico brasileiro, e que serão analisadas, ainda que sumariamente, na terceira parte do estudo, principalmente a de que os direitos — qualquer deles — não nascem em árvores.

É verdade. Tem-se por hábito dizer, ao se repudiar uma qualquer situação de desperdício ou mesmo para salientar o próprio valor da pecúnia, que o dinheiro não nasce em árvores. *Alas*. Direitos também não.

## 2. DIREITOS SUBJETIVOS FUNDAMENTAIS POSITIVOS E NEGATIVOS: A EVOLUÇÃO DAS IDÉIAS NO BRASIL

### 2.1. O direito subjetivo como categoria essencial

A expressão "*direito*" é polissêmica. Seja na língua portuguesa, seja em outros idiomas, a mesma palavra — *Recht*, *diritto*, *derecho*, *droit*, *pravo* —, acolhe vários significados diferentes<sup>3</sup>. Mas além de acolher múltiplos conteúdos, bastante diversos entre si, que estabelecem esferas distintas de

3 Vejam-se as considerações de VINOGRADOFF, Paul. *Introducción al Derecho*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 47.

significação, cada uma destas designações é, no seio de sua própria esfera, inçada de controvérsias. Numa palavra: os vários significados da expressão *direito* não são unívocos nem mesmo quando singularmente considerados.

Assim, ao referirmos *direito*, ou seus congêneres mencionados, sem qualquer especificação, podemos estar falando da disciplina — da ciência jurídica; de um conjunto de normas positivadas (*v.g.* o direito brasileiro); ou ainda de uma situação jurídica subjetiva em particular — um direito subjetivo, como seja o direito de preferência legalmente assegurado a uma determinada pessoa que figura como locatária de um determinado bem imóvel residencial urbano; *et coetera*<sup>4</sup>. Constitui exceção merecedora de registro a língua inglesa, que conhece expressões distintas para referir o direito objetivamente considerado — *Law* —, e o direito subjetivamente considerado — *right*<sup>5</sup>.

De outro lado, o tratamento de uma categoria particularmente considerada também enseja inúmeras controvérsias, como a de saber, por exemplo, o que está sendo referido quando falamos, sem esclarecimentos, em direito brasileiro (se se trata somente das normas positivadas ou não, etc.).

Interessa-nos uma determinada categoria designada também como *direito*. Trata-se do chamado, ou mais precisamente, dos chamados *direitos subjetivos*, expressão que também comporta múltiplos significados e conceitos.

Força é reconhecer que os direitos subjetivos admitem variegadas conceituações, destacando-se, sem prejuízo das teorias que negam a própria existência ou relevância dessa

4 Sobre este ponto, confirmam-se as observações de FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito — Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994, p. 33.

5 Acerca da especificidade da língua inglesa, veja-se Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 112, que observa tratar-se de dois fenômenos distintos e que não deveriam ser designados por expressão comum.

categoria<sup>6</sup>, duas formulações, quais sejam, as que ligam o direito subjetivo ao poder de vontade do respectivo titular, e aquelas que o ligam simplesmente ao interesse do titular. Fala-se, então, dentre as afirmativas, em teoria da vontade e teoria do interesse, conforme façam prevalecer um ou outro elemento na respectiva conceituação<sup>7</sup>.

A partir da conjugação das teorias (afirmativas) acima referidas elaborou-se a chamada teoria mista ou eclética<sup>8</sup>, que inclui no conceito de direito subjetivo ambos os elementos antes aludidos, o interesse e a vontade, caracterizando-o, conceitualmente, como um interesse juridicamente protegido e que atribui ao respectivo titular o poder de querer algo. Como sói acontecer em ciência, o conceito de direito subjetivo sofre permanente processo de aprimoramento por parte dos estudiosos.

Assim, a par das muitas discussões sobre o conceito de direito subjetivo, desenvolveu-se também amplo acervo de conceitos correlatos, como sejam os conceitos<sup>9</sup> de situação jurídica subjetiva, de interesses legítimos, de pretensão, tido por alguns autores importantes como o próprio núcleo do direito subjetivo<sup>10</sup>, de *status*, em especial na célebre formula-

6 Sobre o ponto, vide RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, s/d, v. 2, p. 507.

7 Na temática do direito subjetivo destaca-se entre nós a célebre obra de VICENTE RÁO, *op. cit.* Nesta obra são detidamente analisadas as várias teorias relativas aos temas envolvidos e os respectivos autores e obras. Veja-se também, em termos sintéticos, a obra introdutiva de REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 247 e seguintes.

8 REALE, *op. cit.*, p. 253; RÁO, *op. cit.*, p. 494.

9 Sobre tais conceitos, permita-se ainda uma vez referir, em português, a obra de RÁO, *op. cit.*

10 REALE, *op. cit.*, p. 257. Sobre esta e outras concepções, o primoroso estudo de FREIRE, Homero. "Da Pretensão ao Direito Subjetivo". *Estudos Políticos e Sociais* 1 (2): 393-443, 1968. JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano: Società Editrice Li-

ção de Jellinek<sup>11</sup>, e tantos outros. Esta última construção merece uma consideração específica.

Georg Jellinek, certamente um dos cânones da literatura jurídica ocidental, construiu sua teoria dos direitos subjetivos (públicos) sobre a idéia de *status*, retomando conceito que fora abandonado pelo liberalismo clássico (onde se considerava o indivíduo independentemente de sua relação com o Estado). Esta sua importante teoria, formulada ainda no século passado, é de suma relevância, sendo objeto de análise crítica nas mais importantes obras do nosso tempo<sup>12</sup>, inclusive no Brasil<sup>13</sup>, onde é utilizada para fundamentar a retomada do importante conceito de cidadania<sup>14</sup>.

O autor chama de *status* os diversos feixes de relações entre o indivíduo e o Estado. A categoria proposta por Jellinek é então um tipo de relação que qualifica o indivíduo a partir do modo de sua integração ao Estado<sup>15</sup> (e, portanto, da conformação deste), estabelecendo agrupamentos de direitos do indivíduo em face do Estado e também deste em face daquele<sup>16</sup>, acompanhados dos respectivos deveres correlatos. Os

---

braria, 1912, p. 60, afirma que a pretensão dá origem ao direito subjetivo, dizendo enfaticamente inclusive, que "*i diritti pubblici subbiettivi consistono perciò, (...) esclusivamente in pretese giuridiche (Ansprüche) (...)*" (p. 96).

11 JELLINEK, *op. cit.*, p. 60.

12 Veja-se a obra seminal de ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 247.

13 Entre nós, é de se lembrar (com saudade) a referência de RAO, *op. cit.*, p. 843 e seguintes. Consulte-se ainda a síntese de TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a Tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 54.

14 TORRES, Ricardo Lobo. "A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos". In: ———. (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 251.

15 JELLINEK, *op. cit.*, p. 96. Acerca da qualificação, ALEXY, *op. cit.*, p. 248.

16 JELLINEK, *op. cit.*, p. 213: "*I diritti dello Stato e delle Comunità*".

vários direitos (públicos) subjetivos — em uma dada sociedade em um dado momento histórico — são sistematizados, assim, a partir da categoria fulcral dos *status*, falando-se, em relação ao indivíduo, em quatro categorias básicas de *status*, quais sejam: passivo, negativo, positivo e ativo<sup>17</sup>.

De toda sorte, e é o que nos importa por ora, a noção de direito subjetivo permanece sendo utilizada (reconhecendo-se, contudo, as indelévels marcas da publicidade da relação jurídica em questão).

Assim, sem prejuízo das múltiplas teorias e dos amplos debates a respeito, e também assim dos demais conceitos que se desenvolveram com o tempo, e ainda sem embargo do prestígio científico das teorias negativistas, o direito subjetivo continua a ser uma categoria essencial ao debate jurídico<sup>18</sup>. Talvez mesmo a mais importante categoria jurídica, no mínimo, como instrumento teórico de operacionalização das posições jurídicas previstas nas normas, ou, consoante a construção de Alf Ross, como ferramenta técnica de apresentação<sup>19</sup>. Assim, sem embargo da ausência de univocidade no conceito, nem muito menos no que concerne ao respectivo conteúdo,

---

17 Conforme averbou JELLINEK em passagem clássica (*op. cit.*, p. 98): "*In questi quattro status, quello passivo, quello negativo, quello positivo, quello attivo, si compendiano le condizioni nelle quali può trovarsi l'individuo nello Stato come membro di esso. Prestazioni allo Stato, libertà dallo Stato, pretese verso lo Stato, prestazioni per conto dello Stato sono i punti di vista dai quali può essere considerata la situazione di diritto pubblico dell'individuo*"; TORRES, *Os Direitos Humanos e a Tributação...*, *cit.*, p. 54.

18 Assim considera ALEXY, *op. cit.*, p. 183. Entre nós, LOPES, José Reinaldo de Lima. "Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito". In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

19 Consoante a terminologia de ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 209. Igualmente, FERRAZ JR., *op. cit.*, p. 151.



continuamos a expressar-nos diuturnamente em termos de direitos subjetivos, inclusive e principalmente em relação aos chamados direitos fundamentais<sup>20</sup>.

Na verdade, e é mister adiantá-lo desde logo, em se tratando de direitos humanos ou fundamentais, convém especificar que se trata de direitos *públicos* subjetivos, cuja especialidade reside exatamente no fato de um dos pólos da relação em questão ser ocupado pelo Estado (no mínimo, na qualidade de garantidor da efetividade daquele).

Neste ponto ressalta a importância de uma breve digressão de ordem histórica (institucional)<sup>21</sup>, de caráter meramente instrumental, e, por conseguinte, sem nenhuma tomada de posição definitiva em relação às controvérsias que cercam o tema.

Note-se, assim, que a idéia de direito subjetivo surge pública originariamente. O pensamento jusnaturalista medieval, que construiu uma noção de direito natural enquanto norma objetiva, cedeu espaço, transmudando-se, de modo que o jusnaturalismo dito moderno ressaltava já os aspectos subjetivos do direito natural, precisamente através do reconhecimento de vários direitos naturais<sup>22</sup>, inatos ao indivíduo e

20 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 101: "A idéia central em torno do qual gravita o tópico ora desenvolvido é a idéia de direito subjetivo".

21 VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 120, dedicou-se detidamente a estudar a história do direito subjetivo. É de se ressaltar que ele empresta sua autoridade à tese de que a noção de direito subjetivo surge antes do próprio termo: "O próprio termo "direito subjetivo" só data do século XIX. Mas a noção de direito concebido como o atributo de um sujeito (*subjectum iuris*) e que existe exclusivamente só na *vantagem* deste sujeito remonta pelo menos ao século XIV. Ela foi pela primeira vez distinguida por Guillaume d'Occam (...)". No texto, sem maiores discussões, aderimos a ponto de vista em alguma medida diverso, referido a seguir.

22 Assim o verbete "Jusnaturalismo", por FASSÒ, Guido. "Jusnatu-

ronáveis (ou exigíveis) ao Estado, pois que anteriores e superiores a ele — em uma palavra: as liberdades<sup>23</sup>, as quais, positivadas, constituíram direitos públicos subjetivos face ao Estado, e, em aparente paradoxo<sup>24</sup>, garantidos por ele.

Dentre as referidas liberdades no seio das quais florescem a idéia e o conceito de direito subjetivo está precisamente a propriedade (liberdade de assenhorar-se de bens), cujo respeito por parte do Estado e a proteção em face dos demais indivíduos assume relevo fundamental neste momento inicial. Há mesmo quem diga que é a propriedade que faz o elo de ligação entre a liberdade (no sentido de direito natural) e o direito subjetivo<sup>25</sup>. Ocorre que, consagrada a propriedade, ou, mais precisamente, o direito de propriedade<sup>26</sup>, como inte-

ralismo". In: BOBBIO, Norberto, *et alii*. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1991.

23 De fato, o que se reconhecia inicialmente eram as liberdades. SALDANHA, Nelson. "Liberdades Públicas". In: *Estado de Direito, Liberdades e Garantias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980, p. 40, explica que a idéia de liberdade precede a de direito subjetivo público. Em verdade, acentua o Mestre, somente após Hugo Grócio e John Locke passou-se a falar em direitos naturais (em sentido subjetivo), pois antes proclamava-se apenas "o" direito natural. Com as revoluções liberais é que as liberdades passam a ser reconhecidas como uma categoria jurídica genérica, o direito subjetivo. Assim, é possível dizer que "Direitos são, portanto, um conceito genérico, onde as liberdades se subsumem como espécie. Historicamente a espécie motivou a conceituação do gênero; juridicamente o gênero qualifica a espécie"; no mesmo sentido: TORRES, *Os Direitos Humanos...*, cit., p. 7, sob o sugestivo título "Da liberdade para os direitos", e p. 43; e FERRAZ JR., *op. cit.*, p. 148.

24 Confira-se, *ad exemplum tantum*, BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. "Cidadania e *Res Publica*: a Emergência dos Direitos Republicanos". *Revista de Direito Administrativo* 208: 153, 1997.

25 LOPES, *op. cit.*, p. 120. VILLEY, *op. cit.*, p. 125.

26 Sobre a diferença entre a propriedade e o direito de propriedade, anotando a orientação a respeito do clássico AUGUST THON, v. SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 142.

grando a inviolável esfera privada do indivíduo, seu regramen-  
to passa a ser objeto de atenção quase exclusiva do Direito  
Privado<sup>27</sup>.

Assim, sem embargo da origem pública da idéia de direito  
subjctivo, seu desenvolvimento ocorre sob influência de uma  
ótica eminentemente privatística, notadamente sob a égide da  
Pandectística alemã do século XIX<sup>28</sup>, corrente de pensamen-  
to que, sobre a base do direito romano (*Pandectas*), busca  
elaborar uma construção sistemática do direito — um sistema  
marcado pela clausura e plenitude<sup>29</sup>, e donde derivou uma  
ciência do direito fundada em conceitos meramente formais  
(*Begriffsjurisprudenz*).<sup>30</sup>

Basta a demonstrá-lo que as duas teorias até hoje domi-  
nantes acerca do direito subjctivo referidas acima — da von-  
tade e do interesse — são devidas a dois célebres cultores do  
Direito Privado do século passado: Friedrich Karl von Savigny  
e Rudolph von Jhering, respectivamente. Assim, o conceito  
que nasce público, cresce privado<sup>31</sup> no seio da então nascente

27 Civilista de escol, RESCIGNO, Pietro. "Per Uno Studio Sulla  
Proprietà". *Rivista di Diritto Civile* 18: 7, 1972, fala de um momento  
histórico de privatização da propriedade (*privatizzazione della pro-  
prietà, carattere costante delle legislazioni dell'Ottocento*).

28 MICHEL VILLEY, *op. cit.*, p. 122, ressalta a influência da Pan-  
dectística sobre a noção de direito subjctivo. Sobre a Pandectística,  
vide a obra seminal de WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado  
Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 491 e  
seguintes.

29 WIEACKER, *op. cit.*, p. 494 e 497.

30 Muitos autores dedicam-se ao tema. Por todos, veja-se HESPA-  
NHA, Antonio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Eu-  
ropéia*. Lisboa: Forum da História — Publicações Europa-Améri-  
ca, 1997, p. 185.

31 É bastante expressiva a observação de HESPANHA, *Panorama...*,  
*cit.*, p. 154, dos poucos autores a tratar da questão com precisão:  
"Esta teoria dos direitos naturais (ou subjctivos), que começa por ter  
aplicações importantes nos domínios do direito público, era, na sua  
natureza íntima, uma teoria de direito privado, pois dizia respeito,

e hoje dominante "teoria geral do direito"<sup>32</sup>, e essa evolução  
conceitual de base eminentemente privatística e individualis-  
ta despreza muitas notas marcantes da natureza pública dos  
direitos subjctivos reconhecidos (declarados ou constituídos)  
em face do Estado.

Com efeito, produto do individualismo que informa a  
Pandectística, o conceito de direito subjctivo tipicamente uti-  
lizado pelos autores (notadamente no Brasil) é desenvolvido  
sob o prisma privado, tendo como pressuposto (ou protóti-  
po), por exemplo, uma relação jurídica simples entre dois  
indivíduos singularmente considerados, duas partes, via de  
regra de conteúdo obrigacional<sup>33</sup>. Tal formulação conceitual,  
ao contrário do que se usa afirmar<sup>34</sup>, é manifesta e absoluta-  
mente inadequada para designar as situações subjctivas refe-

originariamente, ao modo de ser das relações entre os indivíduos. E  
foi, de facto, nos domínios do direito privado que ela teve consequên-  
cias mais duradouras, fornecendo a base para a construção doutrinal  
efectuada pela pandectística alemã do século XIX".

32 Veja-se também SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Cons-  
titucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 190-3, onde discorre o  
autor sobre o privatismo predominante no momento de elaboração da  
assim chamada teoria geral do Direito, o que determinou a tendência  
no sentido de transportar para o direito público o pendor dogmático  
encontrado no direito privado.

33 Bastante expressiva a afirmação de LOPES, *op. cit.*, p. 120: "Estas  
concepções modernas de direito subjctivo têm a característica do  
reflexo: funcionam quando se trata de dois indivíduos, duas partes.  
A questão se complica quando se trata de falar de direitos, liberdades  
para a manutenção da vida em geral, não apenas das trocas individuais".  
Esta bilateralidade, necessária ao conceito dominante de direito sub-  
jctivo, implica, dentre outros efeitos, a mutação da noção de direito  
real, em uma palavra, determina a pessoalização do direito real, com  
consequências indesejáveis, como anota com precisão OVIDIO SIL-  
VA, *op. cit.*, p. 140.

34 Assim KELSEN, *op. cit.*, p. 126, sustentando ser possível agrupar  
sob o mesmo termo direito (*right*) os direitos privados e os direitos  
públicos (por exemplo, os políticos).

rentes aos direitos públicos subjetivos (e bem assim para a assegurar a respectiva tutela).

Os direitos públicos subjetivos devem ser conceituados a partir da especialidade da situação (ou relação) de natureza pública de onde promanam, e também tendo em vista o tipo de prestação (dever jurídico) a ela correlato: a natureza pública da prestação influi sobre o conceito, afastando a conceituação elaborada em base meramente privatística (que é francamente insuficiente).

Neste sentido, a obra de Sunstein e Holmes é útil para uma reavaliação — ao menos parcial — do conceito de direito público subjetivo, na medida em que aquilo que supostamente é exigível do Estado depende de forma direta e imediata daquilo que este pode suportar.

