XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA ODERLÂNIA TORQUATO LEITE

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Maria Oderlânia Torquato Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-206-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias do Direito. 3. Realismo Jurídico. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O XXV ENCONTRO DE BRASÍLIA reuniu pela quarta vez o Grupo de Trabalho (GT) "Teorias do Direito e Realismo Jurídico", proposto inicialmente no CONPEDI UFPB. O núcleo da discussão no GT toca em vários temas como se pode perceber pela exposição dos artigos que compõem este livro.

Basicamente o leitor encontrará aqui os seguintes âmbitos de desenvolvimento do debate, inicialmente os artigos de cunho mais puramente teórico, e nestes também incluídos aqueles que concentram a análise a partir de um marco teórico, no caso são destaques Hart, Dworkin, Gadamer e Alexy. Ainda no plano da teoria do direito temos alguns artigos com foco no debate entre linguagem e direito, estes porém já transitam do âmbito mais abstrato para o concreto e preparam o terreno para o diálogo de viés constitucional, aí destacando-se o protagonismo do Judiciário, o ativismo judicial etc como temas afins.

Assim, o debate sobre o realismo jurídico, expressando na sua versão norte-americana o foco no protagonismo do poder judiciário e na sua versão escandinava o cerne linguístico para percepção do jurídico, ambas vertentes encontram guarida nos dezenove capítulos que compõem este livro resultado do GT ocorrido no XXV Encontro Nacional do CONPEDI entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, na Capital Federal, numa parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

Em apertada síntese, compõe o primeiro momento do livro os artigos com as seguintes abordagens teóricas do direito: "TEORIA DA NORMA: UMA FORMA ESTRUTURADA DE ANÁLISE DO DIREITO", que propõe a conciliação de dois postulados para o modelo teórico de norma jurídica que permite uma compreensão ampla e estruturada do Direito. De um lado, a semiologia permite compreender o processo de interpretação e a formação de sentido para o jurista, e, de outro, a ideia de norma como mandamento condicional hipotético possibilita sua análise estrutural; "A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO" no presente trabalho o objetivo é explorar as mudanças ocorridas no direito contemporâneo, sobretudo, no pós-guerra, destacando o papel ocupado pela teoria crítica da sociedade, nos moldes da Escola de Frankfurt, quanto à leitura da estrutura jurídica no contexto das sociedades plurais e complexas que marcam os tempos hodiernos; "AS

BASES E OS DESAFIOS DA CIÊNCIA DO DIREITO : UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS" cuja análise proposta visa compreender a maneira pela qual os princípios adquiriram tal característica e, especialmente, o papel cumprido por eles quanto à sua eficácia jurídica; "A DISTINÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS, E O CONFLITO ENTRE O SIGNIFICADO CLÁSSICO E O SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO DE SEUS CONTEÚDOS" neste o estudo resulta do intento de estabelecer um conceito que harmonize fundamentos jurídicos reconhecidamente opostos, demonstrando a separação essencial do conteúdo jurídico dos direitos positivos e negativos.

Ainda num âmbito teórico mas focado no aspecto linguístico-argumentativo, três artigos vêm em sequencia: "FONTES DO DIREITO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E NA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO: DADO OU CONSTRUÍDO?" analisando a teoria das fontes do direito a partir da dogmática tradicionalista, da escola do Constructivismo Lógico- semântico e da Teoria Comunicacional do Direito, respondendo, para cada um desses paradigmas, se o direito é "dado" ou "construído"; "SIGNIFICADO, PROCESSO E LINGUAGEM" defendendo a tese que não há compreensão fora de seu contexto, e o contexto significa na medida em que uma comunidade determina e atua quando com ele defrontada. Dessas considerações busca-se analisar como a filosofia do direito reagiu a essas mudanças, e as saídas propostas na filosofia do direito contemporânea; e "O PAPEL DO ARGUMENTO SILOGÍSTICO NA JUSTIFICATIVA DA DECISÃO" que busca demonstrar o papel central e contemporâneo do silogismo na argumentação jurídica como importante instrumento para justificar uma decisão judicial.

Passando para o foco autoral e assim sendo o critério de agrupar temas, seguem os artigos: "DISCRICIONARIEDADE E DECISÃO JUDICIAL: ENTRE HART E DWORKIN" cujo trabalho se destina a analisar a teoria de Hart e de Dworkin no que diz respeito, principalmente, aos seguintes quesitos: regras, regras de reconhecimento, princípios e discricionariedade judicial; Ainda explorando a discricionariedade o artigo "CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X NEOCONSTITUCIONALISMO: LIMITE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL" objetiva traçar as semelhanças e distinções entre o garantismo e o (neo)constitucionalismo, aqui avaliado como um constitucionalismo principialista; e concentrado no debate entre aqueles autores, "O DEBATE JURÍDICO ENTRE DWORKIN E HART: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL EM “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” E “O CONCEITO DO DIREITO” tem como objeto de estudo a exposição do debate travado entre Ronald Dworkin, e de H. L. A Hart em especial, as três teses sobre o que seria o Positivismo Jurídico e contrastá-las com as ideais de Hart; Já cotejando Dworkin com Gadamer, o artigo intitulado "OS PRINCÍPIOS

NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIRETRIZES DE REGULAÇÃO A PARTIR DOS TRABALHOS DE RONALD DWORKIN E HANS-GEORG GADAMER" traz a questão da hermenêutica constitucional, na qual se possa ancorar a legitimidade jurídico-normativa dos Princípios e nesse caminho teórico, apresentam–se diretrizes para a delimitação de um núcleo objetivo de legitimação do Poder Jurisdicional, com base na "resposta correta" em Dworkin e na "correção da interpretação", proposta por Hans-Georg Gadamer; Passando para o referencial em Alexy, temos os artigos: "A TESE DO CASO ESPECIAL NA FORMA DA TEORIA DO DISCURSO: UM ESTUDO EM ROBERT ALEXY"cuja tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso pode ser considerada o elemento de destaque da teoria do direito de Robert Alexy, uma vez em que nela já se encontram as bases de todo seu pensamento, inclusive a teoria dos princípios e o conceito de direito; e "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 1.856/RJ – UM ENSAIO CRÍTICO A PARTIR DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY" ao abordar a "lei do sopesamento" de Robert Alexy que se propõe a determinar qual "deve ser" o princípio a ser utilizado em caso de colisão entre princípios e tenta demonstrá-lo na decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.856/RJ, quando a Suprema Corte decidiu sobre o angustiante problema das "rinhas ou brigas de galo"; sobre a proporcionalidade, o artigo "MODELO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE" estuda a ponderação dos princípios através da técnica da proporcionalidade, que visa atribuir racionalidade as decisões, mas não elimina o subjetivismo, pois não há uma aplicação objetiva com valores pré-definidos, ainda que propicie obrigatoriedade de uma forte argumentação jurídica na fundamentação da decisão.

