

O CONCEITO DE DIREITO SUBJETIVO E SUA CONSOLIDADAÇÃO HISTÓRICA: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE A CONCEPÇÃO DO TERMO E A CONCRETIZAÇÃO DE SEU SENTIDO

Rafael Shinhiti Kato

<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4414714J0>

Resumo: Este artigo discorre sobre a efetividade dos direitos fundamentais. Tal temática está relacionada ao Direito Constitucional, na medida em que a afirmação histórica dos *direitos* coincide com a consolidação do constitucionalismo. A análise histórica do desenvolvimento do conceito de direito subjetivo parte da filosofia nominalista, quando se inova atribuindo ao termo *jus* um sentido subjetivo, em contradição ao sentido objetivo que continha nos textos de Aristóteles e Santo Tomás de Aquino. Com o advento da modernidade, as Declarações de Direito e a literatura iluminista vulgarizam a concepção subjetiva dos direitos. Todo este processo histórico culmina na positivação dos direitos, elevados à categoria de fundamentais pelas Constituições dos Estados. Com o aumento das demandas judiciais provocado pela exigibilidade de implementação e concretização destes direitos, urge analisar detidamente o problema de sua efetividade.

Palavras-chaves: direito subjetivo; direitos fundamentais; Direito Constitucional; efetividade

The Concept Of Subjective Law And Its Historical Consolidation: An Approach Between The Term's Conception And The Embodiment Of Its Sense

Abstract: This article discusses about the effectiveness of fundamental rights. This theme is related to constitutional law, to the extent that the historical rights affirmation coincides with the consolidation of constitutionalism. The historical analysis of the concept of subjective law's development starts from the nominalist philosophy when it innovates itself giving the term *legal* a subjective sense, in contradiction to the objective sense that was contained in the writings of Aristotle and St. Thomas Aquinas. With the advent of modernity, the statements of law and enlightening literature popularized the concept of subjective rights. This whole historical process culminates on the affirming of rights, raised to the rank of fundamental rights by the State Constitutions. With the increase of lawsuits caused by the enforceability of implementation and the rights realization, it is urged that the problem of its effectiveness is analyzed.

Keywords: subjective law, fundamental rights, Constitutional Law, Effectiveness

INTRODUÇÃO

Poucas linhas bastam para apontar a atualidade e a oportunidade nunca exaurida de se debater os direitos da pessoa humana – aqui, entendendo por esta expressão as diversas

vertentes históricas e doutrinárias, como os direitos civis, direitos humanos e direitos fundamentais.

Na verdade, torna-se desnecessário demonstrar como está *em voga* o uso dos direitos humanos, ou dos direitos fundamentais. Noções calcadas no princípio da dignidade da pessoa humana, e sua efetividade assegurada nas Declarações supranacionais e nas Constituições dos Estados.

Cumprido, no entanto, evocar os fundamentos dos direitos humanos. A maioria dos autores se acomodou à idéia basilar da dignidade da pessoa humana para entender e justificar aquilo que concerne aos direitos do homem, enquanto que a não menos autorizada pena de Norberto Bobbio se mostra relutante em buscar o *fundamento absoluto* dos direitos dos cidadãos. Para ele, os direitos não nascem todos de uma vez, mas nascem quando devem ou podem nascer. De forma que não se encontra um *fundamento absoluto*, mas várias fontes interligadas no tecido da história.

Com o devido mergulho na história, importa registrar o nascimento de uma linguagem nova no Direito, que o influenciou por toda a *Modernidade*, e não se vislumbra o alcance desta influência no futuro. Trata-se do conceito de direito no seu sentido *subjetivo*, que emanou do pensamento jurídico e político das Revoluções Modernas, enraizado já na filosofia de alguns franciscanos dos séculos XIII e XIV, o *nominalismo*.

As conseqüências dessa nova linguagem representam a alteração profunda no pensamento jurídico, até então fundado na ciência do *jus civilis* dos romanos, para quem direito é dar a cada um a parte que lhe cabe. Ou seja, o direito do sujeito suplanta a noção objetiva da clássica tradição jurídica.

Em suma, sem a concepção do direito subjetivo – inicialmente traduzido em direitos civis do cidadão, até sua difusão em todas as esferas do *agir* humano com as Declarações de Direitos e com a sua positivação nos estatutos políticos das nações – perde-se o cerne do Direito Moderno.

Tal a tese que defende um autor pouco trabalhado na doutrina brasileira, Michel Villey. Ante a atualidade de seus escritos, importa trazer à tona a discussão proposta por este pensador do Direito, que não economizou críticas às *filosofias* e a *religião* dos direitos humanos.

Confrontando as anotações de Villey com a doutrina nacional dos direitos fundamentais, tal qual se encontram nos manuais e em teses defendidas no Brasil – como a de

Ingo Sarlet – busca-se uma aproximação entre o texto de Villey e o debate da efetividade dos direitos fundamentais.

Tais direitos integram a substância propriamente dita, ou seja, o núcleo substancial do Estado Constitucional de Direito, sem o qual este deixa de subsistir. Daí a importância histórica – de uma história ainda em curso – dos direitos humanos *formalmente* positivados. Portanto, ainda mais se acentua a necessidade de debater a efetividade e os mecanismos de sua eficácia.

Deixando patente que o direito subjetivo representa uma inovação na tradição jurídica ocidental, até então calcada na noção objetiva do *jus*, e deixando registrado que o processo de afirmação dos direitos passou pelas *Declarações* de cunho universal até a positivação em ordenamentos nacionais, procura-se concluir com a aproximação entre as críticas à juridicidade das faculdades e liberdades do *sujeito*, e os problemas que concernem à efetividade dos direitos fundamentais. Os quais, além das limitações materiais, sofrem as limitações políticas à concretização destas promessas erigidas em direito.

1 O CONCEITO DE DIREITO SUBJETIVO E SUA RELEVÂNCIA PARA A CIÊNCIA JURÍDICA MODERNA.

1.1 Considerações históricas.

Com o advento do Estado Moderno, vários paradigmas foram renunciados, para a formatação de um novo modelo estatal. O marco decisivo, para se utilizar de uma expressão de Koselleck, está fincado na *crise* europeia do século XVI, que se torna crise global, na medida em que a própria história europeia expandiu-se em história mundial.

Nesta quadra, forja-se uma nova instância de poder, um novo corpo político, um novo monstro, na paráfrase de seu principal idealizador: o Estado Absolutista.

No contexto dos conflitos religiosos do século XVI e XVII, a configuração deste Estado é uma resposta aos ataques que a sociedade sofre em decorrência das *lutas de consciência*, dos vários grupos confessionais. Se a Reforma trouxe uma pluralidade de confissões cristãs, os grupos que engendrou passam a se digladiarem para manter intacta sua consciência. Cada confissão tem sua proposta para a paz civil. Mas esta paz é exigente, na medida em que impõe a condescendência dos demais para a convicção interna da seita.

Assim, o estado de natureza pintado por Hobbes, no *Leviatã*, tem seu correspondente histórico nas guerras civis religiosas. Diante de tamanha confusão causada por promotores de causas próprias, o filósofo inglês volta-se contra o homem enquanto lobo do homem, contra a situação de guerra generalizada – *bellum omnium contra omnes*.

O movimento reformatório e a conseqüente divisão das instâncias religiosas remeteram o homem de volta à sua consciência. A consciência desprovida de amparo externo degenera em fetiche de uma justiça em causa própria. [...] A simples consciência, que, como diz Hobbes, tem a pretensão de subir ao trono, não é juiz do bem e do mal, mas própria fonte do mal. [...] Em vez de ser uma *causa pacis*, a instância da consciência é, em sua pluralidade subjetiva, uma *causa belli civilis*.¹

Para fugir, portanto, da variedade de instâncias responsáveis pela promoção da paz civil, os cidadãos concentram em uma só toda a responsabilidade – a responsabilidade absoluta – pela manutenção da ordem. Tal mandamento, contido da *lei natural*, pela qual todo o homem aspira à paz – e para lográ-la abdica da parcela de liberdade que lhe corresponde – deve se transformar em lei cuja execução concreta possa ser cumprida. O resultado é a legitimação do Estado absolutista e de sua estrutura política.

Portanto, o Estado Moderno nasce a partir de uma tentativa de pacificação social, em que se limita, concentrando toda a responsabilidade e justiça nas mãos do *Soberano*, a liberdade de cada indivíduo na promoção de seu bem particular. De tal forma transfere-se a legitimação da ação política. Donde se segue que o Direito não pode ser utilizado contra o príncipe, cuja ação não se traduz em injustiça, pois não há direito contra ele e ele mesmo possui todos os direitos.