## 2.2. Direitos fundamentais: positivos e negativos

Como observado, para os fins do presente estudo, interessa-nos uma determinada categoria de direitos subjetivos — os direitos fundamentais ou direitos humanos, salientando-se desde logo que há a grande controvérsia acerca de saber quais dentre os muitos direitos do homem são dotados de exigibilidade ou sindicabilidade em sede jurisdicional (ou ainda, quais são direitos subjetivos *stricto sensu*), ficando afastada, dados os limites e escopos do presente trabalho, as muito complexas questões acerca da justificação ou da fundamentação dos direitos humanos<sup>35</sup>.

35 Isto não significa que *ainda* (dada nossa manifestação anterior em estudo como graduando) estejamos com BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25, no ponto em que asseverou “que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. A questão da fundamentação permanece de suma relevância, ganhando vulto a cada dia. *Ad exemplum tantum*, e em caráter introdutivo, seja permitido remeter aos diversos estudos incluídos na

De plano, cumpre observar que a própria nomenclatura que envolve o tema suscita escrúpulos. Sem embargo da existência de críticas acerca da própria vagueza dos termos envolvidos<sup>36</sup>, nossa preocupação dirige-se ao fato de que, com o fito de examinar o mesmo fenômeno, por influências várias, os doutores servem-se de rótulos diversos, causando muita vez, indesejável confusão teórica, com graves conseqüências de ordem prática. Assim, para ficar apenas na esfera genérica, fala-se, indiscriminadamente, em direitos do homem, liberdades públicas, direitos humanos, direitos fundamentais, *et coetera*. Neste estudo, preferindo-se as expressões ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’, seguindo-se prestigioso entendimento, todas são tidas por sinônimas<sup>37</sup>.

Mais especificamente, importa aqui uma determinada tipologia de direitos (subjetivos) fundamentais, que alguns autores implicitamente atribuem a Isaiah Berlin (enquanto fruto de uma famosa conferência pronunciada no ano de 1958 na Universidade de Oxford)<sup>38</sup>. Cuida-se aqui da divisão entre

---

obra coletiva coordenada por TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

36 Como leva a efeito BOBBIO, *op. cit.*, p. 17.

37 A expressão direitos fundamentais — mais uma influência tedesca — originariamente era utilizada para designar o momento de recepção no ordenamento positivo dos direitos humanos. Sobre as questões terminológicas, esclarecendo a origem de cada uma das expressões, e ressaltando a irrelevância das diferenças sob o prisma prático, veja-se MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 9 e seguintes. Vide ainda SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 179 e seguintes (referindo, p. 182, que a expressão direitos fundamentais do homem é a mais adequada). Afirmando tratar-se de expressões sinônimas, veja-se TORRES, Ricardo Lobo. *Direitos Humanos...*, cit., p. 8 e seguintes, cuja posição é por nós adotada.

38 Assim, por exemplo, BRESSER PEREIRA, *op. cit.*, p. 158, invocando o clássico ensaio de BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981: “Essa distin-

direitos fundamentais chamados “positivos” e direitos fundamentais chamados “negativos” (para Berlin, liberdade positiva e liberdade negativa).

Não nos parece tenha a importantíssima construção de Berlin a invocada precedência histórica<sup>39</sup>. Ademais, embora as idéias de “positivo” e “negativo” desenvolvidas pelo autor sejam em alguma medida semelhantes às referidas no presente estudo, ou seja, digam respeito à relação entre a liberdade e a autoridade, seu enfoque é bastante diverso, sendo antes de natureza filosófica (ou mesmo política) que jurídica, destinando-se a estudar preferencialmente o conflito entre as duas mencionadas espécies de liberdades<sup>40</sup>, sendo certo que, tendo sido escrito no auge da Guerra Fria (1958), constitui-se num libelo em defesa da preponderância da liberdade negativa (em desfavor, portanto, da positiva)<sup>41</sup>.

Ademais, no estudo referido Berlin não trata das prestações positivas do Estado. Em realidade, Berlin fala em liberdade positiva no sentido de auto governo e participação<sup>42</sup>, sem

---

ção, que na sua formulação contemporânea se deve a Isaiah Berlin (...)”.

39 Apesar da referência provir de autoridade, acreditamos que a distinção de BERLIN, além de inconfundível com a ora analisada, é também posterior (o que se confirma, por exemplo, a partir da referência constante da nota 43).

40 BERLIN, *op. cit.*, p. 164.

41 Neste sentido, HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 239, nota 3: “*The distinction between negative rights and positive rights should not be confused with the similar-sounding distinction between negative and positive liberty, popularized by Isaiah Berlin (...)*”. Criticando, noutro passo, em parte, a construção de BERLIN, veja-se o mesmo HOLMES, Stephen. “Las Reglas Mordaza o la Política de Omisión”. In: *Constitucionalismo y Democracia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 53-4.

42 Refere este sentido, entre nós, SILVA, José Afonso. *Curso...*, cit., p. 235.

tocar o caráter prestacional dos direitos respectivos. Este autor também opera com a importante diferença entre a liberdade *de* e a liberdade *para*, que se constitui em instrumento sobremodo útil para muitos autores<sup>43</sup> no sentido de diferenciar a liberdade em si mesma das condições necessárias para o seu exercício.

Assim é que, sob o prisma jurídico (mas não normativista), o presente estudo dirige-se à análise da classificação dos direitos fundamentais formulada a partir da necessidade ou não de prestação positiva por parte do Estado para sua efetivação<sup>44</sup>, e que, por variadas razões históricas confunde-se, ao menos em parte, com a tradicional divisão entre direitos fundamentais da liberdade e direitos fundamentais econômicos ou sociais.

Mister ressaltar que a expressão “positivo”, aqui utilizada para qualificar os direitos, nada tem a ver com a fonte de onde promanam os mesmos. Com efeito, também a expressão “positivo” possui mais de um significado. Usualmente refere-se ao direito positivo como sendo o conjunto de normas vigentes em um determinado ordenamento. No presente estudo, por outro lado, a referida expressão “positivo” refere direitos que demandam prestação estatal.

---

43 BERLIN, *op. cit.*, p. 142. Entre nós, TORRES, *Os Direitos Humanos e a Tributação...*, cit., p. 129.

44 Ninguém menos do que PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 277, assinalava a diferença pelo menos desde a Constituição Republicana brasileira de 1946. Assim: “direitos fundamentais positivos e negativos. É de advertir-se, porém, em que, falando-se de direitos fundamentais negativos e de direitos fundamentais positivos, não se alude ao conteúdo dos direitos subjetivos fundamentais, e sim à pretensão do Estado. É classificação que só atende a isso. (...) Quando se distinguem direitos fundamentais positivos e direitos fundamentais negativos apenas se alude ao papel do Estado na prestação (...)”; Com texto essencialmente igual, o mesmo autor nos *Comentários à Constituição de 1967 — com a Emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974, p. 661.

Observe-se então, por importante, que o critério em que se baseia a citada classificação (positivo/negativo) analisada funda-se no pressuposto de que existem direitos subjetivos cuja efetivação independe completamente da atuação positiva do Estado, ou seja independe de qualquer prestação pública, daí serem chamados direitos negativos (integrando na célebre classificação de Georg Jellinek antes referida, um *status* negativo do indivíduo frente ao Estado)<sup>45</sup>.

Positivo e negativo aqui são expressões empregadas para qualificar a obrigação (ou o dever) correlata ao direito em questão, sobre saber se se trata de uma prestação *facere* ou *non facere, in casu*, a cargo do Estado, que via de regra ocupa o pólo passivo da relação jurídica que tem como objeto um direito fundamental. A não turbação da propriedade privada constitui um *non facere*, uma obrigação negativa, ao passo que a entrega de merenda escolar configura um *facere*, uma obrigação positiva.

Não é ocioso remarcar que o principal juízo de valor que pesa sobre as classificações não versa sobre sua correção, mas sim sobre a sua utilidade. Realmente, em se tratando de um objeto de valor científico meramente instrumental, a “classificação” — e o respectivo critério subjacente — devem ser avaliados, pressupondo-se por óbvio sua coerência interna, em vista de sua utilidade.

Neste sentido, tem-se esta classificação (positivo/negativo) em especial como extremamente relevante e útil, pois a partir dela parece possível discernir entre os direitos funda-

---

45 Fala JELLINEK, *op. cit.*, p. 117, então, no *status libertatis*, que o autor chega a assimilar, para fins explicativos, à conformação dos direitos reais, cuja observância está precisamente na ausência de turbação por parte dos demais indivíduos: “*Nella stessa maniera come al diritto reale corrisponde il dovere puramente negativo da parte delle persone, che eventualmente si trovino in rapporto con colui che ne è investito, di non recargli molestia, così allo status negativo corrisponde unânime analogo dovere da parte di tutte le autorità (...)*”.

mentais que são de pronto exigíveis do Estado (ou do respectivo sujeito que ocupe o pólo passivo da relação jurídica de direito público em questão) e os que não são sindicáveis *ipso facto*.

Com efeito, à primeira vista, parece correto dizer que a conduta meramente omissiva é exigível de plano e *ipso facto*, ao passo que a “ação positiva”, também ao menos aparentemente, parece demandar análise prévia das possibilidades reais ou materiais para sua execução.

De acordo com essa tipologia, serão puramente negativos, por exemplo, os direitos de ir e vir e o direito de propriedade — exemplo aliás, paradigmático, eis que o respeito pela propriedade privada por parte do Estado e seus agentes dispensa qualquer ação positiva, ao contrário, a repele. Com efeito, não se exige uma prestação estatal positiva para que seja possível o exercício destes direitos. Com fulcro no mesmo critério, serão positivos, por exemplo, os direitos à educação e à saúde, os quais não podem ser autonomamente exercidos pelos indivíduos de *per se*, demandando atuação estatal em forma de prestação positiva para sua efetivação.

Esta talvez seja, realmente, a mais importante classificação dos direitos fundamentais, senão sob o aspecto dogmático, pelo aspecto prático (de sua utilidade) e sob a ótica da efetividade<sup>46</sup>. Com efeito, a partir da classificação *sub examine*, costuma-se até mesmo identificar uma linha histórica, dita evolutiva, dos Estados e de suas constituições.

Com a ascensão do pensamento liberal (*stricto sensu*, na Idade Moderna) de matriz individualista, o Estado, como visto acima, passou a reconhecer como direitos subjetivos as liberdades individuais, as quais, positivadas, constituíram direitos públicos subjetivos face ao Estado. Tais seriam os únicos direitos exigíveis do Estado, e que se constituiriam em abstenções.

---

46 V. BARROSO, *op. cit.*, sobre a efetividade dos direitos constitucionalmente protegidos (*rectius*: prometidos).

Refere-se, então, à passagem de um Estado guarda-noturno, que funcionava na imagem célebre, como um algodão entre os cristais — o Estado Liberal, ao Estado Social<sup>47</sup>, que longe da postura meramente omissiva, deve intervir nas relações sociais com o escopo de realizar justiça social, efetuando por si ou por outrem (direta ou indiretamente) prestações positivas de molde a — tomando por empréstimo a imagem que o Grande Jurista forjou a outro propósito — afeiçoar a realidade sensível, na medida do possível, àquilo que, segundo o direito, ela deve ser.

O traço marcante desta evolução institucional é justamente o reconhecimento — tido, sob o prisma intelectual, como herança dos movimentos socialistas e da própria doutrina social da Igreja, e que tem por marcos históricos institucionais a Constituição mexicana de 1917 e alemã de Weimar<sup>48</sup> de 1919 — de determinados direitos econômicos e sociais; direitos cuja observância depende de uma prestação positiva do Estado.

Assim, enquanto o Estado do tipo 'Liberal' é referido como aquele cuja constituição reconhece apenas direitos negativos (liberdades) — o caráter declaratório é estampado de modo inconfundível na marca das *Declarações de Direitos* do Ocidente<sup>49</sup> — eis que apenas atestava a existência de coisa anterior no sentido lógico e temporal, e prioritária no sentido axiológico<sup>50</sup>, o Estado social e sua constituição reconhecem os

47 Expressão que, aliás, dá título a importante obra de BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 1996.

48 Consulte-se GUEDES, Marco Aurélio Peri. *Estado e Ordem Econômica e Social — a Experiência Constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

49 Sobre as Declarações de Direitos, seu sincretismo e sua ambição universalista, veja-se GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 329 e seguintes.

50 SALDANHA, Nelson. "Liberdades Públicas...", cit., p. 39.

direitos positivos, consubstanciados na exigibilidade jurídica (ou justiciabilidade, ou ainda sindicabilidade) de prestações estatais positivas, daí porque falar-se que através dessa evolução transita-se da simples pretensão de omissão para a proibição de omissão<sup>51</sup>.

### 2.3. Evolução das idéias acerca dos direitos positivos e negativos

#### 2.3.1. Delimitação do objeto do capítulo: modelos de pensamento sobre direitos fundamentais

Sem embargo do grande interesse que essa evolução institucional desperta, não nos importa neste momento a linha evolutiva das instituições jurídicas (ou a história dos direitos do homem<sup>52</sup>); de fato, interessa-nos por ora a evolução das idéias, a qual demanda outro tipo de análise histórica, diversa daquela e fundada precipuamente na produção acadêmica e intelectual, cujas obras se tornam por assim dizer os "fatos históricos" sob análise<sup>53</sup>.

Assim, tem-se por escopo aqui tão-somente apresentar um panorama — de traços simples, porém seguros — da concepção atualmente admitida acerca dos direitos fundamentais, enquanto sejam positivos ou negativos, e do processo intelectual que se seguiu até o presente momento. Cuida-se

51 PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 29.

52 Neste sentido, em vernáculo, COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

53 Para nos servirmos das expressões ao gosto dos ingleses, pode-se afirmar que a primeira parte do presente estudo versa sobre a *law in the books*, e não sobre a *law in action*. V. HESPANHA, António Manuel. *História das Instituições — Épocas Medieval e Histórica*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11 e seguintes, sobre a diferença entre as várias perspectivas no estudo de cunho histórico — história das instituições, das fontes, ou da dogmática jurídica.

de estudo de caráter instrumental, e que se destina a fundar as bases para a demonstração de que a obra posteriormente submetida a análise — *The cost of rights* — consubstancia um momento de amadurecimento da concepção corrente acerca dos direitos.

O estudo que se segue, contudo, tem seu objeto restrito à produção de idéias tal como difundidas Brasil (*rectius*: a partir da produção de autores brasileiros) nos últimos quarenta anos aproximadamente (fazendo-se referência às fontes estrangeiras apenas quando seja indispensável), e mesmo assim, as citações são meramente ilustrativas, estando longe dos escopos do autor, e mais ainda de suas possibilidades reais, elaborar a história circunstanciada das idéias jurídicas no País sobre os direitos fundamentais. Assim, o objetivo do capítulo é apenas inventariar algumas teorias mais influentes, de molde a evidenciar as tendências e idéias dominantes. Este escopo justifica as múltiplas citações efetuadas, algumas vezes longas, sempre em pé de página, indispensáveis, contudo, para a demonstração das idéias aludidas no texto, e de sua evolução.

É nestas circunstâncias que nos parece importante evidenciar a evolução ocorrida até que se chegasse à presente fase. A observação permite-nos condensar em cinco momentos diversos a evolução das concepções acerca dos direitos tendo em vista a aludida tipologia positivo/negativo.

Por evidente, não se trata de compartimentalização em modelos teóricos puros ou fases estanques, precisamente demarcadas em quadras históricas. Ao revés, tem-se aqui um simples esforço de identificação de tendências dominantes, as quais, como sói ocorrer no seio da produção intelectual, são marcadas antes pela predominância do que pela exclusividade<sup>54</sup>.

54 Embora em referência a movimentos históricos de longa duração, é aplicável aqui a explicação de HESPANHA, *História das Instituições...*, cit., p. 37, de que a periodização é, antes que uma divisão meramente arbitrária, uma necessidade interna da própria historiografia.

Preliminarmente, é muito importante salientar que os modelos teóricos (ou fases da dogmática jurídica) cuja 'evolução' busca-se estabelecer neste capítulo não se confundem de modo algum com a delimitação, já tradicionalmente referida pelos autores, dos direitos fundamentais em fases ou gerações históricas (houve ainda quem fale em gestações históricas).

A tradicional formulação geracional apresenta alguma utilidade para compreensão dos fenômenos em questão, embora suscite hoje muitas cautelas<sup>55</sup>, pois, como também sói acontecer com as construções dogmáticas, os vários autores — muitos deles no afã de inusitada originalidade (que neste caso também padece do vício da inutilidade) — atribuem conteúdos diversos às várias gerações, acerca das quais não há uniformidade sequer quanto ao número (três, quatro ou cinco?). Na medida em que a linguagem não seja unívoca, torna-se perigosa à ciência a sua utilização. O de que se há mister em ciência — em especial do Direito — é a precisão terminológica.

Atribui-se a construção original a T.H. Marshall<sup>56</sup>. Este autor, Professor Emérito de Sociologia da Universidade de Londres, estudando o desenvolvimento da cidadania na Ingla-

55 Observa CELSO MELLO, *op. cit.*, p. 43, o internacionalista, que no âmbito do Direito Internacional, a primeira geração dos direitos fundamentais é constituída pelos direitos sociais (cujo marco histórico de reconhecimento na seara internacional é a criação da OIT — Organização Internacional do Trabalho em 1919), ao contrário do Direito Interno, em que integram a segunda ou mesmo terceira geração.

56 Trata-se do livro *Sociology at the crossroads and other essays*; há tradução para o vernáculo intitulada *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, onde indica-se a data da obra original: 1963. BRESSER PEREIRA, *op. cit.*, p. 152, dos poucos autores que adota a genealogia de MARSHALL, indica outro livro daquele autor — *Citizenship and Social Class*, segundo ele, originalmente publicado em 1950; livro este a que, contudo, ainda não tivemos acesso, tornando materialmente impossível a referência. Ainda sobre MARSHALL, confira-se a síntese de ESPADA, João Carlos. *Direitos Sociais da Cidadania*. São Paulo: Massao Ohno, 1999, p. 16 e seguintes.

terra, dividiu-a em três elementos, o civil, o político e o social, e buscou estabelecer as fases em que surgiram os respectivos direitos na prática político-jurídica inglesa. Os autores brasileiros, de um modo geral, não têm hábito de fazer referência a esta construção.

