

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CPGD/UFSC

**UMA PROPOSTA DE CARACTERIZAÇÃO E DE TAXIONOMIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

JOÃO DOS PASSOS MARTINS NETO

Orientador: Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold

Florianópolis (SC), novembro de 2001.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CPGD/UFSC

**UMA PROPOSTA DE CARACTERIZAÇÃO E DE TAXIONOMIA DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

JOÃO DOS PASSOS MARTINS NETO

Tese submetida à
Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito final à obtenção do
título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold

Florianópolis (SC), novembro de 2001.

Meus agradecimentos:

Neste instante, a clara consciência das imperfeições não percebidas e do merecimento da sábia censura consola-se na certeza de um esforço que não foi medido. Para além da Tese, uma dívida enorme fica para ser resgatada no caminho junto a muitas mãos amigas. Agradeço, contudo, em especial, à Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, a Viviana Gazaniga Maia, a Leilane Zavarizzi da Rosa e a Valdir Francisco Colzani.

E se algo de bom puder ser concedido em favor deste modesto escrito, então é preciso fazer desde já a partilha, para este tanto e não mais, entre o autor e o seu orientador, Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold, a quem é justo reconhecer uma colaboração inestimável.

Este trabalho dedico:

Para Renata, com o meu imenso amor.

"Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas;
son *serviciales* o *inútiles*; sus ventajas o desventajas
están supeditadas al interés que guía a quien las formula,
y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento
de una manera más fácilmente comprensible o más rica en
consecuencias prácticas deseables".

Genaro Carrió.

RESSALVA

A aprovação do presente trabalho acadêmico não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

Esta Tese foi julgada apta para a obtenção do título de Doutor em Direito e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC).

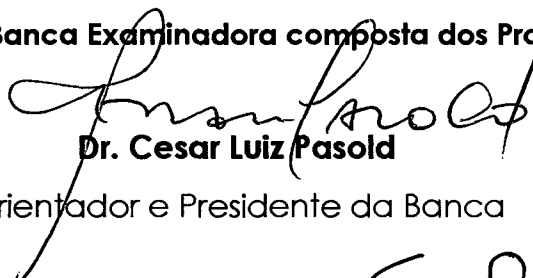


Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold
Orientador



Prof. Dr. Christian Guy Caubet
Coordenador do CPGD/UFSC

Apresentada perante a Banca Examinadora composta dos Professores:



Dr. Cesar Luiz Pasold
Orientador e Presidente da Banca

Dr. Lenio Luiz Streck
Membro titular da Banca



Dr. Volnei Ivo Carlin
Membro titular da Banca



Dr. Sérgio Urquhart Cademartori
Membro titular da Banca

Dr. Rogério Gesta Leal
Membro titular da Banca

Florianópolis (SC), 23 de novembro de 2001.

SUMÁRIO

RESUMO	x
RÉSUMÉ.....	xii
RIASSUNTO.....	xiv
INTRODUÇÃO	1

Capítulo 1

OS DIREITOS COMO RELAÇÕES DE ATRIBUIÇÃO ENTRE UM BEM E ALGUÉM

1.1. DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO.....	6
1.2. DIREITO SUBJETIVO E DISSÍDIO SEMÂNTICO.....	12
1.3. DIREITO SUBJETIVO E RELAÇÃO ATRIBUTIVA	15
1.4. DIREITOS SUBJETIVOS E DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	24

Capítulo 2

IMPLICAÇÕES LÓGICAS DA IDÉIA DE DIREITOS COMO RELAÇÕES ATRIBUTIVAS

2.1. DIREITO SUBJETIVO E PRERROGATIVA DE DISPOSIÇÃO	29
2.2. DIREITO SUBJETIVO E CORRELAÇÃO COM UM DEVER.....	34
2.3. DIREITO SUBJETIVO E POSSIBILIDADE DE COAÇÃO	40

Capítulo 3

BREVE DISCUSSÃO SOBRE AS FONTES E A EXISTÊNCIA DOS DIREITOS

3.1. DIREITO SUBJETIVO E NORMA JURÍDICA POSITIVA.....	49
3.2. A NEGAÇÃO DOS DIREITOS SUBJETIVOS.....	63
3.2.1. Duguit e a teoria da função social	63
3.2.2. Crítica da posição objetivista.....	69

Capítulo 4

**A RIGIDEZ ABSOLUTA COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

4.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS NÃO-FUNDAMENTAIS	75
4.2. O SIGNIFICADO DO ADJETIVO FUNDAMENTAL.....	78
4.2.1. Da imunidade em face do legislador ordinário	78
4.2.2. Da imunidade em face do constituinte reformador	82
4.2.3. Os direitos fundamentais como direitos pétreos	84
4.3. PROPRIEDADES CONEXAS À FUNDAMENTALIDADE	95
4.4. A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	98

Capítulo 5

**OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO MATERIAL
DE DIREITO NO OCIDENTE CAPITALISTA**

5.1. O ESTADO MODERNO COMO UNIDADE ORGÂNICA	100
5.2. O ESTADO ABSOLUTO E A NEGAÇÃO DA FUNDAMENTALIDADE	105
5.3. O ESTADO LIBERAL E O INGRESSO NA ERA DOS DIREITOS	108
5.4. O ESTADO SOCIAL E A EXPANSÃO DO CATÁLOGO ORIGINAL	114

Capítulo 6

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS SUBJETIVOS
SEGUNDO O NÍVEL DE COGNIÇÃO**

6.1. UMA TAXIONOMIA JUSFUNDAMENTAL RELEVANTE	126
6.2. DIREITOS AUTO-SUFICIENTES E DIREITOS COALESCENTES	129
6.3. OS DIREITOS AUTO-SUFICIENTES COMO DIREITOS SUBJETIVOS	139
6.4. OS DIREITOS COALESCENTES COMO DIREITOS SUBJETIVOS	143
6.5. A VIA SUBSIDIÁRIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO	146

Capítulo 7

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS SUBJETIVOS
SEGUNDO O DEVER CORRELATIVO**

7.1. DIREITOS DE ABSTENÇÃO E DIREITOS DE PRESTAÇÃO	155
7.2. AS PRESTAÇÕES NORMATIVAS COMO DIREITOS SUBJETIVOS	163
7.3. PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA E DIREITOS SUBJETIVOS.....	168
7.4. AS PRESTAÇÕES NORMATIVAS COMO DIREITOS REMETENTES	173

Capítulo 8

OS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS EM SUA COMPLEXIDADE CONSTITUCIONAL

8.1. A COMPLEXIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	177
8.2. O MODELO DE POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	179
8.2.1. A cláusula de reserva da norma básica	179
8.2.2. A transferência para fora do catálogo.....	183
8.2.3. Os direitos sociais como cláusulas pétreas	186
8.3. OS DIREITOS SOCIAIS COMO CATEGORIA HETEROGÊNEA.....	188
8.3.1. Os direitos sociais quanto ao dever correlativo.....	188
8.3.2. Os direitos sociais quanto ao nível de cognição.....	193
8.3.3. Normas programáticas e fins sociais fundamentais.....	201
CONCLUSÕES.....	212
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	233

MARTINS NETO, João dos Passos. *Uma proposta de caracterização e de taxionomia dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira*. 2001. 1 volume. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Brasil.

RESUMO

A presente Tese apresenta uma proposta de caracterização e de taxionomia para os direitos fundamentais na Constituição Brasileira, pretendendo em síntese: 1) estipular um conceito de validade universal para os direitos fundamentais em geral, evidenciando a sua influência para a concepção de Estado de Direito e aplicando-o particularmente à Constituição Brasileira; 2) classificar os direitos fundamentais assim caracterizados em dois ou mais subconjuntos menores, segundo determinados traços de diferença resultantes da formulação constitucional positiva e determinantes de importantes conseqüências. Num primeiro momento, a Tese sustenta que os direitos fundamentais constituem uma fração menor do gênero dos direitos subjetivos. Enquanto tais, são relações de atribuição entre bens e pessoas geradas por normas jurídicas positivas, distinguindo-se, porém, dos direitos subjetivos comuns em razão de uma singular circunstância: são direitos subjetivos pétreos. Desse modo, a identificação dos direitos fundamentais de um ordenamento concreto supõe considerar quais são os direitos subjetivos que se encontram protegidos por uma cláusula constitucional de rigidez absoluta. No caso brasileiro, a conclusão depende da interpretação que se dê ao § 4º do artigo 60 da Constituição de 1988. Num segundo momento, a Tese propõe, tendo em vista razões de grande interesse dogmático, que os direitos fundamentais devam ser assim distinguidos: quanto ao nível de cognição, em direitos auto-suficientes e direitos coalescentes; quanto ao dever correlativo, em direitos de abstenção e direitos de prestação. Observa então que, em geral, são possíveis

quatro combinações: direitos de abstenção auto-suficientes, direitos de abstenção coalescentes, direitos de prestação auto-suficientes e direitos de prestação coalescentes. Contudo, destaca que, dentro da classe dos direitos de prestação, figura um tipo intermediário, o dos direitos de prestação normativa, que não são redutíveis aos esquemas exatos nem da auto-suficiência nem da coalescência. Chama-os, por isso, de direitos remetentes, daí concluindo, enfim, que os direitos fundamentais se subdividem essencialmente em auto-suficientes, coalescentes e remetentes.

MARTINS NETO, João dos Passos. Une proposition de caractérisation et de taxinomie des droits fondamentaux dans la Constitution Brésilienne. 2001. 1 volume. Thèse (Doctorat en Droit) – Université Fédérale de Santa Catarina, Florianopolis, Brésil.

RÉSUMÉ

Cette thèse présente une proposition de caractérisation et de taxinomie pour les droits fondamentaux dans la Constitution Brésilienne, en ayant comme objectif, en synthèse: 1) stipuler un concept de validité universelle pour les droits fondamentaux en général, en mettant en évidence son influence en ce qui concerne la conception d'Etat de Droit et en l'appliquant particulièrement à la Constitution Brésilienne; 2) classier les droits fondamentaux ainsi caractérisés en deux ou plus sous-groupes mineurs, selon certains traits de différence qui résultent de la formulation constitutionnelle positive et qui déterminent d'importantes conséquences. Dans un premier moment, la Thèse soutient que les droits fondamentaux constituent une fraction mineure du genre des droits subjectifs. En tant que tels, il s'agit de relations d'attribution entre des biens et des personnes créés par des normes juridiques positives, mais qui sont distinctes, cependant, des droits subjectifs communs en raison d'une circonstance singulière: ce sont des droits subjectifs immuables. Ainsi étant, l'identification des droits fondamentaux d'une ordonnance concrète suppose la mise en considération des droits subjectifs, afin de savoir lesquels d'entre eux se trouvent protégés par une clause constitutionnelle de rigidité absolue. Dans le cas brésilien, la conclusion dépend de l'interprétation donnée au paragraphe 4 de l'article 60 de la Constitution de 1988. Dans un second moment, la Thèse propose, étant donné des raisons de grand intérêt dogmatique, que les droits fondamentaux doivent être ainsi distingués: en ce qui concerne le niveau de cognition, en droits

auto-suffisants et droits de coalition; en ce qui concerne le devoir corrélatif, en droit d'abstention et droits de prestation. Il est observé alors que, en général, sont possibles quatre combinaisons: les droits d'abstention auto-suffisants, les droits d'abstention coalisants, les droits de prestation auto-suffisants et les droits de prestation coalisants. Cependant, la Thèse met en évidence le fait que, dans la classe des droits de prestation, il y a un type intermédiaire, celui des droits de prestation normative, qui ne sont pas réductibles aux schémas exacts ni de l'auto-suffisance, ni de la coalisance. Ils sont appelés, pour cette raison, de droits remetteurs, ce qui nous amène à la conclusion selon laquelle les droits fondamentaux se subdivisent essentiellement en auto-suffisants, coalisants et remetteurs.

MARTINS NETO, João dos Passos. Una proposta di caratterizzazione e di tassonomia dei diritti fondamentali nella Costituzione Brasiliana. 2001. 1 volume. Tesi (Dottorato in Diritto) – Università Federale di Santa Catarina, Florianópolis, Brasile.

RIASSUNTO

Questa Tesi presenta una proposta di caratterizzazione e di tassonomia per i diritti fondamentali nella Costituzione Brasiliana, pretendendo, in sintesi: 1) stipulare un concetto di validità universale per i diritti fondamentali in generale, evidenziando la sua influenza per la concezione di Stato di Diritto e applicandolo particolarmente alla Costituzione Brasiliana; 2) classificare i diritti fondamentali così caratterizzati in due o più sottogruppi minori, secondo determinati tratti di differenza risultanti della formulazione costituzionale positiva e determinanti di importanti conseguenze. In un primo momento, la Tesi sostiene che i diritti fondamentali costituiscono una frazione minore del genere dei diritti soggettivi. Di questa forma, trattasi di relazioni di attribuzione tra beni e persone creati da norme giuridiche positive, essendo distinte, però, dei diritti soggettivi comuni in ragione di una singolare circostanza: sono diritti soggettivi immutabili. Di questo modo, l'identificazione dei diritti fondamentali di un'ordinanza concreta suppone considerare quali sono i diritti soggettivi che si trovano protetti da una clausola costituzionale di rigidità assoluta. Nel caso brasiliano, la conclusione dipende dall'interpretazione che è data al paragrafo 4 dell'articolo 60 della Costituzione di 1988. In un secondo momento, la Tesi propone, visto che esistono ragioni di grande interesse dogmatico, che i diritti fondamentali debbono essere distinti: quanto al livello di cognizione, in diritti autosufficienti e diritti di coalizione; quanto al dovere correlativo, in diritti di astensione e diritti di prestazione. Viene osservato allora che, in generale,

sono possibili quattro combinazioni: diritti di astensione autosufficienti, diritti di astensione coalescenti, diritti di prestazione autosufficienti e diritti di prestazione coalescenti. Peraltro, viene staccato che, dentro la classe dei diritti di prestazione, esiste un tipo intermedio, quello dei diritti di prestazione normativa, che non sono riducibili agli schemi esatti né dell'autosufficienza, né della coalescenza. Li chiama, per questo, diritti rimettenti, di là concludendosi, infine, che i diritti fondamentali si sottodividono, essenzialmente in autosufficienti, coalescenti e rimettenti.

INTRODUÇÃO

Reação ao colonialismo britânico na América do Norte e ao absolutismo monárquico na França, à lógica excludente do *laissez-faire* *laissez-passer* e, finalmente, aos horrores da guerra e do totalitarismo, os direitos do homem afirmaram-se historicamente ao longo dos últimos três séculos, em sua dimensão liberal, democrática e social, como um valor incontrastável da civilização ocidental, condensando o sentido objetivo da idéia de justiça perseguida desde tempos imemoriais. Em que pese reconduzíveis a um núcleo axiológico básico, de extração internacional, eles formalizam-se nos pactos constitucionais locais com significativas e perceptíveis variações de número, forma e conteúdo, justificando-se assim o seu estudo desde a perspectiva da consagração que encontram numa dada comunidade nacional específica. Este é, preponderantemente, o terreno em que se move a presente Tese de Doutorado, com a pretensão circunscrita de apresentar uma proposta de caracterização e de taxionomia para os direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB-88).

O objetivo geral desta Tese é apresentar um quadro de conceitos, funções e tipos a respeito dos direitos fundamentais genericamente considerados, na perspectiva predominante do ordenamento constitucional brasileiro, de modo a fixar coordenadas que, coadjuvadas por outras apreciações, possam revelar-se úteis à solução de situações concretas que ingressam no mundo da vida. Os objetivos específicos, justificando o título da Tese, são precisamente dois: *caracterização* e *taxionomia*, mas assim entendendo-se:

1) por *caracterização*, a estipulação de um conceito de validade universal para os direitos fundamentais em geral, evidenciando a sua

influência para a moderna concepção de Estado de Direito e aplicando-o particularmente à Constituição Brasileira;

2) por *taxionomia*, a divisão dos direitos fundamentais assim caracterizados em dois ou mais subconjuntos menores, segundo determinados traços de diferença resultantes da formulação constitucional positiva e determinantes de importantes conseqüências.

Para tanto, a Tese parte da consideração dos direitos fundamentais como sendo, em primeiro lugar, direitos e, em segundo lugar, fundamentais. Busca então a elaboração de um conceito para direitos fundamentais que identifique tanto as propriedades tidas em comum com todos os direitos, como as propriedades exclusivas que, denotando-lhes a especificidade, justificam o seu agrupamento como fundamentais. Em especial, postula localizar a nota que distingue os direitos subjetivos em fundamentais e não-fundamentais, vale dizer, a nota de fundamentalidade. A preocupação não é, portanto, a de examinar o conteúdo de sentido de um ou outro direito fundamental em particular, mas a de descrever a estrutura geral de todos os direitos fundamentais.

Em seguida, constatada a existência, no ordenamento constitucional brasileiro, de direitos caracterizados pela nota de fundamentalidade, a Tese procura demonstrar que, para além dos pontos de identidade em comum que dão unidade ao conjunto, verificam-se de quando em quando expressivas divergências na forma de normatização dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, que repercutem no conseqüente estabelecimento, por assim dizer, de regimes jurídicos jusfundamentais bastante diferenciados, e cuja consideração prévia é importante para uma adequada aplicação da lei constitucional. Daí a necessidade de uma *taxionomia* que as descreva e sintetize, proporcionando condições de acesso à compreensão das variantes.

O objeto da Tese, ou a sua causa cognitiva, reside primeiramente na convicção de que é sempre relevante conhecer as instituições jurídicas desde um plano mais alto antes de pretender descer à apreciação das questões pontuais. Depois, na circunstância de que, sendo a Constituição Brasileira uma das mais prolixas do mundo em matéria de direitos fundamentais, não é avisado supor que exista uma uniformidade absoluta no padrão normativo das regulações jusfundamentais.

São dois os principais campos de conhecimento científico em que a Tese se insere: primeiro, o da teoria jurídica, na parte em que, independentemente de considerações de espaço e tempo, cuida de conceituar os direitos, tanto os comuns (subjetivos não-fundamentais) como os incomuns (subjetivos fundamentais); segundo, o da dogmática jurídica, na parte em que, com base em dados normativos constantes de uma constituição determinada, nela situa e classifica os tipos jusfundamentais. Não é, com efeito, propósito primordial desta Tese aportar análises próprias de outras disciplinas, tais como a Sociologia Jurídica, a Filosofia Jurídica, a Política Jurídica, a História Jurídica ou o Direito Comparado, em que pese a inexactidão das fronteiras e a conexão dos temas algumas vezes inevitavelmente conduzirem a tanto.

No trabalho, o método de investigação empregado foi o indutivo. Seu campo de aplicação mais fértil diz respeito, no momento de *caracterização*, ao estudo parcelado dos direitos em geral (ou direitos subjetivos) e dos direitos em especial (ou direitos fundamentais); no momento de *taxionomia*, à análise em separado das várias modalidades de normas constitucionais. Dentre as técnicas utilizadas, figuram: a pesquisa bibliográfica e, em destaque, o exercício da comparação entre enunciados jusfundamentais, que permitiu apurar e isolar os elementos de coincidência e discordância relevantes para a fundação de uma tipologia conseqüente. As categorias estratégicas e os seus respectivos

conceitos operacionais estão explicitados ao longo da exposição dos resultados¹.

O relato compõe-se de oito capítulos. Destes, o primeiro aborda o problema da polissemia da palavra direito no idioma português, esboça a distinção entre direito objetivo e direito subjetivo, propõe um significado central para direito no sentido subjetivo e relaciona a noção com a categoria dos direitos transindividuais. Em essência, intenta responder à indagação sobre o que são os direitos em geral. Os dois capítulos seguintes – segundo e terceiro – constituem desdobramentos do primeiro, e neles se discute, respectivamente, sobre as implicações logicamente decorrentes da configuração inicial e sobre a fonte e a existência dos direitos.

O quarto capítulo trata da distinção entre direitos fundamentais e direitos não-fundamentais. Considerando e refutando outras possibilidades, determina objetivamente a nota da fundamentalidade, extrai dela um conceito universal de direitos fundamentais e realiza o confronto com a realidade concreta da ordem constitucional nacional. O capítulo subsequente – o quinto – cuida de dar ênfase à função dos direitos fundamentais, assim entendidos, na conformação de um novo modelo de Estado de Direito, retratando-a através de apontamentos sobre a história filosófica e institucional do Estado Moderno em suas diversas fases.

Os capítulos sexto e sétimo apresentam duas divisões do conjunto dos direitos fundamentais positivados na Constituição Brasileira segundo os distintos critérios de diferença julgados importantes. O último –

¹ Sobre método de investigação, técnica de pesquisa, categorias estratégicas e conceitos operacionais, no sentido das concepções que adotamos, vide: PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*, p. 87-106, 29-38 e 41-42, respectivamente.

oitavo – desenvolve o assunto tendo em consideração especificamente os direitos sociais fundamentais, revelando-lhes a especial complexidade e questionando os mitos que cercam a sua consideração corrente. Por fim, as Conclusões selecionam, organizam e interpretam, em um texto breve e sistemático, as idéias essenciais que integram a totalidade da Tese.

Capítulo 1

OS DIREITOS COMO RELAÇÕES DE ATRIBUIÇÃO ENTRE UM BEM E ALGUÉM

SUMÁRIO: 1.1. Direito objetivo e direito subjetivo; 1.2. Direito subjetivo e dissídio semântico; 1.3. Direito subjetivo e relação atributiva; 1.4. Direitos subjetivos e direitos transindividuais.

1.1. DIREITO OBJETIVO E DIREITO SUBJETIVO

HOBBS, o maior filósofo político da era moderna, insistiu com tenacidade na afirmação de que o raciocínio científico deve começar por definições, isto é, com estabelecidas significações de suas palavras ou, quase o mesmo, com explicações dos nomes utilizados. Concordando com Cícero, para quem nada haveria de mais absurdo (*nothing so absurd*) do que aquilo que se encontra nos livros de filosofia, ele atribuía a primeira causa das conclusões desarrazoadas à omissão no emprego dessa técnica². Para ele, um *nominalista*³, a ciência é o conhecimento das conseqüências das palavras (*knowledge of the consequence of words*), vale dizer, o resultado condicional do discurso que, começando por definições, procede mediante a conexão das mesmas em afirmações gerais, e destas por sua vez em silogismos, até chegar à soma final que é a conclusão⁴.

² HOBBS, Thomas. *Leviathan, or mather, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*, p. 59.

³ Tratando da "teoria definitória", WARAT observa que, para os *nominalistas*, não existe uma relação natural entre as palavras e aquilo que elas pretendem significar. Para eles, escreve este autor, a relação aludida atende a um processo convencional. "Com isso se quer dizer que existe liberdade para estabelecer qualquer tipo de relação entre as palavras e aquilo que elas pretendem significar. A única restrição surge da necessidade de haver regras explícitas relativamente a essa convenção para que não se impeçam os processos de comunicação" (WARAT, Luis Alberto. *A definição jurídica*, p. 3-4).

⁴ HOBBS, Thomas. *Leviathan, or mather, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*, p. 65.

Há razões para crer na importância dessa advertência. LURIA⁵, um clássico da literatura neuropsicológica, observou que a palavra, como unidade básica da linguagem, possui duas funções fundamentais: a de *referência objetiva* e a de *significado categorial*. Sob o primeiro ângulo, toda palavra se dirige à representação de um objeto do mundo exterior; sob o segundo, serve à análise do objeto dado à representação, sobretudo permitindo o isolamento dos seus traços característicos. A seu turno, SAUSSURE⁶, em obra póstuma e inovadora, definiu a estrutura do *signo lingüístico* como o resultado da associação de um *significante* (a imagem acústica) com um *significado* (a idéia ou conceito que a seqüência sonora exprime). Qualquer que seja o ponto de vista lingüístico teoricamente adequado, o problema, contudo, está em que aquilo que cada palavra exatamente designa é algo em geral sujeito a oscilações.

Realmente, muitas vezes, a uma mesma palavra podem corresponder diversas significações, o que produz um fenômeno a que se dá o nome de *polissemia*, bem mais comum do que se supõe⁷. Acresce não serem poucas as palavras que, dispondo de um ou mais sentidos técnicos, ainda desfrutam de outros que lhes podem ser atribuídos no uso leigo ou vulgar, sabidamente especialista em indeterminações. DURKHEIM⁸ esteve bem consciente desse problema quando, na busca de uma definição para o suicídio, comentou inicialmente que “as palavras da língua corrente, como os conceitos que exprimem, são sempre ambíguas”, acontecendo “com demasiada freqüência que categorias de factos muito díspares são indistintamente reunidas sob uma mesma rubrica”.

⁵ LURIA, Alexandr Romanovich. *Pensamento e linguagem: as últimas conferências de LURIA*, p. 32, 36, 37, 43.

⁶ SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*, p. 81.

⁷ De acordo com LURIA, “a plurissignificação das palavras é mais freqüente do que parece e a ‘polissemia’ é antes uma regra da linguagem do que uma exceção” (LURIA, Alexandr Romanovich. *Pensamento e linguagem: as últimas conferências de LURIA*, p. 34).

⁸ DURKHEIM, Emile. *O suicídio*, p. 7.

As palavras constituem, então, armadilhas perigosas para o discurso científico. O seu uso, neste, desacompanhado da preocupação em fixar com precisão o significado atribuído dentre as várias possibilidades de escolha, ameaça debilitar a coerência do raciocínio, expondo-o a toda sorte de objeções, bem como, e mais que tudo, prejudica a eficácia da comunicação e do entendimento. Não por outra razão PASOLD⁹ defende, como condição da boa performance científica, “a essencialidade dos conceitos compartilhados”, afirmando que o cientista “deve ser zeloso na identificação e definição das categorias com as quais irá operar”. Esse ensinamento é valioso, e ganha notável expressão quando a palavra chave no princípio da cadeia discursiva é a palavra *direito*.

Direito, como quaisquer outras, é uma palavra polissêmica, rebelde a uma significação unívoca. Tão relevante pareceu essa contingência a MONTORO¹⁰ que, ao estruturar o corpo de sua *Introdução à ciência do direito*, entendeu ele indispensável dividir a obra em cinco partes, na exata proporção dos significados que para a palavra direito concebia, quais eram, o direito como *ciência*, o direito como *justo*, o direito como *norma*, o direito como *faculdade* e o direito como *fato*

⁹ PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*, p. 25-26.

¹⁰ MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*, p. 26. Vale a pena dar a palavra ao próprio autor: “Na linguagem comum e na linguagem científica, o vocábulo direito é empregado com significações diferentes. Ele tem sentido nitidamente diverso nas seguintes expressões: 1) o *direito* brasileiro proíbe o duelo; 2. o Estado tem o *direito* de cobrar impostos; 3. o salário é *direito* do trabalhador; 4. o *direito* é um setor da realidade social; 5. o estudo do *direito* requer métodos próprios. Cada uma dessas frases emprega uma das significações fundamentais do *direito*. Na primeira, *direito* significa a lei ou norma jurídica (direito-norma). Na segunda, *direito* tem o sentido de faculdade ou poder de agir (direito-faculdade ou direito-poder). Na terceira, indica o que é devido por justiça (direito-justo). Na quarta, o *direito* é considerado como fenômeno social (direito-fato social). Na última, ele é referido como disciplina científica (direito-ciência). São cinco realidades distintas. E, se quisermos saber o que é o direito, precisamos estudar o conteúdo essencial de cada uma destas significações. Esse é o plano do presente trabalho. Consta ele de cinco partes [...]”.

social. Também REALE¹¹, atento às flutuações do termo no seu uso milenar, providenciou destacar quatro de suas possíveis acepções: as de *ciência*, *ordenamento*, *justiça* e *poder de agir*. Na primeira dessas, direito é ramo do conhecimento; na segunda, sistema de normas de comportamento; na terceira, um ideal (sentido axiológico); na última, um poder conferido a uma pessoa. Essa promiscuidade de sentidos não é, porém, um dado local. A mesma diversidade semântica existe em outras línguas com relação ao signo equivalente. Tendo em consideração a palavra italiana *diritto*, GROPPALI¹² oferece um testemunho seguro de suas igualmente múltiplas significações, fazendo-o em termos bastante próximos dos indicados.

Apesar da riqueza das variações, duas entre todas as possíveis associações semânticas da palavra direito são certamente dominantes: de um lado, a que remete à representação de uma ou mais normas destinadas à regulação da conduta humana; de outro, a que exprime a idéia de algo que é de uma pessoa (pessoa aqui empregada em sentido amplo, vale dizer, tanto no sentido de pessoa *natural*, *física* ou *singular* como de *moral*, *jurídica* ou *coletiva*). Entre nós, tradicionalmente, chama-se de *direito objetivo* ao direito como *elemento normativo* e de *direito subjetivo* ao direito como *atributo pessoal*, prestando-se a adjetivação para diferenciar esses dois principais sentidos do mesmo nome.

O acréscimo dos adjetivos *objetivo* e *subjetivo* ao substantivo comum *direito* se tornou necessário precisamente porque dois conceitos

¹¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 61-64.

¹² GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao estudo do direito*, p. 23-24. Segundo o autor, "na verdade, a palavra 'direito' é uma palavra de múltiplos sentidos, podendo significar uma *ciência* (o direito penal, o direito constitucional, etc.) ou um *sistema de leis* vigentes numa determinada nação em dado momento histórico (o direito romano, o direito germânico, o direito francês, o direito penal italiano, etc.) ou uma *norma* (o art. 433º do Cód. Civil estabelece a obrigação de prestar alimentos, o art. 52º do Cód. Penal admite a legítima defesa, o art. 781º do Cód. Civil proíbe a doação entre casados, etc.) ou, finalmente uma *faculdade* (Tício, como proprietário, tem o direito de usar e de dispor do seu relógio)(...)".

muito diversos ficaram historicamente vinculados ao mesmo vocábulo. O recurso só seria dispensável se houvesse uma palavra apropriada a cada uma das idéias. Nesse particular, os juristas britânicos e norte-americanos estão em vantagem. É que, conforme a observação de Kelsen¹³, "na linguagem jurídica inglesa dispõe-se da palavra *right* quando se quer designar o direito (subjetivo), o direito de um determinado sujeito, para o distinguir da ordem jurídica, do direito objetivo, da *law*". Embora o idioma português conheça a palavra *lei*, que designa a norma editada pelo legislador (aspecto do *direito objetivo*), nele a palavra *direito* não exprime, porém, como no inglês *right*, apenas o *direito subjetivo*, podendo mesmo coincidir, conforme o contexto, com a noção de *lei*.

Nos textos de doutrina, os dois usos surgem com nitidez. Quando BEVILÁQUA¹⁴, o grande artífice do Código Civil brasileiro de 1916, escreve em obra clássica que "nosso direito [...] só proíbe pactos sobre bens futuros se forem de sucessão ainda não aberta"; sem dúvida emprega aí a palavra *direito* com um sentido diferente de quando afirma que "o comodante, sendo proprietário, tem direito de reivindicação na falência do comodatário". Lá, *direito* é a norma, a regra, a lei; é o *direito em sentido objetivo*; aqui, é algo conferido a uma pessoa (no caso, segundo o contexto, uma faculdade, prerrogativa ou poder); é o *direito em sentido subjetivo*.

Decerto, ambas as noções, a de *direito-norma* (sentido objetivo) e a de *direito-atributo* (sentido subjetivo), não oferecem mais que indicações iniciais e provisórias, carentes que são de maior precisão. Pouco ou nada dizem, com efeito, quanto ao que seja, afinal, aquela

¹³ Kelsen faz esta observação após advertir que, na linguagem jurídica alemã e francesa, o direito em sentido subjetivo é designado pela mesma palavra (*recht* e *droit*, respectivamente) com que se designa o sistema de normas que forma a ordem jurídica, fazendo-se a distinção através de termos correlatos a subjetivo e objetivo (Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 139).

¹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*, p. 184-203.

"norma" que constitui o direito objetivo e esse "algo" atribuído que constitui o direito subjetivo. Elas são, porém, apesar do caráter geral da formulação, suficientes para extremar dois enfoques inconfundíveis, ainda que intimamente conexos ou ligados um ao outro: o direito considerado como ordenação normativa, isto é, como grupo de normas de regulação do comportamento humano, e o direito considerado como algo referido a um determinado sujeito.

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.

Trata-se, pois, de uma expressão classificadora, ou seja, que menciona um grupo (o dos direitos subjetivos fundamentais) que se encontra contido em um gênero de maior extensão (o dos direitos subjetivos). Nesse sentido, ela situa os direitos fundamentais como direitos subjetivos que, para além dos traços exclusivos que os diferenciam e particularizam, possuem algumas características comuns a outros direitos subjetivos não-fundamentais, ao lado dos quais compõem, no entanto, um mesmo gênero de objetos até certo ponto semelhantes entre si.

Nesse caso, para efeitos de uma pesquisa preocupada em

propor um conceito para a categoria dos direitos fundamentais, é de estimar que, antes de mais, seja essencial estipular previamente um conceito para a categoria dos direitos subjetivos. Com efeito, se os assim nomeados direitos fundamentais constituem primeiramente direitos (no sentido subjetivo) e só depois são fundamentais, resulta óbvio que fica impossível alcançar um conceito verdadeiramente representativo sem levar em consideração tanto as suas propriedades genéricas (enquanto direitos subjetivos) como as suas propriedades específicas (enquanto direitos fundamentais). Dito com outras palavras: não é possível definir os direitos fundamentais sem previamente definir os direitos subjetivos, uma vez que um grupo é, no mínimo, aquilo que é o gênero ao qual pertence.

1.2. DIREITO SUBJETIVO E DISSÍDIO SEMÂNTICO

Ao longo dos dois últimos séculos, uma literatura praticamente impossível de abarcar foi produzida a propósito da categoria *direito subjetivo*. Por conta desse fato, DUGUIT¹⁵ chegou a comentar que “não terminaria nunca se apenas tivesse que citar os títulos de tudo o que se escreveu na Alemanha, na França, na Itália e também na Argentina sobre a natureza do direito subjetivo”. Sem dúvida ele tinha total razão. Nos países cujos sistemas jurídicos integram a chamada *família romano-germânica*¹⁶⁻¹⁷, o assunto é versado, senão em todas, na esmagadora

¹⁵ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho* (público y privado), p. 174. Trad. do Autor.