Precisamente aqui estaria a inconsistência maior da teoria política *hobbesiana*, porque da defesa ferrenha do direito subjetivo, na esfera individual, sobreveio um cerceamento absoluto ao exercício desses direitos no âmbito público.

Mas sem limitação à liberdade do indivíduo, a ordem social não prospera. No mesmo sentido, sem o reconhecimento da necessidade de paz, não pode haver legitimação ao *Leviatã* que é titular do direito absoluto, do direito a tudo.

Trata-se, aqui, de uma leitura de Hobbes, sob o prisma de historiador, que encontra o filósofo ocupado na promoção da paz. No entanto, não é esta a verdadeira importância que tem para os juristas a sua contribuição².

¹ KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e Crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Traduzido por Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999, p. 30.

² Não se deve esquecer que Hobbes é um cristão ocupado em manter a ordem política ante a ameaça de um sistema anárquico. Seu projeto político – fracassado, diga-se de passagem – visava o fortalecimento da

1.2 A linguagem do direito subjetivo nos filósofos nominalistas

Na sua excursão pelos processos de formação histórica do Direito Moderno, Villey conclui que Thomas Hobbes foi o principal responsável pela sedimentação do termo direito no seu sentido *subjetivo*. Mas tal eclosão em Hobbes se dá na sequência de uma tradição filosófica que nos remete à *Idade Média*.

A noção de direito subjetivo tem sua gênese a partir do nominalismo (sécs. XIII e XIV), quando então se estabelece uma visão de mundo centrada no indivíduo. De fato, para um nominalista, não se concebe uma ordem de ser, mas tão somente seres particulares. A querela dos universais gira em torno da possibilidade de conhecimento dessa ordem, para além da particularidade dos indivíduos. O conjunto seria representado por *nomes*, sem correspondência com a realidade³.

Sem pretensões de exaurir o tema – o que seria inoportuno – é necessário adentrar neste *modus* de filosofar, para aferir sua influência no Direito.

O contraponto dialético do nominalista, qual seja, um filósofo realista, destrincha do conceito de natureza quatro causas: eficiente, material, formal e final. Conforme compendia Régis Jolivet⁴, a *causa eficiente* é aquela que, por sua ação física, produz o efeito; a *causa material* é aquilo de que uma coisa é feita, ou princípio determinável de algo, ao passo que a *causa formal* é o que especifica e determina a constituição de um composto. Já a *causa final* é causa das causas, como consta na filosofia perene, porque é o princípio da ação, na ordem da intenção, e seu termo, na ordem da execução.

Assim, aquilo que nos cerca, o mundo, seria mais do que átomos desarranjados, uma poeira de indivíduos, mas comportaria uma ordem, em que seres particulares se incluíam em

Monarquia. Um leitor descuidado poderia identificá-lo entre os defensores da tirania. Segundo Villey, “Hobbes deve ter avaliado que as consequências da anarquia eram mais temíveis na sua época que os abusos da realeza; e que a segurança dos direitos privados constituíam um bem preferível às perigosas liberdades públicas, que, então, corriam os riscos de ser excessivas.” (VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Traduzido por Claudia Berlinder. 2 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 718)

³ A doutrina nominalista já estava presente em Duns Scott, para quem, numa visão *piadosa* da realidade, era difícil conceber a idéia de ordem natural, sem cometer um pecado de lesa-majestade divina. Entrando na mente deste frade franciscano, Villey discorre: “Pois supor uma ordem natural necessária é, evidentemente, diminuir o poder de Deus, como fazem esses teólogos que, tal como São Tomás, embora atribuam a razão, a ‘sabedoria’ a Deus, afirmariam que Deus é obrigado a sempre agir dentro da ordem. Isso equivale a subordinar Deus a um ídolo, a uma Natureza, imaginada em pé de igualdade com a razão humana, fruto do orgulho intelectualista.” (VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Traduzido por Claudia Berlinder. 2 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, pp. 202 e 203)

⁴ JOLIVET, Régis. *Curso de Filosofia*. Tradução de Eduardo Prado de Mendonça. Rio de Janeiro: AGIR: 1968. pags. 280 a 284.

classes (causa formal) e teria uma natureza própria (causa final, ou aquilo para o qual algo existe). E tudo se daria, sem a necessidade de um intelecto que o descobrisse nas coisas.

Villey aponta as conseqüências desta filosofia no Direito:

Pode-se também dizer que cada ser particular tem uma “natureza”. E essa natureza é o que ele deve ser, sua forma, seu fim, segundo o plano da Natureza no sentido universal da palavra. [...] O homem, por exemplo, não é realmente o que ele é hoje em ato, mas antes o que ele tende a ser, o que ele é em potência, isto é, sua forma, seu fim. [...] A observação da natureza é portanto mais que a observação dos fatos da ciência moderna. Não é neutra e passivamente descritiva, implica o discernimento ativo dos valores.

Assim, a partir da natureza, o intelecto saberia discernir entre o que é ou não é conforme a ordem já determinada pela Natureza. Isso significa que o intérprete se valeria deste critério, a partir das causas finais, para distinguir – por exemplo – o que é justo. O justo corresponde, para a visão clássica, ao elemento objetivo da partilha dos bens entre os homens naturalmente sociais.

Entretanto, para uma visão de mundo nominalista, a própria sociedade não passa de um conceito elaborado pelos homens, objetos tangíveis e de existência real. É incongruente a afirmação de que o *jus* está nas coisas.

Voltando a Hobbes, urge transportar à ciência social o método científico, de resolução e composição, pelo que se destrincha o todo para se chegar às partes, e desta se alcança novamente o todo.

Assim, dissecando a sociedade se alcança a hipótese do homem em seu estado de natureza, em que o indivíduo estaria livre de qualquer laço social. Claramente inverte-se a lógica aristotélica, pois do homem social por natureza desemboca-se agora no homem naturalmente livre. Neste estado de natureza, há espaço para descoberta do conceito de direito – agora totalmente centrado no indivíduo:

O direito natural, que os autores geralmente chamam de *jus naturale*, é a liberdade que cada um possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida. Conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meios adequados a este fim.⁵

É do titular desta liberdade, em sua associação com os demais, que forma-se o corpo político. Ao indivíduo separado pela análise científica de toda ordem social preexistente, dá-se o nome de *sujeito*. E no exercício de sua faculdade *subjetiva*, que Hobbes denomina *jus*, forma-se o Estado, cuja essência é definida em ponto célebre de sua obra: “uma grande

⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret. 2007. p. 101

multidão [que] institui a uma pessoa, mediante pactos recíprocos, para em nome de cada um, poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum”⁶.

De fato, como ressaltado por Villey, aqui está a grande importância de Hobbes para o Direito. Trata-se menos de suas idéias políticas, e menos ainda de sua ficção antropológica, e mais da linguagem introduzida no cenário dos juristas, que sobreviveu e influenciou a posteridade.

Essa linguagem está apoiada na observação da natureza, mas de modo diverso do que vinha sendo então aceito e exposto pelos filósofos na esteira de Aristóteles. O estado de natureza – em que o homem se apresentava como coadjuvante na ordem social natural – se viu suplantado pela anarquia na qual protagoniza o indivíduo naturalmente livre.

Supera-se então o direito na qualidade de projeção da lei, enquanto fonte ou razão que regem a ordem das sociedades. Hobbes, na verdade, se insurge contra a confusão da linguagem (lei e direito), em que tanto o direito como a lei significam a harmonia estabelecida para o convívio dos homens.

Se Hobbes funda o direito numa lei, é apenas nessa lei moral (ou, ainda, por vezes, física – pois sua pesquisa oscila) que a lei natural é para ele, nessa lei que cada um encontra em sua consciência pessoal, que essencialmente o obriga (ou inclina) a se preservar, e que o incita a comportar-se conforme sua razão: “*for the preservation of his own nature; that is to say for his own life*”, diz o texto do Leviatã [supra citado].⁷

Este marco teórico sinaliza o momento em que se passa a inferir o direito a partir do sujeito, como seu atributo essencial, como sua qualidade.

Resta, ainda, demonstrar pormenorizadamente a posição axial do conceito de direito subjetivo na doutrina jurídica da maioria dos sistemas jurídicos modernos, especialmente em seu promotor de vanguarda, Thomas Hobbes.