Com efeito, a construção teórica aparentemente mais utilizada e referenciada aqui<sup>57</sup> (bem como alhures<sup>58</sup>), difere três gerações (ou dimensões<sup>59</sup>) de direitos fundamentais, a saber, (a) direitos de primeira geração, os direitos individuais e políticos — *verbi gratia* liberdade de expressão e participação política, (b) direitos de segunda geração, os direitos sociais, culturais e econômicos — *e.g.* direito à prestação assistencial de saúde, e (c) direitos de terceira geração, os chamados direitos de solidariedade ou da fraternidade<sup>60</sup> — como sejam

57 Veja-se PIOVESAN, *Proteção Judicial...*, cit., p. 31, n. 18 (com referência a MARSHALL). Vide também FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 6, e BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 514 e seguintes, os quais, sem fazer referência a MARSHALL, atribuem a construção original a KAREL VASAK (p. 58 e p. 517, respectivamente), em referência a um texto de 1979. 58 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 362. ARA PINILLA, Ignacio. *Las Transformaciones de los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 112 e seguintes.

59 Ressalva BONAVIDES, *Curso...*, cit., p. 525, que "o vocábulo 'dimensão' substitui com vantagem lógica e qualitativa o termo 'geração', caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade", posição a que adere expressamente o português CANOTILHO, *op. cit.*, p. 363, n. 27, e também SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 46. Utilizando a expressão "dimensão" em sentido diferente — aplicado à importante noção de cidadania, e, *concessa venia*, muito mais adequado, consulte-se RICARDO LOBO TORRES, "Cidadania Multidimensional...", cit., p. 252.

60 Quanto ao fundamento comum de tais direitos — fraternidade ou

direitos de titularidade coletiva ao meio ambiente saudável e ao desenvolvimento.

A aludida classificação foi ampliada por alguns e modificada por outros, passando a prever uma quarta e até mesmo uma quinta geração de direitos fundamentais. Tais ampliações e modificações não se encontram perfeitamente assentadas, ocorrendo ampla controvérsia entre os doutores acerca dos respectivos conteúdos<sup>61</sup> e mesmo quanto aos seus fundamentos<sup>62</sup>, controvérsia esta que alcança, aliás, também as demais

solidariedade — não há concerto entre os autores. BONAVIDES, *Curso...*, cit., p. 523 fundamenta na fraternidade. FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 57 prefere fixar o fundamento na solidariedade. Parece haver razão na observação de RICARDO LOBO TORRES, "Cidadania Multidimensional...", cit., p. 241, no sentido de que ambas as expressões são fungíveis (e ambas por demais abstratas), explicando que "solidariedade" substituiu no século XX o termo "fraternidade", o qual, fruto célebre da Revolução Francesa, teria perdido vigor durante o século XIX.

61 PAULO BONAVIDES, *Curso...*, cit., p. 524 e seguintes, por exemplo, fala nos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo como direitos de quarta geração. Também LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos — Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 131, fala em direitos de quarta geração, especificando que se trata, ao lado dos de terceira geração, de direitos de titularidade coletiva, diversamente daqueles que integram as duas gerações anteriores, de titularidade individual, sem, contudo, especificar detalhadamente os respectivos elencos. INGO SARLET, *op. cit.*, p. 52, embora afaste a existência de uma quarta geração (ainda pendente de reconhecimento), refere a posição de LAFER, *op. cit.*, p. 171, sem ressalvas, o que poderia fazer presumir adesão. De outro lado, OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 86, inclui em uma quarta geração direitos relacionados à biotecnologia (*v.g.* de manipulação genética) e na quinta direitos decorrentes da realidade virtual; COMPARATO, *op. cit.*, p. 255, que usa falar em etapas de afirmação dos direitos humanos, também refere uma quarta etapa, de direitos cuja titularidade pertence à humanidade integralmente considerada.

62 *Ad exemplum tantum*, registre-se que FÁBIO KONDER COMPA-



gerações aludidas (e até mesmo fora do Brasil<sup>63</sup>), tornando a utilização da nomenclatura, acaso desacompanhada dos devidos esclarecimentos, muito pouco informativa, e, portanto, desaconselhável em sede científica.

De toda sorte, saliente-se que os modelos ou fases que se tenciona estabelecer neste trabalho não se confundem com a referida formulação geracional, já que observam critérios diversos (sendo oportuno ressaltar, contudo, que tais critérios não são meramente tangentes, senão secantes mesmo). Repita-se: trata-se de inventário de idéias acerca da positividade dos direitos fundamentais, e não de história institucional dos próprios direitos fundamentais.

Todavia, deve-se de logo ressaltar, na medida em que a diferença entre os direitos de liberdade e os direitos econômicos e sociais repousa justamente na positividade destes últimos, que os resultados finais da avaliação que se leva a cabo acerca dos direitos positivos e negativos farão descortinar um equívoco amparado também naquelas classificações geracionais (embora sob o prisma institucional a idéia de gerações persista válida).

E mais, a discussão desenvolvida acerca da positividade dos direitos (especialmente dos direitos fundamentais) busca demonstrar que novas luzes iluminam essa temática, com amplos e profundos reflexos sobre as complicadas e sempre atuais questões em torno da sindicabilidade dos direitos fundamentais (em especial dos sociais).

---

RATO, *op. cit.*, p. 52, empresta sua autoridade ao entendimento de que a solidariedade é o fundamento dos direitos sociais — geralmente indicados como de segunda geração —, ao contrário dos que entendem tratar-se do fundamento referente à terceira geração, conforme supra-indicado.

63 CANOTILHO, *op. cit.*, p. 362, que inclui os chamados direitos sociais na terceira geração (ou dimensão), e fala em uma quarta geração, que seria integrada pelos direitos dos povos ou da humanidade (*e.g.* direito de autodeterminação, direito ao desenvolvimento, etc.).

O tema é realmente de extrema atualidade e suma importância. Por mais não fosse, abstraindo-se de sua relevância prática, o porte dos autores que se dedicam a ele já demonstraria seu relevo teórico. De outro lado, nada ocioso salientar que se trata de posições — acerca da positividade e mesmo a propósito das gerações antes citadas —, ademais, também expressamente reconhecidas e utilizadas pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal<sup>64</sup>.

Demonstrado o interesse superlativo no tema em análise, e com as aludidas ressalvas, procuramos estabelecer cinco modelos teóricos (que talvez possam ser caracterizados como fases de uma evolução dogmática ou conceitual<sup>65</sup>), a saber:

(I) modelo teórico da indiferença: o caráter positivo da prestação estatal e o respectivo custo são absolutamente indiferentes ao pensamento jurídico.

(II) modelo teórico do reconhecimento: a produção intelectual funda-se no reconhecimento institucional de direitos a prestações (ditos sociais), o que implica reconhecer direitos positivos; ao mesmo tempo afasta-se a pronta exigibilidade desses novos direitos.

(III) modelo teórico da utopia: a crítica ideológica e a crença em despesas sem limite iguala direitos negativos e

---

64 Multiplicam-se os exemplos. *Ad exemplum tantum*, veja-se a decisão proferida no julgamento, pelo Tribunal Pleno, do Mandado de Segurança 22164/SP, de que foi Relator o eminente Ministro Celso de Mello (publicado no DJ, Parte I, de 17.11.1995, p. 39206), o qual faz referência inclusive a uma nota de "inexauribilidade" dos direitos de terceira geração (ditos direitos de solidariedade).

65 A expressão "fases" pode conduzir à conclusão de que se trata de idéias que se substituem ao longo do tempo, o que certamente não ocorre, e é extensamente demonstrado pelas referências a muitas obras e autores contemporâneos, razão pela qual preferimos utilizar o termo "modelos teóricos", embora desejemos salientar que tratamo-las (as idéias) efetivamente como fruto de uma evolução, na medida do possível, igualmente retratada no texto.

positivos, a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, mas o elemento custo é desprezado.

(IV) modelo teórico da verificação da limitação dos recursos: o custo assume caráter fundamental, de tal arte que, mantida a tipologia positivo/negativo, tem-se a efetividade dos direitos sociais como sendo dependente da reserva do possível.

(V) a superação dos modelos anteriores: tem-se por superada essa tradicional tipologia positivo/negativo dos direitos fundamentais.

Vejamo-los com maior detenção.

### 2.3.2. O modelo teórico da indiferença

Neste momento desconsidera-se simplesmente a existência de direitos fundamentais "positivos", e, bem assim, as prestações estatais necessárias à sua efetivação.

A produção intelectual é reflexo aqui da orientação política libertária e liberal (consagrada, por exemplo, com a Revolução Francesa de 1789), de matiz estritamente individualista. Reconhecendo-se os direitos de liberdade como sendo imanentes ao homem, e, portanto, anteriores e superiores ao próprio Estado, de tal sorte que este apenas os declara (daí a utilização da expressão *Declaração* de direitos), não havia sequer espaço para discutirem-se as prestações estatais necessárias à sua efetivação.

Destarte, a produção teórica original (predominantemente européia), de viés claramente jusnaturalista<sup>66</sup>, não esboçava consideração acerca da necessidade de prestações estatais positivas para efetivação de direitos públicos subjetivos, ou sobre a relevância do conteúdo econômico dos direitos individuais, de sorte que a intervenção estatal no domínio econômico privado era não apenas evitada, mas repudiada.

<sup>66</sup> Quanto ao tema, confira-se, em termos sintéticos, FASSÒ, *op. cit.*

Salvo melhor juízo, é possível afirmar que a produção acadêmica nacional de que se trata neste estudo não alcança este momento histórico, ingressando no debate quando este modelo já se encontrava praticamente superado, encontrando eco apenas pela voz de célebres autores europeus cujas obras traduzidas<sup>67</sup> desfrutaram de grande prestígio e colheram grande influência. Constitui curioso hábito nacional que as traduções cheguem ao idioma quando as respectivas idéias já foram superadas — à guisa de exemplo relembrem-se os nefastos efeitos que a recepção tardia das idéias de Kelsen causou à produção intelectual pátria. Sem embargo, faz-se aqui a referência com o fito de demarcar o momento anterior àqueles de que efetivamente nos ocupamos.

### 2.3.3. Modelo teórico do reconhecimento

Reconhece-se a algumas situações jurídicas que demandam prestação positiva do Estado a categoria de direitos subjetivos (fundamentais).

Por influência dos movimentos intelectuais de esquerda e da Igreja, bem como pela crescente necessidade de intervencionismo estatal, os textos constitucionais principiam a elencar como direitos, situações jurídicas cujo conteúdo difere do

<sup>67</sup> O juriconsulto italiano DEL VECCHIO, Giorgio. "Direito e Economia". In: *Direito, Estado e Filosofia*. Rio de Janeiro: Liv. Ed. Politécnica, 1952, autor de algumas das mais importantes obras da literatura jurídica deste século, e que influenciou marcadamente — em boa medida devido à tradução para a língua portuguesa de suas obras — a produção científica nacional, exprimia o pensamento referido no texto de forma enfática, *in verbis*: "Mas é verdade também que grande parte das normas jurídicas se refere a relações sem qualquer conteúdo econômico — por exemplo, os direitos fundamentais". A referência é antes uma homenagem do que uma crítica ao autor, que fazia questão de expressar seu apreço pelo Brasil. Embora a ciência evolua, não se pode menosprezar a contribuição daqueles que estabeleceram pilares sólidos para que ela pudesse avançar.

simples absenteísmo, aparentemente típico dos direitos fundamentais individuais. São direitos que viriam a ser chamados econômicos e sociais (e, ainda, culturais).

Neste passo, a verificação empírica permite reconhecer que os então novos direitos — ao contrário das liberdades clássicas — dependem da atuação positiva Estado, no sentido de que os mesmos somente se efetivam através da prestação estatal dita positiva: “surgem” então os assim chamados direitos fundamentais sociais.

Dizer “surgem os direitos sociais” quer significar o reconhecimento da juridicidade de determinadas situações subjetivas previstas na Constituição em favor dos indivíduos. Ainda não se colocava — no momento inicial, o problema da efetividade de tais direitos, ou, mais precisamente, da força normativa das normas constitucionais (dentre as quais se destacam as atributivas de direitos fundamentais).

O dado temporal — expresso na idéia de “surgimento” — é deveras importante aqui. Importa observar que estamos analisando uma construção dogmática baseada em uma determinada leitura da história institucional dos direitos do homem, e o que se tenciona remarcar é que esta idéia de “surgimento” dos direitos fundamentais sociais como direitos a prestações estatais implica a noção de que, antes deste “surgimento”, não havia nenhuma positividade nos direitos antes reconhecidos (*in casu*, nos individuais ou da liberdade), o que é realçado pela lição dos doutores<sup>68</sup>.

Reconhecer, através de uma análise histórica institucional, que os direitos sociais e o Estado intervencionista do bem-estar social efetivamente surgem em um determinado momento histórico, não significa — ou ao menos não deveria significar,

68 Lavrou a pena ilustre de TÁCITO, Caio. “Os Direitos do Homem e os Deveres do Estado”. In: *Temas de Direito Público — Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 399: “o florescimento de direitos econômicos e sociais, que *passam* a impor ao Estado um elenco de deveres positivos (...)”.

ao contrário do que se usa afirmar<sup>69</sup> — reconhecer que a “positividade” igualmente só surge neste mesmo momento histórico (este é um vício do pensamento tradicional que o presente estudo também tenciona esclarecer mais adiante).

De qualquer modo, é possível evidenciar uma evolução no tema do reconhecimento dos direitos sociais. Assim, verificasse que houve quem vislumbresse nos direitos econômicos e sociais simples extensões das liberdades clássicas<sup>70</sup>, sem notarem (ou ao menos remarcarem) seu caráter especificamente positivo e prestacional.

Houve ainda autor ilustre que fez ressaltar tão-somente o caráter intervencionista (estatal) desta “fase”, e, salientando a antes excepcional intervenção no domínio privado, não deitou atenção no caráter precisamente prestacional (em verdade, a essência da positividade) desses direitos, muito menos na prestação individualmente considerada<sup>71</sup> (como seja o direito de uma pessoa a uma determinada prestação estatal).

69 Neste sentido, do “surgimento” da positividade através do reconhecimento institucional dos direitos sociais, veja-se o que diz BARROSO, *op. cit.*, p. 99 (grifos nossos): “Os direitos individuais, (*sic*) impõem, em essência, deveres de *abstenção* aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares” (...) “Os direitos econômicos, sociais e culturais, identificados, abreviadamente, como direitos sociais, são de formação mais recente, remontando à Constituição mexicana, de 1917, e à de Weimar, de 1919. Sua consagração marca a *superação* de uma perspectiva estritamente liberal, em que se passa a considerar o indivíduo para além de sua condição individual. Com eles *surgem* para o Estado certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material”.

70 Tratar-se-ia, talvez, de uma fase ou modelo intermediário: reconhece o direito à prestação, sem perceber nitidamente a diferença entre o positivo e o negativo. Neste sentido, situa-se CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios Gerais de Direito Público*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 204 (exemplificando-os com os direitos ao trabalho e à moradia — *rectius*: “ao teto”).

71 Veja-se a doutrina do ínclito MORAES FILHO, Evaristo de. “Da

Evolui-se para a especificação da positividade. Assim, sem embargo, pode-se dizer que este é o momento ou modelo dogmático em que se remarca conceitualmente a essencial diferença entre os direitos fundamentais, classificando-se-lhes a partir da distinção<sup>72</sup> entre positivos ou negativos, conforme demandem ou não uma atuação positiva, em verdade, uma prestação por parte do Estado<sup>73</sup>.

---

Ordem Social na Constituição de 1967". In: CAVALCANTI, Themístocles Brandão (Org.). *Estudos sobre a Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 179: "O que, por outro lado, distingue os direitos sociais da antiga declaração dos direitos do homem e do cidadão é o fato da verdadeira oposição de base conceitual. Estes segundos são limitativos dos poderes do Estado, limitam-lhe o arbítrio, cercando-o de certas liberdades e franquias dos indivíduos como cidadãos isolados. São direitos de caráter negativista, em relação aos poderes públicos, fiéis ao próprio espírito individualista das revoluções dos fins do século XVIII. Os primeiros — direitos sociais — são garantias positivas, inscritas no texto constitucional, em favor dos grupos sociais, da sociedade e de suas manifestações. O papel do Estado aqui não é negativista, de absenteísmo, de omissão; pelo contrário, manifesta-se concretamente, intervindo em favor de certas realizações materiais ou culturais. O seu papel é ativo, e não mais passivo, de mero espectador. Tudo isso acompanhou o próprio desenvolvimento da legislação social ordinária, rompendo com o tradicional individualismo jurídico, egoísta, regulado simplesmente pelas normas do direito civil. Pela nova realidade econômico-social, já com medidas concretas de intervenção estatal, somente faltava dar mais um passo para atingir a esfera mais elevada da constitucionalização daquela legislação."

72 Também neste sentido as observações de GOMES, Orlando. "Direitos ao Bem-Estar Social". In: *Anais da Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Rio de Janeiro: OAB, 1974, p. 221: "Quanto aos direitos sociais, os preceitos constitucionais que os declaram se *distinguem* porque impõem deveres ao Estado".

73 Neste viés a observação clara de GALVÃO, Paulo Braga. *Os Direitos Sociais nas Constituições*. São Paulo: Companhia das Letras, 1981, p. 13: "Neste ponto já se pode fixar a distinção básica entre os direitos individuais e os que posteriormente seriam chamados sociais, para o que recorreremos à lição de um constitucionalista do século XIX:

#### 2.3.4. Modelo teórico da utopia

Acredita-se que a diferença entre os direitos fundamentais sociais (e econômicos) e os individuais é meramente ideológica. Em sentido correlato, há vigência de um normativismo estrito, isolando os juristas, os quais cultuam a crença de que as soluções para os problemas da vida são passíveis de ser encontradas no plano normativo.

Optou-se por chamar utópica esta fase, porque a influência da doutrina econômica keynesiana<sup>74</sup> — fundada na premissa de que o déficit orçamentário público é uma imposição da necessidade da atuação governamental eficiente — justifica a crença no meio acadêmico, que ao nosso ver beira a utopia, na ausência de limites às prestações públicas (na prática, quase sempre ignorada pelos teóricos, sem o correspondente ingresso fiscal, ainda que este também, por sua vez, seja elevado *ad absurdum*); e são estas prestações que propriamente caracterizam o Estado Social (*Sozialstaat* tedesco) ou do Bem-estar social (na expressão americana — *Welfare State*)<sup>75</sup>.

---

ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1899, p. 353: "Os direitos individuais apresentam todos uma característica comum: limitam os direitos do Estado mas não lhe impõem qualquer obrigação positiva, qualquer contraprestação em favor dos cidadãos".

74 Baseada na obra do economista JOHN MAYNARD KEYNES. O "déficit" tornou-se uma das notas marcantes de sua obra: "Restava [segundo Keynes] apenas um, e um só, curso de ação: a intervenção do governo para aumentar o nível dos gastos em investimentos — empréstimos e verbas governamentais para finalidades públicas. Ou seja, um déficit intencional"; (GALBRAITH, John Kenneth. *O Pensamento Econômico em Perspectiva — uma História Crítica*. São Paulo: Pioneira/EDUSP, 1989, p. 211).