¹⁶ *Família romano-germânica* é termo cunhado por René DAVID para designar os sistemas jurídicos edificados sobre a base do direito romano antigo. Segundo este autor, a *família romano-germânica* tem o seu berço na Europa e formou-se graças aos esforços das universidades européias, que elaboraram e desenvolveram a partir do século XII, com base em compilações do imperador Justiniano, uma ciência jurídica apropriada às condições do mundo moderno. Segundo DAVID, a denominação *romano-germânica* foi escolhida para homenagear os esforços comuns desenvolvidos ao mesmo tempo nos países latinos e germânicos. Seu âmbito geográfico é considerável. De acordo com DAVID, a família romano-germânica está dispersa pelo mundo inteiro. Ultrapassando largamente as fronteiras do antigo Império Romano, ela conquistou, em parte devido ao processo de colonização, toda a América Latina, incluído o Brasil,

maioria das obras que se encontram sob a denominação de *teoria do direito*, *filosofia do direito* ou *introdução ao direito*, bem como naquelas que, de outro modo nomeadas, dedicam-se à mesma tarefa de apresentar uma concepção do fenômeno jurídico em suas linhas mais gerais¹⁸. De modo especial, um tratamento de grande relevo tem sido dedicado ao tema nos domínios do direito privado, com ênfase para os estudos de iniciação ao direito civil, nos quais os autores sobre ele se debruçam invariavelmente.

Tão copiosa literatura atesta o elevado grau de relevância que a doutrina confere à noção de direito subjetivo, mas ao mesmo tempo, julgando pelas intermináveis controvérsias suscitadas, assinala o quanto ela parece ter de fugidia e misteriosa. Com efeito, das provavelmente milhares de páginas escritas pelos mais qualificados juristas e filósofos até agora, a única certeza que transparece inabalável é a de que sempre se esteve muito longe de um acordo sobre o seu significado. Confessando idêntica sensação, ALEXY¹⁹ observa que "não obstante sua considerável duração e os muito intensos e amplos esforços realizados, a discussão sobre o conceito de direito subjetivo não conduziu a um consenso" (tradução do Autor). Contudo, é preciso ter clareza do problema com o qual se debatem os teóricos. Na verdade, ninguém ou quase ninguém discorda que a palavra direito, quando empregada no seu sentido subjetivo, pretenda designar "algo" pertencente a um sujeito.

uma grande parte da África, os países do Oriente Próximo, o Japão e a Indonésia (DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 18-25).

¹⁷ Também sobre o assunto, estudo do mesmo autor sobre o direito inglês, no qual são feitas comparações com o sistema jurídico francês, aquele integrante da *família da common law* e este, da *família romano-germânica* (DAVID, René. *O direito inglês*, p. 1-15).

¹⁸ ALEXY pondera que, tendo em vista a literatura contemporânea, já não se pode dizer, como Kelsen o fizera, que o conceito de direito subjetivo seja o mais analisado entre todos os conceitos jurídicos fundamentais. Todavia, ele reconhece que, mesmo no atual estágio, o conceito de direito subjetivo pertence ainda ao grupo dos mais discutidos na literatura teórica (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 173).

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 173.

O ponto delicado da questão reside, porém, na definição do que seja exatamente esse "algo", um poder, um interesse, uma faculdade, etc. É aqui que o acordo semântico falha²⁰.

Apesar do imenso volume de material escrito em busca do esclarecimento desse elemento substancial da noção de direito subjetivo, é seguramente constatável que o pensamento da maior parte dos comentadores gravita em torno de umas poucas orientações fundamentais. Destas, algumas foram legadas por importantes doutrinas do século XIX que se pode chamar de clássicas, seja em razão da sua influência, seja por causa da sua difusão, seja por virtude da sua persistência²¹. Outras, com repercussão aparentemente não comparável à daquelas, correspondem aos esforços de escritores posteriores, mais ou menos recentes, que prosseguiram tentando novas vias de compreensão²². Inobstante, porém, as divergências claramente estabelecidas entre as

²⁰ O que acima se observou quanto à noção de *direito subjetivo* pode ser dito a respeito da noção de *direito objetivo*. Tal expressão, como se viu, tem sido utilizada para designar a *norma jurídica*. Todavia, em que consiste exatamente essa *norma jurídica* que constitui a essência do *direito objetivo* é matéria sujeita as mais acirradas disputas doutrinárias. Em monografia sobre o tema, VASCONCELOS listou, analisou e criticou as principais correntes de pensamento que se formaram ao longo dos dois últimos séculos de ciência jurídica. Em páginas bastante ilustrativas, que bem dão a idéia do vulto das controvérsias, o autor faz menção às seguintes teorias, entre outras: a teoria do imperativo hipotético de León DUGUIT, a teoria do imperativo independente de Karl OLIVECRONA, a teoria do imperativo atributivo de Léon PETRASIZKY, a teoria do imperativo autorizante de Goffredo TELLES JR., a teoria da norma como coatividade ou coação, o indicativismo de ZITELMANN, a teoria de Kelsen do juízo hipotético e do imperativo despseudologizado, a teoria do juízo disjuntivo de Carlos COSSIO, a teoria da norma como juízo de estrutura trivalente de Miguel REALE e a doutrina de Norberto BOBBIO da norma jurídica (VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*, p. 56, 59, 61, 65, 70, 76, 79, 84, 90 e 147).

²¹ São elas: a teoria do direito subjetivo como um *poder da vontade*, de WINDSCHEID (WINDSCHEID, Bernardo [Bernard]. *Diritto delle pandette*, p. 107-110), e a teoria do direito subjetivo como um *interesse juridicamente protegido*, de IHERING (IHERING [IHERING], Rudolf Von. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, p. 328). Cabe observar que ROUBIER comenta a doutrina da vontade a partir da obra de SAVIGNY (cf.: ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*, p. 67 e ss.), e não dos escritos de WINDSCHEID, como faz a maioria dos críticos.

²² É o caso, por exemplo, da assim chamada *teoria eclética* de JELLINEK (Giorgio [Georg]. *Sistema dei diritti pubblici subbiectivi*, p. 60-91) e de várias outras formulações que serão oportunamente referidas.

mais importantes doutrinas, o certo é que se nenhuma delas veiculou um conceito irrepreensível, imune à contestação, nenhuma delas igualmente deixou de assinalar verdades ao menos parciais, e, do contrário, é de supor que não teriam experimentado o mérito da consideração havida em torno de si.

Sendo assim, na tentativa de oferecer um conceito de direito subjetivo com a finalidade de esclarecer o que se quer normalmente expressar quando se afirma que uma pessoa tem um direito, não há razão para rejeitar ou adotar, no seu todo, uma ou outra daquelas mais conhecidas concepções. O que interessa, sobretudo, é acentuar aqueles aspectos que parecem característicos das situações nas quais se reconhece a presença de *um sujeito com um direito*, aproveitando para tanto o conjunto das teorias e, especialmente, os reparos, as ressalvas, as críticas que umas fizeram às outras, compondo desse modo, segundo um juízo próprio, um conceito que considere as deficiências e os acertos reconhecidos. Não se trata, note-se bem, de pretender a formulação de uma nova teoria, muito menos uma do tipo eclético, construída a partir da soma das idéias dos grandes mestres, muitas delas inconciliáveis, mas de apenas fixar um significado para a noção de direito subjetivo que não negligencie nem superestime de maneira incondicional nenhuma daquelas célebres apreciações e que, na maior medida possível, possa corresponder aos usos da linguagem técnica das normas do ordenamento jurídico .

1.3. DIREITO SUBJETIVO E RELAÇÃO ATRIBUTIVA

A elaboração de um conceito de direito subjetivo envolve uma séria dificuldade inicial. À medida que tal categoria designa um gênero (o conjunto dos direitos), e não uma espécie (um direito em

particular), o conceito de direito subjetivo, para ser viável, tem de apontar *caracteres comuns* a todos os *direitos específicos* que se aninham no *universo genérico*. Apesar da diversidade das espécies agrupadas sob o nome de direitos e das relevantes diferenças entre umas e outras, é preciso encontrar uma maneira apta a descrever a estrutura básica correspondente ao mínimo dos elementos que se contêm em cada uma delas. Pensando, por exemplo, na distância que separa o direito real sobre um dado bem imóvel do direito obrigacional incidente sobre certa prestação, o alinhamento de ambos como direitos subjetivos reclama a identificação de certos pontos de coincidência, que são os traços de demarcação das qualidades constitutivas do gênero comum.

FERRAZ JR²³ não acredita que seja possível encontrar essa identidade geral. Segundo adverte, "a expressão direito subjetivo cobre diversas situações, difíceis de serem trazidas a um denominador comum". Por isso, prefere falar de situações subjetivas, "entendidas como posições jurídicas dos destinatários das normas no seu agir". Não deixa de ser plausível a sua desconfiança, porque é realmente duvidoso que se consiga reconduzir a um conceito único e fixo todas aquelas inúmeras situações diante das quais se recorre à noção de direito subjetivo²⁴. Entretanto, deve-se considerar que, dos autores que se entregaram à tentativa, alguns deles, como DABIN e LARENZ, propuseram formas de conceituar o direito subjetivo que seduzem pela sua grande capacidade de abrangência. Examinadas suas doutrinas, é justo dizer que elas são bastante convincentes quanto às possibilidades de isolar, em meio às múltiplas variedades de direitos, suficientes elementos de convergência

²³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 143.

²⁴ VERNENGO também pondera que "no hay una noción unívoca de derecho subjetivo: 'tener derecho' significa cosas variadas, tanto en el lenguaje corriente como en el lenguaje técnica de la ciencia del derecho" (VERNENGO, Roberto Jose. *Temas de teoría general del derecho*, p. 247).

para o reconhecimento de uma base comum e, assim, para o estabelecimento de uma noção genérica compatível, senão com todos, ao menos com a larga maioria dos casos associados à palavra direito no sentido subjetivo.

Já foi observado linhas atrás que a palavra *direito* no sentido subjetivo designa *algo pertencente a alguém*. Trata-se aí de uma relação, a princípio, indiscutível²⁵, pois quem diz "eu tenho um direito" diz que "algo me pertence". Decerto, esse sentido é muito vago para merecer o status de um conceito, mas a verdade é que nele estão contidas três indicações decisivas: a expressão direito subjetivo faz inevitavelmente referência a (1) *algo* (2) *que pertence* (3) a um *sujeito*. Partindo daí, pode-se afirmar que essa tradicional categoria da ciência jurídica atrai, a princípio, três noções: a de *coisa ou bem*, a de *propriedade* e a de *sujeito*, tomados esses termos em sentido amplo. E assim, numa primeira observação do panorama, o direito subjetivo aparece como *um bem que é próprio de um sujeito*, ou em outros termos, como *a propriedade que um sujeito tem de um bem*.

Nada mais lógico e exato, devendo ser creditada a DABIN²⁶ a

²⁵ A propósito, CORNU escreveu o seguinte: "Les droits subjectifs ont aussi une assise populaire. En chacun de nous, ce fondement, cet attachement est presque viscéral. L'affirmation d'un droit individuel (ceci est à moi, c'est mon droit, c'est ma chose) est, dès le plus jeune âge, l'une des aspirations les plus vivaces et les plus spontanées de la personnalité. L'instinct possessif est, sans doute, à la racine du droit subjectif". Traduzindo, livremente, para o português: "Os direitos subjetivos existem também no *consciente popular*. Em cada um de nós, este fundamento, esta ligação é quase visceral. A afirmação de um direito individual (isto me pertence, é meu direito, é minha coisa) é, desde a idade mais jovem, uma das aspirações mais vivas e espontâneas da personalidade. O instinto possessivo está, sem dúvida, na raiz do direito subjetivo" (CORNU, Gérard. *Droit civil*, p. 26).

²⁶ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 100. A tradução é nossa. Na versão castelhana aqui indicada, a frase está assim redigida: "Todo derecho subjetivo supone un bien o valor ligado al sujeto-persona por un lazo de pertenencia, /.../ de suerte que esa persona puede decir que ese bien o valor es suyo". Cumpre observar que, no original francês (DABIN, Jean. *Le droit subjectif*, 313 p.), o autor se vale da palavra *appartenance*, que nós optamos por traduzir por *propriedade* na frase transcrita, e os

paternidade dessa concepção. Segundo a original doutrina desse grande autor, "todo direito subjetivo supõe um bem ou valor ligado ao sujeito-pessoa por um laço de propriedade, [...] de sorte que essa pessoa pode dizer que esse bem ou valor é seu". LARENZ²⁷ segue uma linha próxima de pensamento, assinalando que "o 'direito subjetivo' é, em nosso critério, uma categoria fundamental do direito, a qual expressa que algo, um 'bem' determinado, corresponde ou pertence por justiça a uma pessoa". Para compreender o largo alcance dessa tese, bem como medir sua vocação e atualidade para absorver as mais diferentes situações de direito subjetivo, é preciso apenas ter sensibilidade para perceber o sentido abrangente que nela se confere às noções de *bem* e de *propriedade*.

Por *bem* se deve entender aqui não somente a coisa material, mas qualquer meio adequado à satisfação de um interesse; e por *propriedade*, não só o domínio sobre coisas móveis e imóveis, mas o reconhecimento da destinação ou atribuição de um *bem* qualquer à pessoa, a fim de que ela possa dele tirar um proveito legítimo. Quando assim se concebe, ambas as noções se tornam adaptáveis aos mais

espanhóis por *pertenencia*. É que *appartenance* é um substantivo, e não existe na língua portuguesa um substantivo que lhe corresponda exatamente, como, por hipótese, "pertencimento". Daí a necessidade de fazer uma adaptação através do emprego da palavra *propriedade*, que indica o que é próprio de alguém ou o que pertence a alguém. Em algumas situações, é possível também traduzir *appartenance* para o português com a combinação do artigo definido o e o verbo *pertencer* (no infinitivo), ou seja, como o *pertencer*. RÁO, ao expor e criticar a doutrina de DABIN, também se defrontou com o problema, ocasião em que observou o seguinte: "É difícil traduzir a palavra *appartenance* por outra rigorosamente equivalente, em nosso idioma. Se nos socorrêssemos do sentido apenas etimológico, poderíamos usar o termo *pertinência* (de *pertinere*), mas esse termo, com o uso, assumiu um significado específico diverso e passou a indicar o que vem a propósito, o que é próprio para o fim a que se destina (de *pertinens*). Os léxicos consagram a palavra *pertença*, a que atribuem duplo sentido: ora, como sinônimo de *pertence*, a indicar o acessório, o que faz parte de alguma coisa; ora, a significar *propriedade*, *domínio* e, mesmo, *atribuição*; e lembram que por ela se costuma designar a declaração inscrita nas apólices, ou em outros títulos, pela qual se legaliza a *propriedade* delas. Em falta de outra melhor, preferimos usar a palavra *pertença*, no sentido amplo de *propriedade*" (RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 558, nota de rodapé nº 16).

²⁷ LARENZ, Karl. *Derecho civil, parte general*, p. 274. A tradução é nossa.

diversos contextos, mostrando-se conciliáveis não só com o direito de propriedade em sentido estrito, mas também com muitas outras hipóteses. Com efeito, desde que se conceda amplitude às noções de *bem* e de *propriedade*, inúmeras situações afins à noção de direito subjetivo podem passar a ser em comum caracterizadas pela idéia genérica de *atribuição de um certo bem a alguém*. Para exemplificar, considerando por hora a classificação dos direitos subjetivos segundo o objeto sobre que incidem na esteira de uma tipologia peculiar à tradição civilística, é possível demonstrar o vasto campo de aplicação dessa idéia.

No caso dos *direitos sobre coisas materiais*, o caráter atributivo é mais evidente, porque aquilo que se atribui é em geral um bem corpóreo exterior ao sujeito, existente no tempo e no espaço e, como tal, visível e sensível. Dentro desse grupo de direitos, podem ser contados, por exemplo, a propriedade plena (direito real de uso, gozo e disposição), a nua propriedade (direito real limitado), o usufruto e a servidão (direitos reais de uso), a hipoteca e o penhor (direitos reais de garantia)²⁸. Por óbvio, o sentido da atribuição do bem não é o mesmo em cada caso, já que o modo como *a coisa pertence ao sujeito* varia conforme se trate de uma ou outra espécie de direito de domínio. Na propriedade plena, a coisa é *dele*, por assim dizer, *integralmente*; nos demais, ela também pode ser considerada como *dele sendo*, porém apenas em termos, ora enquanto garantia de uma dívida (caso do credor hipotecário), ora

²⁸ LARENZ relaciona ainda, entre os direitos de domínio sobre coisas, os direitos pessoais relativos (no sentido de *obligacionais*) de posse e uso do inquilino, do comodatário e do arrendatário, os quais, embora integrados em uma relação negocial, igualmente submetem a coisa à pessoa tão logo a prestação de dar se realize (LARENZ, *Derecho civil, parte general*, p. 277-278). DABIN diverge na forma de classificar, situando-os de acordo com a tradição, isto é, entre os direitos de crédito (DABIN, *El derecho subjetivo*, p. 226-227), posição acolhida no Livro III da Parte Especial de nosso Código Civil. Deve-se notar, contudo, que LARENZ qualifica essa classe de direitos como de *domínio relativo*, uma vez que não se fazem prevalecer frente a todos, como no caso dos direitos reais, de modo que, como ele próprio reconhece, não são direitos sobre coisas propriamente ditos e nem são assim considerados no Código Civil alemão (DABIN, *Jean. El derecho subjetivo*, p. 278).

enquanto artigo de aproveitamento restringido (usufruto, servidão, etc.). Mas, como quer que seja, é sempre dele de uma certa maneira, e também sempre útil a um interesse. E o mesmo se pode afirmar a propósito dos *direitos sobre coisas imateriais* exteriores ao homem, tais como as obras do gênio criativo (a poesia, a pintura, a invenção, etc.), das quais o autor é *dono*, e note-se, não do livro, do quadro ou da máquina que eventualmente lhes serve de suporte, mas da manifestação intelectual que precede o corpo físico e existe idealmente independente dele²⁹. Embora incorpórea, a criação é um bem que se reconhece como pertencente ao criador, que está por isso autorizado a dele aproveitar-se na forma e nos limites da regulamentação legal.

Outro importante grupo de direitos subjetivos é formado, por assim dizer, pelos *direitos de estrutura relacional*, assim considerados aqueles estruturados sob a forma de uma relação jurídica em sentido próprio, cujo objeto é um determinado comportamento ou atividade devido por uma pessoa a outra³⁰. Cabem nesse conjunto os direitos de crédito *autônomos*, derivados de negócios jurídicos (contratos e declarações unilaterais de vontade), enriquecimento sem causa e

²⁹ A propósito, cfe.: DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 103, 236-244; LARENZ, Karl. *Derecho civil, parte general*, p. 278-279.

³⁰ Na *relação jurídica em sentido próprio*, dois sujeitos (determinados ou determináveis) estão vinculados ou comprometidos entre si, havendo sempre algo (um *dar*, um *fazer* ou um *não-fazer*) que deva ser prestado por um em favor do outro (e vice-versa quando se tratar de vínculo de natureza bilateral, como no caso da compra e venda). A *obrigação* é o exemplo mais típico e perfeito desse tipo de relação jurídica. Dessa categoria, devem, portanto, ser excluídas todas aquelas situações em que um único sujeito está isoladamente posicionado em face de um objeto que lhe foi atribuído, não havendo nada que outrem (um sujeito individualmente considerado) deva especificamente prestar, mas apenas um *dever geral de abstenção* imposto a todas as pessoas (terceiros indistintamente considerados), no sentido de não praticarem atos que possam frustrar o exercício do direito pelo titular. É o caso do direito de propriedade, por exemplo. Aqui, não há propriamente relação jurídica, mas *oponibilidade* a outros de um direito sobre a coisa já plenamente configurado. Todavia, como a terminologia é livre, nada impede que se descreva essa situação de *oponibilidade* como uma *relação jurídica em sentido impróprio, abstrata* ou de caráter *absoluto*. Sobre o assunto, realçando a distinção, cf: COSTA JR., Olímpio. *A relação jurídica obrigacional*, p. 17-20.

responsabilidade civil (negocial e *stricto sensu*). Entram aí também os direitos de crédito *não-autônomos*, como são aqueles integrados nas obrigações e ônus reais (direitos derivados das relações de vizinhança, de condomínio e de aforamento), nas obrigações de natureza familiar de caráter patrimonial (direito a alimentos) e nas obrigações tributárias (direito aos tributos e prestações acessórias)³¹. Sob o prisma da estrutura relacional, também podem ser referidos alguns direitos de natureza não-patrimonial, como os direitos do cônjuge frente ao seu consorte (fidelidade, assistência, coabitação, etc.) e do pai frente ao filho (obediência, respeito, serviços próprios de sua idade e condição, etc.). Em todos estes casos, o bem atribuído ao titular do direito é, simplesmente, o *poder de exigir* do sujeito passivo uma conduta em especial para a satisfação de um certo interesse, egoístico ou não³², vale dizer, o *crédito* relacionado à execução ou à realização de uma dada prestação³³ (a tradição de uma coisa, o pagamento de uma soma de dinheiro, a realização de um serviço, a conclusão de um contrato, a omissão de um ato específico,

³¹ Sobre os critérios de classificação das obrigações em *autônomas* e *não-autônomas*, bem como sobre a divisão das *obrigações autônomas* em *negociais*, de *responsabilidade civil* e *enriquecimento sem causa*, cf.: NORONHA, Fernando. Tripartição fundamental das obrigações – Obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa. In: *Jurisprudência Catarinense*, p. 93-106. Sobre os critérios de nomeação das modalidades de responsabilidade civil pelos termos *negocial* e *stricto sensu*, cf.: NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. In: *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, p. 12-47.

³² Esse *interesse* é, em geral, um interesse do sujeito ativo. Mas nem sempre. No caso dos chamados *direitos-função*, por exemplo, o direito é atribuído a uma pessoa no interesse de outra, que pode ser até mesmo o sujeito passivo. É o caso típico de alguns direitos que derivam do *pátrio poder*, como aqueles previstos no art. 384, inc. VII, do Código Civil brasileiro de 1916, que o pai titulariza para servir ao interesse dos filhos (de sua educação, formação moral, incolumidade, bem-estar, etc.). São, por assim dizer, *direitos de prestação* de natureza não-egoística, ou *altruísticos*.

³³ A palavra "prestação" é empregada aqui para referir qualquer *ação juridicamente devida* no âmbito de uma *relação jurídica em sentido próprio*. Nessa acepção, pois, abrange também os deveres de conduta de caráter não-patrimonial, desde que inseridos no contexto de uma relação jurídica daquele tipo. Desse modo, a palavra "prestação" ganha aí um sentido mais amplo do que aquele que se lhe confere no universo restrito do Direito das Obrigações, no qual ela costuma ser associada à característica da "patrimonialidade". A propósito, cf.: GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 16; PEREIRA, Caio Mário da SILVA. *Instituições de direito civil*, p. 14-17. RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*, p. 6-7.

etc.). Sem receio de exagerar, pode-se dizer então que o crédito aí *pertence* ao credor do mesmo modo como a coisa lá *pertence* ao proprietário³⁴.

É importante relembrar que, no caso desse tipo de direitos, embora incidentes sobre um dever de prestar específico, quer positivo quer negativo, ainda assim a prestação devida nem sempre está determinada desde o momento mesmo da aquisição do direito. Situações exemplares são as das chamadas obrigações genéricas (ou de dar coisa incerta), alternativas e facultativas, na quais a coisa a ser entregue em razão do contrato, a princípio indefinida e/ou variável, está sujeita a um procedimento posterior de *concretização* (genéricas), *concentração* (alternativas) ou *substituição* (facultativas) destinado à sua oportuna individualização. A indeterminação do conteúdo da dívida reconhecida ao credor é, portanto, apenas inicial e transitória, e tem de ser assim porque qualquer pretensão de natureza obrigacional supõe uma prestação determinada ou determinável segundo certos critérios e procedimentos. Por isso que, nessas hipóteses, o que se tem é um típico direito atual, só que exposto à especificação futura da prestação a ser realizada.

³⁴ Na exposição de sua doutrina, DABIN qualificou a relação de "propriedade" entre o sujeito e a coisa no caso dos direitos de crédito como sendo *indireta* ou *mediata*. Para ele, como a prestação só chega ao credor mediante a atuação do devedor, apenas com o cumprimento é que sobredita "propriedade" se encontra plenamente realizada (DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 104, 105, 106). Esse ponto de vista não é correto. O que se atribui ao sujeito ativo no caso dos direitos de crédito não é o resultado visado pelas partes, mas o poder de exigir o implemento do dever que pende sobre o sujeito passivo de realizar a prestação no tempo e modo devidos. Considerada a situação desde essa perspectiva, pode-se perceber que, em se tratando de direitos de crédito, o crédito é do credor do mesmo modo que a coisa é do proprietário, isto é, *diretamente, imediatamente*, independentemente de qualquer atuação alheia efetiva. Ele é o bem da vida que lhe está desde logo atribuído, reservado, haja ou não observância do dever de prestar pelo devedor. Até porque, não há sentido algum em dizer que a "propriedade", no caso dos direitos de crédito, só se "realiza plenamente" com a execução da prestação, uma vez que, como se sabe, o cumprimento é causa de extinção do crédito, nunca um fato que o constitua. Satisfeito o crédito, já não há mais direito, de modo que este não se pode definir pela noção de *propriedade indireta ou mediata da prestação*, mas pela de *propriedade do poder de exigir preexistente à execução*.

O aspecto de atribuição está presente também nos chamados *direitos da personalidade*, ou seja, naqueles direitos incidentes sobre elementos que constituem ou integram a condição de pessoa³⁵, como o direito à vida, ao próprio corpo, às partes separadas deste, à imagem, à honra, à intimidade ou à liberdade (de locomoção, de pensamento, de expressão, de reunião, de associação, de culto, etc.). Qualquer que seja o específico componente da personalidade individual sobre o qual cada direito dessa natureza incide, qualquer deles implica, de todo modo, o reconhecimento de um bem como sendo próprio do titular. Ora esse bem será a vida, no sentido de conjunto de propriedades e qualidades que permitem uma atividade contínua das funções orgânicas; ora, a liberdade, a intimidade ou a honra, entendidas como âmbitos existenciais isentos, respectivamente, de impedimentos externos, do conhecimento alheio ou de agravos à reputação; ora o próprio corpo, as suas partes ou a imagem. É verdade, como adverte RUGGIERO³⁶, que esses e outros direitos de mesma índole, não são ilimitados em seu conteúdo, pesando sobre eles importantes restrições na maioria dos ordenamentos jurídicos dos povos civilizados, em geral impostas por motivos de ordem pública ou de bons costumes. Ainda assim, maiores ou menores que sejam as limitações introduzidas pelas normas particulares de cada legislação nacional, é neles perceptível o caráter atributivo onde quer que sejam reconhecidos.

Demonstrada assim, com esses apontamentos de intuito

³⁵ A propósito, BITAR divide os elementos da personalidade em *físicos, psíquicos e morais*. Os primeiros seriam a vida, o corpo, as partes do corpo, a efígie, a voz, o cadáver e a locomoção; os segundos, as liberdades, a higidez psíquica, a intimidade e os segredos; os terceiros, o nome, a reputação, a dignidade pessoal, as criações, o sepulcro e as lembranças de família. Para maiores esclarecimentos ver BITAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 58-64.

³⁶ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*, p. 287-288. Entre as restrições apontadas por este autor no tocante ao conteúdo dos direitos de personalidade (à vida, ao corpo, etc.), estão aquelas relacionadas às normas que repelem e/ou sancionam o suicídio, o aborto e a auto-mutilação.

meramente ilustrativo, a extensa zona de abrangência das doutrinas fundadas sobre a idéia de *atribuição de um bem ao sujeito*, resta apenas destacar o quanto ela, essa idéia, tem de essencial ao conceito de direito subjetivo. Na experiência jurídica cotidiana, o dado mais aparente e revelador de um direito (no sentido subjetivo) está na vantagem que ele representa, ou seja, naquele conjunto de prerrogativas, faculdades ou poderes de atuação (utilização, renúncia, alienação, defesa, etc.) que aproveitam ao titular. Reduzir a isso, todavia, o conceito de direito subjetivo, implicaria ocultar que as possibilidades de agir (criticar a política do governo, construir ou plantar sobre a terra, ceder o crédito, contratar a edição de um livro, repelir a agressão, etc.) só existem como decorrência da reserva primeira do bem sobre que incidem ao sujeito que está autorizado a exercê-las. Realmente, numa sociedade civilizada, as prerrogativas jurídicas de aproveitamento dos bens da vida não se apóiam no arbítrio, na conquista pela força, mas no elo de propriedade reconhecida que vincula a coisa à pessoa. Embora relevantes, traduzindo a dimensão utilitária dos direitos subjetivos, as prerrogativas não deixam de ser uma consequência da atribuição do bem ao sujeito, não subsistindo à falta desta. Do que segue ser certo que, na caracterização do direito subjetivo, não é possível prescindir da idéia inicial de *um bem atribuído a alguém*. DABIN³⁷ estava, pois, pleno de razão ao considerar que exatamente nesse ponto se encontra o "coração do direito subjetivo".

1.4. DIREITOS SUBJETIVOS E DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

O direito subjetivo desempenhou até agora um papel fundamental nos debates da ciência jurídica. Poucos conceitos mereceram uma atenção tão constante ao longo dos tempos. Entretanto, questiona-

³⁷ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 108. A tradução é nossa. Na versão castelhana da obra de DABIN, lê-se: "[...] la idea de pertenencia nos introduce en el corazón del derecho subjetivo".

se atualmente o seu grau de relevância prática e teórica em razão da incorporação doutrinária e legislativa de tipos novos que não encontrariam correspondência nos dois modelos básicos de concepção romana, o *jus in rem* (direito real) e o *jus in personam* (direito pessoal de crédito). O declínio do conceito estaria então associado à sua incapacidade de absorver e explicar o fenômeno dos chamados *direitos transindividuais*, aí compreendidos os três grupos em que eles se distribuem: *direitos individuais homogêneos*, *direitos coletivos* e *direitos difusos*³⁸.

Essa leitura tem sua origem no preconceito de que *direito subjetivo* é sinônimo de *direito individual*, no sentido estrito de titularizado por uma só pessoa e incidente sobre um objeto que nenhuma outra possui em igual ou concomitantemente³⁹. A locução *direito subjetivo*, contudo, em sua significação mínima obrigatória, pretende sugerir apenas que um bem pertence a alguém, sendo *bem* o objeto do direito e *alguém* o sujeito do direito. De nenhum modo ela impõe pressupor que o objeto do direito tenha de ser heterogêneo (no sentido de que outras pessoas não tenham nada exatamente idêntico) ou exclusivo (no sentido de que outras pessoas dele não fruam conjuntamente), menos ainda que o sujeito haja de ser sempre um ente *individual*, quer uma pessoa física, quer uma pessoa jurídica.

³⁸ Segundo o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90, considera-se: a) como direitos difusos os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; b) como direitos coletivos os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e c) individuais homogêneos os decorrentes de origem comum.

³⁹ Tal preconceito é nítido, por exemplo, em MANCUSO, quando em obra sobre os interesses difusos, depois de já ter afirmado que "os interesses individuais estão na base do conceito de direito subjetivo", conclui: "Os interesses difusos situam-se, assim, no 'extremo oposto' dos direitos subjetivos, visto que estes apresentam como nota básica o 'poder de exigir', exercitável por seu titular, contra ou em face de outrem, tendo por objeto certo bem da vida. Ora, é justamente essa relação de titularidade do interesse e uma pessoa determinada que inexistem nos interesses difusos; sendo insuscetíveis de apropriação a título exclusivo, os interesses difusos caracterizam-se, justamente, com referir-se a uma série indeterminada de sujeitos" (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 45-83).

Na verdade, o *direito individual* (em sentido estrito) é somente uma das formas que o direito subjetivo pode assumir. Seus exemplos clássicos encontram-se realmente nos quadros dos direitos reais e dos direitos de crédito. Se, por exemplo, Maria recebeu por testamento o colar de ouro de sua querida avó materna, então a situação criada é a de um direito de propriedade individual: há um só titular para um bem único em suas características totais; sobre este, ninguém mais exerce domínio nem possui algo equivalente; outro talvez até tenha uma réplica, mas que, enquanto tal, será diferente do original. Numa terminologia mas próxima da linguagem dos processualistas, esses direitos individuais em sentido estrito podem ser chamados de *direitos individuais heterogêneos*.

O mundo dos direitos subjetivos não precisa terminar por aí, todavia. Note-se por bastante o seguinte. A liberdade de contratar⁴⁰ não cumula as características de *titularidade exclusiva* e *heterogeneidade objetiva*. Isso porque seu objeto é uma esfera de autonomia atribuída a todas as pessoas capazes, que a possuem separadamente e por igual. Assim, tal como se por obra da reprodução de milhões de exemplares perfeitos, ela resulta adquirida a título individual por muitos no mesmo espaço e tempo, sem que se verifique diferença de qualidade e quantidade no benefício dado a uns e outros. É tanto como dizer que, liberdade, cada um tem a sua, mas sendo ela a mesma para todos. Inequivoca então aqui a ocorrência de relações de atribuição entre um bem e alguém, só que sob o modo particular de apropriação particular de bem fungível. Daí tratar-se de *direito subjetivo*, embora do tipo *individual homogêneo*.

Também não há razão alguma que justifique excluir do quadro dos direitos subjetivos aquelas hipóteses modernamente referidas

⁴⁰ *Liberdade de contratar* aqui entendida em seu triplice aspecto: como liberdade de realizar ou não o contrato; de escolher com quem contratar; e de decidir o conteúdo do contrato, observados, naturalmente, os limites legais.

como de *direitos coletivos* e *direitos difusos*. Estas são duas categorias que gozam de grande prestígio em nossos dias, em que pese de contornos muito discutíveis. Se com elas, entretanto, se pretende simplesmente designar situações jurídicas em que vários indivíduos figuram como titulares concomitantes de um bem indivisível, parece certo que, outra vez, no interior desse raciocínio, é constatável a alusão ao laço de propriedade entre *sujeito* e *objeto*, com o detalhe de ser o sujeito *um grupo* e objeto *um todo*. Para quem admita a existência de *direitos coletivos* e *difusos* nesses termos, a presença da espinha dorsal do direito subjetivo como relação de atribuição entre algo e alguém não tem como não ser diagnosticada.

