

Os custos dos direitos e a dimensão positiva dos direitos fundamentais

Alisson de Bom de Souza¹

Resumo

O presente trabalho tem por escopo analisar a necessidade de superação da dicotomia entre direitos fundamentais negativos e positivos, mediante a incorporação da idéia de que todos os direitos têm custos. Nesse contexto, as escolhas trágicas dos agentes públicos devem ser relacionadas aos custos de efetivação dos direitos e se fundamentar no princípio da eficiência dos negócios públicos. Já a consolidação da idéia de que não existem direitos gratuitos proporciona o aumento no grau de responsabilidade dos cidadãos na utilização do aparato estatal para satisfazer suas necessidades.

Palavras-chave: direitos fundamentais; custos dos direitos; dimensão positiva; eficiência; responsabilidade.

Abstract

The scope of this study is to analyze the need to overcome the fundamental dichotomy between negative and positive rights, by incorporating the idea that all rights have costs. In this context, the tragic choices of public officials must be related to the costs of enforcement of rights and be based on efficiency of public affairs. Since the consolidation of the idea that there are no free rights provides an increase in the degree of responsibility of citizens in the use of state apparatus to meet your needs.

Keywords: fundamental rights; rights costs; the positive dimension; efficiency; accountability.

¹ Procurador do Estado de Santa Catarina. Graduado em direito pela UFSC. Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL-LFG e em Direito Público pela UNIVALI-Esmafesc. Professor do curso de direito da UNESC. Endereço eletrônico: alisson@pge.sc.gov.br.

Introdução

A proposta teórica deste trabalho pretende analisar o (des)acerto da dicotomia entre direitos negativos e direitos positivos relacionada à efetivação dos direitos fundamentais. A discussão relativa à efetivação é um dos núcleos da teoria geral dos direitos fundamentais.

Para Pérez Luño, citado por Alexandre de Moraes, os direitos humanos fundamentais são um “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional” (MORAES, 2011, p. 20).

Assim, a distinção entre direitos positivos e negativos, aqui analisada, vincula-se à necessidade de uma prestação estatal para que se concretizem direitos fundamentais, incluindo-se, também, a noção de custos, ou seja, a positividade dos direitos fundamentais se refere à alocação e distribuição efetiva de recursos públicos.

Os direitos negativos são aqueles que exigem do destinatário da norma fundamental um comportamento omissivo, uma abstenção. Por outro lado, os direitos positivos são os que exigem uma atuação comissiva.

1. Teorias classificatórias dos direitos fundamentais

A teoria dos *status* de Georg Jellinek intenta descrever a(s) relação(ões) do indivíduo com o Estado. Assim, apresentam-se quatro *status*: a) o *status* passivo; b) o *status* negativo; c) o *status* positivo; d) o *status* ativo (ALEXY, 2008, p. 255).

O *status* passivo é a situação de sujeição do indivíduo ao Estado. Já o *status* negativo consiste na esfera individual de liberdade protegida da ação estatal. O *status* positivo é aquele que assegura ao indivíduo o direito de exigir ações positivas do Estado. Por fim, o *status* ativo confere ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente das decisões estatais.

Essa teoria, não obstante sofrer críticas, “foi mantida viva mediante um contínuo processo de redescoberta pela teoria constitucional (inclusive no direito pátrio), de modo especial, na qualidade de parâmetro para a classificação dos direitos fundamentais” (SARLET, 2011, p. 159).

A classificação geracional dos direitos fundamentais, por seu turno, tem como fundamento a evolução histórica. Decorre disso a tríplice classificação: a) direitos fundamentais de primeira geração; b) direitos fundamentais de segunda geração; c) direitos

fundamentais de terceira geração. Em que pese a existência de discussão doutrinária quanto à quarta ou quinta geração, encontra-se consenso somente na tríplice classificação².