Para tanto, cumpre assentar que o direito subjetivo ocupa três lugares essenciais, a saber, i) na base do Estado e do sistema jurídico, como princípio do contrato social; ii) em ato na vida social como liberdade que subsiste no corpo político e iii) na cúpula deste ordenamento, na forma de *direitos civis*.

⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret. 2007. p. 131.

⁷ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Traduzido por Claudia Berlinder. 2 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 698).

1.3 Início da época moderna: o direito natural do indivíduo e o contrato social

A antropologia de Hobbes abarca a noção hipotética do homem no estado de natureza, que ao ceder parte de sua liberdade forma o corpo político. Tem-se, assim, a doutrina do *contrato social*, que, por sua vez, funda-se no conceito de direito natural do indivíduo.

Tal contrato e pacto decorrem do direito subjetivo, que ao ser exercido congrega os indivíduos no conjunto da sociedade que, não obstante seja incipiente, está legitimada pela participação da vontade pessoal de cada um.

Em definitivo, é o direito natural que está no princípio do sistema, (...) em primeiro lugar do contrato e do pacto, pois, segundo Hobbes, o contrato é a cessão recíproca de direitos, o pacto, renúncia ao direito próprio, portanto uso, exercício de direito. (...) Do pacto nascerão Leviaatã e, por Leviaatã, todas as leis, todas as leis no sentido pleno da palavra, aquelas que criarão para os sujeitos uma obrigação externa, pois o direito de fazer leis não pode ser conferido a ninguém sem o consentimento dos cidadãos e um pacto expresso ou tácito.⁸

Se temos em Hobbes uma reconstrução do Direito, a noção de direito natural do indivíduo é o primeiro degrau que calca a ciência jurídica anterior. Mesmo o mandamento primordial de se respeitar os pactos está assentado no direito individual, uma vez que deriva da liberdade do cidadão ao renunciar para seu próprio bem a ilimitada faculdade de agir de que gozava no estado de natureza.

No entanto, pode-se objetar que o direito moderno, a medida que se desenvolve, volta-se contra seu princípio de liberdade individual. De fato, há espaço para argumentos que indicam que o direito natural nem bem foi concebido, para que uma lei natural o suplantasse. Alçando vôo do direito de fazer o que quer, o homem esbarra nos limites da lei natural que o obriga a fazer o que lhe conserva a vida.

Teria então sumido o direito natural dos indivíduos já em seu primeiro sopro? Tratava-se então de mero artifício científico para explanação do surgimento do corpo político?

A resposta a estas questões são negativas. Porque o direito subjetivo continua atuante na vida social como liberdade natural que subsiste no corpo político.

1.4 Liberdade natural que subsiste no corpo político.

⁸ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Traduzido por Claudia Berlinder. 2 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 704

Em primeiro lugar, deve-se ressaltar que a transferência de direitos, no contrato social, é um ato voluntário, donde se segue que aquele que transfere o faz em consideração à reciprocidade de direito ou bem que lhe foi transferido.

Ora, a finalidade dos atos voluntários do homem é sempre algum bem para si mesmo. De forma que não se admite a renúncia a direitos e bens primordiais ao bem e conservação do próprio indivíduo.

A começar por sua liberdade de consciência, que é o fundamento mesmo do contrato social. Como destacado no início, o contexto e o correspondente histórico da teoria *hobbessiana* é o conflito interreligioso, no qual as consciências individuais se digladiam para impor os preceitos confessionais que pretendem ser universais.

O indivíduo, para sobreviver em sua condição de sujeito autônomo, livre da ingerência e da violência dos demais na sua esfera íntima, vê-se na necessidade de transferir a responsabilidade ao Soberano, mas não a sua própria consciência.

Por mais contraditório que pareça, o Estado Monárquico aqui desenhado fundamenta-se em princípios democráticos em que o cidadão independente e senhor de sua consciência transfere ao corpo social parte de sua liberdade acessória para manter intacta a liberdade primordial de sua consciência.

Em outro flanco, se o direito natural faculta ao homem usar de seu próprio poder para preservação de sua própria natureza, tem-se como consequência que o direito de defender sua própria vida é irrenunciável ao sujeito.

Inconcebível que alguém vise seu próprio bem ao deixar que o ataque com violência para tirar-lhe a vida. Conclui Hobbes que o “motivo e fim devido ao qual se introduz esta renúncia e transferência do direito não é mais do que a segurança da pessoa de cada um”⁹.

Ainda que não reluzam as liberdades individuais sob o Leviatã, elas continuam atuando na vida civil. No contrato social, mais do que renunciar à própria liberdade, o sujeito abdicou das consequências de sua liberdade no estado de natureza.

Para que o príncipe continue na condição de garantidor da paz, é necessário que o Estado sobreviva, e para isso é imprescindível que as vontades individuais continuem a sustentá-lo – o que é possível graças à razão de cada um, e não a força. O sustentáculo do

⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret. 2007. p. 103

Leviatã é a vontade livre e racional, que conserve em seu sujeito o *direito* fundamental e inalienável do homem: sua liberdade.

Obviamente, a subsistência deste sistema, sobre estes pilares, não são inquebrantáveis. Há certo risco de desmoronamento, já que o homem não demonstrou, ao longo da sua história, ser fiel às suas primeiras inspirações. Enfim, se a origem do Estado está no contrato social, é preciso que o cidadão persista no fato de consentir:

E ele sem dúvida *deve* moralmente manter o Estado, e sua razão o aconselha a fazê-lo. As circunstâncias, mesmo a força, podem na prática excluir qualquer outra solução razoável. O que não impede que ainda seja preciso que ele *queira*. O colosso do corpo político, que é um colosso de pés de barro (como a história bem mostra), repousa apenas sobre essa base, e quando ela falta, ele desmorona¹⁰.

E aqui, mais uma vez se comprova a fundação permanente do Estado Monárquico *hobessiano* na vontade democrática, que caracterizam, de certa forma, uma elite de homens esclarecidos – afinal, Hobbes é um homem de seu tempo, e ainda está imbuído de resquícios nobiliários.

Urge agora adentrar – continuando nas bases do pensamento jurídico moderno – na esfera mais tangível e concernente ao tema da pesquisa. A teoria do direito subjetivo para a formatação dos direitos civis.

1.5 O direito subjetivo no cerne nos direitos civis.

Neste ponto de sua obra, o filósofo inglês assenta em bases definitivas o direito subjetivo. No início, pode parecer contraditório que o direito renunciado pelo cidadão continue atuante. Mas, com a exposição dos fundamentos dos direitos civis, ver-se-á que no que perde em relação ao volume – o *jus in omnia* do estado de natureza – ganha em eficácia.

De fato, o Contrato Social é um contrato sinalagmático, em que a abdicação ao direito subjetivo sobre todas as coisas traz como seu paralelo os direitos civis. A composição do corpo traz a repartição de cada parte correspondente ao seu membro. Assim, cada cidadão passa a ter um *meum*, a que tem a liberdade de gozar e dispor, e defendê-lo ante a ameaça de terceiros.

¹⁰ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Traduzido por Claudia Berlinder. 2 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 708

Pode-se objetar que o direito, assim entendido, está exposto como no *jus civilis* romano, como parte objetiva que cabe a cada um – *suum cuique tribuere*. Não se trataria de direito subjetivo.

No entanto, a liberdade é que sustenta a existência da sociedade, de forma que deve a ela o processo de distribuição dos direitos civis aos indivíduos. O direito é aquela parte que a lei humana não consegue limitar, continua sendo o poder, um atributo do ser humano individual.

Há, na verdade, um progresso, na medida em que o *direito subjetivo natural* deixou de pulverizar-se em todas as coisas, para restringir-se naquilo que é próprio de seu titular. Além do que, passa a contar com a proteção do Estado para ver-se garantido. O direito civil sancionado passa a ser o critério do jurídico no pensamento moderno.

No lugar daquele direito inútil que era o *jus in omnia* do estado de natureza, tem-se agora para o proprietário um valor seguro e consistente; no lugar de uma perspectiva ilusória, uma realidade. Para continuar a se exprimir na linguagem de Hegel, a vantagem do direito civil é que ele é o direito da natureza que se tornou *wirklich*, efetivo, ao preço de alguns sacrifícios¹¹.