Mas é oportuno advertir que as noções de *direitos coletivos* e de *direitos difusos*, assim colocadas, não soam rigorosas. Esses direitos são, em realidade, apenas subdivisões dos *individuais homogêneos*, os quais, a nosso ver, podem ser desmembrados em pelo menos três classes menores quanto ao modo de fruição: *individuais homogêneos de proveito fático independente*; *individuais homogêneos de proveito fático coletivo*; e *individuais homogêneos de proveito fático difuso*. A liberdade de contratar entra no primeiro grupo porque, embora atribuída a todos por igual no plano normativo, não exige gozo simultâneo no plano fático. Um homem pode estar cerceado em sua prerrogativa de ir e vir em decorrência de uma detenção arbitrária, enquanto outro dela se beneficie normalmente. Isso significa que a liberdade tolera, no mundo dos dados empíricos, um proveito individual independente, em tese até exclusivo.

Nem sempre é assim, contudo. Há situações jurídicas que não são compatíveis com proveito fático isolado, mas apenas conjunto. Por exemplo: se uma norma, dando conseqüência ao direito geral à saúde, veda as emissões radioativas de antenas de telefonia celular em zonas residenciais de alta densidade, a vantagem efetiva resultante da sua

eventual observância numa determinada localidade não será jamais de uma só pessoa, mas necessariamente de um grupo mais ou menos numeroso delas. No plano normativo, o direito em causa é individual e homogêneo, porque a cada indivíduo foi assegurada a inviolabilidade de sua respectiva integridade física; a sua fruição, porém, é faticamente indivisível: ou todos juntos serão beneficiados ou todos juntos serão prejudicados, conforme a regra posta seja ou não respeitada.

Por isso que, no fundo, *coletivo* ou *difuso* pode ser o proveito fático, bem como o *interesse* correspondente, mas não o direito em sua titularidade. Sob tal perspectiva, a distinção entre *direitos coletivos* e *direitos difusos* reside apenas em que, nos primeiros, segundo as convenções doutrinárias dominantes, os indivíduos submetidos à fatalidade da fruição conjunta se encontram ligados entre si por uma *relação jurídica base* e, nos segundos, por meras *circunstâncias de fato*. Assim, em atenção ao exemplo anterior, se a autoridade municipal edita ato normativo liberando a instalação de antenas de telefonia celular em bairros populosos da cidade, viola o *direito difuso* dos munícipes; se, entretimentos, limita-se a autorizar a sua colocação em lote situado num condomínio residencial fechado, lesa o *direito coletivo* dos co-proprietários.

Capítulo 2

IMPLICAÇÕES LÓGICAS DA IDÉIA DE DIREITOS COMO RELAÇÕES ATRIBUTIVAS

SUMÁRIO: 2.1. Direito subjetivo e prerrogativa de disposição; 2.2. Direito subjetivo e correlação com um dever; 2.3. Direito subjetivo e possibilidade de coação.

2.1. DIREITO SUBJETIVO E PRERROGATIVA DE DISPOSIÇÃO

Embora essencial, a idéia de atribuição não esgota o assunto. Quando se observa a situação de alguém de quem se diz que tem um direito, desde logo se constata que a condição de titular implica sempre uma vantagem, que é justamente a possibilidade de tirar proveito do bem previamente reservado. Trata-se de um segundo aspecto que, conquanto ligado ao anterior por uma relação de dependência, nem por isso exerce um papel menor na composição do conceito de direito subjetivo. Ao contrário, sua importância é significativa, porque ele diz respeito à dimensão utilitária que acaba de ser apontada, sendo certo que o reconhecimento de que algo pertence a alguém, ou seja, o fato da atribuição, só tem valor à medida que cumpre o desígnio de servir a um fim prático. É precisa, portanto, a lição de GHESTIN e GOUBEAUX⁴¹ na parte em que, discernindo a respeito dos elementos do direito subjetivo, observam que o mesmo se compõe do *título (titre)* e do *emolumento (émolument)*, este significando a vantagem (*avantage*) e aquele a atribuição (*attribution*) que a legitima. O próprio DABIN já havia posto em realce essa dupla faceta do direito subjetivo ao defini-lo, no francês, pela palavra composta *appartenance-maitrise* (ou o *pertencer-domínio*).

⁴¹ GHESTIN, Jacques; GOUBEAUX, Gilles. *Traité de droit civil*, p. 145.

Vários autores destacam esse outro lado, por vezes dando a ele uma expressão central. Ross⁴², por exemplo, coerente com o método empírico que preside suas reflexões, vê nele "o ponto de partida de qualquer análise". Para ele, em primeiro lugar, "o conceito de direito subjetivo é usado para designar aquele aspecto de uma situação jurídica que é vantajoso para uma pessoa". Em geral, incidem na ênfase a esse ponto todos os teóricos que definem o direito subjetivo sob a inspiração do secular brocardo *ius est facultas agendi*⁴³, isto é, como uma *faculdade*, *prerrogativa* ou *poder de ação* conferido ao sujeito. Com efeito, em definições desse tipo, é sobretudo o efeito prático da atribuição, a vantagem, que aparece em relevo, uma vez que esta se revela sobretudo através das possibilidades de atuação do sujeito com relação ao bem da vida que lhe está destinado, vale dizer, através dos vários modos de agir sobre o bem que estão facultados ao titular para permitir um aproveitamento de acordo com certos interesses⁴⁴. Numa fórmula breve, pode-se caracterizar a vantagem que acompanha a atribuição como uma

⁴² ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, p. 169. Em sentido análogo, Pontes de MIRANDA escreveu que "para o jurista, direito tem sentido estrito: é a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático" (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, p. 226).

⁴³ É o caso das definições de GROPPALI, DEL VECCHIO, MAYNEZ e MALAURIE. A do primeiro: "Considerado sob este aspecto, isto é, pelo lado subjectivo, o direito aparece como o poder ou a faculdade concedida pelo sistema jurídico à vontade do homem, para satisfazer ou fazer valer um interesse próprio" (GROPPALI, *Introdução ao estudo do direito*, p. 119). A do segundo: "Pode assim definir-se o direito subjectivo, atendendo a estes elementos, como a *faculdade de querer e de pretender, atribuída a um sujeito, à qual corresponde uma obrigação por parte dos outros*" (DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*, p. 434). A do terceiro: "Derecho, en sentido subjetivo, es la posibilidad de hacer (o de omitir) licitamente algo (MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*, p. 16). A do quarto: "Les individus ont un certain nombre de prérogatives, leurs droits individuels, ce qu'on exprime souvent de manière plus technique, en disant que les sujets de droit ont des 'droits subjectifs' ". Traduzindo livremente para o português: "As pessoas têm um certo número de prerrogativas, são seus direitos individuais, o que se exprime frequentemente, de maneira mais técnica, dizendo que os titulares de direito têm 'direitos subjetivos'" (MALAURIE, Philippe. *Droit civil – introduction générale*, p. 35).

⁴⁴ Interesses que podem ser do próprio titular ou de uma outra pessoa, como no caso dos chamados *direitos-função*.

*prerrogativa de disposição*⁴⁵, entendida não no sentido estrito de poder de alienar, mas no de possibilidade garantida ao dono de fazer uso do bem conforme à vontade sua ou daquele que, em certas situações (incapacidade, ausência, etc.) age em seu nome, o representante.

Nesse sentido, a prerrogativa de disposição abriga uma série de possibilidades para o titular do direito. Entre elas, considerando o direito positivo brasileiro, incluem-se, para o proprietário de coisa material, as de utilizá-la, construir sobre ela, transformá-la, dá-la em locação, defendê-la contra as turbações de terceiros ou aliená-la a título gratuito ou oneroso; para o credor hipotecário, as de exigir o crédito, cedê-lo ou dá-lo em caução de uma dívida sua com outrem; para o credor comum, as de reclamar ou não o cumprimento da prestação, remitir a dívida, fazer dação em pagamento com o crédito, cedê-lo *pro solvendo* ou *pro soluto* ou compensá-lo; para o proprietário de bens imateriais, como o autor de trabalho literário, as de conservar a obra inédita, modificá-la antes ou depois da publicação, retirá-la de circulação quando tal implicar ofensa à sua reputação, autorizar a reprodução, edição, adaptação, etc.; para a pessoa humana, como dona de um *âmbito existencial próprio*⁴⁶, podem ser citadas as de doar partes do corpo para fins terapêuticos, em vida ou após a morte, de negar o consentimento para reprodução da imagem, de optar por expressar um pensamento em público ou em círculo íntimo ou de simplesmente refugiar-se na intimidade do lar para evitar o assédio muitas e tantas vezes abusivo dos profissionais de comunicação.

Para efeitos de exposição sistemática, pode-se dizer que a soma das possibilidades inscritas na prerrogativa de disposição compõe o

⁴⁵ Cf.: DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 111.

⁴⁶ *Âmbito existencial próprio* é expressão utilizada por LARENZ para indicar o bem que, em sentido genérico, corresponde ao sujeito no caso dos direitos de personalidade (LARENZ, *Derecho civil, parte general*, p. 274).

conteúdo de cada direito subjetivo, enquanto que o bem sobre o qual elas podem ser realizadas constitui o respectivo *objeto*⁴⁷. É sobretudo importante recordar, todavia, que essas possibilidades (ou faculdades, prerrogativas, poderes) não são irrestritas, nem estão submetidas à definição dos interessados, mas antes têm a sua extensão delimitada pelos princípios e regras que disciplinam cada situação jurídica, segundo a interpretação que venha a ser acolhida neste ou naquele local e época. Assim é que, dependendo da orientação que prevaleça num determinado ordenamento, o direito de propriedade pode não implicar a faculdade de deixar o terreno rural inculto; o direito à vida pode não albergar a faculdade de suicidar-se; o direito ao corpo pode não autorizar a faculdade de abortar; o direito de crédito pode não justificar a faculdade de transferir uma obrigação de natureza alimentar, e daí por diante. Assim, se todos os direitos subjetivos abrem um leque maior ou menor de perspectivas, o poder de ação do titular fica circunscrito aos modos legítimos de aproveitamento que integram o conteúdo próprio de cada um deles.

Nesse ponto, é interessante ponderar que, sob esse aspecto, o direito subjetivo não se confunde com o exercício das prerrogativas que o integram. De fato, independentemente de haver ou não uma atuação efetiva, o direito subjetivo já existe como uma possibilidade garantida de agir, ou como um conjunto de ações possíveis, não necessariamente postas em prática. Para reconhecer a existência de um direito subjetivo, basta então, no que concerne ao ponto em debate, que o bem esteja à disposição da vontade do titular, com reserva dos limites próprios do conteúdo de cada espécie particular, pouco importando se é quando far-se-á ou não o uso consentido. Cabe notar que o núcleo das objeções

⁴⁷ Cf.: GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao estudo do direito*, p. 166. Cf. também: RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, p. 799-800.

à teoria do direito subjetivo como *poder da vontade*, de WINDSCHEID, reside justamente na crítica de não-discernimento entre o direito como *poder da vontade em potência* ou virtual e o direito como *poder da vontade em ato* ou atual⁴⁸, vale dizer, entre o direito como mera possibilidade de agir e exigir e o direito como atuação ou exigência efetiva.

⁴⁸ São as seguintes as objeções em geral dirigidas à teoria da vontade, de WINDSCHEID: 1) O direito subjetivo pode existir a despeito de qualquer vontade real ou de qualquer manifestação de vontade do titular. Assim é que, a adotar-se tal doutrina, só poderiam ter direitos subjetivos as pessoas dotadas de vontade em sentido psicológico e não haveria como justificar-se a atribuição de direitos aos incapazes (loucos, menores impúberes, etc.), ao nascituro e às pessoas jurídicas, que, embora desprovidos de vontade perfeita, são titulares de direitos. Em termos mais precisos, há que se distinguir entre a *capacidade de direito*, isto é, a capacidade de ser titular de um direito em uma relação jurídica, e a *capacidade de fato*, é dizer, a capacidade de uma pessoa adulta e normal para exercer seus direitos. Ademais, o sujeito ativo pode recusar-se a exercer seu direito (a exemplo do credor que não se dispõe a cobrar a dívida), mas nem por isso perde a faculdade que uma norma lhe atribui. A essência do direito em nada é afetada pelo fato de não ser ele exercido por qualquer motivo. É comum afirmar-se, por isso, que WINDSCHEID confundiu o direito com o seu exercício: a vontade do titular de um direito subjetivo é necessária para a sua execução, mas esta pressupõe, logicamente, o direito e é distinta dele; 2) Pode existir direito subjetivo ainda que o titular ignore sua existência, como, por exemplo, no caso dos ausentes; 3) A doutrina da vontade não dá conta dos chamados *direitos de liberdade* (tais como o direito à vida, à integridade física, à liberdade de locomoção, etc.), os quais são conferidos pelo ordenamento jurídico em atenção a razões superiores, sem que seja necessária qualquer manifestação de vontade do titular para que os demais se achem obrigados a respeitá-los; 4) Há direitos cuja renúncia não produz qualquer efeito jurídico, tais como os direitos trabalhistas; 5) É também im procedente a tentativa posterior de reformulação da teoria, em que WINDSCHEID afirma que a vontade que define o direito subjetivo é a "vontade do ordenamento jurídico" e não a do titular do direito. Com isso, a doutrina nega seu próprio ponto de partida, que pretendia justamente marcar a distinção entre o direito objetivo e o subjetivo a partir da oposição entre a vontade real-psicológica do indivíduo, por um lado, e o ordenamento jurídico, por outro. Através da identificação do direito subjetivo com a vontade do ordenamento, chega-se à supressão daquele ou à assimilação dos dois aspectos que se vinha buscando distinguir, pois se há uma única vontade - a do ordenamento jurídico - esta orientará não só a norma, mas também as faculdades subjetivas que concede. Além disso, a expressão "vontade do ordenamento jurídico" é deveras frágil, não passando de uma metáfora, incapaz de fundar a essência do direito. Com efeito, a vontade é uma característica psicológica, propriamente humana, sendo inadequado atribuí-la ao ordenamento jurídico, que, enquanto conjunto de normas que é, carece de "vontade". A propósito, cf.: AFTALIÓN, Enrique; OLANO, Fernando G.; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*, p. 276-279; CABRA, Marco G. M. *Introducción al derecho*, p. 177-178; DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 70-81; DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 226; GARDIOL, Ariel Álvarez. *Introducción a una teoría general del derecho*, p. 70-71; MONTORO, *Introdução à ciência do direito*, p. 443-444; MOUCHET, Carlos; Becú, Ricardo Zorraquín. *Introducción al derecho*, p. 144-145; RÃO, *O direito e a vida dos direitos*, p. 541-544; REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 249-251.

Por último, uma ressalva é necessária. Diversamente da maioria dos direitos subjetivos, cujo conteúdo compreende verdadeira *facultas agendi*, há aqueles que não são exercitáveis através de ações praticadas pelo titular. É o que ocorre, por exemplo, com o direito à inviolabilidade do domicílio, que se caracteriza meramente (do ponto de vista do bem atribuído) como uma *esfera de imunidade*, e não como uma *esfera de autonomia* (caso da liberdade de contratar). Nessas situações subjetivas, o titular não dispõe de um *poder de ação* sobre o bem, apenas pode dele fruir passivamente enquanto não se verifica a indevida violação. Daí que, em tal contexto, parece não ter cabimento pretender separar, esquemática e logicamente, as noções de *atribuição de um bem* e de *prerrogativa de disposição*, pois as duas instâncias se resolvem numa única dimensão. O sujeito do direito aí não o exerce atuando sobre o objeto que lhe foi reservado, valendo-se destas ou daquelas faculdades, mas dele se aproveita sem atuar, enquanto simples e somente o tem.

2.2. DIREITO SUBJETIVO E CORRELAÇÃO COM UM DEVER

Na vida em sociedade, a atribuição de um bem ao sujeito, com as inerentes prerrogativas de aproveitamento, implicando sempre uma forma de propriedade em sentido amplo, deriva ainda uma outra consequência. Vista pelo lado da coexistência social⁴⁹, que é o âmbito próprio da experiência jurídica, a situação do titular se apresenta como uma esfera inviolável, quer dizer, composta de *um ter* e *um poder* que se impõem ao acatamento dos demais. Daí uma terceira noção importante ao conceito de direito subjetivo, a de que à reserva do bem à pessoa

⁴⁹ Para DABIN, nesse caso, considera-se o direito subjetivo desde o ponto de vista externo, ou seja, frente aos outros. DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 116.

corresponde sempre um dever ou obrigação⁵⁰ de respeito por parte de outros.

Em relação a qualquer tipo de direito subjetivo, esse dever de respeito importa, em primeiro lugar, um comportamento de abstenção. É o dever genérico de não praticar qualquer ação que ameace, embarace ou frustrar o exercício pelo titular. Seus destinatários são, em segundo lugar, todas as pessoas indistintamente consideradas, podendo-se traduzir essa

⁵⁰ Como a palavra *direito*, também a palavra *obrigação* é polissêmica. No sentido a ela atribuída no texto acima, ela aparece simplesmente como sinônimo de dever. Todavia, esse não é o seu único significado possível, embora seja talvez o mais comum. Na linguagem técnica e peculiar do Direito das Obrigações, entendido seja como disciplina da ciência do direito, quer como quadro normativo de um sistema de leis positivas, a palavra *obrigação* tem uma significação bastante diferente dessa que em geral lhe emprestam os usos correntes. Realmente, a situação jurídica que se pretende representar com aquela corriqueira expressão, a princípio de tão fácil entendimento, é algo tão estranho ao sentido vulgar que razão tinha mesmo PONTES ao objetar que muito melhor teria sido se tivessem dado outro nome à obrigação do Direito das Obrigações (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, p. 7). Instituição de direito talvez de incomparável excelência e importância, a obrigação pode ser traduzida, na fórmula breve de VARELA, como a "relação jurídica por virtude da qual uma pessoa pode exigir, no seu interesse, determinada prestação de uma outra, ficando esta vinculada ao correspondente dever de prestar" (VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*, p. 57). A primeira evidência que decorre dessa definição é a de que, no sentido particularmente técnico do Direito das Obrigações, o termo *obrigação* não designa o dever imposto a um das partes da relação jurídica, antes compreendendo a idéia de liame entre dois sujeitos, de ligação entre pólos extremos, de comprometimento entre pessoas. De fato, a obrigação como categoria do Direito das Obrigações não se esgota na noção de dever que recai sobre quem está adstrito ao cumprimento de uma dada prestação. Ela não é a quantia que o comprador deve pagar, nem a coisa que o vendedor deve entregar. Não é só a dívida, o débito. Não é o encargo, a tarefa, a incumbência. Ela é o conjunto de direitos e deveres que se debatem em torno do vínculo que liga credor e devedor. Seu conteúdo é tanto o dever de prestar que pesa sobre os ombros do sujeito passivo quanto o poder de impor a observância deste que é atribuído ao sujeito ativo. A obrigação é, enfim, nessa dimensão, por assim dizer, uma situação jurídica que compreende a presença de duas pessoas em posições diferenciadas, uma delas compelida a prestar algo do interesse da outra, que por sua vez dispõe de meios para forçar legitimamente o cumprimento. Muitas vezes, como no caso das vinculações nascidas de contratos bilaterais, ambas as partes da relação são ao mesmo tempo credoras e devedoras, à medida que tanto devem algo como algo têm a receber, não sendo a obrigação menos do que a totalidade dessa situação jurídica complexa. É o caso típico da relação derivada da compra e venda. No sentido técnico e estrito do Direito das Obrigações, pois, a palavra *obrigação* designa uma relação ou situação jurídica, daí a sua normal qualificação com vínculo jurídico desde os primórdios do direito romano. Inúmeras vezes, no entanto, não só no uso vulgar, mas inclusive no discurso doutrinário e legislativo, a expressão é utilizada para designar simplesmente o dever de um dos participantes da relação jurídica obrigacional.

implicação pela noção de oponibilidade *erga omnes*. Essas são duas características que costumam aparecer unificadas na expressão *obrigação passiva universal*. Uma tradicional lição, inspirada na classificação dos direitos subjetivos em *absolutos* e *relativos*, ensina que uma obrigação com tal conteúdo se encontra apenas no caso dos primeiros, entre os quais estariam os direitos sobre coisas e os direitos de personalidade. Mas este ponto de vista é inexato, porque também os *direitos de estrutura relacional*, ditos relativos, impõem aos terceiros estranhos à relação entre credor e devedor uma conduta omissiva, vedando-lhes uma interferência prejudicial ao livre desenvolvimento do vínculo alheio⁵¹. Sob esse enfoque, pois, todos os direitos subjetivos são correlativos de um dever geral negativo, expresso no milenar preceito de *alterum non laedere*, de ULPIANO⁵².

É certo, entretanto, que, quanto aos *direitos de estrutura relacional*, o problema da intersubjetividade assume feição própria. Aqui, somando-se à *obrigação passiva universal*, existe ainda o dever especial imposto ao sujeito passivo da relação jurídica, individualmente considerado, determinando-lhe que realize uma conduta especificamente devida, que é a prestação. E assim é, naturalmente, por causa da estrutura e do objeto desses direitos, que envolvem um vínculo *inter partes* e uma dívida peculiar. Por isso que, ao credor numa relação contratual, corresponde não só um imperativo de inviolabilidade frente a terceiros, mas também e principalmente uma pretensão que se dirige exclusivamente contra o devedor. O *dever de prestar*, nesse caso, tanto pode ser positivo quanto negativo (um *fazer*, um *dar* ou um *não-fazer*) e, na verdade, está já contido na idéia inicial de atribuição, porque é ele mesmo o bem desde logo reservado ao titular. A rigor, não se trata de um dever correlato do

⁵¹ No mesmo sentido, cf.: GHESTIN e GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, p. 175-176. E, mais enfático ainda: ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, p. 192-193.

⁵² *Institutas*, Livro Primeiro, Título I, § 3; *Digesto*, Livro Primeiro, Título I, § 10. CORPUS IURIS CIVILIS.

nexo de propriedade entre o bem e o sujeito, mas de um dever que constitui o próprio objeto da atribuição. De qualquer sorte, não estará incorreto considerá-lo como correlativo, senão do plano do *pertencer*, ao menos da faculdade de exigir o respectivo cumprimento.

A correlação entre o direito de um e o dever de outro prende-se à tese, secularmente repetida, da bilateralidade da norma jurídica, em contraste com a natureza da norma moral, que seria unilateral. Norma jurídica e norma moral são tidas, ambas, como espécies de normas éticas, entendidas como prescrições de *dever-ser*, à diferença das leis físicas, que são descritivas de uma relação causal⁵³. Diferem contudo, segundo DEL VECCHIO, porque aquilo que a moral preceitua dirige-se só àquele que deve atuar, ao passo que o direito (em sentido objetivo), enquanto cria uma possibilidade a um sujeito, aos outros impõe uma necessidade⁵⁴. Seria possível, sem dúvida, polemizar quanto ao acerto desse critério de distinção entre a norma moral e a norma jurídica, mas este não é o lugar para tanto. Como quer que as coisas se passem realmente nos quadrantes da ordem moral, o que interessa acentuar agora é apenas que, nos domínios da experiência jurídica, o caráter bilateral das regulações é bastante nítido e tem sido reconhecido por importantes autores.

A propósito, lê-se em BOBBIO: "Em outras palavras, direito e

⁵³ A distinção entre o caráter prescritivo das normas éticas e o caráter descritivo das leis físicas fica clara partindo de um famoso exemplo de Kelsen. Uma lei física enuncia: "se um corpo metálico é aquecido, ele se dilatará". Aqui, a norma não dita um comportamento a ser observado, mas descreve uma relação de causa e efeito. Ela não prescreve *algo que deva ser*, mas descreve *algo que inevitavelmente será* (Kelsen, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 29). De modo diverso, uma norma ética diz: "honra teu pai e tua mãe". Nesse caso, a norma não descreve uma relação necessária, mas indica um comportamento esperado, que tanto pode vir a ser observado como não, caso em que a norma restaria violada. Daí falar-se em prescrição de *dever-ser*. A mesma idéia pode ser encontrada em RADBRUCH, quando o autor distingue entre as "leis do precisar" e as "leis do dever". A propósito, cf.: RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*, p. 1.

⁵⁴ DEL VECCHIO, *Lições de filosofia do direito*, p. 363.

dever são as duas faces da relação jurídica, que não podem estar uma sem a outra. Dizer que o direito permite e não ordena seria como ver o fenômeno jurídico desde um só ponto de vista, e não aceitar, por conseguinte, que o direito permite só enquanto ao mesmo tempo ordena"⁵⁵. E também em RADBRUCH⁵⁶: "Da validade do direito na vida social, [...] deriva ainda [...] que o seu conteúdo não pode deixar de ser formado por relações jurídicas, e que estas, por sua vez, o são por deveres e pretensões [...]. Não é concebível uma 'ordem jurídica' que não possa decompor-se em relações jurídicas e, portanto, em direitos e obrigações dos homens uns para com outros". E ainda em MAYNEZ⁵⁷: "As normas jurídicas são bilaterais porque impõem deveres correlativos de faculdades ou concedem direitos correlativos de obrigações. [...] A regulação jurídica é uma conexão de dois juízos, reciprocamente fundados, um imperativo e outro atributivo". Como se pode perceber, são opiniões de pensadores expressivos, que espelham uma doutrina bastante antiga e de amplo consenso⁵⁸.

É curioso observar que, justamente a partir dessa idéia de correlação com um dever, Kelsen apresentou sua famosa objeção à noção tradicional de direito subjetivo. De fato, entendendo a norma jurídica, ao menos em sua função mais freqüente, como um ato de autoridade cujo sentido é a prescrição sancionável de uma ação ou de uma omissão a alguém, Kelsen inevitavelmente tendeu a acentuar, como conteúdo normativo essencial, o dever de agir ou omitir que pesa sobre a

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, p. 83. A tradução é nossa.

⁵⁶ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, p. 95.

⁵⁷ MAYNEZ, *Introducción al estudio del derecho*, p. 15-17. A tradução é nossa.

⁵⁸ Registre-se, nesse ponto, a seguinte anotação de VASCONCELOS: "A propriedade de ser bilateral da norma, isto é, sua referibilidade a dois lados (*bis + lateralis*), advém-lhe da própria natureza do Direito, de que ela é expressão formal. Isso se evidencia ao tomarmos qualquer conceito de Direito, que alcance sua essencialidade, seja a 'proportio ad alterum', de Tomás de Aquino, a 'hominis ad hominem proportio', de Dante, o 'querer entrelaçante', de Stammler, a 'conduta em interferência subjetiva', de Carlos COSSIO, ou a 'bilateralidade-atributiva' de Miguel REALE" (VASCONCELOS, *Teoria geral do direito*, p. 150).

pessoa a quem a conduta é coercitivamente imposta. Daí tirou uma conclusão em larga medida aceitável, mas não totalmente exata.

Para ele⁵⁹, aquilo que normalmente se concebe como o direito de um sujeito não é mais do que mero reflexo do dever imputado a outrem. Assim, por exemplo, no caso de um contrato de compra e venda, o direito do comprador de receber a coisa não é algo diferente do dever do vendedor de fazer-lhe a tradição. Em rigor, o conteúdo do direito é precisamente a conduta devida, isto é, a ação imposta pela norma que sanciona o inadimplemento dos compromissos livremente celebrados. O que muda é apenas o ângulo de visão. "O direito de um é o dever do outro, considerado do ponto de vista daquele frente ao qual está este dever".

Com esse argumento, Kelsen evidentemente contestou o direito subjetivo como objeto dado isoladamente ao conhecimento⁶⁰. Seu raciocínio não é, porém, incensurável. Para começar, parte do pressuposto de que, em sede de normas jurídicas que posicionam sujeitos contrapostos, é possível estabelecer com segurança a anterioridade do dever em relação ao direito. Mas esta é uma questão inconcludente, senão pela via de uma decisão de arbítrio. E, arbítrio por arbítrio, nada impede se convençione ser a norma jurídica, em seu padrão mais comum, um ato de autoridade cujo sentido é, não a imposição de um dever de agir, mas

⁵⁹ Kelsen, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 174.

⁶⁰ Deve-se observar, contudo, que apesar de negar a doutrina tradicional, Kelsen admite que se use a expressão direito subjetivo em outros diversos sentidos, como por exemplo, em especial, para designar um poder jurídico, isto é, "o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de um dever jurídico" (Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 149), ou o poder jurídico de "instaurar o procedimento que conduz à sanção" (Ibidem, p. 140). Sendo assim, o pensamento de Kelsen, se em parte realmente se distancia da doutrina comum, por outro lado ainda assim admite outras significações para a categoria direito subjetivo. A teoria negativa de Kelsen tem, portanto, um caráter relativo, diversamente da de Duguit, que é posta em termos absolutos, isto é, não aceitando qualquer espécie de significação para a categoria direito subjetivo.

a atribuição de um poder de exigir, de modo que, em verdade, não seria o direito um reflexo do dever, mas antes o dever um reflexo do direito.

Essa disputa é sem interesse, entretanto. O que importa afirmar realmente é que, embora inegável a simetria entre conduta devida e conduta exigível, nem por isso o direito se reduz todo ao dever. No universo das obrigações, por exemplo, o crédito é *poder de exigir* e, como tal, se bem autoriza o credor a reclamar o pagamento, também lhe possibilita conceder moratória ou perdão, e é por demais óbvio que tais prerrogativas, integrando o conteúdo do direito, não são meramente uma imagem refletida da ação imposta ao obrigado. Antes, são faculdades autônomas atribuídas a quem ocupa o pólo ativo da relação, por onde se vê que direito e dever não são posições inteiramente confusas.

Mas mesmo que assim não fosse, e mesmo reconhecendo não só o elevado grau de correlação entre direito e dever, como também a precedência ou prioridade temporal do dever sobre o direito, cumpre perceber que o pensamento de Kelsen de nenhum modo retira importância à categoria dos direitos subjetivos para o estudo científico. Se os direitos são somente reflexos dos deveres que constituem o conteúdo de sentido das normas, então é evidente que a elaboração do conceito correspondente se mostra teoricamente útil e cabível, porquanto por esse caminho não se faz menos do que apresentar o fenômeno jurídico-normativo desde um dos seus pontos de observação possíveis.

2.3. DIREITO SUBJETIVO E POSSIBILIDADE DE COAÇÃO

À medida que a idéia de correlação remete a um comportamento juridicamente devido em face de alguém a quem se reconhece a titularidade de uma esfera *reservada, proveitosa e inviolável*, segue daí uma outra resultante necessária, sem a qual todos os predicados

anteriores quedariam comprometidos. Trata-se de um elemento do conceito de direito subjetivo ligado à eventual necessidade de reação à inobservância do dever prescrito, quer consumada quer apenas iminente. Numa só palavra, pode-se dar a ele o nome de *coatividade*, no sentido de *possibilidade do emprego da coação*, entendendo-se por *possibilidade* não a qualidade do que é suscetível de acontecer no plano factual, mas de um evento que está autorizado no plano jurídico; e por *coação*, desconsiderando a questão no que concerne ao direito penal, a prática de certos atos externos destinados a evitar ou anular a conduta contrária à devida ou a eliminar ou compensar seus malefícios, mesmo contra a vontade do ofensor obrigado e, em geral, com o uso de força física, de acordo com sanções previamente estabelecidas pelo grupo social⁶¹.

KANT, antes de todos os teóricos da ciência jurídica que começa a se formar nas últimas décadas do século XIX após o ocaso da escola do direito natural, já apontava em texto de 1797 a íntima conexão entre as liberdades jurídicas e a faculdade de exercer a coação. No seu pensamento, uma ação é considerada conforme ao direito (sentido objetivo) quando traduz o exercício de uma liberdade conciliável com a liberdade (sentido subjetivo) que a todos os demais se concede. Textual: "Uma ação é conforme ao direito quando, segundo ela ou segundo sua máxima, a liberdade do arbítrio de cada um pode conciliar-se com a liberdade de todos, segundo uma lei geral". Daí a célebre definição KANTiana do direito como "o conjunto de condições sob as quais o arbítrio

⁶¹ A definição de coação aí exposta leva em consideração a noção de *sanção externa e institucionalizada* proposta por BOBBIO como característica própria das normas jurídicas. A propósito, cf.: BOBBIO, *Teoría general del derecho*, p. 110-112. Nesse conceito de coação acima formulado cabem, por exemplo: a execução de uma liminar de busca e apreensão; a execução de uma sentença condenatória de ressarcimento de danos; o cancelamento por determinação judicial de um registro imobiliário indevido; a execução de um despejo por falta de pagamento; a execução de uma ordem de reintegração de posse; a prática de atos em legítima defesa ou em desforço contínuo e imediato; etc.

de um pode conciliar-se com o arbítrio do outro, segundo uma lei geral". Em contrapartida, para o filósofo, revela-se contrária ao direito toda ação que porventura crie obstáculos ao exercício individual da liberdade que se contém nos limites da lei geral de liberdade, pois uma tal ação, impedindo o exercício de uma liberdade legítima, é em si mesma inconciliável com aquela mesma lei geral, excedendo os limites da liberdade a todos igualmente concedida. Para KANT⁶², a coação é uma forma de resistir aos obstáculos postos à liberdade conforme ao direito, razão pela qual conclui que a coação que se opõe ao impedimento ilegítimo coincide com a liberdade legítima. Por isso, para ele, "a coação é conforme ao direito", ou, mais incisivo, "direito e faculdade de coação significam, portanto, uma e a mesma coisa", ou, dito ainda de uma outra forma, "todo direito em sentido estrito (*ius strictum*) está unido à faculdade de exercer a coação".

Depois de KANT, essa mútua implicação tem sido em geral admitida pelas mais prestigiadas doutrinas, ainda que com possíveis variações de sentido. Exemplo paradigmático são os estudos clássicos de IHERING⁶³. Neles, ela aparece claramente assinalada em duas passagens marcantes. Primeiro quando, destacando-lhe o caráter de indispensável, ele afirma, a propósito do direito objetivo, que um preceito não coercivo "é um fogo que não queima, uma tocha que não brilha"; depois quando, dando ênfase à função de garantia, formula a sua conhecida definição do direito subjetivo como um "interesse juridicamente protegido", somente em parte superada⁶⁴. Modernamente, entre tantos outros, LATORRE⁶⁵ igual-

⁶² KANT, Immanuel. *Introducción a la teoría del derecho*, p. 46, 47, 48 e 51. A tradução é nossa.

⁶³ IHERING, Rudolf Von. *El fin en el derecho*, p. 159. A tradução está de acordo com aquela feita por Manoel de ALARCÃO a propósito de citação igualmente transcrita em: GROPPALI, *Introdução ao estudo do direito*, p. 52.