A característica dos direitos de cada geração leva em consideração a distinção entre direitos negativos e direitos positivos. Nesse sentido, Schäfer (2005, p. 15-16) aponta que:

Os direitos fundamentais das três gerações, nessa teoria classificatória, diferenciam-se estruturalmente entre si, em virtude do elemento preponderante que lhe compõem: enquanto os direitos de Primeira Geração exigem um não-agir do Estado (direito negativo), a implementação dos direitos de Segunda Geração justamente está centrada na prestação estatal (direito à prestação). Por sua vez, a nota diferenciatória inovadora dos direitos de Terceira Geração reside no caráter difuso, inexistente nas estruturas anteriores.

Por assim dizer, pelo menos em relação às duas primeiras gerações, a dicotomia entre direitos negativos e positivos está presente.

Já a classificação dualista dos direitos fundamentais utiliza como critério classificatório o conteúdo dos direitos. Em função disso, em consonância à teoria de Robert Alexy, os direitos fundamentais dividem-se em: a) direitos a ações negativas ou de defesa; b) direitos a ações positivas ou prestacionais em sentido amplo.

Os direitos de defesa podem manifestar-se em três situações: a) direitos ao não-embaraço de ações; b) direitos a não afetação de características e situações; e c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas (ALEXY, 2008, p. 196).

Já os direitos a ações positivas dividem-se em três grupos: a) direitos à proteção; b) direitos à organização e procedimento; e c) direitos a prestações em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 444).

Schäfer (2005, p. 48-49) explica que as diferenças estruturais entre os direitos de defesa e os direitos à prestação são marcantes:

[...] pois os direitos de defesa são para os destinatários proibições de destruir, de afetar negativamente etc. Os direitos a prestações, por seu lado, são para os destinatários mandatos para proteção, promoção etc. Assim, no caso dos direitos negativos, se estiver proibido destruir ou afetar alguma coisa, pode-se facilmente concluir estar proibida toda e qualquer ação que possa provocar afetação ao objeto considerado. No caso dos direitos positivos, a situação é essencialmente diferenciada, pois se a norma determina a proteção ou a promoção de algum bem, não está ordenada toda e qualquer ação, mas somente aquela que for eficaz a essa proteção/promoção.

² A jurisprudência do STF reconhece expressamente a classificação geracional tríplice dos direitos fundamentais, como no MS 22164, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995.

Na teoria dualista percebe-se claramente a prevalência da dicotomia entre direitos positivos e negativos, pois é esse o critério preponderante para dividir os direitos fundamentais.

Por outro lado, a teoria unitária dos direitos fundamentais, defendida entre nós por Jairo Schäfer, amparado na doutrina de Jorge Miranda, verificou que os direitos prestacionais, em especial os sociais, ficam em segundo plano, relegados em relação aos direitos de defesa. Assim, os direitos negativos teriam aplicação imediata, enquanto os direitos prestacionais dependeriam de fatores externos, tais como intermediação legislativa ou observância da reserva do possível. Essa dualidade, para Jorge Miranda (2000, p. 114), significa a “desvalorização das próprias normas constitucionais, afinal degradadas ao domínio da política legislativa”.

No escopo de superar essa distinção contrária à efetivação de todos os direitos fundamentais, defende-se sua indivisibilidade, pois inexitem diferenças estruturais entre eles, mas sim expectativas positivas e negativas, em maior ou menor grau. Portanto, para Schäfer (2005, p. 70):

[...] a incidibilidade dos direitos fundamentais e a inexistência de diferenças estruturais entre os variados tipos de direitos determinam a superação dos modelos teóricos embasados na separação estanque entre as esferas dos direitos sociais (positivos ou prestacionais) e dos direitos de liberdade (negativos).