Conclui-se, portanto, que o sistema jurídico moderno é uma construção calcada no conceito de direito subjetivo. Suas bases e seus pilares são o *poder* do hipotético homem no seu estado de natureza, que dispõe de parte de sua liberdade para gozá-la de maneira segura e efetiva no bojo na vida política.

Importante frisar que segurança e efetividade são valores na incipiente – e vitoriosa – classe burguesa, que lucrou com essa linguagem construída sob o marco teórico *hobbessiano*. Sem essa tradição, muitas das conquistas que virão não seriam assimiladas pelos juristas. Muitas demandas estão enraizadas na *subjetivação* dos direitos, acarretando a remodelagem da organização estatal. Da ciência dos direitos subjetivos decorrem “os pactos, o Estado e lei que incide sobre os direito, [e essa ciência] remodela-os e lhes confere a força e segurança ligadas ao estatuto dos direitos civis no corpo político”¹².

2 A CONSOLIDAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO SUBJETIVO.

¹¹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Traduzido por Claudia Berlinder. 2 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 715

¹² VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Traduzido por Claudia Berlinder. 2 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 717

2.1 O fundamento dos direitos humanos

Sem a concepção do direito subjetivo – inicialmente traduzido em direitos civis do cidadão, até sua difusão em todas as esferas do *agir* humano com as Declarações de Direitos e com a sua positivação nos estatutos políticos das nações – perde-se o cerne do Direito Moderno.

Desde a literatura nominalista medieval, este conceito é que serve de axioma do discurso jurídico. O próprio avanço do direito constitucional se deu com a afirmação de *direitos fundamentais* e com o consenso de que a Constituição é o diploma que melhor corresponde aos anseios de sua positivação.

Na verdade, torna-se desnecessário demonstrar como está na “moda” o uso dos direitos humanos, ou dos direitos fundamentais. Ambas noções calcadas no princípio da dignidade da pessoa humana, e sua efetividade assegurada nas Declarações supra nacionais e nas Constituições nos Estados. Cumpre, no entanto, evocar os fundamentos dos direitos humanos.

Como já mencionado, grande parte da doutrina foca tais direitos na noção basilar da dignidade da pessoa humana. Para autores como Ingo Sarlet, “ os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”¹³.

E os próprios manuais assim trazem:

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade da pessoa humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder, prevenindo o arbítrio e a injustiça.¹⁴

Assim, autores como os supracitados defendem a tese de que as raízes dos direitos estão lançadas no terreno transcendental do princípio da dignidade da pessoa humana.

Enquanto que, por outro lado, Norberto Bobbio se manifesta relutante em buscar o fundamento absoluto dos direitos dos cidadãos. De certa forma, procura o filósofo italiano uma maneira de evitar um trabalho improfícuo, que não desempenha papel importante na discussão.

¹³ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1998, p. 109.

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237.

Contrariando aqueles que defendem a tese do fundamento absoluto dos direitos subjetivos, expõe sua teoria das várias fontes interligadas no tecido da história.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor¹⁵.

Neste debate, fica claro que a busca por um fundamento absoluto dos direitos humanos resultaria em uma ilusão de perspectiva – já que a história demonstra não haver um momento em que eclodiram todos de uma vez e de uma vez por todas.

De modo que, para se ter uma noção verdadeira da sua importância para o Direito Moderno, deve-se recorrer à história e aos momentos em que surgiu sua demanda.

Como citado, os direitos tanto vieram das demandas por liberdade perante o Estado intervencionista, quanto das demandas por um Estado provedor, que lhe assegurasse os meios necessários para a vida digna.

Estas duas espécies de direitos correspondem a duas circunstâncias distintas do passado, pelas quais a doutrina classifica em gerações de direitos fundamentais. Os primeiros correspondem aos de liberdade em face do Estado, enquanto os segundos importam na busca, em face do mesmo Estado, dos meios necessários para a sobrevivência e manutenção da vida digna do homem.

2.2 Os direitos de liberdade. Primeira geração de direitos.

A primeira geração de direitos se manifesta em postulados de abstenção do Estado, uma vez que congrega as pretensões de autonomia dos indivíduos, refratárias às expansões do Poder.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 25 e 26.

Historicamente, surgem já no medievo, com as *cartas de franquias* pelas quais se limitava o poder do monarca, e “outorgantes de proteção de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais”¹⁶.

A mais famosa dessas cartas é a *Magna Carta* da Inglaterra, assinada em 1215 e tornada definitiva em 1225, que representa um marco na *evolução* dos direitos da pessoa. Não obstante figure fora dos padrões das modernas Declarações de Direitos, tal documento, aliado com a afirmação do Parlamento como instância de poder e com a formação dos precedentes judiciais que formatariam a *common Law*, consolida uma tradição de proteção dos direitos fundamentais do homem.

Mas por ser ainda incipiente, não traduzia a verdadeira feição de supremacia da pessoa em face do Estado, mas de apenas alguns grupos, ou a elite de homens livres a gozar dessas garantias. Daí a ressalva de Noblet de que bem pouco era feito em favor daqueles homens que não eram considerados livres.¹⁷

A esta Carta seguiram-se outros importantes documentos, como a *Petition of Rights*, de 1628, que sinaliza o aumento de poderio do Parlamento ao exigir do Rei a garantia de direitos a seus súditos. Outro relevante marco é a *Habeas Corpus Act*, em que se reforça as reivindicações de liberdade, em vista de evitar as prisões arbitrárias.

Entretanto, em 1688, no período *pós-revolução*, surge o documento com maior peso e relevância política, a saber, a *Bill of Rights*, em que se consolidou a supremacia do Parlamento, com a conseqüente limitação dos poderes reais pela declaração de direitos – a que os reis estavam submissos.

Tem-se o modelo constitucional inglês, fortemente marcado pela concepção dos direitos dos homens como ponto central do Direito Moderno. De fato, aqui, o poder está limitado pelos direitos do povo, que detém a soberania. A doutrina nota a influência de Locke como principal teórico deste modelo, que serviria de base às democracias que estavam para surgir.

¹⁶ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 151. Aqui, o doutrinador cita várias cartas nas quais, p. ex., o Rei Afonso IX “jurara sustentar a justiça e a paz no reino, articulando-se, em preceitos concretos, as garantias dos mais importantes direitos das pessoas, como a segurança, o domicílio, a propriedade, a atuação em juízo, etc.”.

¹⁷ “Essa observação de Noblet é verdadeira, mas não exclui o fato de que ela se tornasse símbolo das liberdades públicas, nela consubstanciando-se o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês e servindo de base a que juristas, especialmente Edward Coke com seus comentários, extraíssem dela os fundamentos da ordem jurídica democrática do povo inglês”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 152)

O primeiro indício de instalação da moderna democracia, em um Estado Federalista, despontava na América do Norte, nas colônias inglesas. O *Bom Povo da Virgínia* foi o primeiro a redigir uma *Declaração de Direitos* em que se assentavam os direitos do homem – como a igualdade, o de titular de poder soberano, segurança, devido processo legal, etc. – como base de governo.

Vê-se que, basicamente, a Declaração se preocupava com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes. Os textos ingleses apenas tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do Parlamento. As Declarações de Direitos, iniciadas com a da Virgínia, importam em limitações do poder estatal como tal, inspiradas na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem¹⁸.

Ora, esta declaração antecede mesma a Declaração de Independência¹⁹. Após a independência, a Convenção da Filadélfia aprovou a Constituição dos EUA, mas alguns Estados se negaram a ratificá-la até que contivesse uma Carta de Direitos em que ficassem garantidos os direitos fundamentais do homem.

Esta declaração requerida foi redigida, fazendo constar como as dez primeiras emendas à *Constitution of the United States of America*. Consta o direito de liberdade de religião e culto, de palavra, de imprensa, de reunião pacífica, de petição, de inviolabilidade da pessoa, da casa, etc. Enfim, são direitos que passariam a constar na maiorias das Constituições, como se verificará adiante.

Na Europa também fazia efeitos essa obra do século XVIII, de reconhecimento e declaração de direitos. Agora, na França de 1789, tem-se o mais reverberante documento de cunho universalizante, a *Declaration des droits de l'homme e du citoyen*, adotada pela Assembléia Constituinte Francesa.

Como apontado pela doutrina, esta Declaração possui notas de intelectualismo, uma vez que traduz o pensamento político e moral do século XVIII; bem como alcance universal, já que não contem disposições concernentes aos indivíduos de determinado país, mas a todo o

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 154.