⁶⁴ Quer dizer: superada na parte relativa ao elemento "interesse". Das muitas objeções geralmente dirigidas à teoria do interesse, de IHERING, destacam-se as seguintes: 1) A

mente acolheu a lição, observando que o que caracteriza as determinações jurídicas não é só o reconhecimento da sua obrigatoriedade, "mas o serem acompanhadas da possibilidade de sua imposição".

Melhor do que ninguém, todavia, foi Kelsen quem sustentou, com um argumento novo, a relação essencial entre um dever jurídico e o aspecto da coatividade. Para ele, uma conduta considera-se juridicamente imposta somente e precisamente porque à conduta oposta está ligada a previsão de um ato de coação como sanção. Não fosse por isso, de modo algum tratar-se-ia de um dever jurídico em sentido estrito⁶⁶. Com efeito, escreve, "se o legislador impusesse a restituição de uma dívida de empréstimo ou proibisse o furto sem ligar uma sanção à não-restituição da

doutrina do interesse peca ao definir o direito pelo seu fim. Seu vício metodológico reside em situar a essência do direito subjetivo em um elemento absolutamente não jurídico, como é o interesse, e que sem a devida proteção jurídica não passa de um estado de fato, de utilidade ou satisfação. Em outros termos, o interesse é elemento *pré-jurídico*, é dizer, constitui a razão ou a finalidade do direito, mas não é, em si mesmo, o direito subjetivo; 2) Mais importante que o elemento "interesse" é a proteção jurídica: se esta não existe, não há direito subjetivo; se, ao contrário, existe proteção jurídica, não há necessidade de investigar se no caso concreto há interesse, pois a comunidade, através da norma, já determinou que existe, na hipótese, direito subjetivo; 3) Direito e interesse não estão necessariamente associados, não só porque o titular de um direito pode simplesmente não ter interesse em exercê-lo, mas também porque há muitas situações em que o titular do interesse, ou seja, aquele a quem aproveita o benefício ou a vantagem do direito, não é o titular do direito subjetivo. É o caso, por exemplo, da propriedade gravada com encargo; 4) Existem interesses protegidos pelo ordenamento jurídico que não constituem direitos subjetivos, pois não se concede qualquer pretensão a quem quer que seja; 5) O critério do interesse faz depender a existência do direito subjetivo da apreciação particular de cada um. A norma, contudo, adota um parâmetro francamente objetivo, pois atribui bens não em função da utilidade ou conveniência do titular, mas porque entende que tais bens lhe correspondem por um imperativo de justiça. Quanto às críticas a IHERING, cf.: AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA, *Introducción al derecho*, p. 279-281; CABRA, *Introducción al derecho*, p. 179; DABIN, *El derecho subjetivo*, p. 83-90; DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 226-227; GARDIOL, *Introducción a una teoría general Del derecho*, p. 72; MONTORO, *Introdução à ciência do direito*, p. 444-446; MOUCHET e BECÚ, *Introducción al derecho*, p. 145-146; RÃO, *O direito e a vida dos direitos*, p. 548-553; REALE, *Lições preliminares de direito*, p. 251-252.

⁶⁵ LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*, p. 40.

⁶⁶ Discorrendo sobre as possíveis definições de dever, CORREAS observa que o sentido mais conforme à nossa experiência cotidiana é precisamente o indicado acima. Textual: "[...] que algo é 'devido' quer dizer que, se não se cumpre, o mais provável é que se produza uma sanção". CORREAS, Óscar. *Teoría del derecho*, p. 62. A tradução é nossa.

dívida ou à perpetração do furto, exprimiria ele apenas um desejo juridicamente irrelevante, sendo a não-restituição da dívida ou a omissão do furto juridicamente não-imposto"⁶⁷. A novidade do argumento de KELSEN está na inversão que ele propõe. No pensamento tradicional, a sanção, enquanto ato de coação estatuído para o caso de violação, é uma conseqüência do ilícito jurídico; para KELSEN, contudo, cuida-se de um elemento constitutivo deste, porque é apenas o fato de acarretar uma sanção que qualifica uma dada conduta como juridicamente ilícita. A possibilidade do exercício da coação aparece então não como um meio de salvaguarda dos preceitos que estabelecem deveres de conduta, mas antes como o pressuposto de sua qualificação como jurídicos. Essa é uma idéia central da teoria jurídica kelseniana, afirmada reiteradamente⁶⁸.

Nessa linha de raciocínio, a coatividade não pode deixar de ser reconhecida como um caractere que se soma a todos os demais na composição do conceito de direito subjetivo. Realmente, se à atribuição do bem ao sujeito, contemporânea de um poder de disposição, correspondem deveres gerais ou especiais, negativos e positivos, necessariamente coercíveis, pena de não constituírem condutas que possam ser tidas como juridicamente impostas, a possibilidade de que sejam executados atos de coação legalmente sancionados, em favor do titular eventualmente lesado e contra o devedor delinqüente, é um elemento indissolúvel da noção. Isso é verdade, sobretudo, quando se trata de buscar um conceito de direito subjetivo que não só possa corresponder ao sentido normal da linguagem técnica das regulações legislativas como esteja baseado na seleção de traços que evidenciem a sua

⁶⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, p. 123.

⁶⁸ A propósito, cf.: KELSEN, *Teoria geral das normas*, p. 30, 122, 123 e 182; *Teoria pura do direito*, p. 28, 36, 54, 68, 124, 125, 126, 128 e 129; *Teoria geral do direito e do estado*, p. 55 e 63. Sobre o confronto entre a doutrina tradicional, da coação como meio de fazer valer o direito, e a posição de KELSEN, da coação como elemento constitutivo do direito, cf.: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 151-159.

especificidade em relação a outras distintas categorias, ainda que próximas. Do contrário, se não se acolhe a coatividade como uma qualidade típica do direito subjetivo e algo que lhe dá a sua ímpar significação, corre-se o risco de designar sob a mesma expressão duas realidades muito diferentes, como são as *situações subjetivas abertas à coação* e as *situações subjetivas não abertas à coação*⁶⁹, caso daquelas posições correlativas das chamadas obrigações naturais e morais (dívida de jogo, dívida prescrita, dever de solidariedade, de cortesia, etc.) e outras situações porventura equivalentes.

Vale referir que, entre nós, BEVILÁQUA⁷⁰ reconheceu sem hesitação a coatividade como inerente ao direito subjetivo, afirmando, em breve texto sobre a filosofia jurídica de DEL VECCHIO, que este se compõe de dois aspectos: "um interno, consistente na possibilidade de agir na conformidade e dentro dos limites do imperativo; outro, exterior, denotando a impossibilidade de qualquer empecilho e, correspondentemente, a possibilidade para o sujeito de reagir contra a violação".

Fica estabelecido então que direito subjetivo, em sentido próprio (ou estrito, forte, típico, perfeito, completo, etc.), é só aquele coativamente defensável. Mas é preciso entender bem o significado dessa afirmação. Atualmente, a imposição coativa de um direito normalmente supõe uma sanção prevista em abstrato para a hipótese de violação, uma ação ajuizada pelo titular ou por quem o represente, uma decisão judicial favorável ao autor e, geralmente, um ato de força praticado por agentes do poder público no processo de execução (a apreensão da coisa e sua venda em praça pública, por exemplo). O direito subjetivo, no

⁶⁹ Entendendo coação no sentido do conceito há pouco proposto, excludente das noções de coação moral e/ou social (isto é, interna e/ou desorganizada).

⁷⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *A filosofia jurídica na Itália: Giorgio Del Vecchio*. In: DEL VECCHIO, Giorgio. *A justiça*, Prefácio.

entanto, não se confunde com a ação judicial nem com o ato coativo, que são eventos dele destacados. O que caracteriza o direito subjetivo e participa do seu conceito é, como ficou dito, a possibilidade da coação, não a sua deflagração ou efetivação. Um credor lesado por inadimplemento pode muito bem ficar inerte diante da ofensa e deixá-la impune, mas ainda assim seu direito continua sendo o seu direito pelo só fato de ser a imposição coativa uma alternativa virtual. O mesmo vale para os casos em que, excepcionalmente, vigora o regime de autotutela (legítima defesa, desforço contínuo e imediato, etc.). Nessas situações, mesmo que o prejudicado não produza ele próprio a reação coativa que lhe está autorizada como sanção contra o agressor, o direito existe à margem dessa eventualidade na simples possibilidade jurídica de reagir.

Por outro lado, é preciso ainda ressaltar que não é a *possibilidade de ação*⁷¹ que tipifica o direito subjetivo, mas a *possibilidade de coação*, o que é bem diferente. Nos sistemas jurídicos remotos, dominados pelo princípio da autotutela, por mais inconveniente aos desideratos de ordenação social, ainda assim existiam direitos subjetivos coativamente defensáveis, só que deixada aos particulares a faculdade de exercer diretamente a força destinada a neutralizar a ação lesiva ou a compensar seus efeitos danosos⁷². É precisamente o que se admite ainda

⁷¹ Entendendo por *possibilidade de ação* a prerrogativa concedida aos titulares de um direito subjetivo violado ou ameaçado de provocar o exercício da atividade jurisdicional do Estado, que por sua vez se realiza através de um conjunto de atos denominado *processo*. Sobre o assunto, cf.: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 209-227.

⁷² Note-se, a propósito, o que escreveu IHERING (tradução conforme o português da década de 30) em alusão à história dos ordenamentos primitivos: "Si bem que o ponto essencial para a ordem jurídica seja a realização constante do direito, é um erro crer que esta realização se não possa conseguir senão pelo Estado e sua (sic) autoridades, e que ficaria incompleta confiada ao poder imediato dos usos da vida. Em sua origem, toda necessidade achava a sua satisfação em si mesma. Antes que um progresso mais acentuado fizesse surgir, a pouco e pouco, órgãos especiais para os diversos interesses, exigências e necessidades da comunidade, nem por isso ficavam estes ao abandono, porquanto a defesa privada natural ou a virtude curativa da vida velavam por eles". IHERING [IHERING], Rudolf Von. *O espírito do direito romano nas diversas fases do seu desenvolvimento*, p. 118. Sobre o assunto, com maiores desenvolvimentos, p. 117-159.

hoje nos ordenamentos mais avançados a propósito de certas situações-limite, como no caso há pouco indicado de ameaça e risco iminente de uma agressão letal por outrem. Nesse caso, o direito à vida se faz sentir independentemente de estar ou não conectado a um procedimento judiciário que o assegure; a sua proteção está associada simplesmente à possibilidade de ser coativamente imposto o respeito que lhe corresponde, vale dizer, através de um ato de defesa suficiente e necessário, praticado pela própria vítima, com vistas a repelir a conduta delituosa. O mesmo se passa no seio do ordenamento familiar, em que os pais, diretamente, são os detentores do poder de coação contra os filhos, no que diz respeito aos deveres destes frente às exigências daqueles. Desse modo, percebe-se que a *acionabilidade*, além de historicamente contingente e eventualmente dispensável, indica apenas uma das formas através das quais a coação pode vir a ser produzida, embora a mais comum nos sistemas jurídicos atuais⁷³. Ela não é, pois, essencial ao conceito de direito subjetivo, diversamente da *coatividade*, que é um pressuposto lógico da noção.

Alguns autores, como FERRAJOLI⁷⁴ e COMPARATO⁷⁵, procurando afirmar a natureza jurídica dos direitos humanos proclamados nas declarações internacionais não recepcionadas por um ordenamento concreto, postulam que o conceito de direito subjetivo independe do elemento da coatividade, bastando-se com a idéia da pertinência de um bem da vida ao sujeito. Mas assim, a uma vez, descaram que reservar algo a alguém pressupõe necessariamente o reconhecimento da possibilidade de se tentar fazer valer a atribuição nos casos de violação ou ameaça, pois atribuir sem tornar defensável é o mesmo que não atribuir o que quer que seja. Depois, se bem se entende, pretendendo com esse argumento

⁷³ "A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura", diz o Código Civil brasileiro em seu artigo 75.

⁷⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*, p. 59-65.

⁷⁵ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 48.

não menos do que sustentar a vigência universal dos direitos humanos internacionais e, assim, a sua vocação à *justiciabilidade* em qualquer circunstância, inclusive perante as jurisdições nacionais, outra coisa não fazem do que reivindicar para eles uma coatividade inerente, de modo que estão eles próprios a confirmar a íntima relação entre direito e coerção.

A propósito, para finalizar, é de suma importância compreender que *coatividade* não se confunde com *efetividade*. Pode muitas vezes ocorrer que o titular de um direito subjetivo não consiga realizá-lo na prática em razão de limitações materiais ou fáticas insuperáveis. É o que acontece quando o devedor inadimplente, já condenado, não possui bens para garantir a execução, ou quando o lesante, culpado em acidente de trânsito com vítimas, foge sem ser identificado. Nesses casos, excepcionalmente, a pretensão do credor certamente permanecerá insatisfeita, mas isso não quer dizer que o direito violado pelo descumprimento do dever correlativo não fosse coercível, mas apenas que não se fez efetivo. A *coatividade* é um predicado do direito subjetivo que, independentemente das oscilações de resultado, reside na só autorização do recurso aos meios coativos por parte do prejudicado; para o seu reconhecimento, não é o êxito da força que importa, mas a permissão de que seja empregada. A *efetividade*, diferentemente, não é uma ação que se faculta, mas um fato que se constata: ela diz respeito à satisfação concreta do direito subjetivo. É o *fim* da coatividade, mas não a coatividade.

Capítulo 3

BREVE DISCUSSÃO SOBRE AS FONTES E A EXISTÊNCIA DOS DIREITOS

SUMÁRIO: 3.1. Direito subjetivo e norma jurídica positiva; 3.2. A negação dos direitos subjetivos; 3.2.1. DUGUIT e a teoria da função social; 3.2.2. Crítica da posição objetivista.

3.1. DIREITO SUBJETIVO E NORMA JURÍDICA POSITIVA

De tudo quanto exposto, segue que *ter um direito* significa estar na posição de dono de um dado bem do qual se pode dispor livremente dentro de certos limites, restando imposto aos outros o dever de respeitar tal condição sob pena de reação coativa. Falta agora, para completar a noção, considerar o problema da investidura das pessoas nessa situação privilegiada. O assunto é delicado porque, reportando à teoria das fontes de titulação, ele pode sugerir o debate em torno de *um dos aspectos* da longínqua e persistente polêmica entre *jusnaturalismo* e *juspositivismo*, isto é, à questão de saber se os direitos reconhecidos aos homens derivam, dito muito genericamente, de ditames da reta razão revelados pela sabedoria dos filósofos ou de um ato de vontade do legislador autorizado.

Ponderando a controvérsia, entretanto, exclusivamente na dimensão dos atuais Estados Constitucionais, edificados segundo o modelo teórico que se cultiva no pensamento político ocidental (o modelo da Constituição popular ou democrática⁷⁶), a solução encaminha-se na segunda direção: a fonte dos direitos subjetivos é a norma jurídica positiva, no sentido de *norma posta* pelo conjunto da sociedade, quer através de

⁷⁶ Sobre os conceitos de Constituição *outorgada*, *pactuada* e *democrática*, cf.: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 71-72.

um poder constituinte originário democraticamente legitimado⁷⁷ (caso dos direitos fixados no nível constitucional primário), quer através de um poder constituído (constituinte derivado ou legislativo ordinário) de atuação vinculada à observância dos requisitos de vigência e validade⁷⁸ constitucionalmente estabelecidos (caso dos direitos fixados no nível de revisão ou emenda constitucionais e da legislação infra-constitucional).

Uma igual conclusão se impõe mesmo numa perspectiva filosófica, com abstração de qualquer referência à realidade de ordenamentos jurídicos concretos. Aqui, fala alto o *relativismo* de RADBRUCH. O que é o direito de uns e o dever de outros é algo que não se pode determinar segundo as crenças e opiniões particulares de cada homem, normalmente conflitantes e divergentes, porque a ordem da vida comunitária reclama uma disciplina uniforme, uma medida objetiva do certo e do errado, do justo e do injusto, do meu e do teu. A disputa das concepções opostas exige a regulamentação por uma entidade supra-individual, e "se a razão e a ciência não conseguem realizar essa tarefa", então "ela deverá ser assumida" por uma força colocada "acima dos

⁷⁷ Embora de natureza essencialmente política e, como tal, *supra legem* ou *legibus solutus*, o poder constituinte originário não existe, como escreve BONAVIDES, "como fato apenas, senão também como valor", de modo que o seu exercício supõe o respeito ao *princípio da legitimidade democrática*, isto é, "da livre participação dos governados na formação da vontade oficial, podendo ocorrer em escala variável de intensidade ou extensão, conforme o grau de abertura reconhecida à presença governante dos cidadãos" (por exemplo, através da submissão do texto constitucional a *referendum* e outros meios plebiscitários ou da eleição dos membros da assembleia constituinte pelo colégio universal dos cidadãos). BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 138-139. Cf. também do mesmo autor e no mesmo sentido: BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*, p. 205-207.

⁷⁸ Entendendo *vigência* e *validade* como dois predicados distintos da norma jurídica positiva, de acordo com postulados sustentados pelos teóricos do "garantismo". Assim, de acordo com CADEMARTORI, "uma norma é 'vigente' quando é despida de vícios formais; ou seja, foi emanada ou promulgada pelo sujeito ou órgão competente, de acordo com o procedimento prescrito; [...] uma norma é 'válida' quando está imunizada contra vícios materiais; ou seja, não está em contradição com nenhuma norma hierarquicamente superior". CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*, p. 79-80. No mesmo sentido, cf.: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – La ley del más débil*, p. 21.

indivíduos" isolados, capaz de resolver o conflito entre as várias perspectivas "mediante um ato de autoridade", expressão de uma vontade que, "convocada a legislar", fixará a norma jurídica positiva⁷⁹.

Tal não implica dar adesão a uma concepção de direito (agora no sentido objetivo) sem compromisso com a *idéia de justiça*. "O direito", já o disse LARENZ⁸⁰, "é uma ordem de relações intersubjetivas sob a exigência de justiça", e a retidão desse postulado chega a ser mesmo de uma obviedade flagrante. É que a própria pretensão de vinculatividade de um ordenamento jurídico positivo só pode estar racionalmente fundada na premissa de que ele estima realizar o justo. Fora dessa perspectiva, fica impossível justificar, à luz da razão, a ambição do direito de *fazer-se valer*, pois só a demência poderia validar comandos orientados para o injusto.

⁷⁹ A seguir, três passagens em que RADBRUCH manifesta sua posição: 1) "A disciplina da vida social não pode ficar entregue, como é óbvio, às mil e uma opiniões dos homens que a constituem nas suas recíprocas relações. Pelo facto de esses homens terem ou poderem ter opiniões e crenças opostas, é que a vida social tem necessariamente de ser disciplina numa maneira uniforme por uma força que se ache colocada acima dos indivíduos./.../ Se o direito estabelecido deve ter por fim pôr termo à luta das opiniões e concepções jurídicas por meio duma decisão da força, é indiscutível que a definição do direito só deve pertencer a uma vontade que esteja em condições de poder impor essa definição a todas as outras vontades, mesmo rebeldes" (RADBRUCH, *Filosofia do direito*, p. 178); 2) "Mas a ordem da vida comunitária não pode depender das concepções jurídicas dos indivíduos que possivelmente veiculam diretrizes opostas; pelo contrário, exige a regulamentação por órgão supra-individual, e se a razão e a ciência não conseguem realizar essa tarefa, então ela deverá ser assumida pela vontade e pelo poder: se ninguém consegue reconhecer o que é justo, alguém deverá ordenar o que deve ser justo. Hoje em dia é de reconhecimento amplo que não existe senão o direito 'assentado', positivo" (RADBRUCH, *Introdução à ciência do direito*, p. 23); "Se o direito positivo deve bastar à finalidade de, mediante um ato de autoridade, resolver o conflito das concepções legais opostas, então a normatividade deve caber a uma vontade à qual seja possível pô-la em vigor, contra toda e qualquer concepção jurídica contrária; todo e qualquer preceito jurídico da sociedade (que se expressa no direito consuetudinário), ou do Estado (que se expressa na lei); só pode ser considerado 'válido' caso se tenha transformado em regra de comportamento, mesmo que às vezes transgredida, e que não 'se encontra apenas no papel'. Somente é direito válido aquilo que a vontade, convocada a legislar, fixa e impõe" (RADBRUCH, *Introdução à ciência do direito*, p. 23).

⁸⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 526.

É duvidosa, porém, a possibilidade de estabelecer, em termos absolutos, em que consiste a *idéia de justiça*⁸¹. Seja como for, ao menos no interior das fronteiras da civilização ocidental, cuja cultura se desenvolveu sob o peso das influências da doutrina cristã, do jusnaturalismo filosófico e do liberalismo político, parece indiscutível a existência de um núcleo axiológico que atrai hoje em torno de si um consenso tão amplo e seguro que não pode deixar de ser considerado como a expressão de uma consciência generalizada⁸². São valores de tal modo imunizados contra uma discórdia séria das convicções que sua positivação normativa é uma imposição indisponível ao legislador

⁸¹ Decerto, é preciso ter cautela para não levar longe demais o alcance dos postulados positivistas. Nunca é demais recordar o poderoso libelo que assinala a conversão de RADBRUCH aos quadros de um jusnaturalismo moderado (ou de um *positivismo mitigado*), no qual denuncia, a propósito das atrocidades do nazismo, que foi "esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos positivismo, [...] o que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas", observando a seguir que "pode haver leis com um tal grau de injustiça e nocividade para o bem comum que toda a validade e até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados" (RADBRUCH, Cinco minutos de filosofia do direito. In: *Filosofia do direito*, p. 415/417). A tese é, para nós, de valor inquestionável, porque sem ela teríamos de qualificar como obrigatórios "os imperativos decretados por um paranóico que acaso viesse a ser rei" (RADBRUCH, Cinco minutos de filosofia do direito. In: *Filosofia do direito*, p. 172) e como direito subjetivo, por exemplo, a prerrogativa concedida ao Estado (e/ou aos seus cidadãos) de exterminar, segundo critérios racistas, uma determinada parte da população, desde que a norma autorizante tivesse obedecido o rito formal prescrito e não colidisse com outra hierarquicamente superior. Ela não tem, todavia, maior interesse quando, como no caso brasileiro, a própria Constituição consagra a *dignidade da pessoa humana* como princípio fundamental, reprimindo de *per se* qualquer norma atentatória às mínimas exigências de *justiça* (enquanto valor moral ou racional) e projetando a sua imediata invalidade (ou a sua inconstitucionalidade material). De fato, nesse contexto, o recurso ao argumento de RADBRUCH se torna dispensável, porque a eventual agressão à moral universalmente aceita se pode espancar no próprio interior do ordenamento jurídico positivo.

⁸² BOBBIO fala em uma "consciência jurídica universal" objetivamente constatável a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Para ele, "a Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores". A "universalidade" dessa consciência é, todavia, uma qualidade discutível, uma vez que ela se liga à tradição cultural do ocidente e, especialmente, à consolidação do moderno Estado liberal-democrático. A propósito, cf.: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 27.

representante, constituinte ou ordinário⁸³. Nenhum poder dominante ou ordenamento estatal que lhes recuse reconhecimento ao menos formal pode pretender-se legítimo, e mesmo o seu carácter jurídico, centrado no pressuposto da obrigatoriedade das regulamentações legais, deve ser negado sem receio⁸⁴, por ser a legitimidade uma "condição de pré-rito da legalidade"⁸⁵. Com efeito, seguindo o importante magistério de LEAL⁸⁶, "a aceitação e a adesão à existência e continuidade de uma ordem constitucional só se tornam possíveis com a existência de uma sintonia do regime com aquilo que a Sociedade política – a partir da – e a Sociedade civil, consideram justo na esfera comunitária, o que conforma um tipo de racionalidade diretiva".

Mas é prudente notar que, com o advento do constitucionalismo desde os fins do Século XVIII, a *idéia de justiça* e os princípios

⁸³ Na Alemanha nazista, o § 2º da 11ª Ordenança da Lei de Cidadania do Reich, de 25 de novembro de 1941, privou da cidadania alemã, por razões racistas, os judeus emigrados. Essa norma foi considerada nula *ab initio*, após o término da Segunda Guerra, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, com o argumento de que há que negar às disposições "jurídicas" nacional-socialistas a validade como direito porque contradizem tão evidentemente princípios fundamentais de justiça que o juiz que as quisesse aplicar ou aceitar suas conseqüências jurídicas ditaria não-direito em vez de direito. É a tese de RADBRUCH, segundo a qual, em casos de injustiça extrema, mesmo a norma positiva perde o seu carácter jurídico ou a sua condição de validade, por ofensa gritante a princípios morais irrefutáveis. A propósito, cf.: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, p. 15-16.

⁸⁴ Nesse sentido: RADBRUCH, *Filosofia do direito*, p. 417. A propósito, como escreve Vieira De ANDRADE, "a vida de homens em sociedade não suporta uma qualquer organização ou quaisquer regras, ditadas por puros factos de poder, exige uma ordenação de sentido que corresponda a um entendimento geral do mundo e das coisas, ou a um consenso generalizado acerca dos respectivos interesses e relações". ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 107.

⁸⁵ Segundo PASOLD, "a legitimidade, na sua condição de categoria da teoria política, tem sido compreendida como uma relação de correspondência entre algo e seus destinatários, sob um aporte axiológico, portanto ressaltando os valores em questão numa relação de poder. [...] E mais: a legitimidade (no sentido teórico-político) é condição de pré-rito da legalidade. Isto é, pode-se considerar a legitimidade como um pressuposto que conferirá – quando existir – ao ritual legislativo e ao seu produto legal, a força imanente e contundente necessária ao respeito incontestado por parte do todo social". PASOLD, Cesar Luiz. *Reflexões sobre o poder e o direito*, p. 20-21.

⁸⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*, p. 128.

axiológicos que resultaram do seu desenvolvimento nos domínios do pensamento laico ou religioso foram sendo progressivamente recepcionados nas Constituições contemporâneas dos países do Ocidente, sobretudo por meio das normas de direitos e garantias fundamentais, como aquelas relativas à liberdade, à igualdade e à democracia. Considerada a localização das Constituições num plano de validade normativa superior, a positivação, nelas, desses valores pré-jurídicos que obtiveram afirmação cultural no curso histórico tem uma relevância que não é avisado subestimar.

Basta considerar que toda a legislação infraconstitucional, uma vez submetida ao controle de constitucionalidade, tanto material quanto formal, revela-se agora submetida ao controle de sua adequação à *idéia de justiça*, pois é disso que no fundo se trata. Com efeito, no Estado Constitucional de Direito, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei que afronte o conteúdo das liberdades constitucionais e do princípio da igualdade, ou de uma lei produzida em desacordo com as regras de competência e procedimento destinadas a assegurar a prevalência da vontade democrática, corresponde não menos do que à declaração de sua injustiça. O que aí conta é, realmente, a defesa da *idéia de justiça* enraizada no mundo de cultura que inspirou a Constituição. Daí o sentido do dito de SCHAPP⁸⁷ de que “a constituição estabelece hoje particularmente com o mandamento da democracia e com os direitos fundamentais, de maneira efetiva, o que se deve entender por justiça da lei”.

Com esses temperamentos, pode-se concluir que, produto da cultura, pensada e feita pelos homens, a norma jurídica positiva, tal como resulta do processo de compreensão do texto que a enuncia⁸⁸,

⁸⁷ SCHAPP, Jan. Problemas fundamentais de metodologia jurídica, p. 60.

⁸⁸ Há que reproduzir aqui uma importante lição de STRECK, que, apoiado em Eros Roberto GRAU, distingue entre texto jurídico e norma jurídica. “Isso porque o texto, preceito ou

estabelece as condições ou situações sob as quais se dá a aquisição dos direitos. Com efeito, considerados em sua estrutura lógica, os enunciados normativos em geral se desdobram em duas partes: primeiro, projetam uma hipótese de fato de ocorrência possível (a *previsão normativa*); depois, estatuem a *conseqüência jurídica* que será produzida no caso de a previsão vir a se converter em realidade⁸⁹. Sendo assim, pode-se afirmar que um direito subjetivo nasce para alguém quando se verifica em concreto o fato que uma norma hipoteticamente estabeleceu como hábil a suscitar esse efeito. Por exemplo: celebrado um contrato, daí surge um direito de crédito, porquanto este é o efeito jurídico disposto para aquela hipótese de fato por uma norma de direito das obrigações; dado o aluvião, daí surge para o proprietário do terreno favorecido um direito de propriedade sobre a área acrescida, porquanto este é o efeito jurídico disposto para aquela hipótese de fato por uma norma de direito das coisas; nascido homem, daí surge para ele um direito de liberdade, porquanto este é o efeito jurídico disposto para aquela hipótese de fato por uma norma de direito fundamental.

Em rigor, nas suas relações de implicação com o suporte

enunciado normativo é alográfico. Não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Assim, o sentido expressado pelo texto já é algo novo, diferente do texto. É a norma. A interpretação do Direito faz a conexão entre o aspecto geral do texto normativo e a sua aplicação particular: ou seja, opera sua inserção no mundo da vida. As normas resultam sempre da interpretação. E a ordem jurídica, em seu valor histórico concreto, é um conjunto de interpretações, ou seja, um conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é uma ordem jurídica apenas potencialmente, é um conjunto de possibilidades, um conjunto de normas potenciais. O significado (ou seja, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa". STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica jurídica e(m) crise*, p. 18.

⁸⁹ A propósito do assunto, NORONHA escreveu: "Apenas lembraremos que todo comando legal pode ser representado esquematicamente assim: 'o fato tal terá o seguinte tratamento jurídico'. O fato é o pressuposto da norma a que também se dá o nome de previsão, suporte fático, espécie fática ou fatispécie (do termo italiano *fattispécie*, forjado per Emilio Betti); ao tratamento jurídico é dada a denominação de efeito jurídico, estatuição ou conseqüência jurídica da norma" (NORONHA, *Tripartição fundamental das obrigações – Obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, p. 96).

fático da norma, é possível distinguir os direitos em, por assim dizer, *diretos* e *indiretos*. No primeiro grupo estão aqueles direitos que simplesmente aderem a uma certa condição existencial do sujeito que os titulariza. É o caso, por exemplo, dos direitos de liberdade e de igualdade, que beneficiam todos os indivíduos, uma vez que aparecem automaticamente conectados à simples condição de pessoa humana, ou do direito ao transporte público gratuito outorgado aos idosos, isto é, àquele conjunto de pessoas que ostentam uma condição humana especial. Direitos desse tipo não dependem de um ato ou fato aquisitivo propriamente dito, destacado do *ser* do sujeito, antes são decorrência automática de um determinado *status*. Daí se poder dizer que são *atribuídos diretamente* pela norma, ou que são a consequência jurídica de uma *norma atributiva direta*.

Indiretos são, por sua vez, os direitos para cuja aquisição é necessária a interposição de uma situação fática que não se confunde com uma dada condição existencial subjetiva. Estes, por assim dizer, são *atribuídos indiretamente* pela norma, ou são a consequência jurídica de uma *norma atributiva indireta*. É o caso, agora, do direito real ou dos direitos de crédito (por exemplo, de ser indenizado), que não se incorporam prontamente ao patrimônio jurídico de pessoa alguma por virtude do mero *ser*, mas supõem algo mais, como um contrato de compra e venda ou um ato ilícito extracontratual que lhes demarca o nascimento. Em quaisquer dessas modalidades, contudo, estamos diante de direitos cuja titularidade se apóia na ocorrência de um fato da vida, ora um *ser* ora um *acontecer*, normativamente estipulados como pressuposto da atribuição.

A conexão entre *previsão normativa* e *consequência jurídica* corresponde à estrutura lógica tanto das *regras* como dos *princípios*, enquanto espécies do gênero *norma*. Essa correlação é perfeitamente identificável em dois conhecidos exemplos que Dworkin ofereceu para

ilustrar a distinção por ele estabelecida entre *norma* e *princípio*, isto é, tanto na *norma* que diz não ser válido um testamento senão quando assinado por três testemunhas como no *princípio* que diz a ninguém ser dado beneficiar-se da própria torpeza. Com efeito, em ambos os casos, o enunciado lingüístico comporta tranqüilamente articulação sob o modo de uma proposição condicional, a saber: 1) a transferência do domínio sobre a coisa (*conseqüência jurídica*) supõe um testamento subscrito por três pessoas (*previsão normativa*); 2) o resultado proveitoso de uma ação (*conseqüência jurídica*) supõe não tenha sido ela praticada num contexto de fraude (*previsão normativa*). Daí a afirmação, feita por GRAU⁹⁰, de que tanto as *regras* como os *princípios* possuem o caráter formal de normas jurídicas, exprimindo a ligação de uma situação hipotética aos efeitos projetados para a eventualidade de sua verificação.

A estrutura lógica da norma jurídica positiva assim descrita não deve fazer crer na simplicidade da matéria. A aparência é enganosa. Em sua *Metodologia da Ciência do Direito*, LARENZ⁹¹ demonstrou-o à exaustão e em profundidade. Para dar uma idéia apenas rudimentar da complexidade das operações mentais requeridas nos processos de compreensão do conteúdo das normas, basta considerar que, inúmeras vezes, a *previsão normativa* aparece indicada por palavras e locuções de sentido impreciso, que frustram o exercício puro e simples de um *silogismo de subsunção* na aplicação do direito ao caso concreto. Daí porque é em geral bastante complicada a questão de saber se um determinado fato real corresponde em sua extensão à situação hipotética descrita.

O artigo 554 do Código Civil brasileiro de 1916, por exemplo, dispõe que "o proprietário, ou inquilino de um prédio tem o direito de

⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 108-113.

⁹¹ Cf.: LARENZ, Kari. *Metodologia da ciência do direito*, capítulos I a VI da Parte II.

impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam". Nesse caso, a incidência da *conseqüência jurídica* (o direito de interdição da atividade alheia) a uma situação particular reclama se possa estabelecer a subordinação desta à *previsão normativa* (mau uso da propriedade em prejuízo da segurança, saúde ou sossego do vizinho). Que fatos da vida, na sua incontável variabilidade, poderão caber nos limites de uma pauta assim aberta é algo que não se pode determinar sem o emprego de juízos complexos. Dependendo das circunstâncias concretas (local, horário, tipo de atividade, necessidades comunitárias, fins sociais, interesses em conflito, justiça das expectativas, etc.), o mesmo nível de ruído poderá ou não significar *mau uso* da propriedade nos termos da lei. A verificação da correspondência entre vida real e suporte fático exige mais que uma medição em decibéis, não sendo de estranhar que à jurisprudência dos tribunais, auxiliada pela doutrina científica, fique a tarefa de ir pouco a pouco certificando o alcance da *previsão normativa* no julgamento dos casos singulares.