Necessário pontuar também as dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, pois é no segundo aspecto que se desenvolve o presente estudo.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade (SARLET, 2011, p. 141). Não obstante tal distinção, Martins Neto (2003, p. 19) entende que:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 praticamente inicia o conjunto de suas regulações por uma declaração de direitos ditos fundamentais (Título II), parecendo desde logo evidente que, no conjunto da expressão direitos fundamentais, a palavra direito aparece empregada em sentido subjetivo, vale dizer, no sentido de atributo pessoal. Em outros termos, pode-se dizer que a expressão direitos fundamentais constitui uma locução composta de dois termos, o substantivo direitos e o adjetivo fundamentais, estando o primeiro empregado em sentido subjetivo. Desse modo, considerada em seu todo, ela assume a função de designação de uma série de direitos subjetivos que, nessa medida, se singularizam por sua especial qualidade de fundamentais.

Portanto, direitos fundamentais na dimensão subjetiva são aqueles exigíveis pelos indivíduos, precipuamente, em face do Estado, no escopo de tutelarem pretensões, faculdades, potestades e imunidades reconhecidas pela norma fundamental (GALDINO, 2005, p. 64).

Dessa perspectiva, a dicotomia entre direitos subjetivos fundamentais positivos e negativos, principalmente relacionada ao termo *positivo*, nada tem a ver com a fonte da norma jurídica fundamental, que é retratada em outra dicotomia relevante, mas aqui não analisada, a do direito positivo e direito natural.

2. Os direitos fundamentais negativos e positivos

A classificação dos direitos fundamentais em direitos negativos e positivos tem utilidade para a dogmática dos direitos fundamentais, como também do ponto de vista prático. Conforme lição de Galdino (2005, p. 153) tal distinção procura:

- (i) no terreno dogmático: estabelecer uma linha histórica evolutiva dos Estados e, mais importante,
- (ii) sob o prisma prático: discernir entre os direitos fundamentais que são de pronto exigíveis do Estado e os que não são sindicáveis ipso facto, orientando-se assim as escolhas da sociedade.

Assim, saber se existem direitos fundamentais exigíveis imediatamente e direitos fundamentais dependentes de alguma condicionante mostra-se essencial para uma análise percuciente da efetivação dos direitos fundamentais. Amaral (2010, p. 35) apresenta três grandes correntes:

A dos que entendem serem exigíveis todos os direitos classificados pela constituição como fundamentais, a dos que entendem serem exigíveis apenas os direitos negativos, já que os positivos, por demandarem recursos, vigeriam sob a reserva do possível, a depender de mediação legislativa e a dos que entendem haver um núcleo de direitos positivos ligados ao mínimo existencial que seria sempre exigível, quedando os demais direitos positivos sob a reserva do possível.

A idéia amplamente difundida de que existem direitos negativos, quais sejam, aqueles em que se exige uma abstenção estatal, sem qualquer ônus financeiro para o Estado, não se sustenta diante de uma análise pragmática relacionada à efetividade de tais direitos.

Ademais, a manutenção da distinção estanque entre direitos positivos e negativos significa fixar um grau diferenciado de relevância e exigibilidade entre os direitos denominados individuais e os direitos sociais, tendo aqueles preferência sobre estes.

A superação dessa dicotomia é construção teórica desafiadora e necessária, a fim de possibilitar uma análise unitária e indivisível dos direitos fundamentais, com viés pragmático.

É essa a contribuição de Flávio Galdino (2005, p. 225-226), que tem como referência a obra “The Cost of Rights”, de Cass Sunstein e Stephen Holmes, quando afirma que:

O equívoco parece residir precisamente em considerar-se que a tutela dos direitos de liberdade consista ou possa consistir em uma pura obrigação de não fazer gratuita, isto é, uma abstenção sem custos, quando, em verdade, ela contém sempre e sempre um facere (um agir positivo) e, mais importante, qualquer ação ou omissão estatal é sempre custosa – positiva.

3. A constatação da positividade de todos os direitos

O estudo desses autores vem ao encontro de nossas idéias, no sentido de demonstrar que a o momento atual exige do Estado não simples abstenção, mas prestações positivas para a efetivação dos direitos de defesa. Na verdade, todos os direitos são positivos, pois dependem de um agir estatal e exigem a alocação e dispêndio de recursos públicos para sua proteção e concretização.