Com cerne constitucional, o bloco final de artigos encerram o livro, são eles: "O NEOCONSTITUCIONALISMO E O MODERNO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO, UMA OBRIGAÇÃO POSITIVA DOS JUÍZES DIANTE DAS LACUNAS LEGISLATIVAS" no qual se observa que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é a separação dos Poderes, mas atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, pois uma corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista vem impondo uma nova visão sobre as formas de relacionamento entre os Poderes; "CIRCUNSTÂNCIAS FAVORECEDORAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO DEBATE E SOLUÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICO-SOCIAIS" com um análise pontual sobre as circunstâncias que favorecem o importante papel atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, na proteção dos interesses das minorias e no debate político; "NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA" o

presente propõe uma análise dos impactos da classificação das normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos, na visão da teoria tripartite do ilustre jurista José Afonso da Silva, no atual panorama de constitucionalização simbólica; "O CONSTITUCIONALISMO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O CRESCENTE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES SUBSTANCIALISTAS" tratando da evolução do constitucionalismo até o neoconstitucionalismo, com foco nas Constituições Brasileiras de 1946 e 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, tem por objetivo principal compreender por que a Corte Constitucional pátria vem dominando o cenário político não obstante a atipicidade desse movimento; e continuando o debate sobre o protagonismo judicial "ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA REALIDADE BRASILEIRA SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL" parte da investigação da expressão “ativismo judicial" para analisar a interpretação judicial do tipo construtiva ou autorrestritiva tendo como objeto de estudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre desaposentação.

Eis, pois, uma breve apresentação dos artigos com o fito de estimular o leitor a diretamente ir para os artigos. Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena Freitas

Adjunta IV UFPB/PPGCJ - líder do Grupo de Pesquisa/CNPq "Realismo Jurídico"

Profa. Dra. Maria Oderlânia Torquato Leite

Adjunta I - URCA

A DISTINÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS, E O CONFLITO ENTRE O SIGNIFICADO CLÁSSICO E O SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO DE SEUS CONTEÚDOS

THE CONCEPTUAL DISTINCTION OF POSITIVE AND NEGATIVE RIGHTS, AND THE CONFLICT BETWEEN THE CLASSICAL MEANING AND THE CONTEMPORARY SIGNIFICANCE OF THEIR CONTENTS

Cleber Sanfelici Otero [1]
Ihgor Jean Rego [2]

Resumo

A distinção entre os direitos fundamentais positivos e negativos é causa de relevante contrariedade, especialmente se for considerada a designação doutrinária quanto à qualidade de todos os direitos como base de um direito positivo. Nesta perspectiva, o conceito doutrinário contemporâneo se apresenta como fundamento do quebrantamento conceitual doutrinário clássico, esvaziando o conteúdo jurídico dos direitos negativos como se se tratasse de direitos coligados aos direitos positivos. Não obstante, este estudo resulta do intento de estabelecer um conceito que harmonize fundamentos jurídicos reconhecidamente opostos, demonstrando a separação essencial do conteúdo jurídico dos direitos positivos e negativos.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Direitos positivos, Direitos negativos, Estado, Teoria do status

Abstract/Resumen/Résumé

The distinction between positive and negative fundamental rights is a cause of significant contrast, principally considering the doctrinal designation as to the virtue of all the rights as the basis of a positive law. In this perspective, the contemporary doctrinal concept is presented as the foundation of a broken classic doctrinaire conceptual, emptying the legal content of negative rights as if they were related to positive rights. However, this study is resulted of the intention of establish a concept that harmonizes notedly opposing legal fundamentals, showing the essential separation of the legal content of the positive and negative rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Positive rights, Negative rights, State, Theory of legal status

[1] Mestre/Doutor em Sistema Constitucional de Direitos pela ITE (Bauru/SP). Professor de Direito na Graduação e Mestrado da UniCesumar (Maringá/PR). Professor da Especialização em Direito Previdenciário da UEL (Londrina/PR). Juiz Federal

[2] Mestrando em Ciências Jurídicas na UniCesumar (Maringá/PR). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Advogado

1 INTRODUÇÃO

A multiplicidade do significado do vocábulo direito e dos diversos conceitos que defluem da percepção inicial de seu conteúdo poderia render um estudo que acabaria por criar repetições inúteis, inclusive com efeito tautológico indesejável ou ambivalência conceitual de diversos pontos. O objeto do presente trabalho tem, no entanto, a finalidade específica de analisar a diferenciação conceitual dos direitos fundamentais negativos e positivos, cada vez mais aproximados pela teoria do custo dos direitos.

Para ampliar o entendimento sobre o tema, portanto, é preciso, antes, reduzir a extensão do estudo, destacando uma análise circunscrita às relações existentes entre o Estado e o indivíduo, especificamente quanto aos deveres do Estado numa dimensão negativa/absenteísta e positiva/prestacional quanto à proteção dos direitos individuais fundamentais.

Com expressa remissão ao Direito brasileiro, o atual modelo de Estado consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garantiu o exercício dos direitos individuais livre de qualquer embaraço, firmando a concepção dos direitos negativos em uma escala "verticalizada", condição em que o Estado assume um dever constitucional de abster-se em influir na vida privada de seus cidadãos[1]. Não somente isso, mas é importante destacar que a mesma Constituição Federal de 1988 impôs ao Estado um dever de agir em benefício de seus cidadãos, ou seja, a designação de direitos positivos consubstanciados na prestação de serviços que garantam o exercício de direitos fundamentais, neles incluindo o direito à saúde, à educação, além de outros previstos no texto constitucional normativo do art. 6º [2].

Nos últimos anos, parte da doutrina enunciou novos fundamentos para alterar a concepção dos direitos negativos, ora pela qualidade de direitos prestacionais dos direitos que representam um custo financeiro ao Estado, conforme este silogismo: “Os direitos negativos

[1] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[2] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

custam ao Estado, ainda que de forma indireta; todos os direitos que custam ao Estado são direitos prestacionais; logo, os direitos negativos são igualmente direitos positivos" [3].

Essa discussão na qual se arvoram os fundamentos da doutrina mais contemporânea resta, no entanto, limitada a uma relação substanciada no "ter", de modo que, se o Estado tiver recursos para subvencionar os direitos, eles existirão; ao revés, se sobrevir uma indisponibilidade financeira do Estado, os direitos que impõem um dever de abstenção do Estado deixariam igualmente de existir.

Não obstante, apesar da dimensão do tema e dos diversos aspectos que se pretende escrutar, o presente estudo manter-se-á radicado em uma investigação conceitual, histórica e bibliográfica sobre as acepções e influências dos direitos negativos e positivos no âmbito dos direitos individuais, considerando a relação verticalizada e de interdependência existentes entre o Estado e o indivíduo.