Mas não é só pelo lado dos elementos da *previsão normativa* que as normas jurídicas apresentam abertura ao intérprete e ao aplicador. Muitas vezes é a própria *conseqüência jurídica* que não se encontra claramente delimitada. Apenas para ilustrar, mencione-se o fenômeno corriqueiro daquelas normas que conferem direitos sem de pronto, por si mesmas, delimitar com precisão o objeto da atribuição ou o conteúdo das prerrogativas para as possivelmente distintas configurações dos fatos da vida, demandando ou suportando complementação por outras disposições que integram o conjunto de uma regulação maior tida em vista pelo legislador. Entre nós, os exemplos podem ser colhidos em profusão.

O artigo 1.056 do Código Civil de 1916 prescreve que "não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no

tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos". Aqui, a conseqüência jurídica (o direito à indenização correlato do dever de reparar) recebe apenas uma disciplina geral, sujeitando-se à especificação ou detalhamento por outras normas particulares, em consideração às exigências reclamadas pelas mais diversas situações de inadimplemento contratual. Um efeito desse tipo produz, em relação ao preceito ilustrado, o artigo 1.061 do mesmo Código, segundo o qual "as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, consistem nos juros de mora e custas, sem prejuízo da pena convencional". Trata-se agora de norma adicional que, limitando o direito de crédito às parcelas discriminadas em atenção à natureza peculiar da prestação faltante, realiza enfim a integração da conseqüência jurídica antes só por alto insinuada. Na presença de combinações dessa natureza, as normas jurídicas constituem, segundo LARENZ⁹², "partes de ordenação de vigência", de modo que "a sua força constitutiva, fundamentadora de conseqüências jurídicas, recebem-na só em conexão com outras proposições jurídicas" e apenas "no seu jogo concertado produzem uma regulação". Daí a necessidade de coordenar constantemente entre si as disposições do sistema a fim de configurar o objeto e o conteúdo dos direitos subjetivos, evitando-se o erro de extrair conclusões com fundamento em interpretações isoladas⁹³.

Em seu livro *Notas sobre Direito e Linguagem*, também CARRIÓ pôs a claro a dimensão do problema. No ponto em que por hora interessa destacar, suas lições podem ser assim resumidas. A linguagem normativa não é diferente da linguagem corrente, ambas compartilhando características comuns. Dentre estas, ganha relevo a circunstância de conterem palavras vagas, isto é, palavras cujo emprego suscita dúvida quanto à

⁹² LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 360, 370.

⁹³ Entre nós, por causa de uma disposição isolada do Código Civil de 1916 que não abrigava uma autorização expressa (art. 1.537), durante considerável tempo se discutiu se o direito de crédito em caso de homicídio compreendia a reparação do dano moral ou apenas o imperativo de recomposição do prejuízo material.

inclusão ou não de determinados fatos concretos em seu campo de aplicação. Essa dúvida não é, decerto, absoluta. Considerando o âmbito de significação do vocábulo, há fatos certamente incluídos e há fatos certamente excluídos. Porém, entre uns e outros, há aqueles que não estão claramente incluídos nem excluídos.

Tais fatos, de classificação duvidosa, se encontram, assim, situados em uma *zona de penumbra*, que circunda a área de significado claro da palavra. Pense-se, por exemplo, em expressões jurídicas como prazo razoável, perigo iminente, culpa ou injúria. Diante de certas situações, ninguém vacilaria em aplicá-las, bem como diante de outras, ninguém hesitaria em não usá-las. Todavia, a meio caminho, há um espaço mais ou menos extenso de casos possíveis frente aos quais, quando se apresentam, o enquadramento resulta questionável.

CARRIÓ observa que as palavras vagas influem obviamente sobre a situação do juiz ou de qualquer pessoa que, à semelhança daquele, tem que determinar se um dado fato concreto está ou não compreendido nas regras ou conjuntos de regras que delas se utilizam. Se os casos claros não oferecem maior dificuldade, os casos duvidosos, uma vez que os esquemas normativos não os solucionam de antemão, reclamam um procedimento diverso da mera subsunção. Para considerar o caso como incluído ou como excluído, o intérprete se vê forçado a *adjudicar* à regra um sentido que até então ela não tinha segundo os hábitos lingüísticos estabelecidos. Em se tratando dos juízes, tanto equivale a dizer que eles terão de adotar verdadeiras decisões, com fundamento em outros critérios de justificação que não a regra em si mesma, guiando-se por certos *standards* valorativos (sociais, econômicos, políticos, etc.) à luz dos quais deverão apreciar e sopesar, sobretudo, as conseqüências da inclusão ou exclusão. A atividade judicial envolve, aí, a produção de um acordo semântico novo, e não a aplicação de usos convencionais já

anteriormente assentados⁹⁴.

A propósito, pontue-se que, em obra recente e erudita, meditada a partir dos aportes da semiótica e da hermenêutica filosófica, STRECK⁹⁵ salientou a *essencialmente insuperável* distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta, observando que a linguagem do direito não é um objeto em si, portador de um sentido original unívoco a ser descoberto retrospectivamente, como supõe o senso comum dos juristas. É antes um horizonte aberto à produção de um sentido que surge com a interpretação de alguém historicamente situado. Para ele, do "processo interpretativo, não decorre a descoberta do 'unívoco' ou do 'correto' sentido, mas, sim, a produção de um sentido originado de um processo de compreensão, onde o sujeito, a partir de uma situação hermenêutica, faz uma fusão de horizontes a partir de sua historicidade".

Mas seja como for, apesar da constante necessidade de concretização, não deixa de ser correto afirmar que os direitos dos indivíduos têm sua fonte imediata em um *fato jurídico*, isto é, em um fato da vida cabível no quadro hipotético ao qual uma norma jurídica positiva, vigente e válida, ligou a consequência aquisitiva. Assim, ao menos em regra, é autorizado dizer que "o direito subjetivo não pode ser concebido [...] sem correspondência com o direito objetivo, com o qual forma uma díade inseparável"⁹⁶. Nos casos em que essa correspondência faltar, pode haver não um direito, mas uma aspiração, não um direito afirmado, mas um direito reivindicado, não uma prerrogativa jurídica, mas uma exigência

⁹⁴ Nesse sentido, cf.: CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 17-48, 49-90 e 135-141.

⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p. 19.

⁹⁶ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, p. 255-256.

moral. Nesse ponto, o velho comentário de HOBBS⁹⁷, polemizando com o tipo de jusnaturalismo em seu tempo dominante, permanece ainda exato: "The authority of writers, without the authority of the Commonwealth, maketh not their opinions law, be they never so true".

Antes de terminar, é apenas preciso destacar que a afirmação da relação de dependência entre direito subjetivo e norma jurídica positiva, assim entendida aquela editada pelo legislador com caráter de generalidade e abstração, comporta algumas importantes ressalvas. Em primeiro lugar, sua pertinência pede uma adaptação quando, pondo de lado a perspectiva dos sistemas *romano-germânicos*, em que prevalece o direito de tipo codificado, se consideram os modos de produção jurídica no universo dos países da *common law*, nos quais, apesar das crescentes intervenções legislativas nos domínios econômico e social no século passado, ainda prepondera o direito de tipo jurisprudencial ou casuístico. Na Inglaterra, a noção de regra de direito remete aos precedentes judiciais emanados dos tribunais superiores (*rule of precedent*), reiterados ou não, que têm efeito vinculante para os órgãos da jurisdição inferior, e não só um valor de persuasão. Por isso, norma jurídica positiva é aí, por excelência, a *case law*, a norma posta pela autoridade judiciária no labor da resolução de casos concretos e individuais, a partir dos quais o preceito ganha generalidade e abstração. O mesmo vale para os Estados Unidos, onde vigora o princípio do *stare decisis*, mas impondo observar-se que, nesse caso, a vigência de uma Constituição escrita, composta de normas com a estrutura lógica das leis românicas, contendo inclusive uma Declaração de Direitos, faz coincidir, sobretudo no cume do ordenamento jurídico positivo, as noções de norma jurídica e lei (constitucional)⁹⁸.

⁹⁷ HOBBS, Thomas. *Leviathan, or, matter, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*, p. 134.

⁹⁸ Sobre as fontes do direito nos países da *common law*, cf.: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 331-355 (para o direito inglês) e 380-405 (para o direito norte-americano).

Em segundo lugar, mesmo nos quadros dos ordenamentos romano-germânicos, é fato indesmentível que os juízes e tribunais por vezes são levados a admitir direitos subjetivos que sequer por analogia poderiam ser associados a uma norma legislada anteriormente existente. É o que ocorre quando, no exame de uma pretensão concreta, se percebe a necessidade de tutelar uma situação da vida totalmente carente de regulação jurídica, isto é, quando se está diante de uma lacuna sistêmica. Atento à jurisprudência pátria que pesquisou, NORONHA fez uma demonstração segura a tal propósito, exemplificando com o reconhecimento do *direito à sustação do protesto de título* quando a medida impusesse prejuízos injustificáveis ao devedor, ou do *direito da concubina à meação* sempre que comprovasse sociedade de fato com o companheiro ⁹⁹, ambos resultado de construção jurisprudencial. Aqui, a fonte da atribuição jurídica não pode deixar de ser a *norma individual*, ou a *norma do caso*, que tão logo se transforme em jurisprudência assentada ou sumulada, passará a gozar de autoridade semelhante à da lei positiva, habilitando-se a reger o futuro com as mesmas características de abstração e de generalidade, se bem que sem portar o selo de uma vigência propriamente normativa, como no caso do direito da *common law*.

3.2. A NEGAÇÃO DOS DIREITOS SUBJETIVOS

3.2.1. DUGUIT e a teoria da função social

Em libelo contundente, e talvez excêntrico, DUGUIT afirmou que o debate em torno do direito subjetivo é totalmente fora de propósito. Isso porque tentar descobrir em que consiste o respectivo conceito é entregar-se a uma empresa vã, uma vez que aquilo que se busca representar com

⁹⁹ NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais – A jurisprudência e a criação de direito para além da lei*, p. 111-112, 133.

a expressão lingüística é simplesmente uma coisa que não tem realidade existencial, é algo empiricamente insuscetível de verificação. Para ele, as pessoas não têm direitos, nem podem tê-los, porque direitos, em sentido subjetivo, não existem, nem de propriedade, nem de liberdade, nem de crédito. Esta a suma de sua conhecida sentença, que repele como inepta uma das mais tradicionais noções do pensamento jurídico.

O ataque de DUGUIT ao conceito de direito subjetivo parte de uma crítica cerrada à *teoria da vontade*, isto é, da teoria segundo a qual o direito subjetivo seria o poder que corresponde a uma vontade de impor-se a uma ou outras vontades, estas submetidas ao respeito daquela¹⁰⁰. Nesta concepção, a única que DUGUIT considera nesta sua análise, o direito de liberdade seria o poder de impor a outro o respeito à vontade de desenvolver livremente a atividade física, intelectual e moral; o direito de propriedade seria o poder de impor a outro o respeito à vontade de usar como convier a coisa possuída a título de propriedade; o direito de crédito seria o poder de impor ao devedor o respeito à vontade de que se execute a prestação. Para DUGUIT, pois, a noção de direito subjetivo, tal como seria concebida, implica sempre o confronto de duas vontades¹⁰¹. Sendo assim, argumenta DUGUIT, o conceito de direito subjetivo representaria a relação entre uma vontade superior e uma vontade inferior, implicando a idéia de hierarquia de vontades, bem como de medida das vontades, e ainda uma afirmação sobre a natureza e a força da substância vontade. No julgamento de DUGUIT¹⁰², esta é, no entanto, uma noção de ordem metafísica, porque a natureza da vontade, a sua força, a sua superioridade são questões sem solução para uma ciência positiva. Por isso, diz ele, tal noção se encontra "totalmente arruinada".

¹⁰⁰ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, p. 174.

¹⁰¹ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, p. 175.

¹⁰² DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, p. 175. A tradução é nossa.

Segundo DUGUIT, é sobre essa concepção metafísica que descansa o sistema jurídico herdado da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e do Código de Napoleão de 1804, dois eventos cuja influência foi sentida profundamente a partir da França, sua origem, em todos os países americanos e europeus que se encontram no mesmo grau de civilização¹⁰³. Tal concepção decorre, observa DUGUIT¹⁰⁴, de uma visão individualista da Sociedade, cujo passado é longínquo, mas que adquire uma fórmula completa e definitiva no século XVIII com o jusnaturalismo.

Essa fórmula é a seguinte. O homem é livre por natureza. Mesmo no estado de isolamento, isto é, independentemente de sua associação a outros, é titular de direitos individuais inalienáveis e imprescritíveis, os chamados direitos naturais, indissolavelmente ligados à sua qualidade humana. Historicamente, a reunião do homem em sociedades organizadas, em Estados, não teve outro fim que não o de proteger e sancionar esses direitos, e as restrições impostas a eles só se verificaram na medida do necessário para assegurar a todos o seu livre exercício.

Trata-se aí, para DUGUIT, de outra convicção insustentável. A idéia de um homem isolado, independente, portador de uma condição que lhe confere direitos anteriores à sociedade, é completamente estranha à realidade. O homem isolado é uma ficção, ele não existe mais do que em sociedade. Não bastasse, acresce DUGUIT¹⁰⁵, é uma contradição *in adjecto* supor ou admitir direitos individuais no isolamento, uma vez que todo direito por definição implica uma relação entre sujeitos, de modo que "falar de direitos anteriores à sociedade é falar de nada".

¹⁰³ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, p. 171.

¹⁰⁴ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, p. 177.

¹⁰⁵ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, p. 178. A tradução é nossa.

DUGUIT afirma que essas concepções, a metafísica (de direito subjetivo) e a individualista (de direito natural), estão intimamente associadas e, sob a pressão dos fatos, tendem a desaparecer no futuro, porque inconciliáveis com uma sociedade moderna. Pouco a pouco, acredita ele, nota-se a formação de um sistema jurídico novo, que se funda em outra noção que vem a substituir as anteriores, qual seja, a noção de função social, à qual DUGUIT¹⁰⁶ chama de realista e socialista, em oposição àquela que antes nomeara de metafísica e individualista.

Utilizando-se do pensamento de DURKHEIM¹⁰⁷, DUGUIT explica essa noção de função social. Para ele, as sociedades encontram seu elemento fundamental de coesão na interdependência social, isto é, no fato de que, sendo em parte diferentes as necessidades e as aptidões entre os homens, estes se unem porque uns podem ajudar aos outros, empregando cada qual, reciprocamente, seus talentos particulares para satisfação de suas diversas carências¹⁰⁸. DUGUIT afirma que isso implica, na sociedade moderna, uma grande divisão do trabalho social e também uma grande divisão das funções sociais. Cada indivíduo, vivendo em comunidade, tem sobre si uma determinada tarefa a cumprir de acordo com a posição que ocupa no vasto universo de trabalho que forma o corpo social. As ações que cada um pratica para o fim de desempenhar a sua função social têm, portanto, um valor social, isto é, são valiosas para o grupo, e por isso são socialmente protegidas, vale dizer, juridicamente protegidas.

A ordem jurídica, portanto, para DUGUIT¹⁰⁹, não atribui direitos

¹⁰⁶ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, p. 178.

¹⁰⁷ *La división du travail social*, 2ª ed., París, F. Alcan, 1903, é a obra de DURKHEIM a que DUGUIT faz menção em nota de rodapé, p. 182.

¹⁰⁸ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, p. 182.

¹⁰⁹ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)* p. 182. A tradução é nossa.

aos homens, nem os assegura. "Direito", reafirma ele, "é uma abstração sem realidade". Antes, o que a ordem jurídica faz é impor a todos a obrigação de cumprir uma certa função social, protegendo os atos que cada homem, na posição em que se encontra como resultado da divisão do trabalho social, realiza na direção daquele fim. Assim, a lei protege a liberdade, a propriedade, o crédito, não porque sejam direitos, mas porque o seu uso corresponde ao desempenho de uma função social.

Por exemplo: o homem não tem um direito de liberdade, mas um dever social de desenvolver-se livremente para realizar da melhor maneira possível a parte que lhe cabe dentro da comunidade ¹¹⁰. Igualmente não tem um direito de propriedade, mas o dever de empregar a riqueza que possui de um modo tal que não se mostre contrário aos desígnios de interdependência social. Note-se que DUGUIT¹¹¹ não quer sugerir, com isto, que a situação econômica que representa a propriedade individual deva desaparecer, mas apenas que sua proteção assenta sobre o fundamento da função social que corresponde ao possuidor da riqueza.

Onde DUGUIT¹¹² pretende chegar com esse raciocínio não é difícil perceber. Se a liberdade é considerada como um direito, ao modo do jusnaturalismo clássico, as restrições que o Estado pode impor à liberdade dos indivíduos não devem ir além do que se mostra absolutamente necessário à garantia da liberdade de todos. O legislador não estaria autorizado, pois, a limitar a liberdade senão na medida do indispensável. Com isso, acaba-se por conferir ao homem prerrogativas

¹¹⁰ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, p. 183.

¹¹¹ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, p. 240. DUGUIT não advogava nenhuma espécie de "coletivismo" ou "comunismo", e faz questão de deixar essa posição muito clara em seu livro. Sua idéia de *função social da propriedade* é perfeitamente compatível com a concepção de *propriedade individual*.

¹¹² DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, p.185.

incompatíveis com a sua vinculação social, podendo este, inclusive, apoiado no suposto direito de liberdade, dar-se ao luxo de viver na ociosidade, arriscar-se em jogos perigosos e mesmo suicidar-se, sem que seja admitido ao legislador opor-se validamente a esse modo de vida sem compromisso social.

Quando, no entanto, percebe-se que a liberdade não é um direito, mas um dever inscrito na ordem da interdependência social, torna-se perfeitamente aceitável que o legislador imponha ao indivíduo não só obrigações negativas, mas inclusive positivas, de trabalho, de estudo, de contribuição previdenciária, como vem acontecendo a propósito de inúmeras leis que, na Europa e na América, têm sido editadas. Estas leis, que estão em contradição absoluta com as concepções subjetivista e individualista de liberdade, só se justificam a partir da consideração da liberdade como função, e não como direito. Se a liberdade é direito, tais imposições seriam uma violação, mas se a liberdade é função, elas nada mais são do que o impulso à cooperação entre os homens¹¹³.

Enfim, a ordem jurídica protege a liberdade, não porque se trate de um direito natural (inerente) ou positivo (outorgado), mas porque ela é útil à estrutura social, uma vez que o homem, quando livre para desenvolver suas aptidões morais, intelectuais e físicas, pode assim melhor cooperar com os demais nas suas relações de interdependência. Considerações análogas DUGUIT¹¹⁴ fará ainda a propósito dos outros direitos, como o de propriedade, procurando demonstrar que também nesse caso só a noção de função social pode explicar as leis que passaram a reprimir, por exemplo, o domínio de terras incultas, isto é, a uso da propriedade que não implique utilidade alguma sequer para o titular.

¹¹³ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, p.186.

¹¹⁴ DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, p. 243.

Dáí porque DUGUIT¹¹⁵, na seqüência do seu pensamento, é levado a sustentar que não existe outra realidade exceto a das regras objetivas, que prescrevem deveres. O máximo que se pode admitir é que, por determinação das normas objetivas, os indivíduos se encontram colocados em situações jurídicas (*situations juridiques*), isto é, em determinada posição em relação à regra, que tanto pode ser uma posição ativa quanto passiva. Em todo caso, não há direito subjetivo jamais, mas uma situação que se deduz do direito objetivo, a única realidade observável.

3.2.2. Crítica da posição objetivista

Os escritos de DUGUIT, que datam das primeiras décadas do Século XX são reveladores de uma personalidade dotada de singular percepção. Do exame atento das legislações nacionais que, já em seu tempo, apresentavam uma motivação particularmente nova em relação aos postulados ainda dominantes por influência do liberalismo, ele anteviu e defendeu o fenômeno da "socialização" do direito, cuja expressão mais visível nos domínios do direito é encontrada nas modernas concepções de duas instituições proeminentes: a propriedade e o contrato¹¹⁶.

No Brasil, a Constituição da República de 1988, o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078, de 11.09.90) e o novo Código Civil recentemente aprovado, são a prova do acerto das previsões de DUGUIT. Mas à parte o mérito que se deve reconhecer à contribuição de

¹¹⁵ DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*, p. 307-315.

¹¹⁶ Em obra irretocável, na qual investiga o direito dos contratos e seus princípios fundamentais, NORONHA traça com pena de ouro o quadro dessa evolução, cuja nota essencial repousa na revisão do dogma da vontade como fator supremo de regência das relações negociais, bem como na compreensão do contrato como um mecanismo de valor social ordenado não só pelo princípio da autonomia privada, mas também pelos princípios da boa fé e da justiça contratual, entre os quais não existe hierarquia, mas interação (NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual*, 263 p).

seu gênio à ciência e à experiência jurídicas pela justa exaltação que fez do valor da função social, é inevitável reconhecer que a sua tese da inexistência dos direitos subjetivos não fez fortuna, nem colheu adesão significativa. DUGUIT é contestado com freqüência em toda parte¹¹⁷, algumas vezes até com uma severidade que soa excessiva e arrogante¹¹⁸.

Seja como for, os críticos têm razão em rejeitar a tese de DUGUIT. Seu ataque à noção de direito subjetivo é, em primeiro lugar, muito limitado, porque investe sobretudo contra uma das possíveis conceituações, aquela que se liga à chamada *teoria da vontade*. Assim, não passa de um combate a esta, a qual, mesmo que fosse de ser substituída por insatisfatória, de modo algum arrastaria consigo em seu fracasso necessariamente todas as demais. O argumento de fundar-se a idéia de direito subjetivo sobre uma entidade metafísica, a vontade, é incapaz de vulnerar outros modos de ver e definir, alguns dos quais ambicionam justamente a eliminação do apelo voluntarista. Portanto, ainda que procedente o libelo de DUGUIT, seu alcance seria estreito demais para justificar o abandono da noção em todas as suas potencialidades.

Por outro lado, o desgaste e a recusa de um modelo de *individualismo possessivo*¹¹⁹, em proveito da aceitação doutrinária e da incorporação legislativa de um postulado de *função social*, não são

¹¹⁷ A propósito, ver, entre outros: DABIN, *El derecho subjetivo*, p. 9-68; GHESTIN; GOUBEUX, *Traité de droit civil – introduction générale*, p. 121-125; RÃO, *O direito e a vida dos direitos*, p. 576-591; ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, p. 180-183; CAMPOS, *Sociologia e filosofia do direito*, p. 16-23.

¹¹⁸ Note-se o tom forte do seguinte comentário de PONTES a respeito do pensamento de DUGUIT: "A noção de direito subjetivo teve contra si a ânsia de originalidade, o brilho, semi-parlamentar e semi-acadêmico, de juristas franceses (DUGUIT, Leon. *Le droit social*, 4; *Les transformations générales du droit privé*, 5 s.; *Traité*, 24)" (MIRANDA, *Pontes de Tratado de direito privado*, p. 241).

¹¹⁹ *Individualismo possessivo* é expressão célebre cunhada por MACPHERSON em obra de análise e caracterização das doutrinas políticas de pensadores do século XVII, com destaque para HOBBS e LOCKE (MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. 328 p).

decisivos para uma conclusão pela inexistência dos *direitos subjetivos*. As duas noções não são teoricamente inconciliáveis, bastando a tanto que os direitos conferidos pela ordem jurídica não mais sejam tomados como faculdades sujeitas aos interesses exclusivos e ilimitados do titular, mas como atribuições de caráter pessoal cujo conteúdo e extensão se definem, no entanto, pela medida de sua compatibilidade com fins sociais¹²⁰. Por esse caminho, igualmente se preserva o novo enfoque da *socialização* e se explica as profundas transformações das instituições jurídicas de direito privado nas mais recentes legislações na América e na Europa.

A propósito, a adesão do legislador constituinte à tese da perfeita compatibilidade entre as noções de *direito subjetivo* e *função social* justifica o texto da Constituição da República do Brasil na parte em que, logo após estabelecer que "é garantido o direito de propriedade", preceitua que "a propriedade atenderá a sua função social" (CRFB-88, art. 5º, incisos XXII e XXIII). Primeiro, reconhece-se o direito (no sentido subjetivo); em seguida, circunscreve-se o seu conteúdo pela noção de função social, o que implica uma delimitação das *faculdades de disposição* do proprietário. Decerto, ele pode livremente *usar, gozar e dispor* da coisa em seu domínio como melhor lhe aprouver, mas desde que não chegue ao ponto de anular a utilidade social do direito, como ocorreria no caso de destruição do bem ou de condutas que importassem semelhante resultado. Aí, já não estaria mais no exercício de seu direito, mas no exercício de um poder de fato não protegido juridicamente. Observe-se que não se trata de invocar a teoria do *abuso de direito*, mas de simplesmente reconhecer que o próprio direito tem um conteúdo intrinsecamente delimitado pela sua destinação social, não sendo a

¹²⁰ Criticando DUGUIT, GUSMÃO chega à conclusão idêntica. "Neste sentido, pode-se dizer que o direito subjetivo é suscetível de ser condicionado pelo fim a que a sociedade historicamente o destina. Destarte, o direito subjetivo pode deixar de conferir ao titular um poder absoluto, ao atribuir-lhe um poder condicionado a uma finalidade social, sem deixar de ser direito subjetivo, porquanto não é da sua essência servir somente a fins individuais" (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à teoria do direito*, p. 187).

propriedade mais do que o *domínio reservado de uma coisa dentro dos limites do atendimento da sua função social*.

Um olhar atento sobre o pensamento de DUGUIT revela, ainda, algo de desconcertante. Ele nega, em frases categóricas, a existência de direitos subjetivos. Sua doutrina, todavia, vista sob a ótica do conjunto, é ela própria um bom argumento em contrário. De fato, ao reconhecer que a ordem jurídica protege a liberdade, a propriedade e o crédito enquanto *tarefas a cumprir*, e que a regra objetiva situa os homens em determinadas *posições ativas*, mais não faz do que representar, prescindindo da palavra direito em sentido subjetivo, a mesma situação que esta pretende designar segundo um uso freqüente, isto é, a situação de um sujeito investido de certas prerrogativas asseguradas pelo ordenamento jurídico. Por isso DABIN¹²¹, o mais profundo e exaustivo crítico de DUGUIT, comentou que toda a polêmica suscitada pelo eminente escritor não fazia mais do que ocultar, afinal, uma "discussão de palavras", importando uma mudança formal de *significante* sem uma mudança substancial de *significado*¹²².

Foi ainda exagero de DUGUIT sugerir que os teóricos da ciência jurídica gastaram milhares de páginas na elaboração de um conceito puramente abstrato, sem correspondência com a realidade, como seria o de direito no sentido subjetivo. A insinuação não procede. Qualquer observador que lance um olhar desprezencioso sobre as sociedades modernas pode facilmente perceber a existência de situações de vantagem que, devido às normas jurídicas vigentes na comunidade,

¹²¹ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 27. No mesmo sentido: GUSMÃO, *Introdução à teoria do direito*, p. 186-187.

¹²² Comentando a teoria de DUGUIT, também GHESTIN e GOUBEUX se perguntaram: "Ne s'agit-il pas, à ce stade, surtout d'une querelle de mots?" (quer dizer, em língua portuguesa: "não tratar-se-á, a esse nível, sobretudo, de uma briga de palavras?" (GHESTIN e GOUBEUX, *Traité de droit civil*, p. 125).

alguns sujeitos ostentam em face de outros. Tais situações, implicando possibilidades garantidas de agir de determinados modos, de dispor de certos bens ou de exigir tais ou quais comportamentos nas relações intersubjetivas, constituem um objeto real, empiricamente constatável, a referência tangível em torno da qual os mais consagrados escritores construíram a noção de direito subjetivo, da mesma forma como, também em torno dela, o próprio DUGUIT construiu a sua noção de função social.

Depois, a noção de função social é insuficiente para descrever com inteireza a posição jurídica do titular da vantagem. Mesmo admitindo, por exemplo, que o proprietário, ao valer-se das possibilidades jurídicas de aproveitamento da riqueza que possui, apenas implementa um *dever de agir*, ainda assim é evidente que a coisa sobre a qual este encargo incide lhe foi antes de tudo atribuída, que ela é reconhecida como sendo *sua* segundo as normas que disciplinam os modos de aquisição do domínio. De fato, os privilégios do domínio não se fundam na mera força, na capacidade física de detenção, mas num título de outorga que os precede e justifica. A doutrina de DUGUIT não capta esse *momento de atribuição*, que é o pressuposto do uso, gozo e disposição. Ela se limita a aceitar a consequência, a possibilidade protegida de usar, gozar e dispor, mas negligencia a causa, ou o fundo do direito, que é o reconhecimento prévio de que a coisa pertence ao sujeito que sobre ela poderá atuar.

Por fim, não se pode desconsiderar que a palavra direito no sentido subjetivo é utilizada com freqüência e constância nos textos legislativos, da Constituição ao mais subalterno dos regulamentos. Sendo assim, numa perspectiva técnica, é desaconselhável pretender substituir a noção corrente por outra qualquer na análise daquelas situações que o legislador nomeia como sendo de direito (no sentido subjetivo). Se, para dizer o menos, tudo não passa de uma querela lingüística, parece fora de

dúvida que tratar dos chamados direitos (de propriedade, de personalidade, de crédito, etc.) partindo da premissa de que tais direitos não existem é algo que só teria a acrescentar em obscurecimento. Sem contar que, mais importante do que decidir se ao que se chama direito corresponde ou não uma substância real, é, simplesmente, estabelecer o que se quer designar quando, nos textos, a expressão é empregada.

Capítulo 4

A RIGIDEZ ABSOLUTA COMO CRITÉRIO DE DISTINÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

SUMÁRIO: 4.1. Direitos fundamentais e direitos não-fundamentais; 4.2. O significado do adjetivo fundamental; 4.2.1. Da imunidade em face do legislador ordinário; 4.2.2. Da imunidade em face do constituinte reformador; 4.2.3. Os direitos fundamentais como direitos péticos; 4.3. Propriedades conexas à fundamentalidade; 4.4. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

4.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS NÃO-FUNDAMENTAIS

Reunindo todas as noções precedentes numa oração sintética, pode-se definir o direito subjetivo como a *prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor como dono, dentro de certos limites, de um bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva*¹²³. Sob o aspecto formal, essa definição tem a vantagem de não ser *circular*, uma vez que o *definiendum* não aparece no *definiens*¹²⁴. Sob o aspecto substancial, conquanto na aparência mais adequada ao modelo do direito de propriedade, ela se mostra compatível com a descrição de todos os direitos.

¹²³ Trata-se de uma definição próxima daquela formulada por DABIN, para quem "o direito subjetivo é a prerrogativa, concedida a uma pessoa pelo direito objetivo e garantida por vias de direito, de dispor como dono de um bem que se reconhece que lhe pertence, quer como seu, quer como devido" (DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 130). Dessa definição, a nossa difere, basicamente, na parte em que destaca o elemento coatividade, e não o elemento acionabilidade, quando dispensa a distinção entre bem seu e bem devido e ainda quando dá ênfase aos requisitos de validade e vigência da norma positiva outorgante.

¹²⁴ Exemplo de *definição circular* pode ser encontrado na seguinte formulação: "Direito subjetivo é o poder conferido pela norma jurídica para que o titular do direito o exerça de acordo com as leis, invocando a proteção do Estado quando algum obstáculo se apresente ao gozo e reconhecimento desse direito" (LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*, p. 219).

Muito embora em termos que ainda teremos a oportunidade de detalhar, os direitos qualificados em nossa Constituição como *fundamentais* constituem uma fração do gênero dos direitos subjetivos, isto é, um *sub-gênero*, ou uma de suas *classes*. Não são de modo algum algo à parte destes, nem formam à sua margem uma modalidade autônoma, de valor retórico; antes, compõem um grupo especial daqueles; são simplesmente direitos subjetivos assinalados com uma marca particular, que é a sua qualidade de *fundamentais*, em contraposição a outros dela destituídos, que podem ser ditos *não-fundamentais*.

A categoria dos direitos subjetivos é, dentre as muitas construídas com a incorporação da palavra direito no sentido de *algo que pertence a alguém*, aquela que detém o mais elevado grau de generalidade. Todas as demais (por exemplo, direitos subjetivos públicos ou privados, absolutos ou relativos, reais ou obrigacionais, entre outras) estão nela compreendidas; nada mais são do que representações de divisões internas do tronco maior, obtidas a partir de alguns critérios que permitem classificar os tipos individuais, separando-os em função de certas dessemelhanças que estão para além da irreduzível identidade básica que os faz integrar o mesmo conjunto, o gênero dos direitos subjetivos.

Mal comparando, algo similar encontramos na escala zoológica, em que a unidade mais ampla é o *reino animal*, compreensivo de milhões de espécies identificadas por caracteres comuns, mas dentro do qual são inicialmente catalogados dois *sub-reinos*, o *protozoa* (animais unicelulares) e o *metazoa* (animais pluricelulares), a partir de um elemento de comparação considerado relevante, qual seja, o número de células. Com os direitos fundamentais e não-fundamentais não se passa de outro modo. No universo dos direitos subjetivos, abrangente de uma infinidade de tipos individuais, eles constituem dois conjuntos intermediários, isolados

em função de um critério que enseja a diferenciação, ou seja - e para utilizar um neologismo em voga -, o critério da *fundamentalidade*.

De fato, a incorporação do *adjetivo fundamental* ao *substantivo direito*, quando empregada essa palavra no sentido subjetivo, não só indica que existem *direitos subjetivos fundamentais* e *direitos subjetivos não-fundamentais*, como também que o segredo da diferenciação entre uns e outros está na *fundamentalidade* dos primeiros e na *não-fundamentalidade* dos segundos. Por isso, uma primeira aproximação à temática dos direitos fundamentais requer a iluminação do significado do *adjetivo fundamental*, porque é nele, ao indicar uma qualidade exclusiva do grupo respectivo, que radica o sentido da singularidade das muitas posições subjetivas correspondentes. Assim, há que começar examinando o que, afinal, significa para um direito subjetivo o seu *ser fundamental* em confronto com aqueles outros que não o são, ou então, o que dá no mesmo, qual é o sentido dessa qualidade acrescida que permite extremar uns e outros.