75 Embora sejam raras as referências na literatura especificamente jurídica, confira-se o relato autorizado de TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 11 *et passim*, (obra que contém ainda amplo acervo bibliográfico).

Essa premissa acima referida — da “inesgotabilidade” dos recursos públicos —, via de regra não se mostra clara nos textos jurídicos, que, aliás, não se preocupam com os pressupostos de natureza econômica, mas podem ser tidas por implicitamente reconhecidas, dadas as conclusões obtidas.

Nestes termos, supostamente afastados quaisquer óbices econômicos, grassou livre a crítica ideológica da distinção entre direitos positivos e negativos. Mais precisamente, na verdade, não se negava propriamente a mencionada distinção — reconhecia-se que determinados direitos demandam prestação positiva e outros conduta meramente omissiva. Negava-se apenas sua relevância. Com efeito, na medida em que “os recursos não faltariam”, a distinção seria absolutamente irrelevante sob o prisma prático, que é o que realmente importa.

De outro lado, é preciso salientar que o País respirava (e, de certo modo, ainda respira) o normativismo. A recepção tardia, e porque não dizê-lo, anacrônica, das idéias originais de Hans Kelsen, otimizada pelo *status* político autoritário experimentado pela história recente do País, permite a redução de todas as questões, ao menos no seio da produção jurídica, à norma (em especial à regra positivada). Sob este prisma, a questão que se coloca para o operador jurídico é a de saber se uma norma prevê ou não um determinado direito, e em que extensão. A solução alvitada pelo aludido operador não ultrapassa o plano normativo, o que conduz, muitas vezes, à elaboração de “soluções” injustas ou incondizentes com a realidade concreta.

Interessa salientar também, no plano conceitual, que os custos financeiros são vistos aqui como absolutamente externos ao conceito do direito, de tal sorte que o reconhecimento dos direitos subjetivos fundamentais precede e independe de qualquer análise relacionada às possibilidades reais de sua concretização (*rectius*: efetivação). Em síntese: o conceito e a eficácia dos direitos subjetivos especificamente considerados (*v.g.* direito à educação) são analisados em vista dos textos normativos, sem qualquer consideração concernente às possibilidades de reais de efetivação.

Assim, nessa fase, a crítica da doutrina mais autorizada dirige-se ao fato de atribuir-se efetividade máxima aos direitos individuais e mínima aos direitos sociais<sup>76</sup> (*rectius*: às normas constitucionais respectivas).

Com efeito, afastada qualquer barreira de natureza econômica — observam autores respeitáveis — não há diferença, senão ideológica, entre os direitos sociais e os individuais, desfrutando todos eles, dêis que previstos na Constituição, da mesma estatura, sendo, portanto, igualmente acionáveis ou sindicáveis judicialmente<sup>77</sup>. Importante observar que não tratam os autores de afastar a diferença entre os direitos positivos e os negativos, inclusive expressamente reconhecida pelos mesmos, mas sim, desconsiderando quaisquer aspectos econômicos (custos) ou de outra natureza qualquer, diferente da normativa, assinalar a sua acionabilidade (ou justiciabilidade) plena, notadamente dos direitos sociais, em tudo idêntica à dos direitos da liberdade.

Note-se ainda, por oportuno, que fazemos referência neste passo apenas a um grupo de autores havidos como de

---

76 Neste sentido, BONAVIDES, *Curso...*, cit., p. 518. Este justamente celebrado Professor reduz ao plano normativo a questão, abstraindo da problemática envolvendo a exigüidade de recursos para implementação dos direitos sociais: “(...) passaram por um ciclo de baixa normatividade (...) em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios ou recursos. (...) Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais”.

77 Neste exato sentido, *ad exemplum*, a opinião de FLÁVIA PIOVESAN, *Direitos Humanos...*, cit., p. 198, que enuncia em termos peremptórios a sua posição: “Acredita-se que a idéia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica”. Alhures, *e.g.*, PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. “Los Derechos Económicos, Sociales e Culturales: su Génesis y su Concepto”. *De-rechos y Libertades* 6: 27, 1998.

vanguarda e que utilizam a norma para conferir eficácia irrisória aos direitos, ou seja, abstraindo daqueles que usam a mesma construção redutora e normativista para retirar a eficácia (e/ou a efetividade) de alguns ou todos os direitos fundamentais sociais<sup>78</sup>. A mesma água que serve ao leite, acolhe o veneno.

É preciso fazer justiça, então, e reconhecer que as formulações originais acerca da eficácia e da força normativa das previsões constitucionais surgem justamente com o escopo de tornar realidade as referidas previsões, antes vistas como mero ideário de princípios morais<sup>79</sup>. A ressalva é importante, pois aqueles autores e suas obras, enfrentando com coragem momento político adverso, produziram a discussão que se mostrava possível, muitas vezes com o sacrifício da própria liberdade. O difícil equilíbrio entre o que é necessário e o que é possível. Mas a ressalva não retira, contudo, a validade da observação de que se trata de orientação que consagra redução normativista e de que a mesma resta superada, não constituindo senão uma (importante) etapa da evolução que se tenciona narrar.

Feitas essas observações, então, o que nos importa é gizar a absoluta indiferença com que a positividade e o respectivo custo das prestações estatais é tratada pelos autores (e obras) que se situam neste modelo dito utópico.<sup>80</sup>

78 Como denuncia FÁRIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 81: "As normas programáticas são utilizadas, deste modo, para acomodar situações, contemporizar conflitos entre interesses excludentes e acobertar acordos".

79 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998. Veja-se também BARROSO, *op. cit.*, p. 103, com amplas referências bibliográficas.

80 Neste viés, além dos autores anteriormente citados, vide MELLO, *op. cit.*, p. 33-34.

### 2.3.5. Modelo teórico da verificação da limitação dos recursos

A verificação de que os recursos financeiros estatais são limitados revigora sobremaneira o interesse na distinção entre os direitos fundamentais positivos e negativos, atribuindo-lhe mesmo maior relevância.

Neste modelo, volta a ser relevante a existência de uma diferença essencial entre os direitos fundamentais negativos (via de regra indicados como direitos individuais e políticos) e os positivos (usualmente referidos como direitos sociais), notadamente no que concerne à sua eficácia.

A própria nomenclatura utilizada pelos vários autores que tratam dessa temática espelha a diferença aludida. Não sem sentido são utilizadas as expressões direitos de defesa<sup>81</sup> (*Abwehrrechte*, na formulação alemã) para referir as liberdades puramente negativas (com as especificações que se fará a seguir), e direitos de crédito<sup>82</sup> ou de prestação<sup>83</sup> (para referir os direitos sociais).

A (invocada) superação dos paradigmas keynesianos (ao menos dos originais) conduz à revisão das despesas públicas deficitárias, sustentando-se que as mesmas devem limitar-se à receita do Estado. Tem-se o equilíbrio orçamentário como objetivo a ser alcançado. Não desaparece propriamente o Estado Social, mas renova-se, e influenciado pelo "liberalismo social", limita-se, transmudando-se naquilo que Ricardo Lobo Torres usa chamar Estado Social Fiscal (em tudo preferível à expressão Estado de prestação — *Leistungstaat*, consoante averbam os autores alemães).<sup>84</sup>

81 SARLET, *op. cit.*, p. 259.

82 LAFER, *op. cit.*, p. 130; CLÈVE, Clemerson. "Sobre os Direitos do Homem". In: *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1993, p. 125.

83 CANOTILHO, *op. cit.*, p. 362.

84 Ainda uma vez a síntese segura de RICARDO LOBO TORRES,

Assim sendo, a realidade finalmente projeta raios de luz sobre o antes hermeticamente fechado pensamento jurídico e seu produto, o "mundo jurídico". O operador jurídico, ainda sem conseguir incluir de todo a realidade em seu espectro de considerações, passa a ter em conta ao menos as impossibilidades materiais das prestações públicas, ainda que os direitos a tais prestações estejam expressamente previstos no texto constitucional e, nesta qualidade, sejam objeto de reconhecimento em sede jurisdicional.<sup>85</sup>

É preciso observar que esse modelo de pensamento continua seguindo, muita vez, uma orientação predominantemente "normativista" (e, portanto, redutora). Apenas passa-se a "admitir", e não poderia ser de outro modo, que a impossibilidade material faz com que a dicção normativa seja um pouco mais do que "o nada" sob o prisma prático, sem prejuízo do reconhecimento de seu caráter programático, fruto de sua inegável dimensão prospectiva,<sup>86</sup> e da otimização de sua fun-

---

O *Orçamento...*, cit., p. 15: "Mas a verdade é que o modelo do Estado Social não desaparece totalmente. Passa por modificações importantes, com a diminuição do seu tamanho e a restrição ao seu intervencionismo. Deixa-se influenciar pelas idéias do liberalismo social, que se não confundem com as do neoliberalismo ou do protoliberalismo nem, por outro lado, com as da social-democracia. Continua ser Estado Social Fiscal, podado em seus excessos, ao fito de obter a síntese entre o que os alemães chamam de Estado de Impostos (*Steuerstaat*) e Estado de Prestações (*Leistungstaat*)".

85 Sobre o ponto, em especial acerca da exaustão da capacidade orçamentária, entendida como "a situação que se manifesta quando inexistem recursos suficientes para que a administração possa cumprir determinada ou determinadas decisões judiciais", veja-se como de hábito excelente parecer de GRAU, Eros. "Despesa Pública — Conflito entre Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas — o Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública". *Revista dos Tribunais. Caderno de Direito Público e Ciência Política* 2: 144.

86 Sobre as normas programáticas, JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade...*, cit., p. 135 e seguintes.

ção negativa,<sup>87</sup> *verbi gratia*, no sentido de impedir o legislador de adotar medidas que sejam contrárias a determinado programa estabelecido na Constituição, ou ainda permitindo o reconhecimento de sua nulidade, acaso sejam efetivamente adotadas.

Este reconhecimento se dá em vários níveis, e com graus variados de valorização das normas positivadas (ou regras) na Constituição (daí falarmos em orientação "normativista").

Os autores salientam que se deve extrair o conteúdo dos direitos das regras constitucionais, conforme a respectiva "densidade normativa". Ou seja, partindo da idéia de que a regra positivada (*rectius*: constitucionalmente positivada), desde que preveja a prestação (o objetivo) e os respectivos meios de consecução, e atribua um direito subjetivo ao indivíduo (ou mesmo à coletividade, na hipótese dos direitos difusos ou coletivos), cria uma situação jurídica sindicável pelo indivíduo, e, diante desta situação inteiramente configurada, têm-se as reservas materiais — *i.e.* as possibilidades econômicas e financeiras, como único limite à efetivação dos direitos.<sup>88</sup> É comum dizer-se que a efetivação dos direitos econô-

---

87 Discorrendo detalhadamente sobre os efeitos das normas programáticas, confira-se a síntese conclusiva de BARROSO, *op. cit.*, p. 117-118.

88 Assim em BARROSO, *op. cit.*, p. 111: "(...) os limites econômicos derivam do fato de que certas prestações hão de situar-se dentro da "reserva do possível" (p. 107). E ainda: "Fique bem clara a posição que adotamos: direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. Juridicamente, isso não existe. Tampouco poderá invocar a não-imperatividade ou ausência de caráter jurídico da norma que o confere. Já demonstramos o desacerto desse ponto de vista (*v. supra*, cap. IV, item 1). Logo, somente poderá o juiz negar-lhe o cumprimento coercitivo, no caso de impossibilidade material evidente e demonstrável, pela utilização de uma interpretação sistemática influenciada pela teoria geral do Direito".

micos e sociais — positivos por excelência — depende da “reserva do possível”.<sup>89</sup>

Nesta linha de orientação, tem-se como principal parâmetro para aferição da existência de direitos a pura regra positivada, sem ter na perspectiva imediata o seu conteúdo, ou, mais importante, a sua essência. Ademais, neste modelo, os custos dos direitos assumem feição meramente limitativa (negativa). Não que haja nesse modo de ver as coisas um equívoco. Mas somos de sustentar que esta perspectiva reduz as potencialidades que a correta compreensão dos custos faculta ao pensamento jurídico.

De fato, é muito comum a construção que refere os custos econômicos e financeiros como meros óbices à observância dos direitos fundamentais que demandam prestação estatal positiva (direitos econômicos ou sociais). No terreno do acesso à justiça, apenas para exemplificar com um tema candente, esta característica meramente limitativa dos custos em relação ao exercício dos direitos é realçada sobremodo.<sup>90</sup>

Essa caracterização dos custos econômicos e financeiros como meros óbices à efetivação dos direitos fundamentais permite observar que, para esses autores, as condições reais de efetividade da prestação relativa ao direito são externas ao conceito do direito fundamental (enquanto direito subjetivo).

89 TORRES, *Os Direitos Humanos e a Tributação...*, cit., p. 155-6.

90 Tornou-se clássica a obra de CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Access to Justice*. Milano: Giuffrè, 1978, p. 10, onde os custos de solução dos litígios, particularmente os custos dos processos judiciais, são caracterizados como as principais barreiras ao acesso à justiça. Veja-se também, entre nós, a obra recente de CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, fruto de relevante pesquisa ingente dirigida por aquele Professor — e da qual teve a honra de participar o autor destas linhas —, objeto de tese de concurso para provimento no cargo de Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ, aprovada unanimemente pela Egrégia banca examinadora.

Ou seja, usa-se afirmar que uma pessoa tem direito — na verdade inúmeros direitos — a determinadas prestações independentemente da mínima verificação das possibilidades materiais de consecução da mesma. Em verdade, de acordo com a análise jurídica tradicional, o reconhecimento da existência de um direito subjetivo é um *prius* em relação a qualquer verificação de suas possibilidades reais de consecução, o que, como se verá no momento oportuno, embora acarrete diversas vantagens, implica também conseqüências extremamente desvantajosas.

Impende gizar, ainda de acordo com esta linha de orientação, que os direitos tipicamente individuais (ou da liberdade, que integram o *status negativus*<sup>91</sup>) não são atingidos pelas limitações econômicas, pois configuram condutas de pura abstenção por parte do Estado (daí, frise-se ainda uma vez, serem indicados tais direitos como negativos), independendo completamente dos recursos estatais, e portanto, daquela aludida “reserva do possível”<sup>92</sup>. Em realidade, na medida em que a abstenção supostamente não “custa nada”, a proteção e a tutela dos direitos da liberdade (ou pelo menos dos direitos de defesa) não encontra limites econômicos ou financeiros nas reservas.

Este viés de orientação possui, ao menos, a vantagem de retirar a discussão do plano predominantemente ideológico que a dominava no modelo antecedente, e consoante o qual,

91 TORRES, *Os Direitos Humanos e a Tributação...*, cit., p. 55.

92 Em estudo importante, forte na literatura germânica (atualizada), INGO SARLET, *op. cit.*, p. 252-253, diz expressamente que as limitações decorrentes da reserva do possível não atingem os direitos de defesa: “Sintetizando, podemos afirmar que, em se tratando de direitos de defesa, a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito. (...) não se aplicam a estas hipóteses (dos direitos de defesa) os argumentos usualmente esgrimidos contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, especialmente os da ausência de recursos (limite da reserva do possível) e a ausência de legitimação dos tribunais para a definição do conteúdo e do alcance da prestação”.



como salientado, o problema da positividade (frise-se: da existência ou não de uma prestação estatal correlata ao direito em questão) era irrelevante, além de ignorar-se o prisma econômico das questões.

De um modo mais sofisticado, há autores que acentuam a profundidade da discussão fundada no reconhecimento das limitações materiais às prestações. Assim, mantendo o paradigma positivo/negativo, e mesmo diante da ausência de dispositivo constitucional expresso — um passo importante para a superação do normativismo quase “radical” que se vem de cuidar —, sustentam alguns haver direito subjetivo fundamental a determinadas prestações positivas que integrem o mínimo existencial<sup>93</sup>, entendido como o conjunto de condições mínimas de existência humana digna<sup>94</sup>, derivado, portanto, do princípio da dignidade da pessoa humana, *sedes materiae* de toda a discussão moderna sobre os direitos fundamentais<sup>95</sup>. É interessante notar que a posição em tela é dada por alguns como “essencialmente correta”, e sequer chega ser questionada<sup>96</sup>.

93 Sobre o mínimo existencial, seja permitido remeter ao valioso ensaio de BARCELLOS, Ana Paula de. “O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy” publicado neste mesmo volume, p. 1-29.

94 TORRES, *Os Direitos Humanos e a Tributação...*, cit., p. 124.

95 Como acentua ALEXY, *op. cit.*, p. 37 e *et passim*, esp. p. 106, onde o autor ressalta ainda que o mencionado princípio prevalece sobre os outros princípios do ordenamento (ressalvando-se o fato de que o aludido autor tem diante dos olhos o ordenamento jurídico alemão). Entre nós, veja-se SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza: Celso Bastos, 1999. Assim não pensa LUIS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, p. 296, para quem, “dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica”, conclusão que não é senão expressão da orientação normativista antes aludida.

96 Ainda SARLET, *op. cit.*, p. 259, em texto bastante enfático: “Jus-

Cuida-se, a rigor, na prática, de prestações positivas que integram o círculo dos direitos fundamentais sociais antes referidos, mas com eles, em princípio, não se confundem. Em verdade, cuida-se de reconhecer como direito fundamental a uma parcela daquelas prestações positivas (sociais) que sejam consideradas efetivamente indispensáveis para a vida com mínima dignidade e bem assim para o exercício dos direitos da liberdade (estes sim verdadeiramente fundamentais), como sejam a alimentação, o vestimento, o teto (moradia) a educação básica *et coetera*<sup>97</sup>. Seriam, assim, condições (ou pré-condições) da liberdade<sup>98</sup> (*rectius*: do exercício da liberdade).

Por evidente, há o reconhecimento, explícito ou mesmo implícito, de que também as prestações públicas que integram o mínimo existencial encontram-se sujeitas aos recursos econômicos e financeiros disponíveis no momento, salientando-se apenas, contudo, que tais prestações devem receber tratamento preferencial em relação às que não ostentem tal caráter.

Ainda neste último ponto de ‘sofisticação teórica’, destaca-se a orientação daqueles que reconhecem que nem todos

tamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante. Tal constatação pode ser tida como essencialmente correta e não costuma ser questionada. Já os direitos de defesa — precipuamente dirigidos a uma conduta omissiva — podem, em princípio, ser considerados despidos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção (vida, intimidade, liberdade, etc.) pode ser assegurado juridicamente, independentemente das circunstâncias econômicas”.