Fiada a essas razões, é o caso de se estabelecer uma análise introspectiva entre as dimensões do direito em sentido positivo e negativo com o emprego do método dedutivo, cuja pretensão é aproximar o conceito clássico do conceito mais contemporâneo, diminuindo a contrariedade que se firmou em torno do conceito dos direitos negativos, considerando, igualmente, o flagrante esvaziamento de seu conteúdo normativo e a pretensão em fundi-lo com o conteúdo dos direitos positivos, destacando uma unidade conceitual que não espelha, talvez, seu conceito em um plano normativo hipotético.

2 A DUALIDADE CONCEITUAL DO DIREITO

A palavra direito é polissêmica, seja na língua portuguesa ou na delimitação de seu conteúdo jurídico. Com isso, embora a locução de seu texto não garanta uma interpretação unívoca, são as nuanças de seu conteúdo que reafirmam sua validade em um sentido (*v. g.*) positivista (o direito como conteúdo positivado) e filosófico (o direito como conteúdo imanente da própria vida)[4].

À guisa de ilustração, apesar de a extensão e a complexidade do direito não serem objetos do presente estudo, são relevantes as considerações quanto à abstração e à concreção do direito, cujas diferenças medeiam uma distância que, muitas vezes, não há como transpor.

[3] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999, p. 35.
[4] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 15-16.

O direito, enquanto ciência, ocupa-se da distinção entre fato e valor como método científico para justificar o comportamento humano, definindo e sistematizando o ordenamento jurídico para o fim de compreendê-lo em seu aspecto espiritual e implementá-lo em seu sentido prático. De fato, o direito depende de organização para o alinhamento entre os planos físico e abstrato[5].

Elegendo a abstração como premissa do direito, tecendo aqui afinações críticas que auxiliem no escrutínio da presente investigação, são de relevante interesse as lições de Kelsen, que, explicando o raciocínio erigido em seu magistério "A teoria pura do direito", ensina que a pirâmide normativa ideológica não se limita a sua extensão geométrica (Constituição do Estado como ápice piramidal), nominando o que há além dela como a existência de uma norma hipotética fundamental, conteúdo normativo abstrato de um só matiz axiológico[6].

Nessa linha de intelecção, Bobbio reflete a mesma percepção de fundamentalidade da norma abstrata, fonte superior da interpretação e da existência do direito, *in verbis*:

> Quando esta doutrina é chamada de teoria pura do Direito, pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo único propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação. Uma ciência que precisa descrever o seu objeto tal como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específico. Este último é um problema da política, e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade voltada para valores, não um objeto da ciência, voltada para a realidade[7].

Portanto, para que seja possível entender o direito, é preciso antes conceber a sua aspiração excelsa, fonte abstrata que orienta o comportamento humano para um resultado do que se espera justo / equilibrado.

De outro vértice, destacando-se de seu conteúdo ontológico, é possível conceber o direito também como uma ciência *avalorativa*, diferindo os juízos de fato dos juízos de valor em uma percepção da realidade como fundamento do direito. Em outras palavras, os direitos importam muito mais às circunstâncias da realidade concreta, que se desvelam livre de qualquer impressão pessoal de seu interlocutor ou interprete[8].

---

[5] MORIN, Edgar. *O método 1. A natureza da natureza.* Tradução de Maria Gabriela de Bragança. 2. ed. Portugal: Europa-América, 1977, p. 92.

[6] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 125.

[7] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico.* 4. ed. Brasília, DF: Universitária de Brasília, 1994, p. 59.

[8] BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico:* lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135: "[...] a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaloratividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo*

Com isso, diferente das hipóteses estabelecidas pela filosofia, o direito positivo se relaciona com o universo a sua volta, inserido na realidade histórica, religiosa, ideológica, etc., como fundamento de validade de uma sociedade.

Em resumo, **1)** o *direito em sentido filosófico* corresponde à imagem de um ordenamento ideal, uma justiça superior imanente do cosmos; o direito como fonte universal de todas as medidas de justiça e equidade; enquanto **2)** o *direito em sentido positivista* corresponde à realidade empírica, fomentada por uma lacuna derivada de um rigoroso subjetivismo existente nas relações sociais. Ainda que em muitos casos se reconheça a aproximação do direito dos homens a uma medida de justiça, tem-se que o direito positivo pretende legitimar as ações e comportamentos sociais, ainda que dessemelhantes – filosoficamente – daquilo que seja a justiça, de modo a regular, de fato, as interações sociais.

Sem embargos, ainda que as diferenças aqui brevemente debatidas não tenham exaurido o tema, é certo que as concepções de direito, ainda que diametralmente opostas, subsistem como fontes balizadoras das interações sociais, firmando uma unidade conceitual refratária às expressões e definições mais contemporâneas – conceitos jurídicos que se mantêm firmes ainda hoje.

Aventaram-se, contudo, nos últimos anos, definições do direito que divergem de pontos conceituais tidos até então como pilares dogmáticos erigidos pela história do direito, a exemplo da definição clássica de direitos positivos (prestacionais) e negativos (absenteístas)[9]. Neste sentido, parafraseando as lições de Holmes e Sunstein, afirma Galdino que "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"[10].

Com o propósito de uma distinção conceitual, ante a diferenciação dos efeitos e reflexos do direito no âmbito do direito pessoal e do Estado, é que se manterá a presente investigação, ou seja, a existência da dualidade entre a tutela prestacional do Estado em favor dos cidadãos e o dever de abstenção do Estado no âmbito de disponibilidade de seus cidadãos.

---

de fato representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de *informar*, de comunicar a um outro a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma minha constatação; *o juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente a realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (Por exemplo, diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: "o céu é rubro", formulo um juízo de fato; se digo "este céu rubro é belo", formulo um juízo de valor)".

[9] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass Robert. *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999, p. 35.

[10] GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. / Ana Paula de Barcellos. [et all]. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 253.

3 DIREITOS NEGATIVOS E POSITIVOS

Na obra *System der subjektiven offentlichen Rechte*, Jellinek enunciou as diferenças essenciais dos direitos individuais, consoante uma base conceitual firmada na teoria do *status* do indivíduo na sua relação com o Estado, ou seja, o *status passivo* (ou *status subjectionis*), o *status negativo* (ou *status libertatis*), o *status positivo* (ou *status civitatis*) e o *status ativo* (ou *status da cidadania ativa*)[11]. A propósito:

> Nestes quatro *status* – passivo, negativo, positivo e activo – se resumem as condições em que o indivíduo pode deparar-se diante do Estado como seu membro. Prestações ao Estado, liberdade frente ao Estado, pretensões em relação ao Estado, prestações por conta do Estado, tais vêm a ser os diversos aspectos sob os quais pode considerar-se a situação de direito público do indivíduo. Estes quatro *status* formam uma linha ascendente, visto que, primeiro, o indivíduo pelo facto de ser obrigado à obediência, aparece privado de personalidade; depois, é-lhe reconhecida uma esfera independente, livre do Estado; a seguir, o próprio Estado obriga-se a prestações para com o indivíduo; e, por último, a vontade individual é chamada a participar no exercício do poder político ou vem mesmo a ser reconhecida como investida do *imperium* do Estado.[12]

A contemplação do direito em conformidade com o *status* da pessoa na sua relação com o Estado permitiu a comparação dos direitos negativos com direitos positivos, posteriormente identificados, por mera aproximação, com os direitos fundamentais individuais e com os direitos fundamentais sociais, respectivamente.

