

FLÁVIO GALDINO
Professor de Direito Processual na Faculdade de Direito da UERJ.
Advogado

INTRODUÇÃO À TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS

Direitos não nascem em árvores

EDITORA LUMEN JURIS

Rio de Janeiro
2005

342.7
G149i



Sumário

Prefácio	ix
Agradecimentos e dedicatória	xi
Introdução e plano do estudo	xvii
PARTE I - FORMULAÇÃO TEÓRICA - Os CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO E DOS DIREITOS	
Capítulo I - Direitos Fundamentais são Normas	3
1. Direitos fundamentais como normas	3
1.1. Os direitos fundamentais entre o direito objetivo e os direitos subjetivos	5
1.2. Norma jurídica: estrutura e função	11
1.3. A função normativa	26
1.4. Estrutura das normas: regras e princípios	32
1.5. Conflitos valorativos e normativos	35
1.6. Princípios materiais e princípios operacionais	39
1.7. Direitos fundamentais como princípios materiais	50
Capítulo II - Direitos Subjetivos: a origem	53
2. Breve digressão histórica: como nascem os direitos subjetivos?	53
Capítulo III - Direito subjetivo: teorias críticas	69
3. Direito subjetivo - as principais teorias críticas	69
3.1. A negação do direito subjetivo através das concepções coletivistas	70
3.2. A proposta de redução normativista	74
Capítulo IV - Direito subjetivo: as figuras correlatas	77
4. Direito subjetivo - os conceitos e categorias correlatas	77
4.1. Status	78
4.2. Situação jurídica	83
4.3. Pretensão	87
4.4. Interesse legítimo	92
4.5. Direitos morais	96
Capítulo V - Os Conceitos, as Categorias e as Definições Jurídica	105
5. Conceitos, categorias e definições jurídicas	105

342.7
G149i



5.1. Os conceitos jurídicos e os seus objetos	105
5.2. O que são conceitos e definições jurídicas	106
5.3. As categorias jurídicas	108
5.4. O conteúdo e as medidas dos conceitos e das categorias jurídicas	110
5.5. A abertura dos conceitos e categorias jurídicas	115
5.6. Conceitos e categorias abertas como ferramentas de aplicação de regimes jurídicos - nota sobre a crítica realista	120

PARTE II - Os DIREITOS SUBJETIVOS FUNDAMENTAIS E OS SEUS CUSTOS

Capítulo VI - Os Direitos Fundamentais como Direitos Subjetivos	127
6. Direitos fundamentais como direitos subjetivos	127
6.1. Direito subjetivo: o conceito	127
6.2. A operatividade da categoria "direito subjetivo"	132
6.3. O direito subjetivo como categoria essencial aos direitos fundamentais	143

Capítulo VII - Os Direitos Fundamentais Positivos e Negativos	147
7. Direitos fundamentais: positivos e negativos	147
7.1. Direitos positivos e liberdades positivas	148
7.2. Sobre positividade e negatividade	150
7.3. A importância instrumental da distinção entre direitos fundamentais positivos e negativos e a relevância da análise crítica	152
7.3.1. Do liberal ao social - a história contada pela lente da positividade	153
7.3.2. A escassez dos bens e recursos, as colisões de direitos e as escolhas trágicas da sociedade	155
7.3.3. Relevância da análise crítica	163

Capítulo VIII - Direitos Fundamentais: as Gerações	165
8. Sobre as chamadas gerações de direitos	165
8.1. A visão da classificação geracional no pensamento jurídico brasileiro	166
8.2. Algumas luzes sobre as gerações brasileiras de direitos humanos	169

Capítulo IX - Modelos de Pensamento sobre Direitos no Brasil	179
9. Evolução das idéias acerca dos direitos positivos e negativos no Brasil	179

342.7
G149i



9.1. Síntese dos modelos teóricos sugeridos neste estudo	180
9.2. Modelo teórico da indiferença	182
9.3. Modelo teórico do reconhecimento	183
9.4. Modelo teórico da utopia	186
9.5. Modelo teórico da verificação da limitação dos recursos	190
9.6. Modelo teórico dos custos dos direitos	198
Capítulo X - Cass Sunstein, Stephen Holmes e o Custo dos Direitos	199
10. CASS SUNSTEIN, STEPHEN HOLMES e o custo dos direitos	199
10.1. A tese fundamental de SUNSTEIN e HOLMES: o custo dos direitos	202
10.2. A demonstração da tese	205
10.3. Custos dos direitos e responsabilidade social	212
Capítulo XI -	215
11. Direitos não nascem em árvores	215
11.1. Algumas idéias antecedentes	215
11.1.1. As dificuldades na compreensão das atividades materiais (fáticas) do Estado e seu caráter prestacional	215
11.1.2. Algumas importantes idéias antecedentes no Brasil	218
11.2. Todos os direitos são positivos e integram as opções dadas às escolhas trágicas	225
11.3. A superação da idéia dos custos como meros óbices e de que os custos são algo externo aos direitos	233
PARTE III - DIREITO E ECONOMIA	
Capítulo XII - Análise Econômica do Direito: Introdução ao Tema	239
12. Eficiência: os custos dos direitos e a análise econômica do direito	239
12.1. Um ponto: a análise econômica do direito	239
12.2. Contraponto: o risco da economicização do Direito	244
12.3. A virtude no meio	249
Capítulo XIII - A Eficiência no Brasil: Descaminhos e Caminhos	255
13.1. A construção jurídica da eficiência na administração pública brasileira	255
13.2. O outro caminho	267
PARTE IV - APLICAÇÃO	
Capítulo XIV - Os Direitos Fundamentais Levados a Sério	283
14. Gratuito não existe - o grave problema dos consumidores inadimplentes de serviços públicos essenciais	283
	342.7
	G149i



14.1. A situação-problema. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	283
14.2. Serviços públicos e essencialidade	287
14.3. A prestação de serviço público como contrato relacional de consumo: a continuidade	292
14.4. Essencialidade e continuidade	297
14.5. A falta de coerência sistemática	301
14.6. Os argumentos periféricos	307
14.7. A necessária contraprestação	311
14.8. A correta compreensão dos custos dos direitos: gratuito não existe	325
PARTE V - CONCLUSÃO: DIREITOS NÃO NASCEM EM ÁRVORES	
Capítulo XV - Por uma Teoria Pragmática do Direito	331
15.1. Uma viagem ao mundo jurídico	331
15.2. O conceito de direito subjetivo e os custos dos direitos - em busca de um conceito pragmático de direito fundamental	336
15.3. A título de conclusão: os direitos não nascem em árvores	345
Referências Bibliográficas	349

342.7
G149i