¹⁹ “Consideramos estas verdades como evidentes de per si, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis; que, entre estes, estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade; que, a fim de assegurar esses direitos, instituem-se entre os homens os governos, que derivam seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para lhe realizar a segurança e a felicidade”.

mundo; e, por fim, ainda caracteriza o individualismo do pensamento moderno, já que foca as liberdades individuais²⁰.

Ainda cumpre frisar que a Declaração francesa aborda duas situações do homem. Primeiramente, do homem naturalmente considerado, com seus direitos inatos, próprio de sua *natureza*. E, em segundo lugar, do homem enquanto parte da sociedade, ou seja, dos direitos do cidadão.

2.3 A liberdade assegurada pelo Estado..

Uma vez reconhecidos os direitos do indivíduo, mais ainda se assentou no subconsciente dos juristas modernos a noção basilar de direito enquanto liberdade da pessoa em exigir e exercer suas pretensões individuais. Ocorre que, no decorrer do século XVIII e XIX, os direitos e garantias formais à liberdade mostravam-se injustos – ou ao menos insuficientes – sob o prisma social. Houve uma alteração na ideologia dominante no pensamento social, no transcorrer deste período.

Como antítese do pensamento liberal, cuja concepção do homem era abstrata e desvinculada da sociedade, alastrou-se a severa crítica de pensadores engajados em extirpar as desigualdades sociais, e promover o bem estar de todos. Ora, esses objetivos eram opostos à igualdade *fictícia* entre homens, até então vigorante.

Os socialistas, primeiros os utopistas (Saint-Simon, Fourier, Louis Blanc, Owen e outros), depois os cientistas (Marx, Engels), submeteram essas concepções abstratas da liberdade, da igualdade e, enfim, do homem a severas críticas, pois, apesar de retoricamente afirmadas e reconhecidas, permitiam medrassem a injustiça e a iniquidade na repartição da riqueza, e prosperasse a miséria das massas proletárias, enquanto o processo acumulativo favorecia, de um lado, o enriquecimento de poucos e, de outro, as crises econômicas e ainda mais empobrecedoras e geradoras de desemprego²¹.

Neste sentido, os direitos subjetivos facultam ao seu titular pretender uma prestação material, para lhe favorecer em face das inconsistências e misérias da vida real. São direitos cujo titular ainda é o homem individual, mas não apenas individualmente considerado. Trata-se de uma pessoa com esfera de proteção garantida pelo Estado, para lhe promover o bem estar.

²⁰ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 158.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 160.

Desponta como nota característica destes direitos a sua dimensão econômica. De fato, a satisfação destes direitos exige a intervenção econômica do Estado, que passa a ser demandado a garantir condições à sociedade de se conservar e se desenvolver consoante os princípios da justiça social. Ora, a ação do Estado deve ser concreta, de modo que não deve simplesmente se esquivar sob a alegação de escassez de recursos.

Não obstante, deve-se lembrar que o fundamento da razoabilidade não ignora que as condições econômicas, financeiras e orçamentárias do Estado influam na possibilidade da prestação demandada. Ora, como trata-se de uma obrigação de fazer, pode ser que se esbarre na impossibilidade de seu cumprimento, quando superados os limites do razoável e do viável.

Os direitos a prestação material, como visto, conectam-se ao propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades. Têm que ver, assim, com a distribuição da riqueza na sociedade. São direitos dependentes da existência de uma dada situação econômica favorável à sua efetivação. Os direitos, aqui, submetem-se ao natural condicionante de que não se pode conceder o que não se possui²².

Tal foi a influência dos direitos sociais na vida dos Estados que, para a doutrina de José Afonso da Silva, esses direitos são os autênticos direitos fundamentais, aos quais devem se conformar os demais. Citando Pèrez Luño, o constitucionalista defende que a Constituição Federal de 1988 operou a integração harmônica dos direitos fundamentais, sob o “influxo precisamente dos direitos sociais”, os quais constituem um meio para dar “conteúdo material” e “possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades”²³.

Conclui-se que os direitos subjetivos, com o advento dos direitos sociais, ganharam maior densidade normativa, sendo responsáveis pelo aumento de demanda de direitos no interior das sociedades políticas. Ora, tal evento marcou a positivação de tais direitos nos ordenamentos jurídicos nacionais, como analisado em seguida.

2.4 A positivação dos direitos nos ordenamentos nacionais.

Não obstante a imensa força propulsora que tiveram as ditas Declarações de Direito e a sua formulação no bojo da filosofia do século XVIII, o direito subjetivo somente ganha reconhecimento real e eficaz com o advento do século XIX, com seu processo de constitucionalização.

²² MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 260.

²³ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 185.

Importa esclarecer, nesta altura, que a precisão terminológica impõe seja feita a devida diferenciação entre os chamados direitos humanos e os direitos fundamentais.

Como divulgado pelos manuais, uma primeira nota distintiva decorre da *positivação* destes direitos. Como expressão de cunho universal e abrangência supranacional, os *direitos humanos* designam “pretensões de respeito a pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional”. Ao passo que os direitos fundamentais é locução “reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado”²⁴.

Em texto notável, Ingo Sarlet sustenta que as duas noções não podem ser consideradas de maneira separada, mas como conceitos essencialmente imbricados. Muito embora considere que os direitos humanos são frutos de uma ordem moral, ou moral jurídica universal, e os direitos fundamentais concernem ao homem enquanto membro de um ente público concreto, fica claro em sua doutrina que ambos os conceitos estão em dimensão não excludentes entre, mas interligadas na questão da efetividade.

Cumprir lembrar, ainda, o fato de que a eficácia (jurídica e social) dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais de determinado Estado depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna e, além disso, do *status* jurídico que esta lhes atribui, visto que, do contrário, lhes falta a necessária cogência.(...) Em suma, reputa-se acertada a idéia de que os direitos humanos, enquanto carecerem do caráter de fundamentalidade formal próprio dos direitos fundamentais – cujo significado ainda será devidamente clarificado –, não lograrão atingir sua plena eficácia e efetividade, o que não significa dizer que não a tenham.²⁵

Tem-se, portanto, que o problema da efetividade dos direitos ganhou novo *status* com o ingresso do conteúdo das Declarações no seio do ordenamento jurídico das nações. Ou seja, o problema passou a ser colocado em termos de efetividade dos direitos. Não mais em querelas sobre os fundamentos absolutos de direitos, mas da forma como atuam na vida das pessoas, com se traduzem na rotina dos seus titulares que, não obstante tenham superado a carência de reconhecimento pela ordem jurídica, passam a sofrer com a ausência de concretude desse reconhecimento.

Para além de um mero protocolo de intenções, os direitos humanos, a partir de sua positivação, passam a contar com ferramentas próprias para operar no tecido social. Sua *fundamentalidade* faz com que o ordenamento jurídico dos Estados passe a contar com rol de

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 244

²⁵ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2003, p. 38.

direitos, elevando-os à condição de garantias e criando mecanismos que garantam sua eficácia.

A questão técnica que se apresenta na evolução das declarações de direitos foi a de assegurar sua efetividade através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, que genericamente passaram a chamar-se *garantias* constitucionais dos direitos fundamentais. Tal exigência técnica, no entanto, determinou que o reconhecimento desses direitos se fizesse segundo formulação jurídica mais caracterizadamente positiva, mediante sua inscrição no texto das constituições, visto que as declarações de direitos careciam de força e de mecanismos jurídicos que lhe imprimissem eficácia bastante.²⁶

Neste novo papel, os direitos subjetivos passam a integrar o ordenamento como elemento nuclear, que confere legitimidade ao sistema. De fato, com o fim da segunda grande guerra, os Estados passaram a lidar com a idéia de que sem o respeito à dignidade da pessoa humana, sem a limitação do poder estatal e sem a efetividade das liberdades individuais e públicas dos cidadãos, não poderiam edificar uma sociedade legitimada e com força moral para perseverar.

De fato, mesmo nesta quadra da história, José Afonso da Silva ainda menciona em sua clássica doutrina constituições de cunho ditatorial, as quais não reconhecem os direitos do homem, ou, muito embora os enunciem, “contém elementos formais que os nulifiquem ou são simplesmente ineficazes por via de uma estrutura de poder dominante”²⁷.

No entanto, o que predomina na ordem internacional é a constituição de Estado de Direito, com todos seus atributos essenciais, quais sejam, limitação do poder, garantia de direitos fundamentais e princípio da separação dos poderes. Ora, de tão essencial, o requisito de que constassem os direitos fundamentais para valer o ordenamento constitucional, o Art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dispõe que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição”²⁸.