A discussão encontra agora espaço no cenário jurídico mais contemporâneo, ante o desvio do conceito clássico que diferia o direito em duas vertentes dessemelhantes, a saber: o direito positivo, que impõe ao Estado o dever de agir; e o direito negativo, que impõe ao Estado o dever de não agir.

Gilmar Mendes leciona sobre o tema, destacando a condição de remissão e complementariedade dos direitos que se opõem:

> Nessa perspectiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa (em especial, de respeito ao espaço de liberdade do indivíduo) ou positiva de outrem, e, ainda, correspondem a competências – em que não se cogita de exigir comportamento ativo ou omissivo de outrem, mas do poder de modificar-lhe as posições jurídicas.

---

[11] JELLINEK, 1960, *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 255.
[12] JELLINEK, 1882, 1912, 1954, *apud* MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, tomo IV, p. 88-89.

> Conquanto essa seja a perspectiva de maior realce dos direitos fundamentais, ela convive com uma dimensão objetiva – ambas mantendo uma relação de remissão e de complemento recíproco[13].

Apesar de o fundamento dos direitos negativos impor uma limitação às ações do Estado, fomentou-se no meio jurídico a qualidade prestacional de todos os direitos. Assim, traçando um paralelo entre o direito e seu custo correspondente, alguns doutrinadores chegaram à seguinte conclusão: se o dever de abstenção ou de proteção dos direitos individuais gera um custo financeiro ao Estado, logo, os direitos negativos imporiam, igualmente, um dever prestacional por parte do Estado (o custo que o Estado tem para manter-se inerte; ou o custo que o Estado tem para proteger os direitos individuais).

Com isso, firmando aqui um marco inicial, os direitos não podem ser protegidos nem garantidos sem o investimento e apoio do poder público, de modo que, mesmo se subsistir uma dicotomia conceitual entre direitos positivos e negativos, é certo que todos os direitos custam ao Estado. O excerto de que direitos custam ao Estado decorre do pensamento mais contemporâneo de Holmes e Sunstein, na obra "*The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*", em uma conjugação conceitual de que até mesmo os direitos negativos exigem uma conduta prestacional, *verbi gratia*, como a manutenção das forças armadas, da polícia e do corpo de bombeiros, cuja finalidade mantém-se unicamente pela garantia dos direitos individuais de liberdade e de propriedade.

Em outros termos, Gilmar Mendes corrobora a presente assertiva, fundamentando seu pensamento na qualidade dos direitos fundamentais, porquanto, existindo a necessidade de o Estado em adotar providências para protegê-los, então suas ações serão revestidas de um aspecto notadamente positivo/prestacional.

> Importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais está em ensejar um dever de proteção pelo Estado dos direitos fundamentais contra agressões dos próprios Poderes Públicos, provindas de particulares ou de outros Estados.
> Esse dever de proteção mostra-se associado sobretudo, mas não exclusivamente, aos direitos à vida, à liberdade e a integridade física (incluindo o direito à saúde). O Estado deve adotar medidas – até mesmo de ordem penal – que protejam efetivamente os direitos fundamentais.
> Sob esse enfoque, os direitos de defesa apresentam um aspecto de direito a prestação positiva, na medida em que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cobra a adoção de providências, quer materiais, quer jurídicas, de resguardo dos bens protegidos. Isso corrobora a assertiva de que a dimensão objetiva interfere na dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, neste caso atribuindo-lhe reforço de efetividade[14].

[13] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 167.
[14] MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 168.

Conquanto a conclusão oferecida pelos autores acima nominados caminhe a um resultado paradoxal entre **1)** o dever de abstenção do Estado na esfera de direitos individuais e **2)** o dever prestacional do Estado em garantir e proteger os direitos individuais, tem o estudo a pretensão de escrutar alguns aspectos dissonantes do padrão conceitual dicotômico, caminhando a uma análise cujo objetivo seja harmonizar o conteúdo clássico ao mais contemporâneo dos direitos positivo/prestacional e negativo/absenteísta.

Com isso, ainda que o tema "o custo dos direitos" nos sirva de fundamento jurídico, em que se viceja a soma dos direitos como uma unidade de direitos prestacionais, é certo que a natureza dos direitos negativos, a impor um dever de abstenção do Estado, não se esgota, de modo que o seu conteúdo doutrinário normativo se mantém hígido ainda hoje. Não somente isso, mas, desprendendo-se dos diversos assentamentos teóricos que tratam sobre o tema, a análise dos direitos positivos e negativos caminham a uma falsa unicidade, conformando a acepção jurídica dos direitos em uma igualdade equívoca entre o "ser" e o "ter".

É deveras importante destacar que o direito, enquanto ciência, possui premissas cambiantes, e, considerar a qualidade prestacional dos direitos negativos é escorar seu conceito jurídico na fragilidade financeira do Estado, além da realidade histórica, espacial, religiosa, cultural, ideológica, etc.

Por último, encerrando os pensamentos iniciais até aqui excogitados, é possível perceber, igualmente, uma predileção doutrinária quanto à qualidade de direitos positivos de todas as ações ou omissões do Estado, ainda que não se pretenda criar uma distinção quanto à percepção ou quanto aos pontos de observação dos direitos. Com isso, é notório o desinteresse de grande massa doutrinária em analisar o direito através do consciente jurídico que descreve o direito negativo e suas qualidades respectivas. Ao revés, ocupa a doutrina em descrever os diversos aspectos e formas de interação dos direitos positivos, tendentes em confirmar suas teses no plano prático, ainda que distante de sua concepção abstrata.

3.1 Direitos negativos

Não importando em destacar todas as vertentes que deram causa ao desenvolvimento de seu conteúdo jurídico, tem-se que os direitos negativos surgiram como fonte supletiva de direitos e garantias individuais, reconhecendo a fragilidade do homem em face do Estado, ou melhor, de quem exercita o seu poder. Em suma, a conotação emotiva do direito à liberdade

não é precedida por uma outorga de direitos estatais, mas, sim, da constatação acerca da extensão do direito individual e da correspondente limitação do Estado.

É, em outras palavras, como se o Estado negasse o exercício soberano de sua própria vontade, outorgando ao indivíduo o direito sobre a sua vida, sobre a sua liberdade e sobre a sua propriedade.

Em uma concepção mais concisa quanto ao conceito jurídico dos direitos negativos, Canotilho o define como um limitador "à ampliação «totalitária» da ação do Estado"[15], o que acabaria por ensejar uma restrição jurídica à sua liberdade de ação proporcionalmente igual à fruição jurídica dos direitos de liberdade e da autonomia pessoal do homem.