97 TORRES, *Os Direitos Humanos e a Tributação...*, cit., p. 133.

98 *Id.*, *ibid.*, p. 51 (“condições iniciais da liberdade”). Em igual perspectiva, confira-se CELSO LAFER, *op. cit.*, p. 127: “Daí a complementariedade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros (...)”.

os direitos da liberdade têm a mesma natureza puramente negativa, e observam a existência de direitos, tidos tradicionalmente como negativos *tout court*, que demandam prestação estatal marcadamente positiva. E o fazem normalmente a partir da diferenciação entre 'direitos de defesa' e 'direitos de proteção', de indisfarçável inspiração tedesca e cuja sistematização é tributada a Robert Alexy<sup>99</sup>, o qual reconhece direitos a prestações em sentido amplo (onde se inserem os direitos de proteção) e em sentido estrito, sendo certo que estes últimos se confundem com os direitos fundamentais sociais.

Os direitos de defesa seriam puramente negativos, demandando tão-somente o absentismo estatal. Os direitos de proteção permitiriam ao respetivo titular exigir determinada prestação, notadamente no sentido de exigir do Estado proteção em face de ingerências de terceiros. Eventualmente seria o caso de falar-se de uma duplicidade de faces, ou de um caráter bifronte, pois o mesmo título (o mesmo direito) exige a um só tempo a abstenção e a prestação. Bom exemplo é o do direito de posse (na expressão famosa, o guardião do direito de propriedade) que exige não apenas a não-intervenção do Estado, mas também a tutela positiva, no sentido de impedir a turbacão ou o esbulho por parte de outrem, seja um ente estatal, seja um terceiro privado<sup>100</sup>, no mínimo através da edição de um sistema de regras protetivas positivadas.

Sem embargo do passo adiante que representa o reconhecimento de que tais direitos (da liberdade) também deman-

99 ALEXY, *op. cit.*, p. 435 e seguintes, e p. 441. Entre nós, além de INGO WOLFGANG SARLET, *op. cit.*, aderindo expressamente à posição de ALEXY acerca dos direitos a ações negativas e a ações positivas, confira-se BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 136 e seguintes.

100 Neste sentido, SARLET, *op. cit.*, p. 190 e seguintes (exemplo do direito de propriedade na p. 192). Este autor reconhece haver uma "íntima interpenetração" entre as duas categorias referidas (p. 191).

dam prestação estatal (dita em sentido amplo), parece haver um pequeno retrocesso em considerar-se: (a) que alguns direitos não possuem nenhum caráter prestacional<sup>101</sup> (sendo assim, em conclusão, puramente negativos), e, (b) que as prestações referentes aos direitos de proteção seriam fundamentalmente normativas e assim, não-fáticas<sup>102</sup>. De acordo com o mesmo entendimento, somente (ou quase somente) os direitos a prestações em sentido estrito, identificados com os direitos fundamentais sociais<sup>103</sup>, demandariam as chamadas prestações fáticas.

Uma observação necessária. Esta última orientação que se vem de referir assenta-se na diferenciação entre prestações fáticas e não-fáticas (que seriam as prestações normativas)<sup>104</sup>, a qual, como se verá no item seguinte, não se justifica. E assim, sendo equivocada a premissa — o critério em que se baseia a classificação, também se mostra equivocada respectiva conclusão.

De toda sorte, e, no que realmente nos importa aqui, para este modelo teórico, fica mantida em essência a tipologia positivo/negativo (na pior das hipóteses, em relação aos direitos de defesa antes referidos).

Deste modo, tem-se que a referida "reserva do possível" funciona como limite tão-somente em relação às prestações estatais positivas (usualmente referentes aos direitos fundamentais sociais<sup>105</sup>). Os direitos da liberdade, tidos como me-

101 *Verbi gratia*, SARLET, *op. cit.*, p. 163: "(...) embora não resulte suficientemente explicitada a dimensão prestacional dos direitos e liberdades políticas".

102 *Id.*, *ibid.*, p. 191, fala que os direitos à prestação em sentido amplo abrangem "todas as posições fundamentais prestacionais não-fáticas".

103 *Id.*, *ibid.*, p. 198.

104 Originariamente devida a ROBERT ALEXY, *op. cit.*, p. 194.

105 Na verdade, o autor de que se vem de tratar, RICARDO LOBO TORRES, *Os Direitos Humanos...*, cit., p. 12 e 135-6, não reconhece, senão na parcela que integra o mínimo existencial, o caráter "funda-

ramente negativos (ou demandando apenas prestações não-fáticas), podem assim ser integralmente garantidos e efetivados, sem as amarras sempre severas das reservas orçamentárias.

Ademais, impende observar que, ainda aqui, os custos dos direitos em geral, e dos direitos fundamentais muito especialmente, continuam a figurar como meros óbices à sua efetiva realização.

### 2.3.6. A superação dos modelos anteriores

A partir de um novo modelo de pensamento, por vezes até tocado por alguns autores pátrios, todavia sem maiores conseqüências, aprofundado por Sunstein e Holmes, superam-se as concepções tradicionais, reconhecendo-se que todos os direitos são positivos.

É o tema de que se passa a tratar, analisando-se previamente a obra referida.

## 3. SUNSTEIN E HOLMES E O CUSTO DOS DIREITOS

Embora evidentemente não configure qualquer juízo de desvalor, deve-se registrar que é incomum entre os autores brasileiros a elaboração de estudos do tipo que se segue. É mais comum a referência ao pensamento desenvolvido alhures, sem que se tragam a lume as premissas e o contexto em que tal desenvolvimento foi levado a efeito. Nossa proposta neste capítulo é permitir ao leitor que não possui, por qualquer razão, acesso direto às obras estrangeiras, um contato um pouco mais próximo às idéias tal como originalmente produ-

mental" aos direitos sociais, salientando que estes não geram pretensões referentes às prestações.

zidas. Busca-se também, como anunciado, apresentar as importantes obras dos autores, apresentando sua doutrina ao leitor nacional, situando, inclusive, a presente obra no seio da produção (ao menos no que concerne à obra do Professor Cass Sunstein<sup>106</sup>).

Na obra em tela — *The cost of rights* — é possível identificar um objetivo fundamental: demonstrar que todos os direitos são positivos, e, portanto, demandam algum tipo de prestação pública (em última análise, por parte do Estado) para sua efetivação. Além disso, procuram os autores extrair diversas conseqüências relevantes de tal observação.

A fim de alcançar este escopo, o livro divide-se em quatro partes. A primeira parte destina-se então a demonstrar que todos os direitos, mesmo os tipicamente individuais, tidos habitualmente como meramente negativos, e que embasam a Constituição e os valores mais caros à sociedade americana, são todos positivos, isto é, sua consecução depende de atuação estatal.

Nas partes seguintes desenvolvem-se consectários da primeira. Na segunda parte, a partir da observação de que todos os direitos são positivos, verifica-se que também a liberdade (ou os direitos da liberdade) é afetada pela ausência de recursos, e que, também a proteção destes direitos representa a redistribuição da riqueza social, com todas as suas conseqüências. Na terceira parte, contrapondo-se a um grupo de autores que sustenta que os direitos "foram muito longe" nos Estados Unidos, suscitando a irresponsabilidade do indivíduo para com a comunidade, os autores argumentam, também a partir da verificação de que todos os direitos são positivos, que o exercício dos direitos é, ao contrário, um exercício de respon-

106 Infelizmente não foi possível lograr acesso amplo à produção de STEPHEN HOLMES, destacando-se contudo, além das obras já referidas, o estudo HOLMES, Stephen. "El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia". In: *Constitucionalismo y Democracia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262.

sabilidade. Na quarta parte, ainda como consectário de sua visão acerca da positividade, os autores sustentam que os direitos — todos eles — são sempre fruto de uma opção social, e, portanto, da negociação (especialmente política), em que nem todas as partes encontram-se em pé de igualdade, gerando distorções, por vezes de monta.

Em conclusão, o que já havia sido adiantado em várias passagens anteriores, enunciam os autores a tese de que inexistem direitos ou liberdades privadas, senão que o exercício de todo e qualquer direito ou liberdade depende fundamentalmente das instituições públicas, e em grande medida, sendo, portanto, igualmente públicos.

Nosso estudo dedica-se precipuamente ao tema que serve de base às demais considerações dos autores — a positividade dos direitos, abordando as demais questões tratadas no livro apenas quando consideradas fundamentais para o desenvolvimento da apresentação das idéias. Algumas observações prévias mostram-se de todo importantes.

Em primeiro lugar, trata-se de estudo marcado pelo localismo, a exemplo do que comumente ocorre com autores de origem anglo-saxônica, em especial, autores norte-americanos. O localismo leva os autores a um certo isolacionismo cultural e mesmo material, desprezando-se considerações de direito comparado ou mesmo de direito estrangeiro e a própria experiência externa.

Deste modo, as referências e mesmo os exemplos citados no texto em comento são restritos, em caráter praticamente absoluto, à experiência tipicamente norte-americana, inclusive em termos de alusões doutrinárias e científicas. As referências a casos julgados pelas Cortes judiciais, em especial pela Suprema Corte (*United States Supreme Court*), também segue o modelo tipicamente americano, em que tais decisões assumem função central e predominante no debate jurídico<sup>107</sup>, decor-

107 Assim é que o capítulo cinco é integralmente fundado em decisões judiciais, sendo certo que toda a argumentação deflui da fundamen-

rência do *case system*, do *stare decisis* e do *binding precedent*, adotados naquele País.<sup>108</sup>

De outra parte, embora os autores dessa linhagem sejam tradicionalmente avessos a amplas teorizações abstratas e a conceituações<sup>109</sup>, é preciso observar que há na obra em tela uma incursão na seara abstrata, notadamente no que se refere à caracterização (ou definição, ou conceituação) de uma determinada situação jurídica (o que, enquanto conceito, é completamente ignorado pelos autores) como direito (*right* — entendido no nosso ambiente cultural como direito subjetivo).<sup>110</sup>

Essas observações prévias não devem ser tomadas propriamente como incompletudes ou falhas da obra ou mesmo dos autores, os quais, a bem da verdade, não se propõem a nada além daquilo que efetivamente realizam. Feitas tais ressalvas, passemos ao cerne do estudo.

tação de um caso famoso — *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989). Esta e outras decisões da Suprema Corte norte-americana, na íntegra, encontram-se disponíveis *on line* em [www.findlaw.com](http://www.findlaw.com). Sobre o sistema jurídico norte-americano, seja permitido remeter a SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law — Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

108 COLE, Charles. "Precedente Judicial". *Revista de Processo* 92: 71: "Dessa forma, "precedente" é a regra de direito usada por uma Corte de segunda instância no sistema judiciário em que o caso está para ser decidido, aplicada aos fatos relevantes que criaram a questão colocada para a Corte para decisão. *Stare decisis* é a política que requer que as Cortes subordinadas à Corte de segunda instância que estabeleceu o precedente sigam o precedente e que não "disturbem um ponto estabelecido".

109 Como acentuado pelo próprio SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time — Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 9 e 20-21, *et passim*.

110 Por exemplo, HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights...*, cit., p. 16.

O ponto de partida dos autores é o senso comum das pessoas em geral, e em especial dos operadores jurídicos, acerca da natureza dos direitos. Curiosamente, embora sigam quase à risca o antes aludido modelo jurídico norte-americano, na obra referida, os autores trafegam, logo de início, pelos conceitos de direito e de custos.

O livro principia, então, com a observação de que existem duas perspectivas para observação dos direitos — aqui entendidos, frise-se ainda uma vez, em sentido subjetivo (*rights*) — a saber: (a) uma perspectiva moral, por meio da qual se busca a justificação dos direitos, via de regra através da associação dos direitos a princípios ou idéias morais; e, (b) uma perspectiva descritiva (*descriptive*), mais preocupada em explicar o funcionamento dos sistemas jurídicos, do que justificá-lo moralmente.<sup>111</sup>

Embora salientando que as mencionadas perspectivas não são conflitantes (*are not at odds*), os autores deitam os olhos sobre o problema dos direitos a partir da visada *descritiva*. Também quanto ao ponto a obra merece elogio. Com efeito, a ressalva é muito relevante na medida em que se trata de problemas que, embora intimamente interligados, são inconfundíveis. Uma questão é a de saber de onde derivam os direitos (ou seja, qual o seu fundamento de validade — o que responde a saber se são direitos ou não). Outra questão, diversa, é a de saber como determinadas situações jurídicas, caracterizadas como direitos — seja lá de onde for que promanam — são operacionalizadas, o que se dá através da tal visada *descritiva*.<sup>112</sup>

111 *Loc. cit.*

112A expressão "*descritiva*" é comumente utilizada para referir o pensamento positivista analítico. Veja-se NINO, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1997, p. 196: "*El significado descriptivo que los positivistas asignan a la expresión 'derecho' implica que las proposiciones acerca de derechos subjetivos e deberes jurídicos deben ser verificables en términos de lo que determi-*

Destarte, em observação de corte descritivo, verificam os autores, de modo bastante expressivo, que os direitos, assim reconhecidos por um determinado ordenamento jurídico, "têm dentes" (*rights in that legal sense have teeth*<sup>113</sup>), ao passo que, do contrário, os direitos meramente morais não os possuem (*are toothless*). À figura metafórica dos "dentes", corresponde, em verdade, a possibilidade de utilização dos remédios jurídicos previstos no ordenamento, isto é, os meios de acionar o ente estatal para que garanta os direitos previamente reconhecidos pelo Direito. Há, assim, uma ligação indissolúvel entre o direito subjetivo e o remédio jurídico previsto para sua garantia e efetivação.

Mas não é só. Observam os autores com acuidade, em passagens plenas de exemplos expressivos, que, independentemente da utilização de remédios jurídicos, o Estado atua para garantir determinados direitos. Assim, por exemplo, quando se serve de poderoso contingente financeiro para impedir que o fogo venha a consumir o patrimônio dos indivíduos (*rectius*: a propriedade privada) em caso de incêndio, como o ocorrido em Westhampton<sup>114</sup> (conhecida como área nobre de Long Island/NY/USA) em 1995. Ou ainda para proteger a propriedade privada dos indivíduos que a titularizam, contra outros indivíduos que não: segurança *pública* para bens *privados*<sup>115</sup>.

---

*nadas normas positivas disponem*". Neste sentido, a expressão *descritiva* é utilizada para designar a um só tempo a fonte do direito e o seu modo de operação no ordenamento; na obra sob análise, é usada para designar somente o modo de operação, o que parece mais conveniente.

113 HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights...*, cit., p. 17.

114 *Id.*, *ibid.*, p. 13. Trata-se de trágico incêndio famoso, cujo combate custou ao Erário americano nada menos do que US\$ 2.9 milhões, utilizados, portanto, para proteger a propriedade privada dos indivíduos (sendo oportuno assinalar que não houve perda de uma vida sequer).

115 *Id.*, *ibid.*, p. 90, *et passim*. Vide comentários *infra*.

Na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captadas junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita<sup>116</sup>. O “reino privado” que a sociedade americana tanto preza é sustentado, e mesmo criado pela ação pública<sup>117</sup>. É o que remete ao problema dos custos e da positividade.

Verificando-se que os custos serão, então, indispensáveis à caracterização dos direitos — entendidos como situações a que o Direito “concede” determinados remédios (jurídicos, portanto), os autores afirmam que **TODOS OS DIREITOS SÃO POSITIVOS**.

Para tanto, contudo, reconhecem eles, é preciso ultrapassar a sólida barreira erguida pelo senso comum acerca dos direitos, consoante a qual os direitos fulcrados diretamente na liberdade seriam puramente negativos, não demandando qualquer prestação estatal positiva para sua efetivação.

Há duas razões principais<sup>118</sup> — informam os autores — para que tais questões sejam ignoradas pelo pensamento jurídico-político norte-americano.

Em primeiro lugar, a ignorância de tais questões deixa encobertas as discussões acerca das opções políticas (e, por

116 *Id.*, *ibid.*, p. 20.

117 *Id.*, *ibid.*, p. 14-15: “*The private realm we rightly prize is sustained, indeed created, by public action*”. De igual teor: “*Americans seem easily to forget that individual rights and freedoms depend fundamentally on vigorous state action*”. Noutro passo, e sob outro enfoque, o mesmo SUNSTEIN, Cass. “*Constituciones y Democracias: Epílogo*”. In: *Constitucionalismo y Democracia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 355, já havia salientado que “*la decisión sobre qué será público y qué privado es necesariamente una decisión pública (...)*”.

118 HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights...*, cit., p. 24 e seguintes.

consequente, econômicas) subjacentes levadas a efeito pelos poderes públicos<sup>119</sup>. A crença na ausência de custos de alguns direitos permite a consagração de uma orientação conservadora de proteção máxima de tais direitos (normalmente os individuais — liberdade e propriedade) em detrimento dos chamados sociais, o que se mostra, a partir da compreensão de que todos custam, absolutamente equivocado, descortinando a opção ideológica encoberta pela ignorância.

Em segundo lugar, também os liberais — expressão perigosa, aqui empregada no sentido de progressistas, ou promotores dos direitos humanos — de seu turno, parecem preferir deixar a questão de lado. Deveras, há o receio velado de que a consciência e as discussões acerca dos custos dos direitos diminuam o comprometimento com a respectiva proteção<sup>120</sup>. 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 escolhas públicas em relação aos direitos. Ou seja, permite escolher melhor onde gastar os insuficientes recursos públicos.

A temática da positividade de todos os direitos não é propriamente nova para os autores. Cass Sunstein, por exemplo, já havia antecipado noutras obras considerações sobre o caráter prestacional dos direitos ditos negativos.

Em obra que versa sobre a parcialidade da Constituição norte-americana, ou, mais precisamente, sobre a parcialidade da interpretação que lhe dá a Suprema Corte daquele país, Sunstein já criticava as decisões fundadas na dicotomia negativo/positivo. Com efeito, as decisões da Suprema Corte orientam-se no sentido de que as liberdades individuais estão

119 *Loc. cit.*, expressivamente: “*To ignore costs is to leave painful tradeoffs conveniently out of the picture*”.

120 *Id.*, *ibid.*, p. 28 e seguintes.

garantidas pela Constituição, precisamente por dependerem de atuação estatal, ao passo que as provisões destinadas a assegurar o bem-estar (*provision of welfare*), que dela dependem, não estariam garantidas pela Constituição. Tal orientação, anota o autor, funda-se em premissa equivocada, a qual serve, na verdade, para encobrir os fundamentos de justiça distributiva que o país adota — que protege apenas uma parte do povo americano. A verdade é que a Constituição protege alguns direitos e outros não, e a linha divisória entre os direitos positivos e os negativos é estabelecida pelas Cortes judiciais de forma a manter — sob a falsa aparência da neutralidade — os critérios tradicionais de distribuição dos bens sociais (que o autor chama *status quo neutrality*)<sup>121</sup>, favorecendo uma parte dos indivíduos em detrimento dos demais.