Norberto Bobbio (1992, p. 24) vaticinou que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

No mesmo caminho, Luigi Ferrajoli (2011, p. 115) afirma que “é pela observação de tais garantias, e antes ainda pela sua introdução, que depende a efetividade dos direitos fundamentais”.

Não se olvide, portanto, o mandamento do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, cujo conteúdo determina a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Daí que existe a preocupação dos sistemas jurídicos democráticos de evitar que os direitos fundamentais tornem-se letra morta ou que somente ganhem eficácia a partir da atuação do legislador.

O significado essencial dessa cláusula constitucional é o de ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático.

Porém, a efetivação republicana dos direitos fundamentais pressupõe uma tomada de posição em relação a alguns temas hoje esquecidos. Coadunam-se com essas reflexões as idéias de Geraldo Ataliba (2007, p. 164) quando comenta sobre as liberdades públicas que: “Não fosse reconhecida a necessidade de resguardar os direitos fundamentais, conter os

abusos e excessos dos governos, e não haveria por que criar-se mecanismos tão complexos, sofisticados e onerosos”.

O abismo entre a realidade e a normatividade constitucional acarreta em uma deslegitimação do poder político. Em vista disso, essencial para a formação de um verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito que sejam estabelecidos critérios pragmáticos para a efetivação dos direitos fundamentais. O conceito de Constituição “constitucionalmente” adequado deve ser extraído das forças vivas sociais e não de conceitos vazios e irrealizáveis. Nesse sentido, Cunha Júnior (2008, p. 47-48) pondera sobre a relação da Constituição com a realidade:

Vislumbra-se necessária uma teoria da constituição atenta à realidade constitucional na qual se insere uma Constituição, e às transformações econômicas, políticas e sociais; é necessária uma teoria da constituição que forneça subsídios e elementos suficientes para a elaboração de um conceito de Constituição “constitucionalmente adequado”; é necessária, em suma, uma teoria da constituição que permita extrair do texto constitucional todas as suas potencialidades normativas e toda a sua força ativa condicionadora, ordenadora e motivadora da vida política e social. E isso só será possível no domínio de uma teoria “jurídica” da Constituição de um Estado Constitucional Democrático de Direito, aberta à dinâmica social e que logre, conseqüentemente, interagir com a realidade histórica de seu tempo. Daí resulta uma constatação óbvia: não há uma só teoria da constituição, mas sim várias teorias da constituição, de modo que uma definição adequada de Constituição só é possível a partir de sua inserção e função na realidade histórica.

Dessa acepção, infere-se que a “canetada” da autoridade pública desprovida de percuciente análise do suporte fático não traduz nem direito, tampouco justiça, pois significa utilizar recursos públicos escassos de modo ineficiente.

Galdino (2005, p. 181) sintetiza os modelos teóricos relacionados ao entendimento sobre o caráter positivo dos direitos fundamentais:

- (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 igualam direitos negativos e positivos, a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, mas o elemento custo é desprezado.
- (IV) modelo teórico da verificação da limitação de 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) modelo teórico dos custos dos direitos: revela a superação dos modelos anteriores; tem-se por superada essa tradicional tipologia positivo/negativo dos direitos fundamentais.

Mesmo autores que não concluem pela positividade de todos os direitos fundamentais e continuam a sustentar a dicotomia positivo/negativo, reconhecem a necessidade de prestações estatais para a concretização dos direitos de liberdade.

Cunha Júnior (2008, p. 286-287) afirma a conceituação clássica dos direitos de defesa, mas admite que, atualmente, tais direitos são dependentes da prestação de determinados serviços públicos:

Daí já se percebe que esses direitos fundamentais, por traduzirem, essencialmente, a exigibilidade de uma abstenção por parte dos órgãos estatais, não manifestam maiores dificuldades quanto à sua direta e imediata aplicabilidade, já que não se estendem a esse grupo de direitos as razões normalmente invocadas contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais prestacionais (como os limites fáticos impostos pela chamada “reserva do possível” e a falta de legitimação do Poder Judiciário para a definição do conteúdo e alcance das prestações), embora se possa afirmar que no Estado moderno esses direitos fundamentais clássicos estão cada vez mais dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre ameaças de sua liberdade.