Embora se tenha delineado o tema, para que se possa entender a existência dos direitos negativos, é preciso, antes, entender a sua história, os fundamentos que legitimaram o seu desenvolvimento a ponto de serem reconhecidos como direitos fundamentais.

Com expressa remissão à história natural do homem, é possível identificar que todo marco civilizatório foi precedido por uma forma de agrupamento social, pessoas inicialmente submissas a quem, cujas características pessoais, enunciava a qualidade de líder, sábio, protetor ou detentor de força coativa. Adiante, não demorou para que estes agrupamentos iniciais evoluíssem para a formação de grandes massas populacionais, firmando modelos organizacionais baseados na expansão territorial e na manutenção do poder de seu governante, interesses que, por vezes, mostraram-se dessemelhantes às necessidades de toda uma população.

Por tal razão, durante muito tempo, grande parte da população mundial quedou-se às vontades de um monarca ou déspota qualquer, sujeitando-se às imposições coercitivas do Estado, mesmo que não fossem precedidas por qualquer delimitação normativa. Em outros termos, a vontade do soberano era tida como lei, ainda que casuística ou firmada como exceção.

Nada obstante, a existência de qualquer modelo de Estado, seja monárquico ou tirânico, não se revelou suposto histórico, por si só, da irresignação de sua população. Pelo contrário, a história tratou de mostrar que a ruptura da ordem social decorre, na maior parte das vezes, pela ingerência do Estado nos direitos individuais, firmada no desrespeito dos direitos de liberdade e propriedade, ou seja, o desrespeito aos direitos individuais como fundamento das revoluções[16].

---

[15] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 81.

[16] BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 212: "Foi Montesquieu sábio nesse tocante ao

Remontando aos precedentes do que viria a ser o constitucionalismo moderno, as limitações impostas por João, "Rei da Inglaterra, Lorde da Irlanda, Duque da Normandia e Aquitânia", desvelaram a existência de um crescente descontentamento entre os lordes e bispos do reino, que impuseram ao rei João a promulgação da Magna Carta de 1215, cujos princípios normativos pretendiam a garantia de direitos individuais em face do Estado[17], apesar de sua limitada amplitude. Importa destacar a cláusula 39, na qual "Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, [...] a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra".

Ferreira Filho assim leciona quanto à origem e à importância da Magna Carta de 1215:

> Destaque especial, todavia, merece a *Magna Carta*, de 21 de junho de 1215. Está é peça básica da constituição inglesa, portanto de todo o constitucionalismo. Apesar de formalmente outorgada por João sem Terra, é ela um dos muitos pactos da história constitucional da Inglaterra, pois efetivamente consiste no resultado de um acordo entre esse rei e os barões revoltados, apoiados pelos burgueses (no sentido próprio da palavra) de cidades como Londres.
> Se essa Carta, por um lado, não se preocupa com os direitos do Homem mas sim com os direitos dos ingleses, decorrentes da *imemorial law of the land*, por outro lado, ela consiste na enumeração de prerrogativas garantidas a todos os súditos da monarquia. Tal reconhecimento de direitos importa numa clara limitação do poder, inclusive com a definição de garantias específicas em caso de violação dos mesmos.
> Nela igualmente está a garantia de outros direitos fundamentais: a liberdade de ir e vir (n. 14), a propriedade privada (n. 31), a graduação da pena à importância do delito (n. 20 e 21). Ela também enuncia a regra "*no taxation without representation*" (n. 12 e 14). Ora, isto não só provocou mais tarde a institucionalização do Parlamento, como lhe serviu de arma para assumir o papel de legislador e de controlador da atividade governamental[18].

Pinto Martins, ao tratar da evolução histórica do trabalho, lembra que "o liberalismo do século XVIII pregava um Estado alheio à área econômica, que, quando muito, seria árbitro nas disputas sociais, consubstanciado na frase clássica *laissez faire, laissez passer, laissez aller*". Naquela ocasião, a sociedade organizou um levante contra as corporações de ofício e a proteção a elas conferida pelo Estado, pretendendo a ratificação pelo Estado do direito à liberdade em todas as suas dimensões[19].

---

dizer que "a liberdade é o direito de fazer tudo que as leis permitem". Com estas palavras, ele vinculou indissociavelmente a liberdade ao Direito. De tal sorte que, onde não houver o primado da ordem jurídica, não haverá liberdade. Tampouco está livre quem se insurgir contra as leis. Mas as leis aqui referidas não são aquelas às quais Sócrates se rendeu no dilema trágico de recusar a fuga preparada pelos discípulos. As leis, nesse caso, não podem ser unicamente a vontade do Estado, pura e simples, seja qual ela for. Devem ser as leis qualificadas por valores. Que valores? Eis a pergunta imediata, óbvia, inarredável. Não pode haver para tanto outra resposta senão esta: só os valores fazem, na consciência social, legítimas as leis. Sem legitimidade, serão elas sempre o fruto do arbítrio; fruto amargo que o Homem tem historicamente repulsado por todas as formas disponíveis de resistência."

[17] SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 57.

[18] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 11-12.

[19] MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 35.

No mesmo sentido, Bonavides relaciona a condição do Estado Liberal de subserviência aos direitos individuais, corolário do desenvolvimento individual que pretendia o distanciamento entre o cidadão e o Estado:

> A Constituição liberal, que deu o primado à Sociedade, com os direitos fundamentais (bem entendido, direitos da classe burguesa), fez o Estado cair sob a égide da separação dos Poderes, um princípio organizatório derivado do conceito de liberdade e adrede estabelecido como valor para instituir a hegemonia da Sociedade, sobre o poder estatal.
> Dentro da Sociedade liberal, os direitos fundamentais eram os direitos da liberdade, traçados segundo uma imagem isolante e individualista, pertinente à liberdade da pessoa, à propriedade, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, às liberdades de opinião, assembleia, reunião e crença religiosa, entre outras[20].

A partir da análise da história, a usurpação de bens ou da liberdade sempre foi motivo de luta, nascendo como direito natural do homem a garantia de se defender contra qualquer ato de agressão a sua vida, liberdade ou propriedade. Com isso, a necessidade de elaboração do edito constitucional que garantia direitos individuais a todos os cidadãos nada mais foi do que a constatação da realidade, a aproximação da lei positivada a uma expressão do ideal jurídico abstrato.

Nesta linha de intelecção, muito embora a afirmação do direito negativo dependa do interesse do Estado, aparelhando as instituições e outorgando-lhes poder para que possa reconhecer eventual abuso de direito, inclusive em face do próprio Estado[21], é certo que o mundo jurídico não se limita à eventualidade dos acontecimentos, sendo que a força dos direitos negativos reveste, também, as interações humanas como uma aura protetora, preservando os direitos individuais sem a necessidade de qualquer intervenção externa, além de tornar a tutela prestacional do Estado uma condição de exceção.