Assim, os direitos fundamentais passam a ser *conditio sine qua non* para a legitimidade da ordem jurídica.

Considerando-se, ainda que de forma aqui intencionalmente simplificada, o Estado de Direito não no sentido meramente formal, isto é, como “governos das leis”, mas, sim, como “ordenação integral e livre da comunidade política”, expressão da concepção de um Estado material de Direito, no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 167.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 169.

²⁸ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2003, p. 63

competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetros e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais, chega-se fatalmente à noção – umbilicalmente ligada à idéia de Estado de Direito – de legitimidade da ordem constitucional e do Estado²⁹.

Os direitos fundamentais, logo, integram a “substância propriamente dita”, o “núcleo substancial” do Estado Constitucional de Direito, sem o qual este deixa de subsistir. Daí a importância histórica – de uma história ainda em curso – dos direitos humanos *formalmente* positivados. Portanto, ainda mais se acentua a necessidade de debater a efetividade e os mecanismos de sua eficácia.

3 O PROBLEMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

3.1 Vigência e eficácia das normas.

Sobre os problemas que envolvem a eficácia dos direitos fundamentais, deve-se começar pela precisão terminológica e pela delimitação dos conceitos que serão utilizados.

Em primeiro lugar, há que se precisar a distinção entre os conceitos de vigência e eficácia. Quando uma norma vige, é porque ela existe. E pode-se ainda fazer aqui um elo com o conceito de validade, já que uma norma para existir deve ser válida. Assim, basta que tenha emanado no sistema jurídico para que se possa dizer que uma norma tem vigência, e deve ser reconhecida pelo ordenamento e pelo aplicador.

Aqui se concentra a linha que separa a vigência da eficácia da norma. O aplicador – que num conjunto de normas válidas e existentes – dá eficácia ao comando da norma quando concretiza o enunciado dispositivo que contém a regra ou princípio.

Ou seja, a eficácia da norma jurídica concerne a sua aplicabilidade e é condição de possibilidade da efetividade social, enquanto concretização, materialização ou funcionalidade no mundo dos fatos.

Uma norma válida passa a vigor no ordenamento jurídico, de forma a operar vínculo entre o aplicador e o Direito. De fato, quando aquele aplica a norma, confere vida a este, que representa a efetividade real ou social dos comandos normativos. Quando o ciclo se encerra, comprova-se que a norma encontrou eficácia também social, e não somente jurídica.

Isso porque a eficácia não se circunscreve ao âmbito da vida material, já que a própria decisão de aplicá-la a um caso concreto já lhe imprime um caráter eficaz. De fato, para a

²⁹ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2003, p. 64.

problemática que envolve a eficácia dos direitos fundamentais, pouco ou nada importa que um direito tornado efetivo pelo aplicador deixe de ser executado e observado por seu destinatário.

Assim sendo, para efeitos deste estudo, podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação³⁰.

Ou seja, basta que se precise que no âmbito da efetividade se insere o conceito de *eficácia social*, ao passo que no contexto maior de *eficácia jurídica* ocorre tanto a aplicação quanto efetivação.

3.2 A crítica marxista aos direitos declarados. Uma antítese ao pensamento político da Revolução de 1789.

Para Villey, quando Karl Marx suscitava sua crítica aos direitos declarados pela burguesia da França de 1789 fazia-o de forma acertada, constituindo essa uma ácida antítese à doutrina de Locke.

Segundo o mesmo autor francês, a doutrina de Locke se fundamenta no estabelecimento da “propriedade” sobre a situação do homem no estado de natureza. Esta última fora a hipótese original de Thomas Hobbes para justificar o Contrato Social estabelecido pelos cidadãos para sobreviverem ao estado de guerra generalizada em que se vivia nesta época do gênesis.

Mas John Locke concebe um estado primitivo que o homem dispõe daquilo que conquista, ou seja, sua propriedade. Assim, já gozam de propriedades

Em comparação ao direito natural unitário de Hobbes, que se estende a tudo mas é impraticável, grande demais para não ser estorvante, os direitos fracionados de propriedade têm o considerável privilégio de ser consolidados, de prolongar-lhes a vida a mais além do hipotético estado de natureza. Conquistaram a atualidade. Ficaram utilizáveis³¹.

Mas, nesta concepção, há o inconveniente de que os direitos subjetivos favorecem somente alguns que detêm a propriedade, conquistada, segundo o mesmo filósofo inglês, em consequência do seu trabalho e suas atividades.

É a famosa teoria do *valor-trabalho* que Marx retomará no século XIX, para dela tirar outros efeitos. A maioria das riquezas, a colheita de frutos que um selvagem teve o trabalho de colher, as terras que terá desbravado etc. seriam o produto do

³⁰ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2003, p. 223.

³¹ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 157.

trabalho do indivíduo. A propriedade de cada um se estende às suas obras, aos resultados de seu trabalho, prolongamento de sua pessoa³².

E eis aqui a primeira das críticas que se faz contra os direitos humanos, o de favorecer, senão exclusivamente, ao menos preponderantemente, àqueles que os declararam.

Pois Locke, como um inglês e filósofo utilitário, não carecia de senso prático. E seus escritos estão permeados de engajamento político, com conceitos – como o dos direitos dos indivíduos – que aproveitam a sua classe social, qual seja, a burguesia. Embora tenha se inspirado em Hobbes, na história ambos se situavam em campos opostos da vida política. Sem prejuízo de sua contribuição para o Direito moderno, como acima já mencionado, Hobbes é um militante da defesa da Monarquia. Ao passo que Locke preste serviços àqueles que atuavam para o Parlamentarismo. Então, se para Hobbes os direitos do homem serviam aos Reis, para Locke serão o corolário das democracias, para que os cidadãos elejam seus governantes, para limitar-lhes os atos e o próprio poder do Estado.

Ignoraríamos que os ricos têm mais condições que os proletários de exercer o *direito de propriedade*? Nada como a explicação da propriedade pelo trabalho para justificar a causa dos ricos: pois a preguiça fez os pobres, a energia, a poupança, os ricos. O direito de cada qual a guardar os frutos de seu trabalho – junto com a herança – produziu a *Desigualdade* das classes sociais. Locke se deu muito bem com isso, e seus discípulos fisiocratas se farão seus apologistas. Esse capítulo central do tratado de Locke, *Of Property*, tem sua razão de ser: a vantagem dos ricos.³³

Um primeiro ponto, portanto, a considerar na questão da efetividade dos direitos do homem é que não compreende a todos, mas apenas alguns.

3.3 O aumento das demandas e a convergência das expectativas (e frustrações) de efetividade dos direitos fundamentais para o Poder Judiciário.

Embora seja devida a ressalva de que os direitos subjetivos erigidos em direitos do homem não se limitam aos mencionados direitos de propriedade desfrutados por somente uma classe social, deve-se aproveitar a lição de que sua declaração atendia a interesses de poucos.

A própria lição de Norberto Bobbio, já colacionada supra, pontua que os direitos são emanados de situações históricas específicas, donde se segue que não há de ser falar em um fundamento absoluto destes direitos. Conforme a época e os interesses em jogo sobrevêm uma declaração de direitos para atender a demanda por reformas e autonomias dos interessados.

³² VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 155.

³³ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 160.

No entanto, uma primeira conquista da positivação – e, portanto, da *fundamentalização* dos direitos do homem – consiste na *justiciabilidade* destes direitos subjetivos. Agora, as liberdades garantidas e as prestações asseguradas são passíveis de serem demandadas em juízo.

Ainda mais se, no contexto da Constituição Federal de 1988, o sistema normativo conta um dispositivo que garante a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais, sem a necessidade de interposição do legislador. Tal é o parágrafo 1º do Art. 5º da CF/88: “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ora, se os direitos contidos na Carta Política contam com a autorização da própria Constituição para fazerem valer sua carga eficaz, segue-se que todos são exigíveis de plano perante o Poder Judiciário, dispensando a limitação e regulação pelos Poderes Constituídos. No entanto, há casos em que a própria Constituição, conforme a técnica de positivação adotada, procede a uma graduação da imediatidade da aplicação da norma, quando, por exemplo, faculta ao legislador que restrinja o exercício de algum direito, ou quando delega à lei a função de explicitar o alcance do direito assegurado, ou quando posterga à lei futura o próprio conteúdo do direito³⁴.