Não obstante a produção anterior, é na obra em comento que a idéia é desenvolvida com apuro, concluindo-se pela inexistência de direitos puramente negativos, pois todo e qualquer direito depende de prestação estatal positiva.

Os autores servem-se de um exemplo paradigmático para demonstrar a sua tese — o direito de propriedade<sup>122</sup>. Este direito é entendido como ocupando posição central na estru-

121 SUNSTEIN, Cass. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 68-70: "Status quo neutrality in contemporary law — (...) Here and elsewhere, it is misleading to understand the Constitution as a guarantor of 'negative' rights. The Constitution protects some some rights and not others (...) The line between positive and negative rights is thus selected, in current law, by reference to existing distributions". Ainda neste sentido, SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution — Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 17.

122 HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights...*, cit., Capítulo terceiro: *No property without taxation*. Em obra anterior, SUNSTEIN, *The Partial Constitution...*, cit., p. 4, já havia deixado assentado: "Status quo neutrality is a msitake precisely to the extent that it overlooks the fact that our rights, including our rights of ownership, are creation of law".

tura jurídico-política norte-americana (e bem assim nos sistemas jurídicos de origem romano-germânica — os da Europa continental ocidental e brasileiro). Tradicionalmente, numa visada de corte jusnaturalista, tem-se o direito de propriedade como liberdade básica, anterior e superior ao Estado, aliás figura absolutamente desimportante na caracterização do direito, ocupando posição completamente passiva (ou negativa) — bastando respeitá-lo, constituindo a intervenção estatal exceção excepcionalíssima. Os autores em tela discordam desta visão.

Em primeiro lugar, os autores discordam das premissas, o que já havia sido objeto de argumentação detida em outras obras anteriores. Assim é que não reconhecem direitos anteriores à formação política, nem mesmo a propriedade, orientação que, em boa parte, decorre de sua orientação republicana<sup>123</sup>. Com efeito, conforme averbou Cass Sunstein em obra anterior, os "republicanos" vêem a esfera privada como produto de decisões públicas, que muitas vezes justificam a existência de setores de reconhecimento da autonomia privada, mas nunca de direitos naturais ou pré-políticos<sup>124</sup>.

O mesmo se dá em relação à intervenção estatal no domínio privado, a qual, ao invés de ser considerada excepcional, é

123 O pensamento republicano — tipicamente norte-americano — caracteriza-se pelo comprometimento a alguns princípios básicos: "Liberal republicanism is characterized by commitment to four central principles (...) the first principle is deliberation in politics (...) the second is equality of political actors (...) the third is universalism (...) the fourth is citizenship (...)" (SUNSTEIN, Cass. "Beyond the Republican Revival". *Yale Law Journal* 97 : 1541). Sobre o republicanismo, seja permitido remeter a um nosso estudo: GALDINO, Flavio. "Sobre o Minimalismo Judicial de Cass Sunstein". In: MELLO, Celso D. de Albuquerque & TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 2, p. 173- 215.

124 Clara em SUNSTEIN, Cass. "Beyond the Republican...", cit., p. 1551. Veja-se ainda SUNSTEIN, Cass. *One Case at a Time...*, cit., *passim*.

considerada mesmo uma precondição de funcionamento dos mercados ditos “livres e privados”<sup>125</sup>, questão que, aliás, já havia sido objeto de análise detida em obra anterior de Cass Sunstein, justamente a propósito da necessidade de atuação positiva maciça do Estado para assegurar operacionalização dos mercados<sup>126</sup>.

Sunstein e Holmes argumentam que não existe a propriedade privada sem a ação pública, sem prestações estatais positivas. Na verdade, a expressão “respeito à propriedade”, enquanto dever negativo do Estado, conduz a uma compreensão equivocada do fenômeno<sup>127</sup>. Para os autores, o Estado não reconhece simplesmente a propriedade; o Estado verdadeiramente cria a propriedade<sup>128</sup>. O direito de propriedade depende de um arsenal normativo de criação contínua e perene por parte de agentes políticos, em especial juizes e legisladores<sup>129</sup> (trata-se, portanto, a toda evidência de uma prestação fática). Ademais a proteção ao direito de propriedade depende diariamente da ação de agentes governamentais, como sejam bombeiros e policiais<sup>130</sup>. Todos os agentes antes referidos, de soldados-bombeiros a senadores, passando pelos magistrados,

125 HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights...*, cit., p. 64: “But if private rights depend essentially on public resources, there can be no fundamental opposition between “government” and “free markets (...)”.

126 Neste sentido, SUNSTEIN, *After Rights Revolution...*, cit., p. 42 et passim.

127 HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights...*, cit., p. 60: “A liberal government must refrain from violating rights. It must respect rights. But this way of speaking is misleading because it reduces the government's role to that of a non participant observer”. Sobre esse “misleading”, em obra anterior, vide SUNSTEIN, *The Partial Constitution...*, cit., p. 70.

128 Esta afirmação é reiteradamente repetida no texto. Confira-se, por exemplo, HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights...*, cit., p. 60, 66, 69.

129 *Id.*, *ibid.*, p. 66.

130 *Id.*, *ibid.*, p. 90.

são mantidos (e pagos!) pelo Erário Público, com recursos levantados a partir da tributação imposta pelo Estado<sup>131</sup>, consubstanciando o seu trabalho em uma prestação manifestamente pública — positiva — indispensável à configuração e manutenção do direito de propriedade.

Assim, é possível concluir que o direito de propriedade — clássico direito da liberdade, tido como tipicamente negativo —, é estrondosamente positivo<sup>132</sup>. Criado e mantido diuturnamente pela ação estatal.

O mesmo se dá em relação a outras liberdades tipicamente individuais deveras caras à sociedade norte-americana e tradicionalmente consideradas puramente negativas, como, por exemplo, a liberdade de expressão<sup>133</sup> e a liberdade de contratar<sup>134</sup>, e também em relação a direitos políticos (como o direito de votar<sup>135</sup>, por exemplo), todos expressamente

131 *Id.*, *ibid.*, capítulo 3. Entre nós, RICARDO LOBO TORRES, *A Tributação e os Direitos Humanos...*, cit., p. 3, enuncia que “o tributo nasce no espaço aberto pela autolimitação da liberdade e constitui o preço da liberdade (...)”. A propriedade é uma espécie do gênero liberdade, que é criada e se mantém através da tributação imposta pelo Estado — *no property without taxation*.

132 O que já havia sido objeto de consideração anteriormente por CASS SUNSTEIN, *The Partial Constitution...*, cit., p. 70: “The right to private property is fully positive in the sense that it depends on government for its existence (...)”.

133 HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights...*, cit., p. 111. O tema é recorrente para SUNSTEIN, por constituir-se segundo ele, na mais fundamental das liberdades (*idem*, p. 107). Veja-se ainda, SUNSTEIN, Cass. “Free Speech Now”. In: STONE, Geoffrey, EPSTEIN, Richard & SUNSTEIN, Cass (Org.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 313. Boa parte deste último artigo encontra-se, como adverte o próprio autor, repetida *ipsis verbis* em SUNSTEIN, *The Partial Constitution...*, cit. (capítulos 7 e 8). Quanto ao ponto, seja consentido mais uma vez referir nosso estudo acerca do tema: GALDINO, *op. cit.*, p. 173-215.

134 HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights...*, cit., p. 49.

135 *Id.*, *ibid.*, p. 53, explicando que estes direitos — acerca dos quais



referidos na obra em comentada como essencialmente dependentes de prestações positivas do Estado. Assiste total razão aos autores.

A demonstração cabal de que todos os direitos são positivos buscam-na os autores na necessidade de disponibilização de remédios jurídicos para a respectiva proteção em face de eventuais violações (sejam comissivas ou omissivas).

Direitos custam — principalmente os direitos fundamentais —, dentre outras razões, porque os respectivos remédios são custosos<sup>136</sup>. Notadamente os remédios jurisdicionais. Titularizar um direito, já asseverava Hans Kelsen, é sempre ser um *autor* (no sentido processual da expressão) em potencial<sup>137</sup>. E os remédios jurisdicionais demandam a criação e manutenção de uma estrutura pública (embora não necessariamente governamental, como a judiciária) de modo a assegurar o acesso dos indivíduos a uma esfera própria para tutela dos direitos, o que não pode se dar — na fórmula deveras expressiva dos autores — em uma situação de vácuo orçamentário (*budgetary vacuum*). Os direitos — todos eles — custam, no mínimo, os recursos necessários para manter a estru-

---

INGO SARLET, *op. cit.*, afirmou não compreender a dimensão positiva — inexistem sem prestações estatais de amplo conteúdo econômico. Basta imaginar quanto se consome, por exemplo, periodicamente no País, com uma eleição presidencial, desde os acréscimos nos vencimentos dos magistrados que integram a Justiça Eleitoral até o montante monstruoso dispendido com a informatização do procedimento de votação e apuração. Os autores informam, com o fito de demonstrarem o acerto de suas teses, que as campanhas políticas do ano de 1996 custaram ao contribuinte americano aproximadamente US\$ 400.000.000,00 (HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights...*, cit., p. 113-114, referindo o caráter redistributivo dos recursos empregados nas eleições).

136 *Id.*, *ibid.*, p. 43: "Where there is a right, there is a remedy' is classical legal maxim. (...) rights are costly because remedies are costly".

137 *Id.*, *ibid.*, p. 45 e nota 6 à p. 239.

tura judiciária<sup>138</sup> que disponibiliza aos indivíduos uma esfera própria para tutela de seus direitos.

Mesmo quando se trata de direitos a serem exercidos em face do Estado (*rectius*: do governo), é o próprio Estado que cria e fornece os meios (inclusive os econômicos e financeiros) para a atuação das cortes judiciárias<sup>139</sup> (o aparente paradoxo referido na primeira parte do presente estudo), as quais devem, de todo modo, ter sua atuação bastante restrita<sup>140</sup>. Em realidade, observam os autores, a ignorância acerca dos custos, além de tudo, estimula indevidamente a atuação do Poder Judiciário<sup>141</sup>, o que conduz (e os autores trazem variados exemplos) a inconvenientes excessos por parte desse poder<sup>142</sup>.

Observam então os autores — *q.e.d.* — que os direitos e sua efetivação — inclusive aqueles tradicionalmente referidos como essencialmente privados ou individuais — dependem sempre e necessariamente dos recursos públicos<sup>143</sup>. Tomar os

---

138 *Loc. cit.*, p. 45: "To the extent that rights enforcement depends upon judicial vigilance, rights cost, at a minimum, whatever it costs to recruit, train, supply, pay, and, (in turn) monitor the judicial custodians of our basic rights".

139 *Id.*, *ibid.*, p. 55: "Protection against government is therefore unthinkable without protection by government".

140 Seja em razão de sua reduzida legitimidade sob o prisma democrático (nesse sentido, consulte-se SUNSTEIN, *The Partial Constitution...*, cit., p. 11, acerca do "secondary role" do poder judiciário), seja pelo prisma econômico-operacional (veja-se ainda SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice...*, cit., p. 289 e seguintes).

141 Assim, em passagem deveras expressiva (*The Cost of Rights...*, cit., p. 122): "But to consider first generation rights priceless and second generation rights costly is not only imprecise, it also encourages the fantasy that the courts can generate their own power and impose their own solutions, whether or not the legislative or executive branches happen to support them".

142 *Id.*, *ibid.*, p. 127.

143 *Id.*, *ibid.*, p. 15: "To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications:

direitos a sério significa tomar a sério a escassez<sup>144</sup> dos referidos recursos públicos. Se assim é, os custos dos direitos devem influir na sua conceituação. Em especial dos direitos fundamentais, ou, mais precisamente, dos direitos públicos subjetivos.

Ressalte-se previamente, por oportuno, que isto não significa transformar a atividade jurídica em uma máquina operada por economistas<sup>145</sup>. Sem embargo, e o tema é recorrente para os autores<sup>146</sup>, a análise de custos e benefícios é de fundamental importância para a atividade jurídica de tutela dos direitos. As escolhas trágicas — na expressão de Calabresi e Bobbit<sup>147</sup> — que são impostas pela escassez de recursos financeiros para tutela dos direitos salientam a valoração que uma sociedade atribui a tais ou quais direitos. Isto porque as decisões (ou escolhas) acerca das alocações dos recursos para tutela de determinados direitos, enquanto outros restarão desprotegidos, espelha os valores da sociedade em questão.<sup>148</sup>

Outrossim, os autores voltam trafegar, ainda que implicitamente, pelo conceito de direito subjetivo (*right*), mais uma vez afastando-se do modelo tradicional de raciocínio jurídico tipicamente americano.

Os autores recomendam, então, uma revisão do conceito de direito subjetivo (*right*), no sentido de fazer nele incluir a

---

*rights cost money*". E ainda, p. 97: "Rights will regularly be curtailed when available resources dry up, just as they will become susceptible to expansion whenever public resources expand".

144 *Id.*, *ibid.*, p. 94.

145 *Id.*, *ibid.*, p. 102: "Of course it does not follow that rights must be tossed along with everything else into a gigantic cost-benefit machine created and operated by economists".

146 Por exemplo, em CASS SUNSTEIN, *Free Markets and Social Justice...*, cit., p. 349 (*cost-benefit analysis*).

147 CALABRESI, Guido & BOBBIT, Philip. *Tragic Choices — The Conflicts Society Confronts in the Allocation of Tragically Scarce Resources*. New York/London: W. W. Norton & Company, 1978.

148 HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights...*, cit., p. 31.

perspectiva dos custos. Talvez pudéssemos chamá-lo "conceito pragmático de direito subjetivo", fazendo de plano a ressalva — que não é feita pelos autores — de que tal construção, ao menos em linha de princípio (*sub censura*), alcança apenas os direitos subjetivos de natureza pública (embora, sem dúvida alguma, a face pública dos direitos exerça influência sobre a privada).

Em primeiro lugar, tais direitos não podem ser considerados absolutos. Afirma-se peremptoriamente: nada que custe dinheiro é absoluto<sup>149</sup>. Não é possível formular uma definição de direito abstraindo da realidade concreta, ou seja, das condições de cada tempo e lugar — daí falarmos nós em conceito pragmático. Segundo os autores, ao invés de considerar direito uma situação ideal e não raro absoluta, melhor considerá-los como poderes de invocar os seletivos investimentos dos escassos recursos públicos de uma dada comunidade<sup>150</sup>. O tempo e o lugar — e por que não dizê-lo, as condições econômicas e financeiras — definem as prioridades das comunidades, definindo o que seja *direito*.

A verdade acompanha esse último argumento. Um exemplo é sugestivo, justamente a propósito de uma prestação hoje entendida como direito fundamental social — o direito à assistência médica. Se hoje tal direito é entendido como fun-

---

149 *Id.*, *ibid.*, p. 97: "Nothing that costs money can be absolute".

150 O texto é o seguinte: "To take account of this unstable reality, therefore, we ought not to conceive of rights as floating above time and place, or as absolute in character. It is more realistic and more productive to define rights as individual powers deriving from membership in, or affiliation with, a political community, and as selective investments of scarce collective resources, made to achieve common aims and to resolve what are generally perceived to be urgent common problems" (HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights...*, cit., p. 123). Texto que, aliás, deixa bem clara a já mencionada opção republicanista do autor, que refere sempre o bem comum e a comunidade, ao revés de indicar o indivíduo, como centro de gravidade da distribuição (ou redistribuição) de recursos sociais.

damental, assim não ocorria há alguns séculos, época em que a assistência religiosa situava-se muito acima daquela na hierarquia valorativa da sociedade, sendo preferida a assistência de um padre a de um médico<sup>151</sup>. Nesta sociedade, sendo (como de fato eram) escassos os recursos públicos (na medida em que a expressão é aceitável em relação ao período histórico em questão), a sociedade escolhia sem desassombro a prestação religiosa em detrimento da médica.

De fato, então, o tempo e o lugar, as prioridades e os recursos, tudo isto influem sobre a configuração dos direitos e a respectiva exigibilidade, parecendo correto acompanhar Sunstein e Holmes quando afirmam que os custos influem sobre a própria conceituação dos direitos.

Por derradeiro, insta ainda tratar da questão do reconhecimento dos custos como meio de promover a conscientização e a responsabilidade no exercício dos direitos.

Vem encontrando ampla difusão nos Estados Unidos a crítica ao liberalismo, em especial a crítica comunitarista<sup>152</sup> (cujos princípios informam em alguma medida o republicanismo a que adere Sunstein). De fato, sustenta-se que a política em que os direitos individuais funcionam como elemento central da vida política — *rights-primacy*, também conhecida como atomismo (*atomism*<sup>153</sup>), já foi longe demais (*rights have*

---

151 O exemplo é devido a WALZER, Michael. *Spheres of Justice*. New York: Basic Books, 1983, p. 87: "In Europe during Middle Ages, the cure of souls was public, the cure of bodies private".

152 O tema é pouco explorado entre nós. Deixando de lado as obras originais, cabe referir CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva — Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1999; e, SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. "A Crítica Comunitarista ao Liberalismo". In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 197-242.

153 Sobre o que seja atomismo, além da obra em tela, *The Cost of Rights...*, cit., capítulo XII, veja-se o artigo específico de um importante autor comunitarista, TAYLOR, Charles. "Atomism". In: AVI-

*gone too far*<sup>154</sup>), estimulando a conduta irresponsável das pessoas, sem, correspectivamente, promover o comprometimento para com os deveres (do indivíduo para com a comunidade). Segundo esses críticos, a amplitude dos direitos individuais deve ser reduzida, ampliando-se as responsabilidades para com a sociedade.

Embora comungando de algumas premissas (críticas ao liberalismo), os autores não concordam com esta crítica em especial, e, tendo como ponto de partida a releitura que propõem dos direitos, a partir dos respectivos custos, vão sustentar que, ao revés, a atribuição de direitos contribui para elevar o grau de responsabilidade dos indivíduos.

Em primeiro lugar, os direitos e os deveres são, segundo os autores, absolutamente indissociáveis<sup>155</sup>. Desse modo, a consciência de um direito significa, *ipso facto*, a percepção direta do dever correlativo.