Uma passagem do pensamento de ROBLES permite antecipar algo a respeito. Para ele, a qualificação de certos direitos como fundamentais supõe que o ordenamento positivo no qual se inserem os contemple com um *status especial* que os faz distintos, e mais importantes, que os demais direitos, aos quais chama de *correntes* ou *ordinários*. Isso ocorre, escreve ele, através da elevação daqueles à condição de direitos subjetivos dotados, a um só tempo, de uma situação normativa preferencial e de uma proteção maior que a normalmente conferida aos restantes direitos, com o que se lhes proporciona um relevo singular no sistema jurídico. Daí a sentença, certamente feliz, embora desenvolvida nos limites dogmáticos da Constituição espanhola, de que "*os direitos fundamentais são direitos subjetivos privilegiados*"¹²⁵. A tese é fértil, e, nas

¹²⁵ ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 20-22. A tradução, livre, é, outra vez, nossa.

linhas que seguem, cumpre dar-lhe maior precisão, explicitando em que consiste esse *privilégio* que explica e define a *fundamentalidade*.

4.2. O SIGNIFICADO DO ADJETIVO FUNDAMENTAL

4.2.1. Da imunidade em face do legislador ordinário

Para compreender a fórmula *direitos subjetivos privilegiados*, é antes preciso observar que, ao menos no nível das especulações teóricas, não existe um único modelo de Constituição possível. Em obra de prestígio, ALEXY concebeu ao menos três variantes, as duas primeiras opostas entre si e a terceira resultante de uma combinação daquelas, quais sejam: 1) o *modelo constitucional procedimental*; 2) o *modelo constitucional material*; e 3) o *modelo misto procedimental-material*¹²⁶.

No modelo puramente procedimental, a Constituição contém exclusivamente normas de organização e procedimento. Seu núcleo mais relevante está constituído pelas regras que definem as autoridades habilitadas a legislar (*quem*) e a forma pela qual devem proceder (*como*). No modelo puramente material, a Constituição desde logo enfrenta todas as matérias em tese reguláveis, veiculando normas de conteúdo substantivo (*o quê*), como seria o caso, por exemplo, de uma regra proibindo a pena de morte, ordenando a oferta de ensino público gratuito ou permitindo a eutanásia. Já no modelo misto, há tanto umas como as outras, vale dizer, tanto as chamadas "*dispositions de procédure*" como as chamadas "*dispositions de fond*", como são nomeadas pela doutrina francesa¹²⁷.

¹²⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 503-505. Observe-se, contudo, que, segundo adverte o autor, um *modelo constitucional exclusivamente material* é, diferentemente dos demais, de duvidosa ocorrência prática.

¹²⁷ A título de ilustração, cf., utilizando essas expressões: PINTO, Roger. *Éléments de droit constitutionnel*, p. 531.

Considerando um ordenamento jurídico de estrutura hierárquica, com a localização das normas constitucionais num plano de validade superior ao das restantes normas, a distinção ganha peso e interesse no que diz respeito aos *limites jurídicos* postos à atuação do *poder legislativo ordinário*¹²⁸ pelo *poder constituinte originário*. No modelo puramente procedimental, estes limites serão em geral apenas *limites formais*, isto é, relativos à *competência do legislador* e ao *modo de legislar*. O legislador ordinário, com autoridade conferida para criar o direito e desde que atento ao rito prescrito, é livre quanto ao conteúdo das leis, podendo imprimir qualquer direção à matéria objeto de sua deliberação.

A situação, contudo, ainda considerando um ordenamento construído em pirâmide hierárquica, muda radicalmente de figura no caso do modelo constitucional misto (procedimental e material). Aqui, já se deve falar de *limites materiais*, porquanto o conteúdo dado às normas materiais da Constituição exclui juridicamente a possibilidade de ser dada uma diversa regulação para a mesma matéria pelo poder legislativo ordinário. Quando, por exemplo, a lei constitucional declara proscria a pena de morte, ela imediatamente limita o conteúdo normativo possível para o legislador ordinário, proibindo-o de editar normas que tenham como conteúdo a previsão de uma sanção penal dessa extensão, sob pena de declaração de invalidade na via do controle de constitucionalidade.

No *mundo imaginário de Rex I*, tornado célebre na teoria jurídica de HART¹²⁹, essas duas espécies de limitações aparecem

¹²⁸ Entendendo por *poder legislativo ordinário* o conjunto de órgãos e autoridades habilitados a produzir normas jurídicas infraconstitucionais (leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, leis delegadas e atos administrativos normativos).

¹²⁹ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, p. 77.

reconhecidas e discernidas na afirmação de que “uma constituição escrita pode restringir a competência do órgão legislativo, não apenas pela especificação da forma e do modo de legislar [...], mas pela exclusão absoluta de certas matérias do âmbito da competência legislativa, impondo assim limitações substantivas”. Para além da imaginação contudo, é lícito afirmar que, no estágio atual do constitucionalismo, o modelo misto caracteriza o padrão adotado em muitos dos países ocidentais, como nos casos da Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, Estados Unidos e Brasil, pois aí se combinam *normas procedimentais e materiais* e, por extensão, coexistem simultaneamente tanto *limites formais* como *materiais*.

Considerando que as normas *jusfundamentais* integram a parte material da Constituição, não custa concluir que, situados no nível máximo da hierarquia normativa e protegidos por técnicas processuais de controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais revelam-se, em primeiro lugar, como direitos subjetivos indisponíveis ao legislador ordinário. A tanto equivale dizer que, no plano da legislação infraconstitucional, eles são, na medida do seu conteúdo constitucional, juridicamente imunes à abolição, deformação ou atentados de qualquer espécie, ressalvada a possibilidade, em termos que não os nulifiquem, de sua organização, limitação ou complementação por normas inferiores¹³⁰.

¹³⁰ *Organização e limitação* de direitos fundamentais são tarefas próprias da legislação infraconstitucional. Na *organização*, o legislador regula os pormenores do direito a fim de tornar possível o seu efetivo exercício pelo titular. O inciso VII do artigo 5º da Constituição do Brasil, por exemplo, requer norma legal de *organização* quando dispõe que “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”. Na *limitação*, o legislador reduz a densidade de conteúdo do direito a fim de conciliá-lo com outros bens jurídicos essenciais, de modo a evitar-se a anulação de uns pelos outros. A *limitação* pelo legislador depende de *reserva legal*, ou seja, de uma autorização concedida pela própria Constituição ao legislador para estabelecer restrições, que podem ser: *restrições por lei* e *restrições com base em lei*. No primeiro caso, o legislador mesmo efetua a *limitação*, prescindindo de um outro ato de execução, como um decreto regulamentar; no segundo, normatiza os pressupostos sob os quais os órgãos da administração podem ou devem realizar a *limitação*, o que deve ser feito de modo

Como CANOTILHO¹³¹, não há autor que não reconheça essa primeira dimensão relevante dos direitos fundamentais. HESSE, por exemplo, fala em "determinações de competências negativas"; ALEXY em "limitação dos conteúdos possíveis do direito ordinário"; ANDRADE em "efeito derogatório" ou "força jurídica vinculante"; BURGOA em "manifestações da restrição jurídica da soberania"; e assim por diante¹³². Quer parecer, todavia, que a garantia de imunidade em face do poder legislativo ordinário, se é uma realidade jurídica indiscutível, ainda assim não basta para caracterizar e singularizar os direitos fundamentais, porque o privilégio que ela representa não é privativo destes, apenas.

A rigor, ela se liga muito mais ao princípio da supremacia do que à noção de *fundamentalidade*. Realmente, todas as normas constitucionais são indisponíveis ao legislador ordinário em função da sua posição hierárquica, e qualquer direito porventura reconhecido na Constituição goza, por isso, de igual vantagem. Na verdade, mesmo um direito à colocação de *letreiros lacônicos sobre abas de marquise ou bambinelas de toldos que cobrem o passeio público*, previsto em abstrato em algum código municipal de posturas, desfruta de semelhante

tão exato que a questão não caia na discricionariedade administrativa, pois a limitação compete sempre ao legislador. Não havendo reserva de algum tipo, a limitação pelo legislador não é possível, e os limites dos direitos fundamentais serão apenas aqueles chamados *imanescentes*, expressos na própria Constituição e, quando implícitos, passíveis de dedução por interpretação. O inciso LVIII do artigo 5º da Constituição do Brasil, por exemplo, contém reserva legal de limitação ao dispor que "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei". Por sua vez, trata-se de norma *jusfundamental* por si só poradora de um limite imanescente aquela constante do inciso XVI do artigo 5º, quando assegura que "todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público [...]". Nesse sentido e nesses termos, com maiores desenvolvimentos, cf.: HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 247-256.

¹³¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 355.

¹³² HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 239; ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 525; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, p. 255, 266; BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*, p. 97. A tradução, quando for o caso, é nossa.

indenidade, já que também não pode ser revogado por um ato normativo subalterno, como seria o caso de um decreto regulamentar. A única diferença é que, neste último caso, não existe uma via processual de controle concentrado similar à ação direta de inconstitucionalidade.

Por isso, a imunidade em face do legislador ordinário, assentando apenas sobre a relação de preferência de um poder normativo superior em face de um poder normativo inferior, não traduz a diferença entre um direito fundamental e outro não-fundamental e, desse modo, nada diz, de definitivo, sobre o significado do adjetivo fundamental, sobre a qualidade própria e exclusiva dos direitos subjetivos ditos fundamentais, de cuja determinação depende o respectivo conceito. Ela é, sem dúvida, uma condição necessária, mas, sobretudo, não suficiente. Para chegar ao núcleo da questão, é preciso ir mais além, examinando a vinculação entre o poder constituinte originário e o poder constituinte reformador.

4.2.2. Da imunidade em face do constituinte reformador

Nos ordenamentos marcados pela característica da *rigidez constitucional*¹³³, que são a maioria, o *poder constituinte reformador*, geralmente chamado *instituído* ou *derivado*¹³⁴, está também jurídica-

¹³³ De acordo com CROSA, "per costituzione rigida s'intende quell'ordinamento in cui vi ha una categoria di leggi dotate di caratteristiche formali diverse da quelle comuni e per cui la formazione, la modificazione, l'abrogazione o è inibita o è soggetta a particolare procedura, in cui quindi la legge costituzionale si pone come limite alla competenza degli organi legislativi ordinari" (CROSA, Emilio. *Diritto costituzionale*, p. 13). Esse conceito exclui, por exemplo, a Constituição da Inglaterra, que não é rígida, mas flexível. Segundo BOBBIO, em ordenamentos como o inglês, "não existe uma diferença de grau entre leis constitucionais e leis ordinárias", razão pela qual se costuma dizer "que o Parlamento pode fazer tudo, menos transformar o homem em mulher (que, como ação impossível, é por si só excluída da esfera das ações reguláveis)" (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 55).

¹³⁴ Poder constituinte reformador é o órgão dotado de competência para modificar a Constituição, adaptando-a à dinâmica da vida social. No caso nacional, esse órgão é o Congresso Nacional, composto da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

mente limitado em face do *poder constituinte originário*. Esses limites operam, quando menos, em dois sentidos: ou pela vedação de emendas que possam aniquilar normas constitucionais resguardadas sob o estatuto das *cláusulas pétreas*, ou pela exigência, para fins de emendar o texto ¹³⁵, de observância de um *procedimento legislativo agravado* em relação àquele mais simples previsto para a elaboração das leis em geral¹³⁶.

Na Constituição do Brasil, ambos os limites existem. Nos termos do artigo 60, § 2º, a proposta de emenda "será discutida e votada em cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros". Trata-se, aqui, meramente, de um *limite formal*, já que por meio dele não se interdita a abolição de conteúdos normativos, apenas impõe-se a submissão a uma determinada forma de agir. Mas é, apesar disso, um limite certamente menos frouxo do que aquele fixado para as leis infraconstitucionais, bastando referir o exemplo das leis complementares e ordinárias, cuja aprovação em separado na Câmara e no Senado depende, na ordem, do voto da maioria absoluta ou simples dos seus membros em turno único (CRFB-88, arts. 47, 65 e 69).

¹³⁵ Quando se cogita de reforma constitucional, é prudente discernir três categorias. *Reforma* é gênero do qual a *emenda* e a *revisão* são espécies. *Reforma* é qualquer alteração no texto constitucional; *emenda* é uma mudança pontual e circunstancial; e *revisão* é uma alteração ampla da Constituição. A Constituição do Brasil acolheu a distinção quando, no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispôs que "*a revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição [...]*", do que se conclui tratar-se, aí, de modalidade de reforma distinta do processo de emendas previsto no artigo 60 da parte permanente da mesma Constituição. A Constituição do Brasil não cercou a *revisão* dos mesmos limites postos às *emendas*, seja no que tange ao procedimento em geral, seja no que tange ao rol das matérias intocáveis. Mas, como se sabe, o prazo dessa *revisão* expirou sem que ela tivesse sido realizada, de modo que o assunto perdeu interesse prático. A propósito: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 57, 62.

¹³⁶ Além destes, a Constituição do Brasil previu uma terceira espécie de limite jurídico ao poder de reforma, a que os autores chamam de *circunstancial*. Ele consta do artigo 60, § 1º, que dita: "A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio".

De outro lado, o mesmo artigo 60, por seu § 4º, dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. Nesse caso, a Constituição consagra limites materiais ao poder de reforma, à medida que declara determinados conteúdos normativos como de supressão inadmissível. Daí o emprego, entre nós, da metáfora *cláusulas pétreas*¹³⁷, que alude à garantia de intangibilidade com que são revestidas àquelas normas expressamente discriminadas, havendo quem entenda, como BONAVIDES, que o elenco não é taxativo, mas tacitamente abrangente de outras disposições que formam a essência da Constituição¹³⁸.

Como ocorre no caso da imunidade das normas *jusfundamentais* em face do poder legislativo ordinário, que beneficia todas as normas constitucionais em razão do princípio da supremacia, também a previsão de um *procedimento agravado* para aprovação de emendas não pode ser considerada uma qualidade capaz de extremar os direitos subjetivos fundamentais de outros que não o são. Com efeito, quem acreditasse que o traço característico da *fundamentalidade* reside aí, nessa sujeição a maiores dificuldades para efeitos de revogação, derrogação ou modificação, teria que admitir que qualquer direito subjetivo posto no nível da Constituição é *fundamental*, porque qualquer norma constitucional, para ser emendada validamente, supõe o mesmo ritual qualificado.

Mas uma conclusão desse teor aberraria ao espírito e, se porven-

¹³⁷ Segundo BULOS, "o adjetivo *pétreo* vem de *pedra*, significando 'duro como pedra', 'insensível', 'petroso' ". Para o autor, "trasladando a etimologia da palavra para o campo constitucional, *cláusula pétreo* é aquela imodificável, irreformável, insuscetível de mudança formal" (BULOS, Uadi Lammêgo. *Cláusulas pétreas*. In *Revista Jurídica Consulex*, p. 46).

¹³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 503-504.

tura vingasse teoricamente, lançaria a noção de *fundamentalidade* na maior das promiscuidades, deserdando as raízes históricas e filosóficas que a fundamentaram sob o impulso das lutas e das idéias de liberdade, igualdade e fraternidade. Basta notar que, numa clara deturpação de sentido, seriam elevados à categoria de fundamentais direitos que passam muitos mundos ao longe daquele paradigma setecentista, como o do vereador de acumular as vantagens do cargo efetivo com a remuneração do cargo eletivo (CRFB-88, art. 38, III), entre outros exemplos identificáveis. Por isso, o adjetivo *fundamental* não encontra aí uma boa explicação.

Se a previsão de um *procedimento agravado* para fins de emenda não se presta a caracterizar a *fundamentalidade*, permitindo somente diferenciar direitos subjetivos constitucionais e direitos subjetivos infraconstitucionais, resta considerar, quanto aos vínculos que ligam o *poder constituinte originário* ao *poder constituinte reformador*, a possível relação essencial entre *direitos fundamentais* e *cláusulas pétreas*. Nesse ponto, uma constatação parece decisiva. Quando a Constituição, na sua pretensão de rigidez, inclui não todos, mas apenas alguns direitos subjetivos no rol dos conteúdos normativos declarados insuscetíveis de abolição, ela automaticamente separa os inúmeros direitos que prevê em dois segmentos distintos, o daqueles que estão protegidos por uma *cláusula pétrea* e o daqueles que não estão. Com isso, por óbvio, ela dota os primeiros de uma qualidade própria, que aos restantes falta.

Uma vez positivada, essa diferença de qualidade não é algo insignificante, porque é profunda a disparidade que ela introduz. Estar ou não fora do alcance do poder de supressão na via da emenda constitucional é, para um direito, tão diferente como seria, para um homem, ser ou não ser imortal. Não se trata, pois, de uma desigualdade qualquer, mas de uma desigualdade radical, referida ao grau de

proteção que circunda cada conjunto de direitos: para um deles, proteção máxima e extraordinária através da cláusula de imunidade; para o outro, proteção relativa e normal, sem garantia de continuidade. Evidentemente, dessa divergência de regime jurídico resulta uma divisão dos direitos segundo a sua maior ou menor relevância para o indivíduo e para a sociedade, pois através dela o *poder constituinte originário*, ao acentuar as barreiras de salvaguarda, menos não faz do exprimir um inequívoco *juízo de valor comparativo*¹³⁹, declarando que uns têm valor superior aos outros.

Sendo assim, é correto afirmar que os direitos subjetivos protegidos na Constituição por uma cláusula pétrea são portadores de uma qualidade específica que imediatamente lhes confere um status especial. E, por essas duas características acrescidas, eles se revelam, *distintos* de todos os demais e mais *importantes* que estes, figurando como direitos sem paralelos, em traço e valor, no ordenamento jurídico positivo. Agora sim, finalmente, o adjetivo fundamental parece que depara uma base sólida para ganhar significação expressiva. É que, incorporado ao substantivo direito, ele realmente não pode pretender senão designar algo que particularize certos direitos em contraste com outros aos quais não se encontra anexado, e esse algo, até onde podemos ver, paira sobretudo nessa garantia contra o poder reformador, que alguns possuem com exclusividade e da qual outros são carecedores. Portanto, fundamental leva a pétreo e fundamentalidade conduz a intangibilidade.

4.2.3. Os direitos fundamentais como *direitos pétreos*

Numa única linha, podemos então identificar os direitos

¹³⁹ De acordo com ALEXY, há três modalidades distintas de juízo de valor: classificatório, comparativo e métrico. O juízo de valor comparativo é empregado "quando de dois objetos se diz que um tem valor superior ao outro ou que ambos tem o mesmo valor". Juízos dessa natureza são, para o autor, juízos de preferência ou equivalência (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 142-143. A tradução, livre, é nossa).

fundamentais como *[direitos subjetivos pétreos.]* Naturalmente, com isso não se quer sugerir que *fundamental* seja sin nimo de *pétreo*, porque de fato, no nível semântico corrente, *fundamental* quer dizer essencial, vital, indispensável e *pétreo* quer dizer resistente, duro, intrépido. O que se postula, no entanto,   que ambos os termos estão, um para o outro, numa rela o essencial e determinante, de modo tal que somente serão verdadeiramente fundamentais aqueles direitos subjetivos imunizados contra o constituinte reformador por obra de uma cláusula pétreo.

Alguém poderia ser tentado a discordar, ponderando que não se deve confundir o efeito com a causa. Dir-se-ia então que o erro está em supor que os direitos fundamentais são fundamentais porque são intangíveis, quando na verdade   bem o contrário o que ocorre: simplesmente, eles são intangíveis porque são fundamentais, vale dizer, são primeiro fundamentais e só depois intangíveis. Daí ser impróprio tentar definir a *fundamentalidade*, que   a causa, pela *intangibilidade*, que   o efeito.   um argumento sutil, mas que não resiste   contradita.

Decerto, em presença de direitos fundamentais, os bens que são objeto de atribui o privam de uma virtude rara: eles são bens considerados sumamente valiosos. Nesse sentido, são bens essenciais, vitais, indispens veis¹⁴⁰. Acontece que o ser ou não ser fundamental de determinados direitos subjetivos envolve, evidentemente, uma escolha e

¹⁴⁰ A utiliza o, aqui como no capítulo anterior, da expressão "bens"   intencional. Ela leva em conta a distin o feita por HESSEN entre *bem* e *valor*. *Bem*   o objeto que   o suporte do valor. *Valor*   uma propriedade do objeto. Por exemplo: no juízo "o quadro   belo", *bem*   o quadro e *valor*   a beleza. Equivale a dizer que o quadro, no exemplo dado, não   um valor; antes, ele *tem* valor;   assim um *bem*, não sentido de algo valioso. (HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*, p. 40-41, 46). Daí ser possível, ilustrativamente, considerar a liberdade, enquanto *esfera de autonomia* reconhecida ao indivíduo por uma norma de direito fundamental, não como um valor, mas como algo que *tem* ou *porta* valor, isto  , como um *bem*. Pois   esse o sentido rigoroso que se pode extrair, por exemplo, do juízo "a liberdade   boa", sendo *bem* a liberdade e *valor* a idéia ou sentimento de bondade que a ela se associa na atividade de valora o.

um julgamento prévios quanto a quais são aqueles, em meio à multidão heterogênea dos direitos previstos, que merecem ser ou não reconhecidos como tais. Num Estado Constitucional de Direito, democraticamente legitimado, é precisamente a anexação de uma *cláusula pétrea* a um dado direito subjetivo o que melhor certifica a sua *fundamentalidade*, porque é assim, ao declará-lo intocável e pondo-o a salvo inclusive de ocasionais maiorias parlamentares, que o poder constituinte originário o reconhece como um bem sem o qual não é possível viver em hipótese alguma. Por isso que, objetivamente, *fundamental* é, em última instância, *pétreo*.

Essa conclusão está em estreita afinidade com a idéia de que, embora variáveis historicamente por força das concepções locais e temporais predominantes, os direitos fundamentais integram em cada ordenamento jurídico positivo um conjunto mais ou menos extenso de prerrogativas subjetivas comumente pensadas como "pressupostos jurídicos elementares da existência digna de um ser humano"¹⁴¹. Isso equivale a afirmar que, sem eles, ou na eventualidade de sua supressão, é lícito supor que "a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive"¹⁴². De fato, à medida que geralmente preordenados à realização concreta do *princípio da dignidade da pessoa humana*, eles exprimem o juízo alimentado pelo constituinte originário quanto aos bens jurídicos sem os quais não se pode passar sob pena de comprometimento daquele valor supremo. Daí a razão de constituírem eles, os direitos verdadeiramente fundamentais, conteúdos materiais de normas constitucionais imunes ao poder de emenda do constituinte derivado.

¹⁴¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da Alemanha*, p. 290. A vinculação entre a categoria dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana é uma idéia afirmada e repetida em toda parte. Para conferir, além de HESSE, entre outros respeitados autores: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 101, 103; LUÑO, Antonio Perez. *Los derechos fundamentales*, p. 134; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais, p. 166-167; COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 47.

¹⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 163-164.

Sobre assentar num critério de comparação que permite separar nitidamente os direitos subjetivos em fundamentais e não-fundamentais, a aceitação da relação essencial entre fundamentalidade e intangibilidade tem ainda a vantagem de se harmonizar com a tradição filosófica à qual mais diretamente se liga o longo processo de positivação constitucional dos chamados *direitos humanos*, representada pelo *contratualismo* e pelo *jusnaturalismo* dos pensadores da era moderna¹⁴³. Na doutrina de LOCKE, os direitos naturais à vida, à liberdade e, com ênfase maior, à propriedade individual, não sendo razoavelmente passíveis de alienação pelo contrato que dá origem à sociedade política, cujo fim não seria outro senão preservá-los, são descritos como limites à extensão do poder legislativo supremo, que “não poderá ter nunca o poder de destruir, escravizar ou propositalmente empobrecer os súditos”, estando nessa medida garantidos pela lei da natureza, que “fica de pé como lei eterna para todos os homens, tanto legisladores como quaisquer outros”¹⁴⁴.

Na mesma linha indicam os eventos históricos que demarcam o nascimento do constitucionalismo em sua acepção moderna, que é, segundo COMPARATO, “*uma invenção norte-americana*”. A Declaração de Direitos da Virgínia, contemporânea da Declaração de Independência das colônias britânicas na América do Norte (1776), começa pela afirmação de que todos os seres humanos “possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade”. Essa Carta de direitos,

¹⁴³ PACTET reconhece a correlação entre a filosofia dos modernos e o constitucionalismo sobrevivendo na seguinte passagem: “*La notion classique de constitution prend son origine dans les doctrines du contrat social [...], qui faisaient remonter l'établissement de la société civile à un pacte social originel. Dans cette optique, la constitution apparaît comme la confirmation ou le renouvellement de ce pacte. C'est aussi pour cette raison que, historiquement, le constitutionnalisme a joué dans le sens d'une limitation du pouvoir*” (PACTET, Pierre. *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, p. 27). Decerto, é preciso excluir HOBBS dessa afirmação, porque seu *contratualismo* e seu *jusnaturalismo* não justificam a limitação do poder político, mas o *absolutismo*.

¹⁴⁴ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*, p. 269.

como as demais que se seguiram (Pennsylvania e Massachusetts), e ainda as dez primeiras emendas feitas poucos anos mais tarde à Constituição dos Estados Unidos, menos não fazem do que qualificar os direitos que enumeram, já agora positivados, como imunes a qualquer decisão política posterior. E outro não é o espírito do famoso artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sobrevivida à Revolução Francesa, segundo o qual "a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem"¹⁴⁵.

Como é visível, ainda que no pensamento e na experiência que projetaram o advento das atuais democracias constitucionais possa ser detectada relativa divergência na relação dos direitos qualificáveis como inatos e essenciais, em qualquer caso, fosse qual fosse o elenco adotado, o elemento recorrente para caracterizá-los sempre foi a sua *intangibilidade* em face de todos os poderes constituídos no ato de fundação da ordem estatal. A referência, nos textos selecionados, às idéias de *eternidade* (LOCKE), *posteridade* (Declaração da Virgínia) e *imprescritibilidade* (Revolução Francesa) atestam-no como verdade, parecendo claro que, adaptada ao predomínio das concepções positivistas, a lógica do *contratualismo* e do *jusnaturalismo* encontra hoje a sua mais alta expressão na relação entre *direitos fundamentais* e *cláusulas pétreas*.

Além disso, é só por sua condição de *direitos subjetivos pétreos* que os direitos fundamentais podem, em comum e sem equívoco, seguir sendo qualificados como *direitos contra o Estado*, locução que é habitual mas, de costume, pouco esclarecida. Do ponto de vista da relação jurídica de direito material, a liberdade de locomoção, por exemplo, implica para o titular a atribuição de uma esfera de autonomia oponível a todos, pessoas públicas e pessoas privadas. É, nesse sentido, no

¹⁴⁵ No que concerne às passagens transcritas neste parágrafo, cf.: COMPARATO, A *afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 83-109, 139.

que concerne aos destinatários do dever correlativo de respeito, tão oponível ao pior dos seqüestradores e ao vizinho quanto ao general do exército e ao presidente. O âmbito existencial que constitui seu objeto é, ademais, uno e indiviso, não existindo uma liberdade de ir e vir que seja de direito civil ou privado e outra que seja de direito constitucional ou público, ou uma liberdade que seja *direito da personalidade* e outra, diferente, que seja *direito fundamental*. Quando se diz, pois, em alusão à sua dimensão fundamental, que a liberdade é um *direito contra o Estado*, não é dado pensar que, com isso, se esteja a precisar o sujeito passivo da relação jurídica de direito material, a pessoa obrigada à conduta de respeito à autonomia alheia. A expressão *contra o Estado*, nesse contexto, importa uma referência feita ao *Estado-legislador*, significando que se trata de um *direito protegido contra a possibilidade de abolição legislativa*.

Que é assim fica mais evidente ainda quando se tem em vista direitos fundamentais cujo objeto incide sobre uma prestação que sequer é exigível de pessoas jurídicas de direito público, como no caso do direito dos reconhecidamente pobres ao registro civil de nascimento gratuito (CRFB-88, art. 5º, inc. LXXVI, a), em que o sujeito passivo na relação jurídica de direito material é o oficial do registro, isto é, um particular, embora no exercício de função pública delegada (CRFB-88, art. 236). Se esse direito comporta a epígrafe *contra o Estado*, não é no sentido de que envolve uma prestação de dar ou fazer possível de ser reclamada diretamente contra a União, o Estado-Membro ou o Município, mas no de que os órgãos e autoridades detentores de competência legislativa, tanto ordinária como reformadora, não estão autorizados a decretar o seu banimento do sistema jurídico. *Estado* aí não é a parte da relação concreta de crédito e débito oriunda da incidência da norma atributiva, não é o sujeito diretamente obrigado ao cumprimento da prestação devida. Antes, é algo exterior ao vínculo intersubjetivo; é o poder político

de função legiferante, excepcionalmente interdito por uma *cláusula pétrea* na sua normal capacidade de revogar as prescrições vigentes. Enquanto *direitos contra o Estado*, é nesse nível que os direitos fundamentais se identificam¹⁴⁶.

A definição dos direitos fundamentais como *direitos subjetivos pétreos* coincide, ainda, com o *modelo garantista* que em geral caracteriza os ordenamentos jurídicos contemporâneos do mundo ocidental. Para FERRAJOLI¹⁴⁷, o Estado Constitucional de Direito se caracteriza por um dupla sujeição ao direito. De um lado, no plano da *racionalidade formal*, ele compreende normas formais, respeitantes aos modos de produção jurídica; de outro, no plano da *racionalidade material*, ele contém normas substanciais, que condicionam a validade dos atos normativos produzidos. Nesse cenário, que corresponde ao *modelo constitucional misto* de ALEXY (ou *modelo procedimental-material*), os direitos fundamentais são entendidos como formando o núcleo dessa dimensão substantiva, ou seja, como *vínculos substanciais impostos normativamente* (leia-se *positivamente*) em garantia de bens estipulados como vitais¹⁴⁸.

Segundo FERRAJOLI¹⁴⁹, quando se indaga quais são esses bens,

¹⁴⁶ Em muitos casos, é claro, o Estado aparece associado a um direito nos dois sentidos, isto é, tanto como devedor da prestação, integrando a relação jurídica de direito material, quanto como entidade externa a essa relação, limitada em seu poder de legislar. Exemplo disso se tira do *direito ao ensino fundamental público e gratuito* (CRFB-88, art. 208, inc. I, § 1º). Mas note-se: na relação jurídica de direito material, quem deve a prestação é o *Estado-administração*; e no plano exterior a essa relação, quem está limitado em seu poder é o *Estado-legislador*. Esse tipo de direito, pois, como muitos outros, é *contra o Estado* em ambos os sentidos, ou, por assim dizer, nos sentidos *interior* e *exterior*. Quando se fala, porém, em *direitos contra o Estado* para caracterizar todo e qualquer direito fundamental, é só no segundo sentido que a afirmação tem aplicabilidade.

¹⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, p. 21-22.

¹⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, p. 51. Tradução nossa.

¹⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, p. 51. Tradução nossa.

não é possível obter uma resposta *a priori*, mas só *a posteriori*, a partir da constatação a respeito de quais deles estão subtraídos, não só ao livre mercado, mas inclusive às decisões da maioria. Isso porque, conforme argumenta, a *forma indisponível* se revela como a técnica de tutela, por excelência, dos bens considerados *fundamentais* pelo pacto constitucional, e é dela que se lança mão quando se pretende efetivamente garantir direitos reputados como tais. Daí a sua conclusão de que os direitos fundamentais pertencem à "esfera do indecível", bem como de que as normas que os consagram estão a princípio "dotadas de rigidez absoluta" ou são "supraordenadas a qualquer poder decisional". Na doutrina pátria, CADEMARTORI¹⁵⁰ sustenta posição similar, ao indicar que a marca típica do Estado Constitucional do Direito consiste não só na subordinação do soberano a uma *forma de agir*, mas na proibição que se lhe opõe "de violar certos conteúdos, postos pela sociedade que o funda como intocáveis", e que são precisamente os "denominados 'direitos fundamentais'".

Por último, cabe ponderar que a tese da correspondência entre direitos fundamentais e cláusulas pétreas, para além de indicar um elemento de nítida e crucial diferenciação entre os direitos subjetivos, agrega duas importantes vantagens. Em primeiro lugar, sua validade é universal, à medida que tem aplicação a qualquer ordenamento jurídico positivo. Em segundo lugar, ela se apresenta ideologicamente neutra, por não impor, de antemão, juízos de valor absolutos ligados a convicções filosóficas, religiosas ou políticas localizadas. De fato, em conformidade com ela, pode-se afirmar que, tanto nos Estados Unidos como no Japão, deverão ser considerados fundamentais os direitos subjetivos que forem pétreos ou não os haverá se porventura nenhum direito subjetivo desse tipo houver. Por outro lado, lá ou ali, o acesso universal ao ensino

¹⁵⁰ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. *Estado de direito e legitimidade – uma abordagem garantista*, p. 32.

universitário público e gratuito, se previsto, será ou não direito fundamental conforme se ache ou não por esse modo garantido¹⁵¹.

Segue-se daí que, considerando a ordem jurídica nacional, verdadeiros direitos subjetivos fundamentais serão somente aqueles que porventura estiverem ao abrigo da cláusula de proteção prevista no artigo 60, § 4º, da Constituição do Brasil. Todos os demais, fixados ou não no nível constitucional, são direitos subjetivos comuns, ou não-fundamentais, dependendo a qualificação, caso por caso, da interpretação quanto ao grau de abrangência daquela disposição. Isso porque, em resumo, fundamental é a posição jurídica subjetiva da qual se entende que não é

¹⁵¹ Esse último argumento tem inspiração em FERRAJOLI. Em sua teoria jurídica, este autor propõe um conceito de direitos fundamentais que, embora a princípio diverso do que apresentamos quanto ao conteúdo, é igualmente teórico (no sentido de aplicável a qualquer ordenamento jurídico positivo) e formal (no sentido de não estar ideologicamente vinculado a juízos de valor absolutos). Para ele, são *direitos fundamentais todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoas, de cidadãos ou de pessoas com capacidade de obrar, entendendo-se por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) atribuída a um sujeito por uma norma jurídica e por status a condição de um sujeito, prevista igualmente por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de sua idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que representam seu exercício* (FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, p. 37). Diferentemente do nosso, esse conceito relaciona, de início, *fundamentalidade e universalidade*, e não *fundamentalidade e intangibilidade*. Assim sugere, por exemplo, que a liberdade (direito de agir sem oposição de outrem) ou a cortesia (direito de ser saudado pelos conhecidos) serão ou não direitos fundamentais conforme sejam ou não atribuídos pelo ordenamento jurídico positivo a todos os indivíduos de uma determinada comunidade estatal na sua condição de pessoas. Expondo e sustentando as vantagens de uma definição desse tipo, FERRAJOLI observa o seguinte. *Enquanto prescindir de circunstâncias de fato, é válida para qualquer ordenamento, com independência dos direitos fundamentais nele previstos ou não previstos, inclusive os ordenamentos totalitários e os pré-modernos. Tem portanto o valor de uma definição pertencente à teoria geral do direito. Enquanto é independente dos bens, valores ou necessidades substanciais que são tuteladas pelos direitos fundamentais, é, ademais, ideologicamente neutra. Assim, é válida qualquer que seja a filosofia jurídica ou política que se professe: positivista ou jusnaturalista, liberal ou socialista e inclusive anti-liberal e anti-democrática* (Ibidem, p. 38). Embora haja desacordo de conteúdo quanto ao elemento preponderantemente característico da *fundamentalidade* (*universalidade* para o teórico italiano e *intangibilidade* para nós, conforme exposto acima), o fato é que ambos os conceitos coincidem quanto à sua natureza *teórica e formal*, razão pela qual, nesse ponto, é possível acolher e adaptar o argumento de FERRAJOLI às necessidades do presente discurso. Registre-se ainda que, seja como for, FERRAJOLI não nega a *intangibilidade* como traço essencial dos direitos fundamentais, apenas a deduz da noção de *universalidade*.

possível a alguém prescindir, e o modo pelo qual se faz a declaração dessa condição no Estado Constitucional de Direito consiste em estabilizar, para o futuro, as respectivas normas constitucionais atributivas, eternizando-as ao menos durante o tempo de vigência da mesma Constituição.