Especialmente quando se menciona os direitos de defesa, deve-se evocar o princípio da imediata aplicabilidade, porque demandam estes direitos simplesmente a abstenção do Estado e mesmo do particular para lograrem efetividade. Espera-se, assim, que a abrangência destes direitos aumente, e faculte a todos seu gozo. No entanto, não se trata de algo tão simples.

Como exemplo desta ilusão, deve-se mencionar as limitações ao direito de manifestação de opinião. Segundo tal princípio, a todos é garantido o direito de manifestar sua opinião, mas tal direito é sufocado tanto por questões políticas quanto por questões materiais.

Como reconhece o Art. 19 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas:

Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e expressão, o que implica o direito de não ser molestado por suas opiniões e o de procurar, de receber e de divulgar, sem consideração de fronteiras, as informações e as idéias por quaisquer meios de expressão.

³⁴ Cite-se, como exemplo: Art. 5º, XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”; Art. 5º, XXVII: “ao autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”; Art. 5º, XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, etc.

Não obstante a linguagem aparentemente pueril de Villey, cumpre mais uma vez citá-lo, quando questiona a efetividade do direito de opinião. Não deixa de ter certa atualidade, quando restringe este direito aos ricos:

Na mesma casta é que, na prática, serão recrutados os usuários da *liberdade de opinião*. Não manda imprimir quem quer, é preciso dinheiro para isso, um certo *standing*. Com a liberdade de expressão, o povo não tem o que fazer, mas aqueles que tiverem abastança suficiente para ter-se propiciado a educação de um *gentleman* e o tempo de escrever; a elite distinta dos “intelectuais”. Eles vão se empenhar em difundir seu ceticismo distinto; em questão de fé, seu vago deísmo, logo seu indiferentismo e sua descrença. Há que notar que os católicos estão excluídos dessa liberdade; segundo seu próprio [de Locke] testemunho, só poderiam expressar em matéria de opinião a doutrina autoritária e dogmática de sua Igreja; não há liberdade para os inimigos da Liberdade!³⁵

Pode-se, no entanto, argumentar que o direito aqui proclamado deve ser exercido em consonância às liberdades determinadas da Declaração, no seu Art. 30:

Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a um Estado, um grupo ou um indivíduo, de um direito qualquer de exercer uma atividade ou de realizar um ato que vise a destruição dos direitos e liberdades aqui determinados.

No entanto, além das limitações materiais – de que somente alguns poucos têm acesso à informação e aos meios de difundir sua opinião – há as limitações políticas ao exercício desta liberdade. Há de se mencionar, a título de ilustração, o incidente internacional ocasionado pela publicação por jornais dinamarqueses de charges do profeta Maomé, seguida de violência reação de populações islâmicas.

Daí a inconsistência desta liberdade positivada como direito (no Brasil, no Art. 5º, inciso IV, da CF/88, garante-se que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”), quando seu exercício representa vulneração à paz pública, às relações internacionais e, por conseguinte, à vida. Deve-se assegurar, se demandado em juízo, a publicação de uma manifestação do pensamento se tal ato acarretará tais conseqüências?

Outro exemplo de ilusória eficácia dos direitos de defesa é evocado pela doutrina de Ingo Sarlet, quando leciona que certas liberdades sociais se equiparam aos direitos de liberdade (de primeira geração), dado seu caráter defensivo.

O autor cita o exemplo de decisão do Supremo Tribunal Federal, em que a Corte se negara a regulamentar, em sede de mandado de injunção, o direito de greve insculpido no Art. 37, inciso VII, da CF/88.

³⁵ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 161

Nesta decisão – já referida em outra oportunidade –, a nossa Corte Constitucional conheceu da ação e a julgou parcialmente procedente, argumentando que o direito de greve dos servidores públicos, por tratar-se de norma de eficácia limitada, depende de concretização legislativa, o que resultou na declaração da inconstitucionalidade por omissão e na comunicação da decisão ao Congresso Nacional. Para a maioria absoluta dos Ministros, a norma contida no Art. 37, VII, da CF, expressamente deixou a concretização do direito de greve para o legislador, considerando que este direito dos servidores públicos apenas poderia ser exercido na medida da lei³⁶.

Ante esta decisão, é possível dissonar deste entendimento à luz do disposto no Art. 5º, parágrafo 1º, já que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata. Neste sentido, ter-se-ia regulamentado o direito de greve dos servidores nesta oportunidade, já que o mandado de injunção se presta a tal finalidade (Art. 5º, LXXI). Além do que, poder-se-ia impetrar o cabível mandado de segurança (art. 5º, LXIX), ante a afronta ao direito líquido e certo dos servidores à greve.

3.4 A discussão no âmbito dos direitos sociais, e a evocação do legislador para efetivar as promessas dos direitos fundamentais.

Quando se debate os chamados direitos sociais, tem-se a possibilidade de discutir a questão da eficácia dos direitos. Se, como apontamos acima – quando se concentrava a análise nos direitos de primeira geração, ou direitos de defesa – os direitos subjetivos erigidos em direitos fundamentais podem encontrar limitações no âmbito material (ou fático) e no âmbito jurídico, mais ainda podem sofrê-las os direitos sociais, que se enquadram naquelas promessas de políticas públicas.

Em um primeiro momento, é possível suscitar a questão de que os direitos sociais são mais propriamente direitos objetivos, uma vez que funcionam como balizas a vincular o legislador na sua tarefa de implementar as políticas e garantir efetividade ao enunciados constitucionais. Mesmo aqui, não obstante a preponderante dimensão objetiva, surge um direito subjetivo de defesa, a saber, o direito de exigir do Estado que não se afaste destas coordenadas traçada na Constituição.

Ocorre que a perspectiva objetiva afeta a natureza dos direitos fundamentais, pois reduzem a própria *justiciabilidade* destes direitos. Ora, com o aumento do caráter *programático* dos direitos sociais, desloca-se a densidade normativa para uma mera imposição ao legislador para que atue na sua concretização, e deixa no vazio a exigibilidade perante o Poder Judiciário por indivíduos titulares destes direitos.

³⁶ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2003, p. 265.

O que se percebe, desde já, é que, em se tratando de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional e proclamados como normas dependentes de concretização, a sua perspectiva jurídico-objetiva assume especial relevo em relação à esfera subjetiva, o que não afeta sua fundamentalidade como tal, mas lhes outorga um caráter normativo diferenciado. Além disso, sem adentrarmos – ao menos por enquanto – um pouco mais a questão relativa à eficácia vinculante dos direitos fundamentais, importa fique consignada a paradigmática lição do Prof. Gomes Canotilho, para quem a posição jurídico-subjetiva mais frágil é a que se baseia em princípios objetivos, que impõem ao Estado determinadas tarefas, gerando para este tão somente um dever *prima facie* no sentido de sua concretização, sem que a isto corresponda um direito subjetivo individual à prestação que constitui o objeto precípua do direito fundamental³⁷.

A toda evidência, tal deslocamento fragiliza a concretização dos direitos por governos inescrupulosos, que se omitem ante a imposição constitucional de garantir as condições mínimas de fruição dos direitos reconhecidos. Segundo alguns Autores, até mesmo a classificação dos direitos em gerações servem a causa da sua ineficácia³⁸.

Tem-se, portanto, que os direitos sociais – enquanto normas constitucionais de cunho programático – reclamam a interposição do legislador para que possam surtir seus efeitos.

Cuida-se, portanto, de normas que apresentam a característica comum de uma (em maior ou menor grau) baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou menor concreitude dirigidas ao Legislador³⁹.

Não se trata, no entanto, somente de delimitação do conteúdo, já que dos direito de primeira geração também podem ter sentido aberto e vago, sem prejuízo de sua imediata aplicabilidade. Antes, trata-se de um problema de competência, uma vez que tais direitos, em sua aplicação, dependem de disponibilidade dos meios, assim como de ação política em vista da repercussão socioeconômica que gera sua concretização.

³⁷ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2003, p. 286.