Sarlet (2011, p. 285), no mesmo sentido, admite o caráter positivo de todos os direitos fundamentais:

Com efeito, já se fez menção, no capítulo sobre a classificação dos direitos fundamentais, que todos os direitos fundamentais (inclusive os assim chamados direitos de defesa), na esteira da já citada obra de Holmes e Sunstein e de acordo com a posição entre nós sustentada por autores como Gustavo Amaral e Flávio Galdino, são, de certo modo, sempre direitos positivos, no sentido de que também os direitos de liberdade e os direitos de defesa em geral exigem – para sua realização – um conjunto de medidas positivas por parte do poder público, que abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para a sua proteção e implementação. Assim não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional.

Canotilho (2000, p. 393) explica que os direitos de liberdade têm como objeto a obrigação de abstenção do Estado relativamente à esfera jurídico-subjetiva por eles definida e protegida. Todavia, em seguida, o referido autor pontifica que:

mesmo que a dimensão garantística aponte basicamente para a inexistência de agressão ou coacção político-estatal, isso não significa que eles não se configurem, igualmente, como direitos a exigir o cumprimento do dever de protecção a cargo do Estado (*Schutzpflicht*) das condições de exercício de liberdade. (CANOTILHO, 2000, p. 393)

Registre-se, por sua vez, a delimitação de deveres estatais de tutela. Na doutrina de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011, p. 73), “o termo indica o dever do Estado de proteger ativa e preventivamente o direito fundamental contra ameaças de agressão provenientes, principalmente, de particulares”.

Assim, teria o Estado para cada direito fundamental o dever de observá-lo e de protegê-lo. Nota-se que a observância é a abstenção, porém a proteção enseja necessariamente a atuação positiva do Estado.

Vale ressaltar, ainda, que a dimensão organizacional e procedimental dos direitos fundamentais, de caráter essencialmente positiva, relaciona-se com os direitos de liberdade, sendo que para Sarlet (2011, p. 196):

Dois aspectos merecem ser ressaltados neste contexto: em primeiro lugar, o fato de que a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental; além disso, importa considerar que importantes liberdades pessoais somente atingem um grau de efetiva realização no âmbito de uma cooperação (no sentido de atuação conjunta e ordenada) por parte de outros titulares de direitos fundamentais, implicando prestações estatais de cunho organizatório e coordenatório, em regra de natureza normativa.

Portanto, afirma-se neste trabalho que, no mínimo, a necessidade de se assegurar os direitos fundamentais por meio de uma estrutura judiciária ou o imperativo do exercício da função legislativa já confirma a referida positividade e os custos daí decorrentes.

Forçoso reconhecer que o Poder Judiciário e o Poder Legislativo representam, principalmente devido à nossa organização constitucional, um relevante destino para as receitas públicas.

Dessa maneira, uma abordagem empírica assevera a análise teórica aqui realizada. Ora, o direito de propriedade reconhecido constitucionalmente é um direito de defesa, cujo conteúdo confere ao proprietário o direito de exigir imunidade de interferência na sua propriedade. Disso, conseqüentemente, impõem-se prestações estatais e não simplesmente abstenção. Afirmar o direito de propriedade é exigir do Estado a proteção deste direito.

Simplifica-se isso com o exemplo do cidadão que suspeitando de invasão em sua propriedade chama a polícia para protegê-la. É incontroverso que os policiais, a viatura, enfim, os instrumentos estatais de segurança pública significam prestações estatais positivas com custos econômicos e fazem parte da conformação constitucional do direito de propriedade.

Sustentar a idéia de que o Estado deve somente se abster nesse caso é conferir ao indivíduo um direito pela metade. O direito fundamental completo de propriedade vincula-se necessariamente à possibilidade do cidadão exigir do Estado a proteção desse direito.