A conclusão quanto ao grau de abrangência da cláusula de rigidez absoluta prevista no artigo 60, § 4º, da Constituição, depende de interpretação. É matéria deixada à concretização do Supremo Tribunal Federal. Segundo acreditamos, todas as posições subjetivas asseguradas no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) estão abrangidas, o que inclui os direitos implícitos, na forma do § 2º do artigo 5º, entre os quais se contam sobretudo aqueles relativos ao exercício do poder de polícia estatal para fins de proteção dos indivíduos entre si, de modo a prevenir ou reprimir lesões nas relações intersubjetivas a outros bens jurídicos fundamentais (tratados no Capítulo 7 da Tese), bem como os direitos cuja especificação foi transferida para fora do catálogo propriamente dito, com destaque para os direitos sociais (tratados no Capítulo 8).

4.3. PROPRIEDADES CONEXAS À FUNDAMENTALIDADE

A fundamentalidade de um direito, referida ao seu caráter essencial para o homem e para a sociedade, mas determinável segundo o critério jurídico da intangibilidade normativa absoluta, permite deduzir algumas propriedades ou características logicamente decorrentes. A primeira delas diz respeito à *relatividade* e *historicidade* dos direitos fundamentais, no sentido de serem eles variáveis no tempo e no espaço de acordo com as escolhas de cada ordenamento jurídico concreto. Equivale a reconhecer que não existem direitos intrinsecamente fundamentais, ou direitos fundamentais em si mesmos, pois a fundamentalidade assim entendida coloca a qualificação dos direitos na dependência de

uma decisão política do poder constituinte originário¹⁵², sob a influência dos princípios morais dominantes nas comunidades singulares.

Depois, porque geralmente pensados como pressupostos jurídicos de uma existência digna para todos, os direitos fundamentais tendem a ser direitos inerentes à condição humana, por isso que universais quanto à sua titularidade, ou seja, direitos que, no raio de abrangência de cada ordem constitucional específica, qualquer homem possui pelo só fato de ser homem. Trata-se, é certo, apenas de uma tendência, pois há direitos fundamentais que, por opção do legislador constituinte, pertencem apenas a certas categorias de pessoas, como no caso, entre nós, do direito de voto, privativo dos brasileiros (CRFB-88, art. 14, § 2º). Pode-se, no entanto, ainda aí, cogitar-se de uma forma especial de titularidade universal, ou de uma *universalidade relativa*, porquanto o direito em questão, como quer que seja, é de todos os que ostentam uma condição humana especial, a do *homem-nacional*.

Correlativamente, considerando o conteúdo das prerrogativas ou faculdades que em cada caso envolvem, os direitos fundamentais tendem a ser, também, igualitários. Com efeito, atribuídos que são a classes inteiras de sujeitos, e não apenas a um ou outro homem em particular, é natural que se destinem a uma fruição em igual medida por cada um dos seus concomitantes titulares. Assim é que a liberdade de crença não só é própria de cada homem como tem para todos o mesmo sentido e extensão, e o direito de voto não só pertence a todos os brasileiros como a qualquer deles aproveita em idêntica proporção. Nesse

¹⁵² Embora uma tal noção possa contrariar os adeptos de um ou outro sistema de valores, a verdade é que, além de implicar a rejeição a todas as formas de *fundamentalismos*, nada há nela de impróprio quando a intenção científica não é outra senão a de apontar um critério de definição que permita identificar os direitos fundamentais na realidade objetiva do direito positivo, e esses, aí, não serão quaisquer uns, ainda que do gosto particular de seitas de fanáticos ou mesmo de lúcidos juristas e filósofos, mas somente aqueles que assim se qualifiquem pelo modo de proteção especial que os cerca.

sentido, pode-se tranquilamente afirmar que os direitos fundamentais incluem-se normalmente entre os *direitos individuais homogêneos*¹⁵³.

E ainda porque normalmente vitais à dignidade da existência humana, os direitos fundamentais são vocacionados à inalienabilidade, não sendo nem negociáveis nem renunciáveis pelos próprios titulares sob pena de nulidade, embora possam deixar de ser por eles exercidos. Do contrário, o mal que a sua previsão e respectivo modo de tutela pretendiam remediar tornar-se-ia realizável pela via de atos jurídicos de disposição, incompatíveis com a necessidade de sua continuidade. Isso vale, evidentemente, para a liberdade e a igualdade, mas também para a propriedade, desde que entendida não como o direito real que uma pessoa determinada concretamente tem sobre um dado bem móvel adquirido através de um contrato de compra e venda, mas como o *direito de aquisição*, ou de simplesmente converter-se em proprietário¹⁵⁴.

Do quanto exposto, é possível então afirmar que os direitos fundamentais¹⁵⁵ são direitos subjetivos, assim constituindo prerrogativas

¹⁵³ Sobre os *direitos individuais homogêneos*, cf.: Capítulo. 1.

¹⁵⁴ Tratando do direito de propriedade, FERRAJOLI distingue dois sentidos para essa categoria: primeiro, o direito de propriedade entendido como direito a se converter em proprietário; depois, como direito real sobre um determinado bem móvel ou imóvel. No primeiro, trata-se de direito de titularidade universal; no segundo, de direito de afetação singular, pertinente a cada indivíduo em particular conforme uma titulação específica. A rigor, ele distingue entre o direito de propriedade como *capacidade jurídica* (Código Civil brasileiro, art. 2º) e o direito de propriedade como *direito real* (*Ibidem*, art. 524 e seguintes). FERRAJOLI sustenta que só no primeiro sentido se pode falar do direito de propriedade como direito fundamental, porque só nesse caso se está em presença de um direito de titularidade universal, marca por excelência dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. 37-46).

¹⁵⁵ Sobre direitos fundamentais, cf. ainda, além dos textos citados: ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no estado constitucional democrático*, p. 55-66; ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*, p. 67-79; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988*, p. 1-10; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Significação e alcance das "cláusulas pétreas"*, p. 4-10; GABARDO, Emerson. *Os direitos humanos fundamentais em face das reformas constitucionais neoliberais*, p. 75-116; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A dimensão*

coercíveis de aproveitamento de bens atribuídos segundo normas jurídicas positivas, mas com a particularidade de serem geralmente pensados como pressupostos jurídicos de uma existência digna, e, como tais, identificáveis objetivamente na medida de sua proteção por meio de uma cláusula constitucional de rigidez absoluta, por isso que variáveis no tempo e no espaço e, por tendência, universais, igualitários e inalienáveis.

4.4. A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A permanente ênfase ao radical *subjetivo* dos direitos fundamentais propriamente ditos não pretende excluir a *dimensão objetiva* que

processual dos direitos fundamentais e da Constituição, p. 13-21; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa*, p. 198-207; LENZA, Pedro. *As garantias processuais dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais*, p. 199-216; LOBATO, Anderson Cavalcante. *O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais*, p. 141-159; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *As garantias dos direitos fundamentais*, p. 41-46; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *A nova democracia e os direitos fundamentais*, p. 183-198; MARINHO, Josaphat. *Direitos e garantias fundamentais*, p. 5-11; MARQUES, Floriano Azevedo. *O choque de direitos e o dever de tolerância: os direitos fundamentais no limiar do século XXI*, p. 35-41; MARQUES, Floriano Azevedo. *Conceito e evolução dos direitos fundamentais*, p. 54-61; MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da corte constitucional alemã*, p. 48-59; MENDES, Gilmar Ferreira. *Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade – possibilidade jurídica de sua superação*, p. 15-19; MENDES, Gilmar Ferreira. *Cláusulas pétreas ou garantias constitucionais?*, p. 48-50; MIRANDA, Jorge. *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*, p. 23-34; MOCCIA, Sergio. *Emergência e defesa dos direitos fundamentais*, p. 56-91; NOGUEIRA, Alberto. *Direitos do homem, direitos fundamentais e liberdades públicas: diferenciações e convergências*, p. 18-26; PEREZ, Marcos Augusto. *O papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais*, p. 237-246; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*, p. 39-58; ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Direitos fundamentais na Constituição de 88*, p. 109-123; ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais e suas características*, p. 54-65; SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*, p. 97-124; SCHÄFER, Jairo Gilberto. *A insuficiência dos paradigmas da teoria tradicional dos direitos constitucionais fundamentais*, p. 205-211; SEGADO, Francisco Fernández. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales em la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional*, p. 69-102; SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Cláusulas pétreas, soberania popular e cultura*, p. 9-16; TÁCITO, Caio. *Proteção dos direitos fundamentais*, p. 7-10; VELLOSO, Carlos Mário. *Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais, e a reforma tributária*, p. 208-228; VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Direitos e garantias fundamentais, na revisão constitucional*, p. 11-14.

a doutrina contemporânea neles identifica. Com efeito, segundo HESSE¹⁵⁶, os direitos fundamentais, ainda quando organizados sob a forma de direitos subjetivos, possuem um *caráter duplo*, não apenas determinando e assegurando a posição jurídica do particular, mas também funcionando como "elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade". Num enfoque análogo, LUÑO sustenta que os direitos fundamentais, para além de significarem o marco de proteção de situações jurídicas subjetivas, "se apresentam na normativa constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos", de modo que têm também a função de "sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático a que a maioria dos cidadãos presta seu consentimento"¹⁵⁷.

Examinando essa nota peculiar dos direitos fundamentais, SARLET relaciona algumas implicações a ela diretamente associadas, com destaque para a necessidade de sua valorização não apenas sob o ângulo individualista, mas também sob o ponto de vista da sociedade inteira. E, prosseguindo, observa ainda que, em função dessa sua dimensão objetiva, as normas atributivas de direitos fundamentais são aptas a determinar a produção de "efeitos jurídicos autônomos, para além da perspectiva subjetiva", tais como condicionar a interpretação do direito infraconstitucional, repercutir nas relações jurídicas privadas e impor o dever de proteção e promoção por parte dos poderes públicos, entre outros¹⁵⁸. Cumpre frisar, pois, que o reconhecimento da *dimensão subjetiva* dos direitos fundamentais não conduz à negação desse outro perfil.

¹⁵⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 228-230.

¹⁵⁷ LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*, p. 20-21. A tradução, livre, é nossa.

¹⁵⁸ Com argumentação mais pormenorizada, cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 138-149.

Capítulo 5

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O ESTADO MATERIAL DE DIREITO NO OCIDENTE CAPITALISTA

SUMÁRIO: 5.1. O Estado Moderno como unidade orgânica; 5.2. O Estado Absoluto e a negação da fundamentalidade; 5.3. O Estado Liberal e o ingresso na era dos direitos; 5.4. O Estado Social e a expansão do catálogo original.

5.1. O ESTADO MODERNO COMO UNIDADE ORGÂNICA

Por sua condição de *direitos subjetivos pétreos*, os direitos fundamentais constituem, ao lado do princípio da separação dos poderes, elementos decisivos da distinção entre o Estado Absoluto e o Estado Limitado, este considerado tanto em sua feição de Estado Liberal como de Estado Social. Nesse sentido, os direitos fundamentais cumprem um papel de estruturação do sistema político segundo uma lógica específica, a da restrição substantiva do poder, sobretudo em relação à sua função legislativa. Compreender o alto significado dessa *dimensão estruturante* supõe então considerar o percurso que vai do Estado Absoluto ao Estado Limitado e, dentro deste, do Estado Liberal ao Estado Social¹⁵⁹.

Para tanto, há que começar anotando que *Estado Absoluto*, *Estado Liberal* e *Estado Social*, em suas mais usuais acepções, designam

¹⁵⁹ A respeito desse assunto, não é toda e qualquer comparação que interessa, uma vez considerados os propósitos deste estudo. Se são, sem dúvida, vários os critérios a partir dos quais se pode compor um quadro de diferenciação entre o Estado Absoluto, o Estado Liberal e o Estado Social, aqui tem importância destacada o cotejo baseado na análise de cada tipo individual nas suas relações com a história e a doutrina dos direitos fundamentais. Portanto, tenha-se claro que a presente análise observará esse limite. Apesar disso, não deve haver receio de que enfrentemos apenas uma parte insignificante da matéria, pois segundo nosso juízo, a posição em relação aos direitos fundamentais é justamente o que produz uma das diferenças decisivas.

modelos históricos de organização do poder político e da sociedade correspondentes às três fases de evolução do chamado Estado Moderno, tal como ele se desenvolveu nos países ocidentais de economia do tipo capitalista¹⁶⁰⁻¹⁶¹. Representam, assim, locuções adjetivadas utilizadas para descrever diferenças pontuais e graduais no modo de realização de um fenômeno contínuo, o Estado Moderno do mundo capitalista ocidental, apresentando-se, pois, como variáveis de um mesmo núcleo comum¹⁶².

À experiência histórica desses modelos particulares de Estado Moderno correspondem três importantes concepções filosóficas que os procuraram expor e fundamentar em diversas épocas e contextos: o *absolutismo*, o *liberalismo político* e o *socialismo não marxista*. HOBBS é o maior vulto do absolutismo, cujo doutrina consta de duas obras capitais e magníficas, o *De Cive* (1642) e o *Leviatã* (1651). LOCKE é o grande clássico do liberalismo político, cujo discurso fundamental se encontra no seu *Segundo Tratado Sobre o Governo* (1690). LEÃO XIII sintetizou o ideário do socialismo não marxista num documento paradigmático sobre a condição

¹⁶⁰ Por *economia do tipo capitalista* deve-se entender aquela que tem como fundamentos a propriedade privada, a divisão da sociedade em classes e o liberalismo econômico (liberdade de iniciativa, concorrência, comércio, indústria, profissão, contrato, etc.).

¹⁶¹ Para SALDANHA, por exemplo, "continua aceitável admitir [...] que as três fases fundamentais do Estado Moderno são a absolutista, a liberal e a social" (SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*, p. 5).

¹⁶² Carece esclarecer que quando se qualifica o Estado Absoluto, o Estado Liberal e o Estado Social como *modelos históricos*, na verdade se quer dizer que são modelos *histórico-retóricos*, ou *histórico-normativos*, no sentido de que correspondem a um discurso constitucional vigente em certo tempo e lugar, embora não necessariamente a uma prática efetiva. Um Estado concreto pode realmente apresentar-se, *normativamente*, como absoluto, liberal ou social, sem sê-lo *faticamente*. Além disso, a correlação desses modelos com etapas evolutivas aponta apenas a sua *ordem de aparição* no universo da cultura ocidental, não devendo fazer crer numa seqüência sem quebras. Basta recordar que, sob a Constituição de Weimar (1919), a Alemanha constituiu um Estado Social para, poucos anos mais tarde, ver-se deformada em Estado Nazista, estando agora reconciliada com o Estado Social através da Lei Fundamental de Boon, de 1949.

do trabalho operário, a carta encíclica *Rerum Novarum* (1891)¹⁶³.

Segundo registros autorizados, o Estado Moderno se forma na Europa entre os séculos XIII e os fins do século XVIII¹⁶⁴. Caracteriza-se basicamente como *uma unidade de comando das relações de vida num espaço territorial delimitado e amplo, realizada através da concentração do poder de ditar normas de comportamento e de sancionar a conduta ilícita em mãos de uma organização leiga*. Consolida-se quando a monarquia finalmente se impõe ao modo de configuração medieval do poder, marcado pela existência concomitante de uma pluralidade de estruturas coativas, com destaque para a Igreja Romana, cuja liderança clerical afirmava a supremacia dos cânones divinos por ela revelados, e para o senhor feudal, que no círculo de sua propriedade exercia um governo autônomo¹⁶⁵.

A unidade jurídico-política que singulariza o Estado Moderno viabiliza-se através do *monopólio da força*, que se traduz, sobretudo, pelo exercício exclusivo do poder de legislar (monopólio da legislação) e de julgar (monopólio da jurisdição) dentro das fronteiras de uma vasta extensão territorial¹⁶⁶ e sobre uma população de cultura homogênea, a comunidade nacional. Implicando a redução do conteúdo do direito às leis e decisões emanadas de uma mesma fonte de poder, o *monopólio da força* desqualifica qualquer outra organização como apta a reger a

¹⁶³ Estado Absoluto, Estado Liberal e Estado Social encontram nesses textos uma defesa contundente, bem como a crítica filosófica recíproca, geralmente áspera e decidida. A propósito, cf.: HOBBS, Thomas. *Leviathan, or matter, form, and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*, p. 39-283; HOBBS, Thomas. *Do cidadão*, 400 p.; LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*, p. 213-313; LEÃO XIII. *Rerum Novarum*, p. 13-47.

¹⁶⁴ A informação consta de: SCHIERA, Pierangelo. *Estado moderno*, p. 425.

¹⁶⁵ Sobre a organização medieval do poder político, com maiores desenvolvimentos, cf.: HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*, p. 158 e seguintes.

¹⁶⁶ Decerto, "vasta extensão territorial" em comparação com o *localismo* da época feudal.

sociedade e assegura a edificação de um único ordenamento vinculante, deixado à responsabilidade de instituições mundanas que integram o aparelho estatal, como são a Coroa, o Parlamento e os Tribunais.

O Estado Moderno revela-se, pois, como Estado Único e Nacional, no sentido de que, dentro do espaço físico ocupado por uma comunidade de homens ligados por laços de identidade cultural (língua, crenças, valores, tradições, etc.), todo o poder de comando se concentra num só e mesmo eixo institucional. Há que advertir, porém, que Estado Único não se confunde com o Estado no qual o governo prescindir de um sistema de tripartição das funções próprias do poder político (legislação, jurisdição e administração), em que pese possam certamente coincidir. O Estado é único enquanto organismo no qual a soberania repousa com exclusividade, mas o modo como em seu interior o exercício do poder soberano se estrutura pode variar radicalmente, indo da *centralização* à *separação* de funções. Elemento estável do Estado Moderno como categoria genérica é apenas a *unidade orgânica*, não a *indivisibilidade funcional*, traço contingente e próprio dos modelos absolutistas¹⁶⁷.

Momento alto do conturbado processo de formação histórica do Estado Moderno aconteceu na primeira metade do século XVI, durante o reinado de Henrique VIII na Inglaterra. O rei queria um filho para a sucessão, mas a rainha, Catarina, com a saúde debilitada, não oferecia perspectivas. Dependente da tutela eclesiástica, Henrique tentou obter junto ao Papa uma autorização de divórcio, mas sem sucesso. Para lograr seu intento, Henrique teve que desafiar o clero, conseguindo do

¹⁶⁷ BOBBIO distingue o que nós acima qualificamos como *unidade orgânica* e *indivisibilidade funcional* empregando os termos *unicidade* e *unitariedade*. O Estado é Único (*princípio da unicidade*) quando se torna soberano em relação a outras organizações que se pretendem independentes e superiores, como no caso da Igreja Católico-Romana à época da formação histórica do Estado Moderno. O Estado é Unitário (*princípio da unitariedade*) quando, dentro de si mesmo, não se verifica a divisão das funções típicas do poder soberano (BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*, p. 73).

Parlamento a declaração de nulidade do matrimônio e casando-se em seguida com a já grávida Ana Bolena, atitude que foi duramente replicada com uma bula de excomunhão. Em resposta, num ato de deliberada insurreição, Henrique convocou o Parlamento para votar o Ato de Supremacia, que retirava à Igreja de Roma o poder de interferir nos domínios do reino e lhe atribuía soberania tanto em matéria espiritual quanto temporal. Segundo MAUROIS, o gesto do rei significou em essência que "a Inglaterra já não devia ter dois senhores, duas justiças, dois sistemas de impostos"¹⁶⁸ e, de fato, menos não refletiu do que os desígnios de uma clara tendência na direção de um Estado Nacional e Único.

A causa da unidade orgânica do Estado Moderno foi defendida por HOBBS através de uma áspera contestação às pretensões de superioridade e hegemonia da autoridade religiosa, tanto da Igreja Católica quanto das Igrejas Reformadas. Considerando impossível a coexistência de duas instituições com poder de ditar leis e sentenças vinculantes para um só povo em um mesmo território, ele proclamou o princípio da unicidade estatal ao sustentar, sob as hipóteses lógicas do *estado de natureza* e do *contrato social* próprias do racionalismo renascentista, que todo o poder político reside nos governos temporais, com exclusão de qualquer força externa. O estranho título que HOBBS deu à sua obra mais conhecida - '*Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado civil e eclesiástico*' – torna-se facilmente compreensível quando se nota que, ao fundir os *termos* civil e eclesiástico no substantivo comum Estado, o autor justamente nele resumia a sua concepção de Estado como unidade orgânica. Não por acaso ROSSEAU¹⁶⁹ escreveu, num elogio raro, que "de todos os autores cristãos, o filósofo HOBBS foi o único que viu

¹⁶⁸ MAUROIS, André. *História da Inglaterra*, p. 196. Sobre o conflito entre a Igreja (ou poder eclesiástico) e o Estado (ou poder civil) na transição do medievo à modernidade, cf. também: MARTINS NETO, João dos Passos. *Não-Estado e Estado no Leviatã de Hobbes.*, p. 131-136.

¹⁶⁹ ROSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, p. 138-139.

o mal e o remédio e que teve a ousadia de propor a reunião das duas cabeças da águia e formar a unidade”.

5.2. O ESTADO ABSOLUTO E A NEGAÇÃO DA FUNDAMENTALIDADE

Uma historiografia corrente aponta que o Estado Moderno foi, num primeiro momento, Estado Absoluto¹⁷⁰. Caracterizá-lo sob esse aspecto é tarefa delicada, pois o termo absolutismo é polêmico e, no discurso popular e político, recebe muitas vezes conotação demasiado larga, abrangendo indistintamente qualquer tipo de governo arbitrário, desde a tirania e o despotismo ao totalitarismo. Trata-se aí de um exagero que é preciso evitar¹⁷¹, já que faz supor um modo de exercício do poder totalmente alheio à noção de legalidade, o que não é de maneira alguma uma verdade rigorosa. Se ao menos tivermos como parâmetro a filosofia política de HOBBS, não haverá dificuldade em perceber que o Estado Absoluto não se diferencia do Estado Liberal e do Estado Social por ser um *Estado de Não-Direito*, mas sim por ser um *Estado Formal de Direito*, enquanto os demais revestem a forma de *Estado Material de Direito*.

Com efeito, os princípios de fundo do absolutismo hobbesiano são dois: (1) *a soberania é indivisível* e (2) *a soberania é ilimitada*. O primeiro princípio consagra, mais do que a idéia da exclusividade do *poder do Estado* (unidade orgânica), o postulado da indivisibilidade do *poder no Estado* (indivisibilidade funcional). HOBBS realmente não é um adepto da teoria da separação de poderes, tal como LOCKE e MONTESQUIEU. Para ele, o poder soberano, sobre ser *único*, há de ser também *unitário*, no

¹⁷⁰ Nesse sentido, por exemplo, cf.: WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*, p. 25.

¹⁷¹ Em outro lugar, a propósito da obra de HOBBS, já discorremos sobre o assunto. Cf. a respeito: MARTINS NETO, João dos Passos. *Não-Estado e Estado no Leviatã de Hobbes*, p. 107-125.

sentido de que uma só *pessoa política*, seja o rei na monarquia, seja uma assembléia na democracia, deve absorver simultaneamente as funções executiva, legislativa e judiciária. O segundo princípio afirma que essa entidade indivisa, quando no exercício da função legislativa, não está obrigada a observar preceitos hierárquicos, quer jurídicos, quer morais, quer divinos, podendo dispor livremente do conteúdo das leis e criando direito válido sob o só fundamento da sua autoridade. HOBBS está agora longe de projetar um Estado materialmente vinculado e antecipa-se, sem sombra de dúvida, ao positivismo jurídico de espírito formalista¹⁷².

Assim concebido, o Estado Absoluto não se singulariza como um modo de organização do poder político à margem de uma ordem jurídica constituída. Em HOBBS, é enorme o prestígio da lei como técnica regular de controle social. O súdito só tem obrigação na medida das imposições legais, e desde que delas tenha tido prévia ciência; desfruta de liberdade plena para atuar conforme queira sempre que não houver regulação em contrário; não deve ser condenado senão por um ato ilícito, nem punido senão após devidamente julgado como transgressor. Por isso, o absolutismo não se define como uma forma estatal no qual as referências jurídicas faltam totalmente¹⁷³. A pedra de toque da distinção diz respeito à ausência de dois específicos mecanismos de limites ao exercício do poder que serão afirmados só num segundo momento da evolução do Estado Moderno, a *separação de poderes* e os *direitos fundamentais*, repelidos pelos princípios absolutistas da soberania indivisível e ilimitada.

De fato, sobretudo ao fundar-se sob o princípio da *soberania ilimitada*, ou de que o soberano é *legibus solutus*, o Estado Absoluto

¹⁷² Sobre a categoria *soberania* na filosofia de HOBBS, p. 98-105.

¹⁷³ Sobre a *função da lei* na filosofia de HOBBS, p. 110-113.

distancia-se de uma concepção que reconheça quaisquer direitos (em sentido subjetivo) como oponíveis à atividade legislativa. É por essa razão que se amolda como um Estado Formal de Direito, à medida que, recusando admitir normas de natureza *jusfundamental*, nega os dois pressupostos elementares do Estado Material de Direito: a existência de regras substantivas de escalão superior e a vinculação estrita do legislador ao respectivo respeito. No Estado Absoluto, o detentor do poder atua por meio de leis gerais e abstratas, mas as produz livre de condicionamentos materiais, porque não são reconhecidos âmbitos de exclusão de sua competência legislativa (nem leis positivas, nem divinas, nem morais).

Esse formalismo jurídico é claríssimo em HOBBS. A soberania ilimitada é, em sua filosofia, uma consequência lógica do modo como ele concebe o pacto de instituição do Estado. Para ele, trata-se de um acordo pelo qual os indivíduos isolados apenas transferem o poder de organizar a sociedade a um terceiro, mas sem fazer reserva de supostos *direitos naturais*¹⁷⁴. Restringe-se a estabelecer a autoridade competente para legislar, mas sem antepor qualquer conteúdo normativo como indisponível ou intocável¹⁷⁵. Pensado em termos de atualidade, o contrato

¹⁷⁴ O mesmo se pode dizer de ROUSSEAU, cuja concepção de contrato social é igualmente formalista, ou seja, define o órgão soberano (no caso, a vontade geral) e o modo de sua atuação (através das leis enquanto convenções gerais), mas não inclui qualquer ressalva de direitos anteriores ao nascimento do estado civil como indisponíveis ao legislador. Nesse ponto, ROUSSEAU é até mais explícito do que HOBBS. Ele fala, literalmente, em "*alienação sem reserva*" e observa que "*todo homem pode dispor plenamente daquilo que lhe deixarem de seus bens e de sua liberdade*" por meio da lei. Não há dúvida: trata-se de uma concepção tipicamente absolutista, no sentido de que, como a de HOBBS, não reconhece limites materiais à atividade legislativa da assembleia democrática que encarna a vontade geral. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, p. 36-50.

¹⁷⁵ FERRAJOLI, diferentemente, pretendeu ver na doutrina de HOBBS o primeiro modelo teórico que consagra a idéia da existência de direitos imunes ao poder estatal, porque teria ressaltado o direito à vida como inalienável em qualquer hipótese, limitando-se os filósofos posteriores a ampliarem esse rol (FERRAJOLI, *Derechos y garantías*, p. 54). É um entendimento inexato, embora corrente. HOBBS não reconhece o direito à vida como oponível, em sentido jurídico, ao soberano, apenas reconhece o direito do súdito a não se conformar com uma sentença de morte, podendo legitimamente resistir mas ainda assim podendo legitimamente ser morto. Sem apelar

social Hobbesiano seria assim, na linguagem de ALEXY¹⁷⁶, similar a uma Constituição puramente procedimental, que não contivesse senão regras sobre a forma de produção jurídica, isto é, relativas a quem pode, e como, criar direito. Por isso, em sua característica mais elucidativa, o Estado Absoluto é simplesmente *um Estado sem direitos de tipo fundamental*, entendidos como limites de conteúdo postos ao legislador constituído, ou seja, precisamente como direitos subjetivos pétreos, imunes à possibilidade de negação porque reconhecidos num nível superior¹⁷⁷.

5.3. O ESTADO LIBERAL E O INGRESSO NA ERA DOS DIREITOS

O *liberalismo político* de LOCKE, no âmbito filosófico, e o Estado Liberal que, no plano histórico, se consolida a partir da independência dos Estados Unidos da América e da Revolução Francesa assinalam uma expressiva ruptura com o formalismo jurídico do padrão absolutista. Em que pese a preferência de muitos autores por destacar os seus desvios e os seus deméritos, a verdade é que ambos, sob a luz da doutrina dos *direitos naturais*, realizaram uma façanha de não pouca magnitude, a estruturação de um modelo de Estado Material de Direito que antecipou-se em mais de um século à forma constitucional da generalidade das democracias ocidentais do mundo contemporâneo (Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, Brasil, etc.), com os seus catálogos de direitos fundamentais geralmente conectados a uma cláusula de intangibilidade normativa. Só

a maiores considerações, basta reproduzir uma passagem do *De Cive* na qual HOBBS observa que "em nenhum caso se nega a ele [o soberano] o direito de matar aqueles que se recusarem a obedecê-lo", estando o soberano sujeito, quando age em desatenção à reta razão, a pecar "contra as leis da natureza, isto é, contra Deus", mas não contra o direito positivo (HOBBS, Thomas. *Do cidadão*, p. 110).

¹⁷⁶ Sobre a terminologia de ALEXY e as noções de *modelo constitucional procedimental* e *modelo constitucional material*, cf.: Capítulo 4. Trata-se apenas de um outro modo de referir ao Estado Formal de Direito e ao Estado Material de Direito.

¹⁷⁷ Sobre os direitos fundamentais como *limites de conteúdo* à atividade do legislador e, nessa medida, como *direitos subjetivos pétreos*, cf. Capítulo 4.

uma miopia severa, adquirida ao preconceito *anti-burguês*, poderia impedir alguém de enxergar aí a exemplar sintaxe da filosofia de LOCKE e dos movimentos revolucionários do Século XVIII na América e na Europa.

Em LOCKE¹⁷⁸, a vida, a liberdade e a propriedade são descritas como barreiras à extensão do supremo poder legislativo. São bens outorgados a cada homem pela lei da natureza, contra a qual “não há sanção humana que se mostre válida ou aceitável”. O pacto de fundação do Estado não implica jamais a sua alienação; antes impõe ao soberano um respeito incondicional. Assim, apoiando-se numa concepção de contrato que compreende nítida reserva de conteúdos vinculantes, agora equivalente a uma Constituição de tipo material, LOCKE acolhe um princípio diverso daquele do absolutismo: para ele, a soberania é limitada. Com isso, ainda que tivesse em perspectiva os *direitos naturais* como limites ao legislador e, nesse caso, conteúdos supostamente apuráveis pela razão, LOCKE projeta uma idéia reforçada de Estado de Direito, à medida que submete o poder estatal a valores superiores, ou seja, a normas substantivas que ele próprio não poderá jamais revogar.

O advento da Constituição dos Estados Unidos, que se segue à declaração de independência das colônias britânicas na América do Norte (1776) e às sucessivas declarações de direitos dos Estados federados, repercute nitidamente esse importante aspecto da filosofia de LOCKE. A 1ª Emenda, aprovada em 1789, dispôs que “o Congresso não editará lei instituindo uma religião, ou proibindo o seu exercício; nem restringirá a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito de o povo reunir-se pacificamente, ou o de petição ao governo para a correção de injustiças”¹⁷⁹. Posteriormente, a 14ª Emenda (1868) declarou que “nenhum

¹⁷⁸ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*, p. 269.

¹⁷⁹ A propósito, cf.: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 108.

Estado fará ou executará nenhuma lei, com efeito de reduzir as prerrogativas ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem tampouco Estado algum privará uma pessoa de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo legal; nem denegará a alguma pessoa, dentro de sua jurisdição, a igual proteção das leis"¹⁸⁰. Em ambos os casos, cuida-se de normas constitucionais que estabelecem limites de conteúdo ao direito ordinário, com a diferença de que, no primeiro, a restrição se dirige ao poder legislativo federal e, no segundo, ao poder legislativo estadual.

A Constituição da França de 1791, a primeira que descende da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 proclamada no ambiente da Revolução Francesa, em que pese sua curta durabilidade, também continha regra de sentido análogo. No Título Primeiro, dispunha que "o poder legislativo não poderá fazer lei alguma que prejudique ou impeça o exercício dos direitos naturais e civis consignados no presente título e garantidos pela constituição"¹⁸¹. O postulado da *soberania limitada* aparece então, na América e na França revolucionárias, em explícita conexão com uma declaração positiva de direitos subjetivos, mas contando ainda, no caso dos Estados Unidos, com um reforço de grande originalidade na história das instituições políticas, o surgimento da consciência da supremacia das leis constitucionais e da possibilidade do controle judicial de constitucionalidade das leis inferiores. No julgamento do célebre caso *Marbury v. Madison*, em 1803, a Suprema Corte dos Estados Unidos consagrou os novos princípios ao qualificar a Constituição como "superior paramount law, unchangeable by ordinary means" e ao afirmar que "a legislative act contrary to the constitution is

¹⁸⁰ A propósito, cf.: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 106.