³⁸ “Apesar da autoridade de Norberto Bobbio e de quantos mais sistematizam os direitos do homem por gerações, autores há, e de grande expressão, como Antônio Augusto Cançado Trindade, para quem essa classificação ‘prestou um desserviço à causa dos direitos humanos’. É que, segundo este respeitado jurista, trata-se de uma classificação que, além de inconveniente, historicamente indemonstrável e juridicamente infundada, ainda tem servido de válvula de escape para que muitos governos, descomprometidos com a efetivação dos direitos sociais, nada façam para concretizá-los, a pretexto de que o mais importante é cuidar dos direitos civis e políticos – o que eles já ‘fazem’ –, até porque, para observá-los, na quase totalidade dos casos, basta não fazer nada, ou seja, não cometer violência contra os cidadãos (...) De outra parte, prossegue Cançado Trindade, governos há, também, que se ‘arrogam em promotores de alguns direitos econômicos e sociais para continuarem a minimizar os direitos civis e políticos’”. (cf. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 710; a obra citada de A. A. Cançado Trindade é *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos*, Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 2005, t. 6, p. 622-625)

³⁹ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2003, p. 280.

Como um primeiro exemplo de necessária intervenção legislativa para efetividade dos direitos sociais, deve-se mencionar o direito à cultura, que, segundo José Afonso da Silva, a Constituição deu relevante importância,

(...) tomando esse termo em sentido abrangente da formação educacional do povo, expressões criadoras da pessoa e das projeções do espírito humano materializadas em suportes expressivos, portadores de referências à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, que se exprimem por vários de seus artigos (5º, IX; 23, III a V; 24, VII a IX; 30, IX e 205 a 217), formando aquilo que se denomina *ordem constitucional da cultura*, ou *constituição cultural*, constituída pelo conjunto de normas que contêm referências culturais e disposições consubstanciadoras dos direitos sociais relativos à educação e à cultura⁴⁰.

Mais especificamente, o direito insculpido no Art. 215, segundo o qual: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

Em vista do termo genérico elevado a condição de direito fundamental pela Constituição Federal, deve-se aguardar do Estado a edição de lei que cumpra os fins e tarefas traçadas. Afinal, quais atividades no âmbito cultural “poderiam ser compulsoriamente imposta ao Estado, no sentido de gerar, em contrapartida, um direito subjetivo individual a uma prestação concreta?”⁴¹.

Outra causa de limitação do alcance dos direitos sociais, ou seja, de restrição a sua eficácia, está naquilo que a doutrina denomina de *reserva do possível*. Sendo certo que tais direitos, de cunho prestacional, demandam do Estado uma destinação ou distribuição de bens materiais, impõe-se a preocupação por sua dimensão economicamente relevante.

Por conseguinte, deve-se falar em custo dos direitos. Não somente nos direitos sociais, mas também nos direitos de liberdade e de defesa há alocação de recursos para sua manutenção e proteção. Mas o problema prepondera com os direitos de segunda geração:

Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu ‘custo’ assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas⁴².

A barreira imposta pelos recursos disponíveis para a efetivação dos direitos traduz-se em impossibilidade do Poder Público dispor de meios para cumprir com sua obrigação. Trata-

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 838.

⁴¹ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2003, p. 283.

⁴² SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2003, p. 275.

se de casos de obrigação impossível, “de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos”⁴³. Não somente a impossibilidade material de prestação da obrigação imposta, mas também impossibilidade jurídica do Estado de dispor dos bens exigidos pode afetar a efetividades dos direitos.

Portanto, sem os recursos necessários ou, mesmo com o recurso mas sem a capacidade de deles dispor, tal a situação que cerceia a plena eficácia dos direitos fundamentais; que, por sua vez, devem ser razoáveis, não se justificando que uma pretensão desproporcional, que extrapola dos limites do razoável, seja indeferida sob os fundamentos da reserva do possível. O correto é a própria carência de razoabilidade.

No entanto, há na doutrina quem se insurja contra o argumento da reserva do possível, esgrimindo argumentos contrários de que “a fome não pode esperar”, de que é possível “estabelecer prioridades entre as diversas metas a atingir”, e de que “é falaciosa a reserva do possível”, já que outras áreas podem ser atingidas pelo corte de despesas para atender a estes direitos que se relacionam diretamente com a vida e a integridade das pessoas.

No Brasil, é farta a doutrina a apontar para os desequilíbrios causados pela questão ora tratada.

De outra parte, diante deste quadro de limitação de recursos e de agravamento das desigualdades sociais, no Brasil como noutros países periféricos, vão-se tornando cada vez mais tensas as relações entre a sociedade e os Poderes do Estado. Com o Executivo, desde a elaboração da proposta orçamentária até a efetiva liberação das verbas alocadas pelo Congresso Nacional, cronicamente insuficientes para custear as políticas sociais e, ainda assim, sistematicamente sujeitas a contingenciamentos aleatórios ou de vícios político-partidário; com o Legislativo, para que este amplie as dotações previstas pelo Governo; com o Judiciário, finalmente, cobrando-lhe decisões que, a rigor, escapam à sua competência, na medida em que, freqüentemente, impõem às autoridades administrativas a satisfação de necessidades individuais, quase sempre em circunstâncias aflitivas, como as internações hospitalares, independentemente da disponibilidade de leitos, ou o “simples” fornecimento de remédios, muitas vezes inexistentes ou de altíssimo custo e dependentes de importação, sem que haja recursos *legalmente* destinados ao custeio das despesas decorrentes do cumprimento dessas determinações judiciais⁴⁴.

Não obstante a extensão, compensa a citação, que serve como radiografia das inconsistências carreadas pelo problema da (in)efetividade dos direitos sociais.

CONCLUSÃO

⁴³ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2003, p. 276.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 712.

Uma vez morto o cristianismo, desaparecida a sabedoria antiga, a reflexão a que me dediquei conduziu-me à convicção de que é importante restituir às nossas sociedades pós-industriais um substituto de religião: a religião dos direitos humanos.

(E.F, interlocutor de M. Villey)

Quando se pretende estabelecer uma aproximação, deve haver uma cautela em verificar se os lados que se pretende juntar não tenham campos opostos que resultem no movimento contrário ao pretendido, qual seja, a repulsão.

De fato, o decorrer de longos séculos pode gerar um estranhamento entre as estruturas que se sucederam numa tradição distante. E ao tentar juntar os extremos deste fio da história pode ocorrer de um não reconhecer ao outro.

Chegado o século XXI, pouco se debate a respeito do nominalismo e da querela dos universais. Em plena Modernidade, em que estão em voga diálogos pluralistas, omite-se o retorno à origem da fragmentação da visão do mundo em indivíduos, em particularidades, e subjetividade. Antes deste período, ainda predominava uma visão *ontológica* do mundo, em que importava uma certa ordem.

E para o direito, essa ordem importa. Para essa filosofia, anterior ao apogeu do nominalismo e personificada em Aristóteles, a ciência jurídica não é incapaz de ter uma visão de conjunto sobre a ordem que compõe *polis*. Ora, direito é a justa partilha dos bens efetuada numa *polis* entre os cidadãos. Tal conceito implica uma relação entre indivíduos, por se tratar de uma partilha, donde se conclui que não é – ainda – algo rigorosamente subjetivo.

Com a linguagem dos direitos ditos *humanos*, ou seja, com a subjetivação do *jus*, nasce uma série de situações contraditórias que são frutos da desconsideração daquela ordem. A começar pela delimitação do campo de competência de cada ciência.

Seria *jurídico* o rol de promessas que encerram as Declarações de Direitos? Ou seria algo relacionado a uma idealização do mundo, fruto de um pensamento marcado pela convulsão revolucionária? Volta-se aqui às palavras que serviram de Epígrafe.

De fato, deve-se assentir que os direitos humanos e fundamentais são um dado histórico, e que será impossível lidar com o Direito sem se ocupar deles. Não nos esqueçamos, parafraseando Villey, que são úteis a causas de nobres patronos, contra os abusos e arbitrariedades do poder.

E, como demonstra os debates sobre a eficácia dos direitos fundamentais, ainda conta com a atenção de dedicados estudiosos, constituindo literatura profícua das disciplinas jurídicas atuais.

Estes os dois pontos que se pretende juntar, do estabelecimento de um conceito na tradição jurídica, até a problemática atual sobre a concretização do seu sentido, o qual, “se porventura riscássemos esse termo de nosso vocabulário, ainda seria preciso substituí-lo por outro menos adequado. Não sabemos qual. Este é nosso problema.”⁴⁵

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret. 2007. p. 101

JOLIVET, Régis. *Curso de Filosofia*. Tradução de Eduardo Prado de Mendonça. Rio de Janeiro: AGIR: 1968.

KOSELLECK, Reinhart. *Critica e Crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Traduzido por Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. Rio de Janeiro: EDUERJ: Contraponto, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Traduzido por Claudia Berlinder. 2 ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

_____. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁴⁵ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 8