Tais apontamentos filiam-se à doutrina do direito fundamental completo, desenvolvido por Robert Alexy como sendo aquele oriundo de um feixe de posições jurídicas, incluindo as de caráter positivo. O referido autor traz um exemplo elucidativo:

Em razão da diversidade de posições a que nela se faz referência, um bom exemplo é a decisão da Lei Provisória sobre o Ensino Superior Integrado da Baixa Saxônia. No que diz respeito aos cidadãos, fala-se em três posições de espécies diferentes: uma liberdade jurídica para realizar atos no âmbito científico, ou seja, um direito a uma ação negativa do Estado que garanta essa liberdade jurídica (direito de defesa), e um direito a uma ação positiva do Estado que proteja essa mesma liberdade. Esse último direito tem um papel central na decisão, e o tribunal o resume com as seguintes palavras: “Ao indivíduo titular do direito fundamental do art. 5º, § 3º, surge, a partir de uma decisão valorativa, um direito àquelas medidas estatais, também de caráter organizacional, que sejam imprescindíveis para a proteção de sua esfera de liberdade constitucionalmente protegida, porque só a partir dessas medidas é que se torna possível a atividade científica livre”. (ALEXY, 2008, p. 249-250)

Vê-se, portanto, que instituições públicas, tais como polícia, judiciário, legislativo, órgãos fiscalizadores, concretizam direitos fundamentais, inclusive os de defesa, o que importa dizer que todos esses órgãos estatais são criados e mantidos com recursos públicos, significando, assim, custos na efetivação de tais direitos.

Pode-se afirmar, também, que os direitos de defesa compreendem custos ao Estado quando são protegidos indiretamente por meio de indenizações judiciais, nem sempre módicas.

4. Conseqüências da positividade dos direitos fundamentais

Como bem afirma Galdino (2005, p. 230):

O reconhecimento dos custos e da positividade de todos os direitos impede que se faça uso ideológico da distinção positivo/negativo, uso que obstaculiza a visão de que – tomando-se em consideração os custos – também os direitos individuais podem ser sacrificados em detrimento dos sociais.

Assim, dizer que os direitos de liberdade são exigíveis imediatamente significa escolher que tais direitos têm preferência na distribuição de recursos públicos para sua concretização em relação aos direitos prestacionais.

O princípio da proporcionalidade, utilizado para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais e para a análise das restrições e omissões desses direitos, demonstra claramente que a análise dos custos dos direitos é necessária para sua efetivação.

Nos dizeres de Robert Alexy (2008, p. 116-117), a proporcionalidade se divide em três máximas parciais: 1) adequação; 2) necessidade; e 3) proporcionalidade em sentido estrito. Em suma, deve-se verificar a relação entre os meios e fins, o que sugere, por consequência, uma análise entre os custos e os benefícios.

A aplicação dos direitos fundamentais se dá, por assim dizer, mediante uma análise de meios e fins, de custos e benefícios.

Nessa perspectiva, diante da constatação de positividade de todos os direitos fundamentais, percebe-se que os direitos de defesa possuem o mesmo grau de importância dos direitos prestacionais, como também devem ser incluídos na balança das escolhas estatais. Afinal, nada que custa dinheiro pode ser absoluto.

A doutrina dos direitos sociais entende que tais direitos demandam alocações orçamentárias expressivas. Diante disso, desenvolveu-se a noção de escassez de recursos e a necessidade de escolhas trágicas. O que se afirma teoricamente neste trabalho é que a efetivação de todos os direitos fundamentais depende de recursos e se depara com o problema da escassez e das escolhas trágicas.

A partir disso, incluem-se na ponderação de interesses das escolhas trágicas do administrador público, do legislador e do juiz, também os direitos de defesa.