Rememorando a história nacional recente, o governo militar ditatorial das décadas de 60, 70 e 80 limitava o direito à liberdade em suas diversas dimensões, como era o caso, por exemplo, de restrições ao direito à livre manifestação do pensamento, cujo conteúdo, a critério do Estado, poderia ser considerado subversivo aos interesses nacionais, ensejando, em caráter de exceção, restrição à direitos fundamentais.

Ao reconhecer a prevalência do interesse social e dos direitos individuais como fundamento de desenvolvimento do próprio Estado, superado o regime de exceção, a

[20] BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 183.
[21] BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 184: "[…] reconhecimento da anterioridade e superioridade do Homem sobre o Estado, […]."

Constituição Federal de 1988 estabeleceu a existência dos direitos individuais, de modo a conferir a todos os cidadãos o direito de defesa contra qualquer ato ou ingerência estatal.

Nessa perspectiva, a hostilidade do ideal jurídico que limitava o exercício dos direitos individuais acabou por contribuir para a formação do pensamento democrático nacional, retirando do âmbito de disponibilidade do Estado o exercício de um direito natural anterior à própria racionalidade humana, reconhecendo a existência de um direito inato do homem, imanente do seu próprio ser. Curvando a esta percepção do direito, assim como espelha a realidade mais contemporânea, têm-se que o gozo dos direitos individuais não é precedido por qualquer prestação do Estado, senão pelo dever de abstenção, como se todas as ações fossem uma conjugação de atos do povo em benefício do povo[22].

Canotilho afirma que "a atribuir-se algum fim ao Estado, esse só poderia ser o de garantia da segurança e das liberdades individuais", destacando que o distanciamento do Estado do âmbito particular da vida de seus cidadãos "implicaria, como corolário lógico, a acentuação do livre desenvolvimento do sujeito e da independência privada"[23].

Do contrário, a presunção de que para todos os atos da vida há a necessidade de uma tutela protetiva do Estado apenas reafirmaria uma noção de aleijamento do homem, como se ele próprio não tivesse a possibilidade de proteger a si mesmo ou de proteger a sua propriedade.

Por essas razões, importa lembrar o excerto de que todos os direitos custam ao Estado, ao contrário do senso doutrinário excogitado nos tópicos anteriores, nem todos os direitos devem ser precedidos pela garantia financeira correspondente, sob pena de limitar a tutela dos direitos individuais à disponibilidade financeira do Estado.

Com isso, tem-se que a concepção abstrata dos direitos negativos não está relacionada à realidade financeira do Estado, mas originalmente concebida como dever natural de abstenção, em termos de que os direitos negativos não prescindem da suficiência financeira do Estado, mas da correição entre o relacionamento do Estado e de seus cidadãos.

3.2 Direitos positivos

[22] MILL, John Stuart. A liberdade. In: MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 382: "O que se desejava agora era que os governantes fossem identificados com o povo; que seu interesse e a vontade fossem o interesse e vontade da nação. A nação não precisava ser protegida contra sua própria vontade."

[23] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 24-25.

O conceito dos direitos positivos está em uma situação diametralmente oposta à dos direitos negativos. É esta a exata percepção assentada no estudo de Georg Jellinek, ao afirmar que os direitos positivos estão em uma situação exatamente contrária à dos direitos negativos[24].

Não obstante, à vista dos diversos estudos que estampam as distinções conceituais até aqui debatidas, a enunciação do já verberado caminho dicotômico entre as percepções do direito em suas dimensões positivas e negativas não encontra limitação na doutrina mais contemporânea, de modo que os direitos negativos se destinam à preservação da liberdade e da propriedade em todas as suas dimensões, enquanto os direitos positivos são garantia das condições de desenvolvimento individual (ainda que indeterminadamente) de cada um dos cidadãos vinculados ao Estado.

A conjugação das definições conceituais dos direitos não se escora unicamente na retórica simples, constituída pela fórmula tese, antítese e síntese, de maneira que se tornou necessário arriscar, assim como muitos assentamentos doutrinários, à procura de conceitos que divergem da massa doutrinária hegemônica.

Com isso, reafirmando os fundamentos dos direitos positivos, é importante destacar que seu conteúdo histórico sugere uma ação afirmativa do Estado em garantir a fruição dos direitos fundamentais conforme os valores e limites erigidos por sua Constituição. Não somente isso, pois também se impõe ao Estado o dever de prestar o direito de forma continuada, de modo que a interrupção da prestação importaria na interrupção do próprio direito.

Nesta perspectiva, fazendo expressa remissão ao texto constitucional que eleva a saúde como dever prestacional do Estado[25] independente da instabilidade jurídica que limita a concreção do direito enunciado, tem-se que o direito de o indivíduo em obter assistência médica não encontra limite no atendimento hospitalar, sendo igual o dever do Estado em prestar o auxílio farmacêutico e acompanhamento periódico até a reabilitação da saúde do indivíduo. A presente assertiva é igualmente verdadeira para todos os demais direitos

[24] JELLINEK, *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 263: "Sobre o status passivo e negativo foi dito que eles se encontram com uma relação de contradição, da mesma forma que ocorre com o dever e a proibição, de um lado, e a faculdade, de outro. Jellinek, ao falar do *status* positivo como “exatamente o contrário do negativo”, parece querer fazer referência a uma relação semelhantemente estreita entre eles."

[25] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

prestacionais enunciados como dever do Estado, posição jurídico-prestacional alicerçada na garantia individual à vida e ao desenvolvimento pleno, considerando os aspectos sanitário, intelectual, social, etc.

É, portanto, forma subjacente quanto à emancipação do indivíduo, um dever constitucional do Estado em garantir condições mínimas para o desenvolvimento produtivo do homem.

Vislumbra-se, daí, que o fundamento jurídico dos direitos positivos se limita a um dever agir do Estado, consubstanciado na ordenação impositiva da Constituição Federal. Em outras palavras, os direitos sociais demandam uma postura ativa do Estado e em conformidade aos preceitos jurídicos que visem ao bem-estar de sua população, retirando-o da inatividade e exigindo dele o implemento de direitos tutelares, notadamente os direitos à segurança social, ao trabalho, ao salário condigno, à assistência social, à liberdade sindical, às condições humanas, justas e saudáveis de trabalho, à formação profissional, à proteção da maternidade, da infância e da família, à subsistência, ao vestuário, à habitação, à educação e aos bens culturais[26].

Complementarmente a essa definição, é certo que os direitos positivos independem de uma fonte de receita específica. Como ônus do Estado, deverá ele provisionar fundos suficientes para a garantia dos direitos fundamentais, sem que, para isso, o direito seja precedido por qualquer contraprestação específica, direta e imediata.

Apesar de ser um dever do Estado e direito de toda sua população, no plano prático, a realidade nacional brasileira desvela uma condição contraditória quanto ao caráter prestacional dos direitos positivos. A bem da verdade, o legislador constituinte cuidou de garantir formalmente os direitos prestacionais no corpo do texto constitucional, ainda que distantes da possibilidade material do Estado.