Em segundo lugar, de forma complementar ao primeiro argumento, e o ponto é acentuado pelos autores, somente uma errônea compreensão dos direitos (que ignore seus custos) pode sustentar a tese de que os mesmos geram irresponsabilidade em relação aos deveres correlativos. Assim, a falsa idéia de que alguns direitos nada custam, ou são gratuitos, gera irresponsabilidade.

---

NERI, Shlomo & DE-SHALIT, Avner (Org.). *Communitarianism and Individualism*. Great Britain: Oxford University Press, 1996, p. 29-50; nesta última obra afirma-se (p. 30): "I am calling atomist doctrines (...). These writers, and others who presented social-contract views, have left us a legacy of political thinking in which the notion of rights plays a central part in justification of political structures and action. The central doctrine of this tradition is an affirmation of what we should call the primacy of rights".

154 HOLMES/SUNSTEIN, *The Cost of Rights...*, cit., p. 136.

155 *Id.*, *ibid.*, p. 140: "The mutual dependence of rights and responsibilities, their essential inextricability, makes it implausible to say that responsibilities are being ignored because rights have gone too far".

De outro lado, sustentam Sunstein e Holmes que uma correta compreensão dos direitos estimula a responsabilidade em relação aos deveres para com a comunidade. O reconhecimento de que todos os direitos possuem custos (isto é, são custeados por recursos captados na coletividade de cada indivíduo singularmente considerado), e de que os recursos públicos são insuficientes para a promoção de todos os ideais sociais — impondo o sacrifício de alguns deles, implica também o reconhecimento de que aqueles (os direitos) devem ser exercitados com responsabilidade<sup>156</sup>.

A consciência de que os direitos custam implica *ipso facto* a conscientização de que as pessoas somente possuem direitos na medida em que um Estado responsabilmente recolha recursos junto aos cidadãos responsáveis<sup>157</sup> para custeá-los, mostrando ser incorreta a tese *atomista* de que os direitos inculcam a irresponsabilidade para com os deveres sociais. Ao revés, os direitos, corretamente compreendidos, inculcam a responsabilidade no respectivo exercício.

#### 4. DIREITOS NÃO NASCEM EM ÁRVORES

As idéias evoluem, em especial as idéias acerca dos direitos<sup>158</sup>. Pensamos que o argumento desenvolvido por Cass

---

156 *Id.*, *ibid.*, p. 146: "The simple fact that rights have costs, therefore, already demonstrates why rights entail responsibilities".

157 *Id.*, *ibid.*, p. 151: "That rights have costs demonstrates their dependence on what we might as we call "civic virtue". Americans possess rights only to the extent that, on the whole, they behave as responsible citizens". E ainda, p. 155: "Because rights are costly, they could never be protected or enforced if citizens, on average, were not responsible enough to pay their taxes (...)".

158 Sobre a evolução das idéias, em especial em tema de direitos humanos, veja-se o belo texto, pleno de significado, de PECES-BARBA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 15.

Sunstein e Stephen Holmes na obra *The cost of rights* lança novas luzes sobre a importante temática dos direitos humanos, significando mesmo a superação dos modelos teóricos anteriormente referidos (vide capítulo 2 *supra.*).

A verdade é que, a partir da consideração de que todos os direitos públicos subjetivos são positivos, isto é, demandam uma prestação positiva do Estado para sua efetivação, o que implica custos públicos, há que se proceder a uma releitura das noções que envolvem os direitos fundamentais.

É o que se passa a esboçar.

#### 4.1. Todos os direitos são positivos

##### 4.1.1. Algumas importantes idéias antecedentes

Os estudos jurídicos<sup>159</sup> acerca dos custos e da positividade dos direitos fundamentais são escassos no Brasil. Quando muito há algumas referências esparsas, as quais, no entanto, merecem registro específico neste momento. Com efeito, na medida em que a primeira parte do estudo dedicou-se a desenvolver um inventário das idéias acerca dos direitos humanos, interessam agora, na verdade, algumas idéias antecedentes desenvolvidas no Brasil já em torno da positividade dos direitos da liberdade, que de algum modo fugiriam aos modelos antes formulados.

---

159 Não é possível deixar de referir os estudos que vêm sendo desenvolvidos por PINHEIRO, Armando Castelar. "Judicial System Performance and Economic Development". *Ensaio BNDES* 2, Outubro/1996. Este autor, professor de economia da UFRJ, infelizmente quase um desconhecido da comunidade acadêmica jurídica, tem produzido importante contribuição no terreno dos custos econômicos dos direitos, notadamente sob o prisma institucional, ou seja, do funcionamento do sistema judicial. É preciso ressaltar, contudo, que seus estudos não possuem cunho jurídico, daí porque não foram incluídos na análise efetuada no texto.

Tais argumentos, apresentados muitas vezes de forma la-cônica e talvez mesmo sem consciência das importantíssimas conseqüências deles derivadas, não chegaram a ser efetivamente explorados ou desenvolvidos, não se podendo sequer falar em um modelo teórico autônomo.

De toda sorte, é possível identificar alguns autores que fazem referência aos custos dos direitos individuais — tipicamente negativos. Talvez seja possível agrupá-los em dois grupos principais.

Num primeiro grupo (a) estariam alguns autores que apenas intuitivamente, e somente implicitamente, reconhecem que todos os direitos impõem custos, sendo em alguma medida positivos, seja porque há a necessidade de criação e manutenção de uma estrutura pública para sua tutela — o poder judiciário<sup>160</sup>, seja mesmo em razão da existência de outras esferas públicas diversas do judiciário sem as quais os direitos, mesmo os negativos, não são 'respeitados'<sup>161</sup>.

Outros autores, situados por nós num segundo grupo (b) vão além da simples intuição, e reconhecem expressamente as necessidades de prestações públicas para tutela de todos os direitos da liberdade, reconhecendo, portanto, que não há direitos puramente negativos. Há quem reconheça os custos

160 Ao tratar da aplicabilidade das normas constitucionais, Acentua JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade...*, cit., p. 102: "As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e seus órgãos". Por óbvio, a existência do Estado e de seus órgãos impõe custos.

161 Assim FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 30: "Em contrapartida desses direitos, o sujeito passivo, em princípio, não deve senão uma abstenção, um não-fazer. Mas é claro que se o Estado deve, por um lado, abster-se de perturbar o exercício desses direitos, tem, por outro lado, a tarefa de, preventivamente, evitar sejam eles desrespeitados, e, também, a de, repressivamente, restaurá-los se violados, inclusive punindo os responsáveis por esta violação".

indiretamente (sem referi-los especificamente aos direitos), ao tratar, por exemplo, da democracia<sup>162</sup>. Há quem fale que a distinção é meramente relativa<sup>163</sup>. Há mesmo quem fale em direitos prevalentemente negativos<sup>164</sup>. Estes últimos dois ar-

162 Veja-se o estudo de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, Estado e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995. Por exemplo, p. 45, em que faz referência aos custos (a que chama "custos das transações") derivados dos procedimentos políticos de participação e mesmo da democracia (no mesmo sentido, vide p. 69).

163 É o caso de BRESSER PEREIRA, *op. cit.*, p. 158: "Essa distinção, (...) embora atrativa, é, na verdade, relativa. Para se garantirem os direitos civis é também necessária uma ação positiva do Estado, implicando inclusive em custos administrativos: afinal, todo o aparato clássico do Estado — poder legislativo, poder judiciário, política, forças armadas — existe para garantir positivamente os direitos civis, da mesma forma que o aparato social do Estado, expresso nos ministérios da educação, da saúde, da cultura etc., além do poder judiciário e do poder legislativo, existem para garantir os direitos sociais".

164 É o caso de CLÈVE, *op. cit.*, p. 125-126. Seja permitida, por importante, a transcrição de um longo trecho do autor: "O nascimento de um conjunto de direitos de crédito frente ao Estado (saúde, alimentação, habilitação, etc.) altera profundamente a natureza dos direitos humanos. Estes agora serão, a um tempo, *liberdades e créditos* do indivíduo (ou grupo) frente ao Estado.

Se as liberdades manifestam-se através de uma prestação, prevalentemente negativa do poder público (abstenção do Estado), os créditos exigem uma prestação prevalentemente positiva, ou seja, a disposição de medidas públicas dirigidas à solução das demandas tipificadas como direitos.

A expressão 'prevalentemente' foi utilizada para definir a prestação do Estado em cada domínio (liberdades e créditos) não por acaso. Justifica-se tal uso quando se percebe que a ação do Estado no domínio das liberdades é também positiva: ele promulga a lei, define o regime jurídico de cada liberdade, controla o seu exercício (através da administração e da jurisdição), sanciona sua violação, etc. Nos casos dos direitos, a essas colocações soma-se a instituição de mecanismos, sem os quais tais créditos restariam mera expectativa. Sem escolas públicas, o direito à educação é letra morta. Trata-se da construção de hospitais

gumentos parecem desaconselháveis, *concessa venia*, pois reduzem drasticamente o conteúdo da classificação em tela (positivo/negativo) de molde a retirar-lhe qualquer significado (melhor será, talvez, abandoná-la).

De qualquer modo, o mais importante aqui é notar que, sem embargo dessas "idéias" (não propriamente desenvolvidas), os autores continuam a servir-se da classificação positivo/negativo, e mais, continuam a dela retirar algumas de suas mais importantes conseqüências teóricas e de amplo alcance prático.

A mais relevante delas é justamente no sentido de, com base na manutenção da distinção em questão, estabelecerem diferentes graus de importância e de exigibilidade entre os direitos chamados sociais e os individuais, considerando que estes — precisamente por serem negativos (dentre outras razões) — têm preferência sobre os primeiros<sup>165</sup>.

Assim, sem embargo da ausência de desenvolvimento, é possível afirmar que alguns autores já foram sensíveis à realidade, aceitando a positividade de todos os direitos fundamentais.

Neste passo, é preciso fazer justiça e reconhecer que, mesmo fora do Brasil, até hoje (e de acordo com o nosso

---

no caso do direito à saúde; do acionamento de uma política de pleno emprego no caso do direito ao emprego (não confundir com o direito ao trabalho), etc. Como se vê, a ação do Estado neste campo é prevalentemente positiva. Na primeira situação, é prevalentemente negativa. Aqui, embora o poder público manifeste-se positivamente, é apenas para assegurar o gozo do direito pelo particular, gozo que não depende, em princípio, de nenhuma ação concreta e específica da ação governamental." Perceba-se que a conclusão é, *data maxima venia*, contraditória. É justamente à ação concreta do ente governamental (certamente a expressão "estatal" é mais adequada) que se usa chamar positividade. Ademais, o gozo pelo particular, ao contrário do afirmado no texto, efetivamente depende da ação estatal em caráter principal e permanente (e não meramente prevalente).

165 Neste sentido, já antes referido, v. TORRES, *Os Direitos Humanos...*, cit., *passim*.

conhecimento) não encontramos autores que tratem do tema — custos e positividade dos direitos — com a profundidade de Sunstein e Holmes, nem colhendo as referidas e relevantes conseqüências<sup>166</sup>. Na verdade, é possível dizer que, a exemplo do que acontece no Brasil, a referida classificação continua a servir de suporte para as mais importantes conclusões teóricas<sup>167</sup> e soluções de ordem prática<sup>168</sup>.

---

166 Exemplo da orientação tradicional colhe-se em BOBBIO, *op. cit.*, p. 72: "É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela 'prática' de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social".

167 Em texto antigo, porém de grande repercussão no Brasil mercê da tradução de uma outra obra de sua lavra, assentava GORDILLO, Agustin A. *Introducción al Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966, p. 338 — reconhecendo a existência de direitos negativos face o Estado, relevantes consectários em sede de interpretação: "En el derecho subjetivo positivo la protección jurídica reside en la exigibilidad de que unânime tercero realice una determinada conducta positiva (hacer, dar); en el derecho subjetivo negativo la protección jurídica está en la exigibilidad de que unânime tercero se abstenga de interferir con la actividad del sujeto, es decir, realice una determinada conducta negativa (no hacer). (...)

*Esa distinción tiene muy importantes consecuencias, pues ante la regla lógica de que rige la libertad en tanto que el orden jurídico no la restrinja (...), el derecho subjetivo es de interpretación extensiva en cuanto se refiere al derecho a que no nos impidan una actividad, y a que no nos exijan algo, es de interpretación restrictiva en cuanto se refiere al derecho a exigir que unânime tercero realice algo".*

168 *Ad exemplum tantum*, NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos — Unânime Ensayo de Fundamentación*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 315: "(...), advertiremos que la distinción entre una y otra pasa sustancialmente por la distinción entre derechos negativos y derechos positivos, o sea derechos cuyos correlatos son obligaciones de conductas pasivas o activas respectivamente (también voy

#### 4.1.2. A superação da idéia de que existem direitos negativos. Todos os direitos integram as opções dadas às escolhas trágicas

A importação a-crítica de idéias já produziu efeitos prejudiciais ao nosso Direito. Multiplicam-se os exemplos, estando o próprio tema dos direitos fundamentais apto a ministrar vários deles, como, por exemplo, o sistema de prestação de serviços públicos de saúde, em que a Constituição da República de 1988, importando o modelo nórdico, francamente inadequado para a realidade brasileira, vem trazendo grande transtorno. A importação pressupõe uma análise prévia e detida da compatibilidade das idéias importadas ao sistema e à realidade onde presumivelmente devem integrar-se.

No caso vertente, a dita importação das idéias vertidas na obra comentada não padece de qualquer problema. Notadamente porque se trata de idéia de cunho operacional, ou, na linguagem de Sunstein e Holmes, descritivo. Não se trata, portanto, propriamente de importação de uma idéia, mas de observação de um mesmo fenômeno comum, não sendo possível ignorar a correção da afirmação dos autores consoante a qual todos os direitos são positivos (no sentido de que demandam prestações positivas).

O senso comum científico da comunidade jurídica não fica — ou ao menos não deve ficar — alheio aos argumentos e conclusões apresentadas na obra de Sunstein e Holmes.

---

*a hablar de 'deberes activos' y 'deberes pasivos' con este significado). Es cierto que aun en la alternativa abstencionista más extrema hay un elemento de activismo por parte del Estado, que consiste en dictar y en hacer cumplir normas para que otros se abstengan de actuar, pero de cualquier modo los beneficiarios de los derechos en cuestión son sólo destinatarios de omisiones y no de prestaciones positivas". A curiosíssima observação de que o destinatário da norma recebe apenas a omissão sugere a questão de saber, então, quem seria o beneficiário da prestação positiva que o autor reconhece existir (?).*

Saliente-se então, que a importante conclusão de que todos os direitos públicos subjetivos são positivos não pode mais ser desconsiderada pelo pensamento jurídico brasileiro.

O equívoco parece residir precisamente em considerar-se que a tutela dos direitos da liberdade consista ou possa consistir em uma obrigação de não fazer<sup>169</sup>, quando, em verdade, ela contém sempre e sempre um *facere* (um agir positivo), que é igualmente sempre custoso.

Enquanto na esfera privada talvez seja possível caracterizar uma obrigação ou dever como totalmente negativo, no sentido de que impedem a ação e mesmo impõem a abstenção total, no caso do da atividade do Estado, as obrigações e deveres de natureza pública são sempre ativas ou positivas, implicando custos, sendo a utilização de exemplos tomados ao direito privado manifestamente inadequada<sup>170</sup>. Omitir-se, para o Estado, também custa dinheiro.

Para exemplificar, seja consentido voltar ainda uma vez ao direito de propriedade. Em sua faceta estritamente privada, o aludido direito talvez até seja meramente negativo (sendo bastante discutível a possibilidade de cisão das "faces" de um

---

169 Como afirma LUÍS BARROSO, *op. cit.*, p. 105: "A segunda razão é de caráter *operacional*: esses direitos têm por conteúdo, normalmente, uma abstenção, um *não fazer* dos indivíduos e principalmente do Estado; sua realização, assim, na generalidade dos casos, independe de ônus, de atividades materiais, além de ter a seu favor a própria *lei da inércia*".

170 Como faz exatamente ao tratar de direitos públicos JOÃO CARLOS ESPADA, *op. cit.*, p. 23: "Os direitos positivos e negativos diferem na medida em que acarretam obrigações positivas ou negativas, ou seja, obrigações (negativas) de não fazer qualquer coisa, ou obrigações (positivas) de fazer qualquer coisa. O exemplo habitual de um direito positivo é o direito do credor contra o seu devedor, do qual decorre para este último a obrigação positiva de pagar a sua dívida. O direito de uma pessoa à sua propriedade é principalmente um direito negativo do qual decorre, para outras pessoas, a obrigação negativa de não interferirem com a propriedade".

direito em público e privado), porque impõe aos demais particulares um dever de abstenção, *tout court*. O mesmo direito de propriedade, em sua face pública, impõe ao Estado uma série de deveres positivos, que permitem a criação e manutenção do direito, como seja a proteção daquele direito em face do próprio Estado e dos demais particulares. Saltam aos olhos as fortes cores da inadequação dos esquemas formulados a partir de categorias privatísticas. De fato, é preciso concordar com Sunstein e Holmes, para afirmar que na esfera pública inexistem direitos negativos — inexistem puro *non facere*. Todos os direitos públicos subjetivos são positivos.

Como consecutório, relevante consecutório, tem-se que as liberdades, outrora entendidas como direitos meramente negativos, também integram o círculo de opções que são dados às escolhas públicas, às trágicas e inevitáveis escolhas.

A partir da retórica da tragédia, os já aludidos Guido Calabresi e Philip Bobbit<sup>171</sup> demonstram que a escassez de recursos econômicos e financeiros públicos impede a realização de todos os objetivos sociais, de tal sorte que a realização de alguns desses relevantes objetivos impõe necessária e inevitavelmente o sacrifício de outros, igualmente importantes<sup>172</sup>. Não sendo possível — e muita vez, nem desejável<sup>173</sup> — a solução da tensão entre os valores subjacentes<sup>174</sup> aos mencionados objetivos sociais em conflito, há a necessidade de serem feitas escolhas. Escolhas realmente trágicas.

---

171 CALABRESI/BOBBIT, *op. cit.*, *passim*.

172 Ainda sobre as escolhas e os sacrifícios, BERLIN, *op. cit.*, p. 167: "o mundo que se nos depara na experiência comum é aquele em que nos defrontamos com opções entre fins igualmente últimos, exigências igualmente absolutas, sendo que a realização de parte desses fins e dessas exigências deverá necessariamente acarretar o sacrifício de outras".

173 Sobre a desejável manutenção dos conflitos entre os valores como meio de promoção da participação e da deliberação democrática, consulte-se SUNSTEIN, *One Case at a Time...*, *cit.*, *passim*.