Gratuito não existe. Portanto, a positividade dos direitos fundamentais leva à incontroversa conclusão de que quando alguém recebe uma prestação estatal de modo gratuito, há alguém pagando esta conta, sendo geralmente toda a sociedade mediante a atividade tributária.

Disso decorrem duas consequências políticas importantíssimas: 1) a imposição da eficiência nos negócios públicos; e 2) o dever de responsabilidade do cidadão na efetivação de seus direitos fundamentais.

A eficiência foi alçada a princípio constitucional da Administração Pública pela Emenda Constitucional n. 19/98³.

³ Cf. MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 300-301, a análise do princípio da eficiência no direito comparado.

Meirelles (2006, p. 96) afirma que o princípio da eficiência “é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”. Já para José Afonso da Silva (2008, p. 672):

O princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXXVIII do art. 5º (EC-45/2004) e em condições econômicas de igualdade dos consumidores.

O princípio da eficiência é dotado das seguintes características: a) direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum; b) imparcialidade; c) neutralidade; d) transparência; e) participação e aproximação dos serviços públicos da população; f) eficácia; g) desburocratização; e h) busca da qualidade (MORAES, 2006, p. 304).

O dever de eficiência dos Poderes Públicos na efetivação dos direitos fundamentais é corolário da noção de que os recursos públicos são limitados e devem ser aplicados da melhor maneira possível, evitando-se desperdícios. Desdobra-se dele o princípio do uso racional dos recursos públicos.

Noutro vértice, a construção de um cidadão responsável socialmente é relevante dentro de uma sociedade desigual, pois a despeito de efetivar direitos fundamentais, uma minoria esclarecida os exige no Judiciário, realocando recursos públicos escassos, culminando na falta de recursos para outras pessoas.

A idéia falsa de que determinado direito é gratuito pode ensejar o manejo não responsável dos direitos subjetivos fundamentais. Galdino (2005, p. 230) defende que:

O reconhecimento dos custos estimula o exercício responsável dos direitos pelas pessoas, o que nem sempre ocorre quando o discurso e a linguagem dos direitos simplesmente finge ignorar os custos, pois a promessa dos direitos absolutos, além de criar expectativas irrealizáveis, promove o exercício irresponsável e muitas vezes abusivo dos “direitos”.

Tal prática ocorre diariamente nas ações judiciais contra pessoas jurídicas de direito público, cujos autores, sob a insígnia da hipossuficiência meramente declarada e da titularidade de direitos fundamentais, por meio de decisões judiciais liminares, realocam imediatamente vultosas quantias do orçamento público, conquanto não haja, na maior parte dos casos, preocupação com as conseqüências dessa decisão.

Nesse contexto, o direito fundamental conferido imediatamente a um só não está em conflito com o mero interesse financeiro estatal, mas sim é contrário ao mesmo direito fundamental de vários outros cidadãos, que poderão restar desprotegidos, haja vista que os recursos são escassos.

No ambiente em que o cidadão tenha ciência de que sua pretensão leva à retirada de direitos de outras pessoas mais necessitadas e em que sejam racionalmente estipulados requisitos para a efetivação dos direitos fundamentais, avaliados seus custos, a responsabilidade individual se consolidará em favor da sociedade.

Considerações finais

Por isso tudo é que urge a construção de um saber jurídico aliado à realidade e que os direitos fundamentais, reconhecida sua essencialidade, sejam aplicados verdadeiramente num sentido pragmático, sem utopias falsas e tentativas fantasiosas de modificar a realidade.

O reconhecimento da positividade dos direitos fundamentais e a construção de uma teoria unitária possibilitam o aperfeiçoamento não só do sistema jurídico pátrio, mas também da própria sociedade carente de serviços, de recursos, de exemplos.

Portanto, a efetivação dos direitos fundamentais deve tomar em consideração os seus custos, pois prometer sem poder cumprir é a lástima do direito e os direitos devem ser levados a sério.

Referências

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

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 12ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos do direitos – direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceitos, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros: 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional – tomo IV – direitos fundamentais**. 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.