Para Canotilho, a lacuna jurídica existente entre a enunciação do direito e sua efetivação acaba por limitar a força do próprio direito, de modo que, parafraseando Ronald Dworkin, "se o Governo não leva os direitos a sério, então tampouco se levará com seriedade o [próprio] Direito". Prossegue:

> O problema atual dos «direitos sociais» (*Soziale Grundrechte*) ou direitos a prestações em sentido restrito (*Leistingsrechten im engeren Sinn*) está em «levarmos a sério» o reconhecimento constitucional de direitos como o direito ao trabalho, o direito à saúde, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao ambiente. Independentemente das dificuldades (reais) que suscita um tipo de direitos

[26] BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 184.

> subjetivos onde falta a capacidade jurídica poder (= jurídico, competência) para obter a sua efetivação prática (= acionabilidade), não podemos considerar como simples «aleluia jurídico» (C. Schmitt) o fato de as constituições (como a portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978) considerarem certas posições jurídicas de tal modo fundamentais que a sua garantia, ou a falta desta, não pode ser deixada aos critérios (ou até arbítrio) de simples maiorias parlamentares[27].

De fato, o legislador (constituinte) nacional ocupou-se em enunciar os direitos fundamentais no corpo da Constituição Federal, ao passo que se observa o esforço em desonerar-se das obrigações das quais foi imbuído, atribuindo ao Poder Executivo o dever de implementá-los em um plano prático, ainda que subjaza impotente frente à reserva econômica do possível[28].

Nada obstante, estabelecendo um retrospecto recente quanto aos direitos prestacionais no âmbito do direito nacional brasileiro, ainda que distantes da garantia material cujos pressupostos mantêm-se enraizados na efetividade e na qualidade do direito em si, é possível identificarmos a prestação concreta e continuada do direito à saúde, à educação, à alimentação, etc, como base do modelo social erigido pela Constituição Federal.

Com isso, retirando a pretensa qualidade quanto à garantia material dos direitos, e, apesar de os direitos positivos/prestacionais estenderem-se a todos indistintamente, deve-se levar em consideração a condição de que o que o torna uma prestação positiva (em sentido estrito) é a relação condicional existente entre o Estado e uma pessoa determinável, *verbi gratia*, como é o caso de um paciente ser submetido a uma identificação pessoal para obter um atendimento médico hospitalar[29], sendo igualmente verdadeira a afirmativa quanto ao direito à educação, que deverá ser precedida por uma matrícula do aluno na escola que prestará os serviços educacionais.

---

[27] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 51-52.

[28] BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 185: "Essa liberdade e esses direitos, de incontrastável natureza social, têm ainda alcance indefinido e extensão polêmica, correndo nas Constituições o risco de ficar sempre vazados em proposições demasiado abrangentes, genéricas e vagas, de teor programático, com o flanco aberto às evasivas dos intérpretes e dos aplicadores."

[29] BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria 940*, 28 de abril de 2011. Regulamenta o Sistema Cartão Nacional de Saúde. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt0940_28_04_2011.html>. Acesso em: 03 abr. 2016. Art. 2º. O Sistema Cartão é um sistema de informação de base nacional que permite a identificação unívoca dos usuários das ações e serviços de saúde, com atribuição de um número único válido em todo o território nacional. [...]. Art. 4º. São objetivos do Sistema Cartão: I – identificar o usuário das ações e serviços de saúde; [...].

Fiada a essas razões, e, adaptando a definição quanto à extensão dos direitos positivos prescrita por Alexy (sentido amplo e sentido estrito)[30], tem-se que os direitos positivos/prestacionais em sentido estrito seriam todos aqueles direitos prestados a uma pessoa certa e determinável, de forma individualizada, cujo serviço fosse precedido pela provocação do indivíduo ou que se pudesse determinar o benefício operado em seu favor.

A título de exemplo, destacando alguns fatos que foram firmados em um passado recente (talvez ainda hoje), era comum filas que se avolumavam nos portões das escolas públicas em dias que antecediam a matrícula de alunos para o início do ano letivo; isso porque, sem a efetivação da matrícula, o aluno não poderia gozar o direito positivo/prestacional à educação.

É, no mesmo sentido, a condição do direito positivo/prestacional à saúde, cujo reflexo da exigência burocrática na prestação do serviço público destaca uma controversa peculiar, como é o caso de o indivíduo procurar espontaneamente atendimento médico de urgência e emergência, e, antes de obter o atendimento médico, ainda que esteja se contorcendo pela dor, é-lhe exigida a entrega de documentos de identificação para a abertura de ficha de atendimento e elaboração de prontuário médico.

Não estes fatos em si, mas os exemplos aqui excogitados facilitam o entendimento quanto à importância da determinação individual do beneficiário do direito positivo/prestacional, acontecimentos sociais que reforçam os reflexos da burocracia que demanda o direito positivo/prestacional em seu sentido estrito.

De outro vértice, o direito positivo/prestacional em sentido amplo não se ocupa com a determinação pessoal do indivíduo, nem tampouco quanto ao benefício operado em seu favor. Trata-se, portanto, de um direito que acoberta toda a população indistintamente, uma tutela positivo/prestacional que pretende beneficiar toda a população de forma indeterminada, como é o caso de o Estado manter as forças armadas, corpo de bombeiros, polícia, etc.

Assim, diferente do que foi enunciado pela doutrina mais contemporânea nos tópicos anteriores, não se trata de direitos negativos travestidos de positivos pelo caráter financeiro que demanda seu cumprimento, mas de um direito que possui natureza notadamente prestacional, firmada em uma garantia social tutelar entre o Estado e o indivíduo. Do contrário, conceber que a existência do direito só se assenta na prescindibilidade da

[30] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 267: "Ao *status* positivo em sentido *amplo* pertencem direitos tanto a ações positivas quanto a ações negativas. Já ao *status* positivo em sentido *estrito* pertencem somente direitos a ações positivas."

capacidade financeira do Estado é o mesmo que limitar sua extensão à vontade e ao interesse político, criando um risco de distinção daquilo que preconiza a gradação da própria lei.

Portanto, não se trata de um direito cujo fundamento esteja escorado na disponibilidade financeira do Estado, mas sim, na relação existente entre o Estado e o indivíduo (ainda que indeterminado). De modo diverso, qualquer outro entendimento acabaria por limitar a relação entre o Estado e o indivíduo a uma condição patrimonial, ao passo que a insuficiência financeira ensejaria invariavelmente no término do relacionamento entre o Estado e o indivíduo. E é nesta exata perspectiva que se pode fundamentar o sentido do direito positivo, considerando que o direito não se limita a disponibilidade do "ter", mas sim no aspecto subjetivo das relações entre o "ser", ou seja, um relacionamento em que se espera uma definição humanizada, cujo objetivo seja verdadeiramente proporcionar o desenvolvimento e o engrandecimento do homem em todos os seus aspectos.