174 CALABRESI/BOBBIT, *op. cit.*, p. 19.

Costuma-se referir apenas aos direitos sociais, ou que demandam prestações públicas positivas, como fazendo parte do elenco de opções entregues às escolhas trágicas, restando os direitos da liberdade fora deste âmbito, como se fossem efetivados independentemente daquelas<sup>175</sup>. A afirmação não é correta, *data maxima venia*.

A partir da anterior conclusão de que todos os direitos públicos são positivos, é mister reconhecer que os direitos da liberdade ou individuais também integram o rol dado às trágicas escolhas públicas. Na verdade, conclui-se que todo e qualquer direito público subjetivo integra o referido rol (podendo, portanto, ser preterido em razão da tutela de outro direito, cuja tutela seja considerada mais importante em um dado momento).

As conseqüências de tal conclusão, inclusive as práticas — são de elevada monta. No modelo teórico tradicional, o direito de ir e vir — *ad exemplum tantum*, a liberdade em sentido estrito — é tido como plenamente assegurado independentemente de qualquer ação estatal, devendo a autoridade pública escolher, por exemplo, tão-somente entre assegurar o direito à educação ou o direito à saúde. A partir das conclusões de Sunstein e Holmes, citadas pela observação empírica, também o direito de ir e vir "passa" a integrar o elenco de opções, podendo ser preterido.

Com efeito, na medida em que tal direito e seus congêneres, tidos habitualmente como negativos, dependem tanto das prestações estatais positivas como todos os outros, não há que pensar estejam eles fora das escolhas. Os recursos são limitados, e as escolhas, verdadeiramente trágicas, incluem também os direitos individuais, que podem igualmente ser sacrificados.

Deveras, nossos tribunais, diuturnamente reconhecem, ao menos implicitamente, que os direitos individuais têm

---

175 Neste sentido, TORRES, *Os Direitos Humanos...*, *cit.*, p. 12.



custos, muitas vezes elevados. Reconhecem quando, por exemplo, servem-se de indenizações como meio de salvaguardar os direitos dessa natureza<sup>176</sup>. A retórica do “respeito” (puramente passivo) pelos direitos individuais desvela sua face custosa na indenização que é deferida na hipótese contrária (ainda que omissiva — omissão em proteger a liberdade individual). Seja permitido lembrar que este modelo de decisão judicial refere o que já se usou chamar “sociedade de reparação generalizada”<sup>177</sup>, em especial para designar a sociedade americana, onde, havendo ao menos aparentemente um reconhecimento mais tênue dos direitos chamados sociais, a redistribuição da riqueza social funda-se na radicalização da proteção dos direitos individuais, num discutível aperfeiçoamento da lógica individualista.

Demonstrado que o direito possui um custo, a opção pela sua efetivação independe de sua caracterização como individual ou social.

De toda sorte, o que cumpre ressaltar é que a expressão “passam a integrar” utilizada alguns parágrafos acima não é precisa. Na verdade, os direitos individuais (enquanto direitos subjetivos públicos) sempre foram positivos, no sentido de que sempre demandaram intervenção estatal em forma de prestações estatais positivas. O diferencial do presente momento teórico é o reconhecimento dessa positividade, e não o seu surgimento.

Na verdade, o reconhecimento da positividade de todos os direitos impede que se faça uso ideológico da distinção

176 É exemplo paradigmático a seguinte ementa: “Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser focado sobre (*sic*) o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente o de ir e vir” (STJ, Primeira Turma, Recurso Especial 220982/RS, Relator o Ministro José Delgado, julgado em 22.02.2000, votação por maioria).

177 ROSANVALLON, Pierre. *A Nova Questão Social — Repensando o Estado Providência*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998, p. 63.

positivo/negativo<sup>178</sup>, uso que obstaculiza a visão de que — tomando-se em consideração os custos — também os direitos individuais *podem* ser sacrificados em detrimento dos sociais<sup>179</sup>. Embora os custos não sejam o único referencial ou critério de decisão, fato é que não podem ser desconsiderados ou servir de fundamento para a tutela integral dos direitos individuais e meramente parcial dos direitos sociais, como se vem fazendo, de forma muitas vezes inaceitável.

Nessa linha de argumentação, é possível trazer a lume uma série de exemplos. O País tem assistido a vários massacres de populações carentes levados a efeito por órgãos públicos através do recolhimento de recursos igualmente públicos, adotando veladamente um modelo de direito de propriedade inaceitável nesta quadra histórica (e que se serve do equívoco de considerar-se este direito como sendo negativo). Quanto custou aos cofres públicos enviar e manter por semanas a fio em Eldorado dos Carajás quinhentos homens armados. O que estes homens protegiam? Em nome de que eles mataram? A resposta atende pelo nome de propriedade. Será possível ainda dizê-la meramente negativa? Óbvio que não. É preciso perscrutar a essência dos direitos públicos subjetivos, para verificar que todos são positivos, e permitir uma escolha lúcida entre a violenta proteção da propriedade e a adequada prestação educacional, que talvez seja menos custosa.

178 A questão ideológica é aqui colócada em termos diversos daqueles referidos no modelo teórico da utopia, em que os problemas relativos aos recursos públicos eram simplesmente ignorados (veja-se o capítulo 2 acima), reconhecendo-se a validade da distinção positivo/negativo, fatos que, em última análise, favorecem a manipulação ideológica dos direitos.

179 Afastando a parcialidade denunciada por SUNSTEIN (v. capítulo 3 acima). Observa VILLEY, *op. cit.*, p. 131: “Sob pretexto de conceder a todos satisfações infinitas, o sistema funciona exclusivamente para vantagem de *alguns*. É impossível atribuir qualquer direito subjetivo a alguns, se não for em detrimento dos outros.”

Por fim, assinale-se que a aludida argumentação de Cass Sunstein e Stephen Holmes em torno do direito de propriedade (e que vale para os direitos em geral) permite observar que inexistem prestações não-fáticas (a que se referia Ingo Sarlet, forte na lição de Robert Alexy — veja-se capítulo 2 supra). A própria prestação normativa tem por pressupostos uma série de fatos — como a criação e operação permanente das normas — levados a efeito por corpos de agentes públicos quase sempre muito bem remunerados e sediados em estruturas deveras dispendiosas, e que consomem grande parte dos recursos estatais. Assim sendo, também os direitos de defesa (vide ainda uma vez o capítulo 2 acima) referidos por alguns, equivocadamente, *s.m.j.*, como totalmente negativos, demandam prestação estatal positiva permanente, sendo igualmente positivos.

#### 4.2. Necessidade de superação da idéia dos custos como meros óbices.

Um outro consectário relevante que se pode extrair do argumento acima desenvolvido é o de que os custos não devem ser encarados como meros óbices à consecução dos direitos fundamentais, conforme se vem de há muito salientando. Não que tal consideração seja essencialmente errada. A questão é só de perspectiva. A perspectiva dos custos como meios nos parece mais construtiva.

A verdade é que os custos ostentam um caráter biface. Tanto podem ser vistos como óbices quanto como pressupostos. A experiência registra sem-número de tentativas de visualizá-los como óbices tão-somente com escopos ideológicos. Na história recente do País houve mesmo quem impugnasse a instauração da Assembléia Nacional Constituinte (de 1986) em razão dos elevados custos por ela impostos à sociedade<sup>180</sup>.

180 Sobre as despesas com a Constituinte, veja-se o registro crítico de

Na linha antes referida de Sunstein e Holmes, aconselha-se a mudança de perspectiva, passando-se a trabalhar com os recursos econômicos como pressupostos, que tornam possível a realização dos direitos.

A concepção dos custos como óbices tem a sua função, que é a de identificar e precisar os obstáculos para superação<sup>181</sup>, mas neste viés, os custos ainda são inadequadamente vistos como algo externo aos direitos.

Ainda neste sentido, anote-se que a expressão “exaustão orçamentária”<sup>182</sup> conduz, com todas as vênias, a uma interpretação equivocada do fenômeno que procura analisar. Com efeito, através dela não se analisa o fenômeno como um todo, mas apenas parte dele. A análise global do fenômeno permite entrever o engano.

Com efeito, ao se dizer que o orçamento não pode suportar determinada despesa, *in casu*, destinada à efetivação de direitos fundamentais, e tendo como parâmetro a noção de custos como óbices, quer-se necessariamente designar um orçamento determinado. Os recursos públicos são captados em caráter permanente — a captação não cessa nunca, de forma que, a rigor, nunca são completamente exauridos. Assim sendo, nada obstaria a que um outro orçamento posterior assumisse a despesa em questão. Sem embargo dessa possibilidade os autores argumentam que esse meio — a exaustão da capacidade orçamentária — é um único meio de frustrar a proteção dos direitos fundamentais.

GRAU, Eros. *A Constituinte e a Constituição que Teremos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 33: “O pretexto da despesa que a Assembléia constituinte ocasionará não resiste ao bom senso (...)”.

181 Como faz referência, entre nós, CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 114, especificamente em relação aos custos ocasionados pela longa duração dos processos judiciais.

182 Conforme o estudo antes referido de EROS GRAU, “Despesa Pública ...” cit., p. 130-148.

O que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo "direito". A compreensão dos custos como meios de promoção dos direitos, e a observação empírica de que tais meios são insuficientes para atender a todas as demandas, leva necessariamente à conclusão de que não é propriamente a "exaustão da capacidade orçamentária" que impede a realização de um determinado direito. O argumento da "exaustão orçamentária" presta-se unicamente a encobrir as trágicas escolhas que deixaram de fora do universo do possível a tutela de um determinado "direito".

De outra face, a retórica da "exaustão" cria um sentimento de que "direitos" há que não são objeto de tutela, restando "abandonados", o que se nos parece extremamente prejudicial à segurança jurídica. Tal situação de desconfiança e falta de credibilidade prejudica a tutela dos direitos como um todo, o que é desaconselhável.

Por estas razões, e ressaltando que ainda não temos opinião com *animus* de definitividade sobre o tema, parece conveniente considerar a sugestão de Cass Sunstein e Stephen Holmes consoante a qual os custos devem integrar previamente a própria concepção do direito (subjeto) fundamental (devem ser trazidos para dentro do conceito). Aquele "conceito pragmático de direito subjeto" a que nos referimos acima.

De fato, parece correto sustentar que não se deve afirmar a existência de um direito público subjeto em especial (ou *determinado*, ou seja, o direito de uma *determinada* pessoa receber uma *determinada* prestação) quando seja absolutamente impossível, sob prisma prático, realizá-lo. A questão, contudo, é complexa, demandando ainda maior atenção por parte dos estudiosos.

### 4.3. À guisa de conclusão: os direitos efetivamente não nascem em árvores

O presente estudo tencionava demonstrar que o senso comum formado no pensamento jurídico brasileiro (aqui apresentado em diversos modelos teóricos) em torno dos direitos fulcra-se em premissa equivocada, qual seja, de que existem direitos fundamentais cuja tutela por parte do Estado independe de qualquer ação positiva, e portanto, de qualquer custo.

Após a apresentação do modelo de superação do senso comum, a tese de que há direitos negativos parece padecer de equívoco óbvio, e custa a crer não tivesse sido percebido antes. Não há que se preocupar, pois consoante ensina o Grande Jurista em sua sabedoria, às vezes as coisas mais difíceis de serem vistas são precisamente aquelas que estão bem diante dos nossos olhos.

E o que se põe diante dos olhos com clareza capaz de ofuscar é que todos os direitos subjtos públicos são positivos. As prestações necessárias à efetivação de tais direitos têm custos, e, como tal, são sempre positivas.

Não há falar, portanto, em direitos fundamentais negativos, ou, o que é pior, em direitos fundamentais "gratuitos", até porque, como já se pode perceber, direitos não nascem em árvores. *Q.e.d.*

## 5. BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARA PINILLA, Ignacio. *Las Transformaciones de los Derechos Humanos*. Madrid: Tecnos, 1994.
- BARCELLOS, Ana Paula de. "O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy". In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legiti-*

- mação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1-29.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1981.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. "Cidadania e Res Publica: a Emergência dos Direitos Republicanos". *Revista de Direito Administrativo* 208: 147-181, 1997.
- CALABRESI, Guido & BOBBIT, Philip. *Tragic Choices — The Conflicts Society Confronts in the Allocation of Tragically Scarce Resources*. New York/London: W. W. Norton & Company, 1978.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Access to Justice*. Milano: Giuffrè, 1978.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios Gerais de Direito Público*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva — Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1999.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. "Sobre os Direitos do Homem".

- In: *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 125-126.
- COLE, Charles. "Precedente Judicial". *Revista de Processo*. 92 : 71-85.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- DEL VECCHIO, Giorgio. "Direito e Economia". In: *Direito, Estado e Filosofia*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Politécnica Ltda., 1952.
- ESMEIN, A. *Éléments de Droit Constitutionnel*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Général de Lois et des Arrêts, 1899.
- ESPADA, João Carlos. *Direitos Sociais da Cidadania*. São Paulo: Massao Ohno, 1999.
- FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FASSÓ, Guido. "Jusnaturalismo". In: BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de Política*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1991, v. 1, p. 655-660.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito — Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FREIRE, Homero. "Da Pretensão ao Direito Subjetivo". *Estudos Políticos e Sociais* 1 (2): 393-443, 1968.
- GALBRAITH, John Kenneth. *O Pensamento Econômico em Perspectiva — uma História Crítica*. São Paulo: Pioneira/EDUSP, 1989.
- GALDINO, Flavio. "Sobre o Minimalismo Judicial de Cass Sunstein". In: MELLO, Celso D. de Albuquerque & TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, v. 2, p. 173-215.

- GALVÃO, Paulo Braga. *Os Direitos Sociais nas Constituições*. São Paulo: Companhia das Letras, 1981.
- GOMES, Orlando. "Direitos ao Bem-Estar Social". In: *Anais da Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Rio de Janeiro: OAB, 1974, p. 203-225.
- GORDILLO, Agustín A. *Introducción al Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.
- GOYARD-FABRE, Simone. *Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GRAU, Eros. "Despesa Pública — Conflito entre Princípios e Eficácia das Regras Jurídicas — o Princípio da Sujeição da Administração às Decisões do Poder Judiciário e o Princípio da Legalidade da Despesa Pública". *Revista Tributária. Caderno de Direito Público 2*: 130-148.
- \_\_\_\_\_. *A Constituinte e a Constituição que Teremos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- GUEDES, Marco Aurélio Peri. *Estado e Ordem Econômica e Social — a Experiência Constitucional da República de Weimar e a Constituição Brasileira de 1934*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- HESPANHA, António Manuel. *História das Instituições — Épocas Medieval e Histórica*. Coimbra: Almedina, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*. Lisboa: Forum da História — Publicações Europa-América, 1997.
- HOLMES, Stephen. "El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia". In: \_\_\_\_\_. *Constitucionalismo y Democracia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262.
- \_\_\_\_\_. "Las Reglas Mordaza o la Política de Omisión". In: *Constitucionalismo y Democracia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 49-88.
- \_\_\_\_\_. & SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- JELLINEK, Georg. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.

- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos — Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. "Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito". In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MELLO, Celso Renato Duvivier de Albuquerque. *Direitos Humanos e Conflitos Armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MORAES FILHO, Evaristo de. "Da Ordem Social na Constituição de 1967". In: CAVALCANTI, Themístocles Brandão (Org.). *Estudos sobre a Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 174-205.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, Estado e Administração Pública*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos — Unanime Ensayo de Fundamentación*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1997.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria Jurídica e Novos Direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. "Los Derechos Económicos, Sociales e Culturales: su Génesis y su Concepto". *Derechos y Libertades 6*: 15-34, 1998.
- PINHEIRO, Armando Castelar. "Judicial System Performance and Economic Development". *Ensaio BNDES 2*, outubro, 1996.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

- \_\_\_\_\_. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967 — com a Emenda n.1 de 1969*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974.
- RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, s/d.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- RESCIGNO, Pietro. "Per Uno Studio Sulla Proprietà". *Rivista di Diritto Civile* 18: 1-67, 1972.
- ROSANVALLON, Pierre. *A Nova Questão Social — Repensando o Estado Providência*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.
- SALDANHA, Nelson. "Liberdades Públicas". In: *Estado de Direito, Liberdades e Garantias*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza: Celso Bastos, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996.
- SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. "A Crítica Comunitarista ao Liberalismo". In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.).

- Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 197-242.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law — Introdução ao Direito dos EUA*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.
- SUNSTEIN, Cass. *After Rights Revolution — Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.
- \_\_\_\_\_. "Free Speech Now". In: STONE, Geoffrey, EPSTEIN, Richard & SUNSTEIN, Cass (Org.). *The Bill of Rights in the Modern State*. Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 255-316.
- \_\_\_\_\_. *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Free Markets and Social Justice*. New York: Oxford University Press, 1997.
- \_\_\_\_\_. "Beyond the Republican Revival". *Yale Law Journal* 97: 1539-1590.
- \_\_\_\_\_. *One Case at a Time — Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. "Constituciones y Democracias: Epílogo". In: *Constitucionalismo y Democracia*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 344-371.
- TÁCITO, Caio. "Os Direitos do Homem e os Deveres do Estado". In: *Temas de Direito Público — Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 393-405.
- TAYLOR, Charles. "Atomism". In: AVINERI, Shlomo & DESHALIT, Avner (Org.). *Communitarianism and Individualism*. Great Britain: Oxford University Press, 1996, p. 29-50.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Os Direitos Humanos e a Tributação. Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- \_\_\_\_\_. "A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos".

- In: (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 243-342.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977.
- VINOGRADOFF, Paul. *Introducción al Derecho*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- WALZER, Michael. *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

## Direitos Humanos e Justiça Social: as Idéias de Liberdade e Igualdade no Final do Século XX

Gustavo Binenbojm

### I. INTRODUÇÃO

Liberdade, igualdade e fraternidade (atualizada sob a idéia de solidariedade) continuam sendo os valores fundamentais em torno dos quais gravita o pensamento jusfilosófico contemporâneo. Com efeito, a equação formada pelos ideais que serviram de bandeira para a Revolução Francesa<sup>1</sup> consti-

---

1 V., sobre a herança da Grande Revolução, REALE, Miguel. *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 74. "Foi dito, acertadamente, que, se os norte-americanos foram os primeiros a estabelecer uma democracia moderna, os franceses tornaram-na um credo militante. Há, além disso, na Revolução Francesa um sentido universalizante que inexiste na Declaração Americana de Independência, cumprindo observar, por outro lado, a riqueza polivalente de motivos e conjunturas atuantes no processo revolucionário de 1789, envolvendo liberalismo, democracia, nacionalismo, anarquismo, socialismo, estatismo, ou seja, todas as diretrizes político-econômicas que