4 SÍNTESE ENTRE AS PREPOSIÇÕES DO DIREITO

À vista dos diversos assentamentos doutrinários que fundamentam o presente estudo, empenhado em firmar uma construção lógica dos direitos positivos e negativos em consideração ao aspecto histórico e contemporâneo que o revolve, além do aspecto abstrato e concreto decorrente das interações sociais no plano empírico, tem-se a pretensão de encurtar a distinção dicotômica de seu conteúdo jurídico e que o tempo tratou de distanciar.

Anote-se, a esse respeito, que a pretensão precípua com a conclusão do presente tema mantém-se sob o desejo de aquilatar as percepções do direito, considerando o distanciamento conceitual que contribuiu para a formação de uma lacuna entre o direito negativo em seu sentido clássico e contemporâneo, o que acabou por firmar pilares dogmáticos que foram assentidos como mantras ideológicos, cujo esforço intelectual manteve-se unicamente pela necessidade em se criar um distanciamento abismal de sua conjugação.

Veja, nesta perspectiva, que os direitos negativos, firmados em uma concepção clássica, parece aproximar-se muito mais da realidade abstrata do que da realidade concreta. Isso porque parece existir uma verdadeira restrição ao exercício da vontade soberana do Estado em relação ao indivíduo. Com isso, é dado que o direito não se expõe nem constrange sua observância desnecessariamente, subsiste, portanto, como uma cláusula de segurança, uma aura protetora que reveste de direitos os indivíduos em sua relação verticalizada com o Estado.

Em outras palavras, o indivíduo não precisa verificar diuturnamente o respeito no cumprimento dos direitos negativos, nem tampouco o Estado precisa provar a observância e o cumprimento dos direitos negativos.

A simples inércia do Estado, aliada à simples observância do indivíduo ao conjunto normativo que o orienta, já é, por si só, pressuposto de validade dos direitos negativos. Neste sentido, o exercício dos direitos negativos acaba por tornar-se exceção, cuja incidência se aplica unicamente na remota hipótese de afronta pelo Estado dos direitos individuais. Contudo, haverá determinadas situações em que a exceção aqui excogitada tornar-se-á regra, como é o caso da figura do Estado em tempos de guerra, considerando que o risco da derrota e do colapso institucional forçam o Estado a sobrepor sua vontade soberana sobre a vontade dos demais, como é a situação da hipótese descrita no art. 139 da Constituição Federal de 1988[31], em que outorga ao Poder Executivo o direito de suspender o gozo de direitos individuais de todos que assentam sobre seu território.

Não obstante, os direitos negativos, como dever de abstenção do Estado, parecem ser o resultado claro de uma obviedade conceitual, oposição fundamental ao conceito de direitos positivos, direito fundamental que subsiste pelo dever prestacional do Estado.

Nesta mesma perspectiva, o escólio de Canotilho corrobora os fundamentos até aqui enunciados, considerando que os direitos negativos pressupõem a "indisponibilidade da vida dos cidadãos por parte do Estado, a qualquer título que seja". Já os direitos positivos em sentido estrito pressupõem o "direito à obtenção de prestações públicas de condições de subsistência mínimas", medidas afirmativas do Estado operadas em favor de um sujeito determinado, substanciada em uma cláusula de segurança que permita o desenvolvimento sanitário, intelectual e social de cada indivíduo. Por fim, os direitos positivos em sentido amplo pressupõem o "direito à proteção da vida, através do Estado, contra os ataques ou medidas de terceiros, o que implica na adoção pelos poderes públicos de atos normativos (exemplo: leis penais) ou atos fáticos (detenções, prisões, etc.)"[32], noutros termos, é a garantia prestacional do Estado, operada de forma indireta à uma massa indeterminada de indivíduos,

[31] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 30 mar. 2016. Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens.

[32] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 54.

cuja finalidade seja a garantia dos direitos individuais contra qualquer ato ou ação que pretenda sua violação.

De fato, esta definição não ilide tantas outras percepções do direito, afigurando como base auxiliadora em seu escrutínio conceitual, de modo a revelar a contradição entre o conceito clássico e o conceito mais contemporâneo dos direitos positivos e negativos, esmaecendo o conflito existente entre a tese e sua correspondente antítese, fazendo brilhar, em um sentido metafórico, somente sua síntese.

Com isso, destacando os direitos negativos da percepção enunciada no estudo de Holmes e Sunstein, os direitos não estão umbilicalmente ligados à disponibilidade financeira do Estado, de modo que a preposição "todos os direitos custam ao Estado" não correspondente a uma verdade jurídica firmada pela ontologia. O exercício cognitivo que nos serve de fundamento jurídico não se subverte por completo à ideia reverberada por diversos juristas, que sofreram evidente influência quanto às percepções excogitadas no livro "*The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*".

Diante de todas as percepções que se possa fazer do direito, considerando que a doutrina mais contemporânea privilegia uma visão notadamente positiva de todos os direitos, é razoável a contraposição de seus fundamentos mediante análise de uma visão que priorize aqui o sentido dos direitos negativos.

Sem embargos, a existência dos direitos negativos e a relação jurídica entre o Estado e o indivíduo não se submete a uma análise do "ter" como fundamento de validade. Pressupõe, no entanto, uma relação consubstanciada no "ser", uma limitação consciente do Estado quanto ao exercício de sua vontade soberana, em respeito ao direito espacial do indivíduo, nele reconhecendo o direito à liberdade e à propriedade em todas as suas dimensões. Desta forma, o direito se aperfeiçoa com o simples dever de abstenção, não sendo precedido por qualquer ato ou ação do Estado para sua afirmação.

Com isso, em grau de arremate, a enunciação de que os direitos negativos tenham uma conotação essencialmente prestacional não corresponde à realidade jurídica, nem tampouco a abstração do direito erigida pela ontologia. A verdade que se desvela à frente demonstra, com sobriedade, a separação conceitual dos direitos, prevalecendo uma subdivisão dos direitos positivos em seu sentido estrito e amplo, justificando que os atos do Estado a exigir uma disponibilidade financeira são, de fato, um direito notadamente positivo, completamente distinto do conceito dos direitos negativos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Vergílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.
_____. *Teoria do ordenamento jurídico.* 4. ed. Brasília, DF: Universitária de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria 940*, 28 de abril de 2011. Regulamenta o Sistema Cartão Nacional de Saúde. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt0940_28_04_2011.html>. Acesso em: 03 abr. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
_____. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. / Ana Paula de Barcellos [et all]. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights*. *Why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MILL, John Stuart. A liberdade. In: MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, tomo IV.

MORIN, Edgar. *O método 1. A natureza da natureza.* Tradução de Maria Gabriela de Bragança. 2. ed. Portugal: Europa-América, 1977.

SANTOS, Washington dos. *Dicionário jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.