¹⁸¹ A propósito, cf.: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 141.

not law"¹⁸².

A estrutura lógica desse modelo é, pois, a de um Estado Material de Direito, cujo antagonismo com o absolutismo compreende ainda a adesão ao princípio da *soberania divisível*, ou da separação de poderes (divisibilidade funcional). O nome de Estado Liberal lhe foi atribuído, todavia, não em virtude da uma neutral submissão a restrições materiais, mas tendo em vista o conteúdo ideológico desses limites, ou das *matérias* tornadas indisponíveis ao legislador sob a forma de direitos fundamentais. Tratava-se, em primeira linha, de imunizar as liberdades individuais contra o arbítrio do poder, a começar pela liberdade de religião, ou de cada qual "entrar na igreja que preferir", que LOCKE realça na sua *Epistola de tolerantia*¹⁸³ e que "é o berço da liberdade moderna"¹⁸⁴. Daí o adjetivo *liberal*, fazendo menção à luta pela *liberdade*, primeiro no contexto das guerras religiosas que sacudiram a Europa após a Reforma e conclamaram os espíritos à polêmica contra o pretense direito estatal ou clerical de impor uma fé e à revolta contra os suplícios aplicados aos heréticos.

O Estado Liberal não se reduziu, contudo, à exaltação dos direitos de liberdade (religião, pensamento, opinião, contrato, profissão, comércio, indústria, etc.). Particularmente na França, porque a revolução almejava a destruição do *ancien régime* fundado em privilégios aristocráticos e estamentais¹⁸⁵, o acento maior foi colocado na *igualdade*,

¹⁸² A propósito, cf.: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 97.

¹⁸³ LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*, p. 95.

¹⁸⁴ MATTEUCCI, Nicola. *Liberalismo*, p. 701.

¹⁸⁵ O preâmbulo da Constituição de 1791 ilustra a ênfase aos direitos de igualdade. "Não há mais nobreza, nem pariato, nem distinções hereditárias, nem distinções de ordens, nem regime feudal, nem justiças patrimoniais, nem títulos, denominações e prerrogativas que daí derivavam, nem ordem alguma de cavalaria, nem corporações ou condecorações de qualquer espécie, para ingresso nas quais exijam-se provas de

ou na proclamação do direito de todos os indivíduos, pela sua só condição humana, a uma igual proteção das leis, sem distinções por motivo de nascimento ou título de nobreza. Nos Estados Unidos, devido à recepção da cultura jurídica inglesa, fortemente marcada por institutos de natureza processual, ganharam proeminência a garantia do *devido processo legal* e outras que lhe são correlatas (defesa, contraditório, júri, etc.). Paralelamente, completando o núcleo dos bens jurídicos mais caros ao ideal dos movimentos revolucionários da modernidade, os direitos à *vida* e à *propriedade* obtiveram geral reconhecimento no seio liberal. Começava, então, sob a armadura ideológica do liberalismo, uma nova história do homem, que BOBBIO viria a nomear de *a era dos direitos*¹⁸⁶.

Acresce considerar que os *direitos políticos*, sobretudo o *direito de sufrágio*, embora num primeiro momento só consentidos aos proprietários, podem ser considerados como uma conseqüência do Estado Liberal. A primeira Constituição escrita dos Estados norte-americanos (Virgínia, 1776) já afirmara o princípio da soberania popular, e não demorou a prevalecer o entendimento de que "o único modo de tornar possível o exercício da soberania popular é a atribuição ao maior número de cidadãos do direito de participar direta e indiretamente na tomada das decisões coletivas; em outras palavras, é a maior extensão dos direitos políticos até o limite último do sufrágio universal masculino e feminino, salvo o limite de idade"¹⁸⁷. Nesse sentido, o Estado Democrático aparece como um prosseguimento e um aperfeiçoamento do Estado Liberal.

nobreza, ou que suponham distinções de nascimento, nem qualquer outra superioridade a não ser a dos funcionários públicos no exercício de suas funções. Não há mais nem venalidade nem hereditariedade de cargos públicos. Não há mais, para parcela alguma na Nação nem para indivíduo algum, privilégio de qualquer espécie nem exceção ao direito comum de todos os franceses" (COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 140).

¹⁸⁶ *A era dos direitos* é o título da obra do autor que reúne a coletânea de seus escritos sobre o tema dos direitos humanos. A propósito, cf.: BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 217 p.

¹⁸⁷ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*, p. 43.

O liberalismo representou, assim, um ponto de mutação de relevância dificilmente comparável na trajetória recente da civilização ocidental. Na sua forma pura, porém, não tardaria a entrar em crise por força de uma combinação de fatores. Em primeiro lugar, há que mencionar uma causa intrínseca. Os direitos liberais, tal como originariamente pensados, portam dois atributos que não os predispõem a proporcionar vantagens reais e equivalentes para todos no contexto de uma sociedade competitiva. De um lado, como acentua DURVERGER¹⁸⁸, eles têm consistência puramente jurídica e, de outro, são predominantemente negativos.

Realmente, trata-se de uma liberdade e de uma igualdade "em direitos". À ortodoxia liberal não ocorre o problema da ausência das condições de vida necessárias ao seu exercício. Ela limita-se a declarar que, *em tese, abstratamente*, todos os homens são livres e iguais, sem reclamar a oferta dos meios práticos tendentes a garantir que o sejam *em realidade, concretamente*. Além disso, os direitos liberais entram na classe dos *direitos de abstenção*, isto é, daqueles que exigem do sujeito passivo apenas uma conduta de não-interferência no âmbito existencial do titular. Em relação a eles, as obrigações fundamentais do poder público resumem-se a duas: respeitar e não invadir ele próprio as esferas de vida, ação e posse juridicamente reconhecidas a cada um, bem como protegê-las contra as possíveis agressões externas ou dos indivíduos entre si¹⁸⁹. Desse modo, o Estado Liberal clássico constitui um modelo de organização do poder político que apresenta um baixo grau de atuação positiva. É o chamado *Estado Gendarme*. Não intervém senão para manter a ordem no interior de suas fronteiras ou para assegurar a defesa do território contra a ameaça estrangeira e, por sua própria natureza, não

¹⁸⁸ DURVERGER, Maurice. *Institutions politiques e droit constitutionnel*, p. 225-226.

¹⁸⁹ A propósito, cf.: BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*, p.11.

contempla remédios capazes de atenuar os males ligados às situações de inferioridade social.

A essa natural vocação para a retórica e para a inércia, somou-se, como fator determinante da crise do liberalismo, uma causa extrínseca: a formação do proletariado em consequência do processo de industrialização no Século XIX. Começou-se a perguntar desde então, com acento claramente irônico, em que consiste a liberdade de pensar para um analfabeto, ou a liberdade de empresa para um pobre, e logo se percebeu, como disse WIGNY¹⁹⁰, que "uma liberdade jurídica, mesmo protegida, corre o risco de não ser exercida senão pelo mais forte". Com a evolução dos acontecimentos, ficou evidente que o Estado Liberal, se bem limitava o arbítrio monárquico, favorecia a exclusão da numerosa classe dos trabalhadores dependentes ou assalariados do proveito efetivo dos valores liberais. A proliferação da pobreza urbana mostrou que, na verdade, o jugo do rei acabara substituído pela opressão do rico, e os estratos materialmente carentes da população estavam deixados ao abandono por uma autoridade política que, nas duras palavras de BURDEAU¹⁹¹, apenas "prepara a arena e, em seguida, evacua os cadáveres". É no meio dessa crise que uma nova concepção de Estado encontrará seu lugar.

5.4. O ESTADO SOCIAL E A EXPANSÃO DO CATÁLOGO ORIGINAL

Em 1891, enfrentando o tema da *condição dos operários* na carta encíclica *Rerum Novarum*, o Papa LEÃO XIII admitiu que, em resultado dos incessantes progressos da indústria, da alteração das

¹⁹⁰ WIGNY, Pierre. *Propos constitutionnels*, p. 147.

¹⁹¹ BURDEAU, Georges. *Le libéralisme*, p. 168.

relações entre empregados e patrões, da concentração da riqueza nas mãos dum pequeno número de ricos e opulentos, da destruição das antigas corporações de proteção, do declínio do sentimento religioso e da corrupção dos costumes, "os trabalhadores, isolados e sem defesa, têm-se visto, com o decorrer do tempo, entregues à mercê de senhores desumanos e à cobiça duma concorrência desenfreada", padecendo assim de um "jugo quase servil"¹⁹². Observando não haver qualquer outra causa que "impressiona com tanta veemência o espírito humano", LEÃO XIII se propôs então a "pôr em evidência os princípios duma solução conforme à justiça e à eqüidade"¹⁹³.

Na *Rerum Novarum*, LEÃO XIII desenvolve dois importantes argumentos. Por um lado, ele refuta a proposta socialista de intenção revolucionária, que postula a supressão da propriedade particular e o fim das desigualdades de classe. Nessa direção, sustenta que a propriedade privada é um direito conforme à natureza humana e que as diferenças entre os homens são inevitáveis. Chama ao comunismo de *princípio do empobrecimento*, porque destinado a realizar tão-somente uma igualdade na nudez e na indigência, e acusa-o de iludir o povo com a promessa de uma vida isenta de sofrimentos, preparando o advento de calamidades mais terríveis para o futuro. Mas, de outra parte, investe também contra o liberalismo ao deduzir dos princípios de *justiça distributiva* um conjunto de direitos da classe operária oponíveis ao empregador capitalista, reclamando o concurso positivo do Estado para sua efetiva proteção através de uma legislação social. Nesse sentido, defende que os governos devem sua atenção a todas as classes, competindo-lhes cuidar de maneira especial dos fracos, e preconiza, em proveito da multidão proletária, a mobilização da providência estatal, a

¹⁹² LEÃO XIII. *Rerum Novarum*, p. 14.

¹⁹³ LEÃO XIII. *Rerum Novarum*, p. 13-14.

liberdade de associação, a limitação da jornada de trabalho, um tratamento diferenciado às mulheres, crianças e aos encarregados de serviços pesados, a garantia do repouso semanal e de um salário justo, bem como argüi, numa posição avançada no tempo, a nulidade dos contratos de trabalho iníquos ou ímprobos¹⁹⁴.

Situando-se assim num ponto intermédio entre o comunismo e o liberalismo, a *Rerum Novarum* formula uma doutrina que procura conciliar os postulados liberais fundamentais com a instituição de mecanismos atenuantes dos desníveis sociais. Por isso, embora remontando suas razões últimas ao evangelho cristão, constitui-se em texto de filosofia política que delinea a arquitetura geral de um modelo estatal singular, o Estado Social de Direito. Realmente, o Estado Social apresenta-se como um projeto de rejeição a dois radicalismos opostos: o liberalismo, sobretudo na sua dimensão de *liberalismo econômico*, fundado sob a lógica do "laissez-faire, laissez-passer", e o socialismo marxista, no seu ideal de destruição pela violência de todas as classes

¹⁹⁴ A propósito, registre-se as seguintes passagens da encíclica papal: "Assim como, pois, por todos estes meios, o Estado pode tornar-se útil às outras classes, assim também pode melhorar muitíssimo a sorte da classe operária, e isto em todo o rigor do seu direito, e sem ter a TEMER a censura da ingerência; porque em virtude mesmo do seu ofício, o Estado deve servir o interesse comum. [...] Os pobres, com o mesmo título que os ricos, são, por direito natural, cidadãos; [...] Como, pois, seria desrazoável prover a uma classe de cidadãos e negligenciar outra, torna-se evidente que a autoridade pública deve também tomar as medidas necessárias para salvaguardar a salvação e os interesses da classe operária. Se ela faltar a isto, viola a estrita justiça que quer que a cada um seja dado o que lhe é devido. [...] A equidade manda, pois, que o Estado se preocupe com os trabalhadores, e proceda de modo que, de todos os bens que eles proporcionam à sociedade, lhe seja dada uma parte razoável, como habitação e vestuário, e que possam viver à custa de menos trabalho e privação. [...] Tal é o ensino da filosofia, não menos que da fé cristã. [...] Se, pois, os interesses gerais, ou o interesse duma classe em particular, se encontram ou lesados ou simplesmente ameaçados, e se não for possível remediar ou obviar a isso de outro modo, é de toda a necessidade recorrer à autoridade pública. [...] Todavia, na proteção dos direitos particulares, deve preocupar-se, de maneira especial, dos fracos e dos indigentes. A classe rica faz das suas riquezas uma espécie de baluarte e tem menos necessidade da tutela pública. A classe indigente, ao contrário, sem riquezas que a ponham a coberto das injustiças, contra principalmente com a proteção do Estado. Que o Estado se faça, pois, sob um particularíssimo título, a providência dos trabalhadores, que em geral pertencem à classe pobre" (LEÃO XIII. *Rerum Novarum*, p. 30-34).

sociais, exceto a obreira, para o fim de instauração da ditadura do proletariado no período de passagem pós-revolucionária¹⁹⁵. Contra o primeiro, a concepção de Estado Social reivindica o intervencionismo estatal e proclama um conjunto de novos direitos; contra o segundo, prega não a luta, mas a concórdia das classes, recepcionando os valores mais básicos da perspectiva liberal, como a liberdade e a propriedade, ainda que sob um peso só relativo.

Em suas linhas gerais, essa fórmula de compromisso entre as duas correntes antagônicas ganhou receptividade logo nas primeiras décadas do Século XX, quando os poderes públicos passaram, na generalidade dos países ocidentais de economia capitalista, a promover intervenções cada vez mais acentuadas em vários domínios da vida social. De fato, segundo CADART, depois de 1914, agora também sob a pressão dos acontecimentos econômicos que acompanharam a Primeira Guerra, o Estado se viu forçado a ampliar enormemente seu campo de ação, fazendo-o em quatro direções: 1) assumindo atividades empresariais; 2) orientando e dirigindo a economia; 3) reprimindo os abusos nas relações trabalhistas e; 4) promovendo a seguridade social¹⁹⁶. Pelo menos nos dois últimos sentidos - repressão aos abusos do poder patronal e promoção da seguridade em favor das classes pobres -, é notável a coincidência entre o processo de revisão histórica da missão estatal e as lições do magistério social da igreja, cumprindo destacar a íntima relação entre a nova política intervencionista que se vai

¹⁹⁵ Sobre o "comunismo e sua doutrina da violência", FRIEDRICH escreveu: "Nele se combinam uma defesa da força e da violência durante os períodos revolucionário e pós-revolucionário, uma fácil aceitação da ditadura e uma fé em uma espécie de vaga democracia anárquica, uma vez que todas as classes sociais - exceto a classe obreira - tenham sido destruídas. O Manifesto Comunista e todos os marxistas ortodoxos que o seguiram ressuscitaram a fé nas possibilidades criadoras da violência, propagando o conceito de ditadura totalitária em nome do proletariado" (FRIEDRICH, Carl J. *Gobierno constitucional y democracia - Teoría y práctica en Europa y América*, p. 85. A tradução, a partir da edição espanhola, é nossa).

¹⁹⁶ CADART, Jacques. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, p. 101-105.

implantando e a elaboração de uma nova categoria de direitos fundamentais, a dos *direitos sociais*, cuja positivação constitucional é o sinal mais eloqüente do Estado Social de Direito.

Sem dúvida, o Estado Social encontra sua identidade essencial na incorporação ao catálogo *jusfundamental* dos chamados *direitos sociais*, que cumprem desde o início três tarefas predominantes. De um lado, eles atuam na contenção da iniquidade nas relações de trabalho, impondo o respeito a certas cláusulas e condições contratuais mínimas; de outro, eles nutrem o crescimento de uma força operária capaz de rivalizar com o capital pela via da liberdade de associação e do direito de greve; por fim, eles mitigam carências humanas elementares através da garantia do acesso a bens e serviços essenciais de outro modo inatingíveis para a população pobre. Nas duas primeiras situações, estamos perante *direitos sociais trabalhistas*; na última, por assim dizer, diante de *direitos sociais providenciais*, cujo objeto são certas prestações estatais positivas¹⁹⁷.

Em matéria de *direitos sociais trabalhistas*, a Constituição do México de 1917 é o mais importante precedente histórico, tendo estabelecido preceitos sobre o direito de associação operária, de greve, a duração máxima da jornada de trabalho, proibição do trabalho infantil, garantia de repouso semanal, licença-maternidade, salário mínimo, participação nos lucros da empresa, hora-extra em valor superior ao da hora normal, nulidade da cláusula de retenção salarial a título de multa, entre tantos outros. Quanto aos *direitos sociais providenciais*, releva mencionar a Constituição da Alemanha de 1919 (ou da República de

¹⁹⁷ Daí a afirmação de PASINI, para quem "[...] lo Stato è passato da una funzione che, nel secolo scorso, era prevalentemente, se non esclusivamente garantistica, cioè da una funzione di tutela giuridica dei cittadini, dei loro diritti, delle loro libertà, ad una funzione assistenziale e promozionale in senso sociale nel tentativo di rispondere alle molteplici, sempre crescenti domande individuali, settoriali e sociali" (PASINI, Dino, *I diritti dell'uomo*, p. 175).

Weimar), que outorgou o direito universal à instrução pública gratuita até aos 18 anos, bem como determinou o financiamento dos estudos de nível superior das pessoas sem recursos, obrigando ainda o Estado à instituição de um amplo sistema de seguro social de contribuição compulsória para proteção da saúde, maternidade e assistência contra as conseqüências da velhice, da invalidez e das vicissitudes da vida ¹⁹⁸⁻¹⁹⁹.

Assim, o Estado Social é também, em sua estrutura lógica, um modelo de Estado Material de Direito, à medida que, como o Estado Liberal, igualmente se apresenta juridicamente conformado por normas substantivas de validade superior. A diferença decisiva está, porém, na maior latitude do catálogo de direitos fundamentais do Estado Social, que precisamente acrescenta ao rol dos tradicionais direitos liberais e políticos até então afirmados, em maior ou menor número, os assim ditos *direitos sociais*²⁰⁰, com a intenção declarada de corrigir ou reduzir os graves desequilíbrios provocados pelo liberalismo originário. Mas não se conclua daí que essa diferença é apenas quantitativa, porque, em verdade, com a expansão do catálogo *jusfundamental*, o Estado Social, erguendo-se sob a tríade *liberdade, democracia e justiça*, assume um conteúdo ideológico que o faz qualitativamente diverso do Estado Liberal originário.

Por oportuno, há que fazer três apontamentos sobre questões de terminologia. O Estado Social, assim concebido, naturalmente não se

¹⁹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 173-179 (Constituição do México de 1917) e 187-190 (Constituição da Alemanha de 1919).

¹⁹⁹ É verdade que já à época da Revolução Francesa o valor da fraternidade e o dever estatal de prestar assistência foram realçados, mas, como bem pondera DÍAZ, não é senão por volta dos fins do Século XIX e no primeiro terço do Século XX que se verifica um considerável movimento reivindicativo nesta direção. DÍAZ, José Ramón Cossío. *Estado social y derechos de prestacion*, p. 31-32.

²⁰⁰ Nesse sentido, SARAIVA também afirma: "Denota-se, por conseguinte, que o Estado Social, longe de negar as conquistas relativas aos direitos e garantias individuais, amplia-lhes o campo, aditando um substratum sócio-econômico" (SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*, p. 15).

confunde com os sistemas políticos de inspiração marxista. Com efeito, como adverte BONAVIDES²⁰¹, há algo, no ocidente, que o distingue, desde as bases, do Estado proletário ou comunista que o socialismo radical intenta implantar: "é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal ao qual não renuncia". Daí, a propósito, a explicação para opinião em geral difundida quanto a constituir o Estado Social "um meio termo entre a proposta socialista revolucionária e o liberalismo em crise"²⁰². Nesse caso, uma vez que o emprego do mesmo nome para designar objetos distintos é inaceitável, sob pena de frustração da função primordial da linguagem, aos sistemas políticos marxistas se deve reservar uma nomenclatura própria e exclusiva, como *Estado Socialista*, *Estado Marxista* ou *Estado Comunista*, a bem de espancar confusões semânticas²⁰³.

O Estado Social tem sido ainda, muitas vezes, assimilado aos chamados Estado-Providência e Estado de Bem-Estar. Alguns autores utilizam as expressões como sinônimas²⁰⁴. Contudo, o caráter providencial ou beneficente diz respeito, somente, à obrigatoriedade de o poder público fornecer um conjunto mínimo de bens e serviços considerados essenciais à dignidade da existência humana, como em matéria de saúde, educação, assistência e previdência, para o fim de libertar as classes pobres de uma alternativa inóspita: ou a contratação a título oneroso no mercado privado ou a dependência de instituições caridosas

²⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, p. 184.

²⁰² CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*, p. 284.

²⁰³ Para referir o Estado Social, diferenciando-o do Estado Socialista, alguns autores recorrem à locução Democracia Social. Cf.: CALMON, Pedro. *Curso de teoria geral do estado*, p. 282-283.

²⁰⁴ Cf., por exemplo, opondo o Estado-Providência ao Estado-Gendarme, e não, como nós, o Estado Social ao Estado Liberal: CADART, Jacques. *Institutions politiques et droit constitutionnel*, p. 100 e seguintes. E ainda, relacionando Estado-Providência e Social-Democracia: ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l'Etat-providence*, p. 20 e seguintes.

de eficácia incerta²⁰⁵. O aspecto da providência liga-se, pois, essencialmente, à atividade estatal no campo da educação e da seguridade, que é apenas uma das dimensões da política intervencionista que se generaliza a partir da segunda década do século XX nos países ocidentais capitalistas. Por isso, Estado-Providência é uma categoria de abrangência limitada, que está para a categoria Estado Social como um círculo menor desenhado dentro de outro mais vasto.

Na literatura política, o Estado Social já apareceu também sob a denominação de Estado Contemporâneo. De fato, é assim que, entre nós, PASOLD entendeu de nomear o novo modelo estatal que, ao menos no plano do discurso constitucional, surge na segunda década do século passado, em 1917, com a Constituição Mexicana, e, em 1919, com a Constituição Alemã (ou de Weimar)²⁰⁶. Todavia, a divergência, aqui, é apenas aparente, simbólica. O Estado Contemporâneo de PASOLD é justamente aquele que tem, como desígnio inerente à sua própria existência, uma *função social* a cumprir, qual seja, a realização prioritária dos valores fundamentais da pessoa humana (saúde, educação, trabalho, liberdade e igualdade), num ambiente jurídico-político em que se façam imperar os mecanismos típicos do regime democrático (eleições, plebiscitos e referendos)²⁰⁷. Não é, pois, nem o Estado Liberal clássico, nem o Estado Socialista ortodoxo, mas o Estado Social da tradição ocidental, que exorta a fraternidade entre os homens sem lhes aniquilar a autonomia.

²⁰⁵ Em direito administrativo, a atuação do Estado nesse domínio deu margem à elaboração da noção de *serviços públicos sociais*, entendidos como aqueles que têm como objeto fornecer a seus beneficiários certas prestações sociais, visando a garantir algumas categorias de cidadãos considerados mais ou menos desfavorecidos contra os riscos inerentes à sua condição social. Nesse sentido, cf.: LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*, p. 49-50.

²⁰⁶ PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*, p. 43.

²⁰⁷ PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*, p. 87.

Cabe averbar que, no mérito, a distância guardada do Estado Socialista tem conseqüências relevantes para a compreensão do Estado Social. Posicionado numa linha intermédia entre individualismo e coletivismo, o Estado Social parte de uma idéia de dignidade da pessoa que assenta primariamente no reconhecimento de um direito humano de *autodeterminação*, cuja contrapartida é o dever de *autoresponsabilidade*. Assim, se o Estado Social não tolera o abandono de cada qual à própria sorte, também não admite que o homem renuncie às responsabilidades que tem para consigo mesmo. A propósito do direito constitucional alemão, BENDA²⁰⁸ cuidou de acentuar esse aspecto, observando que o

²⁰⁸ Segundo BENDA, "A dignidade do homem é o valor supremo reconhecido pela Lei Fundamental. [...] Esta imagem diretriz brinda uma idéia de fim à política estatal. Dela resulta uma linha intermédia entre individualismo e coletivismo. Não é compatível com tal imagem de homem um Estado de serviços de bem-estar e previsão absolutos que libere ao indivíduo das decisões mais importantes e que para cobrir os custos daqueles requeira uma parte desproporcionada de seus ingressos. Porém não menos vedado está o retorno a um modelo liberal de economia alheio a qualquer compensação social. [...] Há reciprocidade entre as obrigações públicas de oferecer certas prestações indispensáveis [...] e a atividade social orientada aos mesmos fins por própria iniciativa. [...] Em nenhum caso resulta do postulado do Estado Social que o legislador haja de prever para a realização de tal meta unicamente medidas das autoridades públicas; nada impede ao legislador prever também a assistência de organizações privadas [...] Tampouco se opõe ao Estado Social uma previsão privada e uma assunção de responsabilidade para si mesmo e a própria família, que permitam renunciar ao Estado. [...] É importante sublinhar precisamente no Estado social a importância de uma configuração autoresponsável – tanto mais quando, faltando com a verdade, demasiadas vezes se pretende identificar o Estado social com uma administração de serviços e uma previsão absolutas. Esta não deixaria margem para a iniciativa individual e para a livre atividade das forças sociais. A burocratização da existência – unida forçosamente à plena responsabilização do Estado – se evidenciou, ali onde foi levada à prática, como redutora da liberdade, e não por isso mais efetiva. [...] A figura do cidadão emancipado pode ser assumida na argumentação para, por exemplo, relativizar a responsabilidade do Estado. [...] O Estado social não consiste unicamente em prestações do Estado que são distribuídas aos cidadãos, mas requer também e em primeiro lugar sentido de responsabilidade do indivíduo consigo mesmo. Cada qual deve apurar as próprias forças antes de invocar a ajuda estatal. Dessa forma não relativizamos, mas colocamos em claro o Estado social. [...] Se o regime de Seguridade Social fosse pleno e praticamente perfeito, o indivíduo nele integrado não consideraria necessário responsabilizar-se pela própria existência nem cobrir-se ante possíveis riscos. Sua capacidade para fazer frente a situações pessoais de crise se atrofiaria com o tempo. O sentimento de que o Estado responderá a qualquer problema diminui a disposição do cidadão para ajudar aos outros em caso de necessidade. Quando se confia só no Estado e quando só se invoca a sua ajuda, a solidariedade ou o amor ao próximo se fazem paulatinamente supérfluos. [...] Porém, um Estado providência que libere de toda preocupação aos homens não seria um Estado social [...] O Estado social faz bem em não cair nesses exageros" (BENDA, Ernest. *El estado social del derecho*, p. 538, 540, 548, 552. A tradução, do espanhol para o português, é nossa).

Estado Social não implica a administração de um sistema de serviços de provisão absoluta, que libere ao indivíduo de todas as preocupações e cuidados pessoais com a construção de seu próprio futuro existencial.

Sendo assim, parece justificado sustentar que o Estado Social repousa sobre o *princípio da subsidiariedade*, tendo por fundamento, a um só tempo, a *liberdade* e a *justiça*. Com efeito, segundo TORRES, a *subsidiariedade* implica, de um lado, o direito que cada um tem de ser o primeiro responsável por seu próprio destino e, de outro, o dever de intervenção da autoridade pública nos casos em que a iniciativa privada não conseguir produzir o bem comum. "O Estado, nesse sentido, se justificará como ente subsidiário na medida em que o homem goza de poderes inerentes ao desenvolvimento de sua personalidade e liberdade, delegando às autoridades os poderes que excedam sua capacidade"²⁰⁹. É bem verdade que o espírito fortemente reivindicativo das sociedades contemporâneas, bem como o alto grau de intervenção estatal que dominou o século passado nas sociais democracias, dificultaram a percepção do princípio, mas ele está inevitavelmente na base da concepção filosófica do Estado Social desde o seu advento em função da lógica que o preside, a da combinação dos valores da autonomia e da solidariedade.

Para finalizar, cumpre advertir que a história dos direitos não termina na afirmação normativa dos *direitos sociais*. Realmente, Declarações internacionais e Constituições nacionais da atualidade têm incorporado aquilo a que muitos autores denominam de novas *gerações* ou *dimensões* de posições jurídicas *jusfundamentais*²¹⁰. Cuida-se certa-

²⁰⁹ TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, p. 66.

²¹⁰ Nesse sentido, cf.: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, p. 38-40.

mente de um processo evolutivo ainda inconcluído²¹¹. Apesar disso, no

²¹¹ Segundo COMPARATO, os documentos mais importantes para a afirmação histórica dos direitos humanos foram os seguintes: 1. A *Magna Carta*, assinada em 1215 pelo monarca João da Inglaterra, também conhecido como João Sem-Terra, perante o alto clero e os barões do reino. Ela assinala "a primeira limitação institucional dos poderes do rei" em face dos dois estamentos privilegiados, a nobreza e o clero; 2. A *Lei de Habeas Corpus* (Inglaterra, 1679), cujo dispositivo nuclear consistia na ordem para que qualquer agente ou funcionário que estivesse mantendo alguém sob prisão o apresentasse em juízo quando da apresentação do writ à autoridade judiciária; 3. A declaração de direitos conhecida como *Bill of Rights* (Inglaterra, 1689), imposta pelo Parlamento ao príncipe Guilherme de Orange como condição negociada de sua ascensão ao trono inglês. De fundamental, ele representou a institucionalização da separação dos Poderes do Estado ao estabelecer a deliberação sobre certas matérias como sendo da competência reservada do Parlamento, entendido como órgão de defesa do súdito perante o rei; 4. A declaração de independência dos Estados Unidos (1776), primeiro documento que reconhece, além do princípio da soberania popular como fonte de legitimação do poder, a existência de direitos inerentes a todo ser humano (tais como, à liberdade, à vida e à busca da felicidade), independente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social; 5. As declarações de direitos norte-americanas que se seguem à declaração de independência dos Estados Unidos, com ênfase para a da Virgínia (1776), e as dez primeiras emendas à Constituição norte-americana (entre 1789 e 1791), que consagram a existência de direitos inatos ao homem (de caráter individualista), a partir de então elevados à categoria de direitos positivos (ou direitos fundamentais) reconhecidos pelo Estado; 6. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (França), contemporânea da Revolução Francesa, que reconhece a igualdade, a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão como direitos naturais e imprescritíveis, cuja conservação é o fundamento da existência do Estado; 7. A Constituição Francesa de 1848, que estabelece deveres sociais para o Estado e abole a pena de morte em matéria política; 8. A Convenção de Genebra (1864), assinada unicamente por potências européias e que inaugura o que se convencionou chamar de *direito humanitário*, isto é, o conjunto de leis e costumes de guerra destinados a minorar o sofrimento de soldados feridos e doentes, bem como de populações civis atingidas por um conflito bélico; 9. O Ato Geral da Conferência de Bruxelas (1890), subscrito por 17 Estados, sobre a repressão ao tráfico de escravos africanos; 10. A Constituição Mexicana de 1917, a primeira a reconhecer a dimensão social dos direitos humanos ao atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de fundamentais e ao afirmar o caráter relativo do direito de propriedade, lançando as bases do Estado Social de Direito; 11. A Constituição Alemã de 1919, dita de Weimar, cidade onde foi elaborada e votada, que, seguindo-se à Mexicana, inclui vários direitos de natureza social no catálogo dos direitos fundamentais (educação, trabalho, previdência, função social da propriedade, etc.), desenhando uma estrutura já mais bem elaborada de Estado, que combinava os direitos civis e políticos negados pelo comunismo com os direitos econômicos e sociais ignorados pelo capitalismo; 12. A Convenção de Genebra (1926) sobre a escravatura, que se propôs revisar e atualizar o Ato Geral da Conferência de Bruxelas de 1890; 13. A convenção relativa ao tratamento de prisioneiros de guerra, assinada em Genebra em 1929, que, em documento extenso e minucioso, regula a captura, o cativo, a organização dos CAMPOS de prisioneiros, as relações destes com o mundo exterior, os escritórios de ajuda e informação, entre outros; 14. A Carta das Nações Unidas, subscrita após a 2ª Guerra Mundial por 51 países, que assinala o ato de fundação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945. Nela, os signatários se comprometem a favorecer o respeito universal aos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem discriminações de qualquer natureza; 15. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), que se abre com a proclamação dos três princípios axiológicos fundamentais em matéria de direitos humanos (a liberdade, a igualdade e a

concernente ao conteúdo ideológico, a clivagem dos direitos fundamentais continua operando em dois sentidos básicos: a dos direitos de defesa contra as agressões aos elementos constitutivos da condição humana abstrata e a dos direitos de amparo contra os malefícios das situações de hipossuficiência na ordem social concreta. O direito ao meio ambiente, por exemplo, não deixa de ser uma projeção particular dos direitos à vida, à integridade ou à saúde, que são bens desde há muito protegidos.

fraternidade) e adiante afirma: o direito de todos à vida, à liberdade, à segurança pessoal, de asilo e à nacionalidade, a proibição da escravidão e, ainda, a democracia como única forma de governo compatível com o respeito aos direitos humanos; 16. A Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948); 17. As convenções de Genebra (1949) sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos; 18. A Convenção Européia dos Direitos Humanos (1950), que reconhece o indivíduo como sujeito de direito internacional e institui órgãos incumbidos de fiscalizar o respeito aos direitos nela declarados e a julgar as suas eventuais violações pelos Estados signatários; 19. Os Pactos Internacionais de Direitos Humanos (1966), divididos no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que desenvolvem pormenorizadamente o conteúdo da Declaração Universal de 1948; 20. A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), que reproduz o conteúdo dos Pactos de 1966, mas inova em alguns pontos, tais como, no estabelecimento do princípio da prevalência do sistema normativo mais vantajoso para a pessoa humana e no tocante à punição a usura e a exploração do homem pelo homem; 21. A Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972), primeiro documento internacional que proclama a existência de um "direito da humanidade", tendo por objeto bens que pertencem a todo gênero humano; 22. A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos (1981), cuja novidade consiste na afirmação de que os povos também são titulares de direitos humanos (à existência, ao meio ambiente sadio, à paz, à livre disposição de sua riqueza, ao desenvolvimento, etc.), tanto no plano interno como externo; 23. A Convenção sobre o Direito do Mar (1982), que afirma direitos da humanidade inteira sobre mares e oceanos, subtraindo, por exemplo, os recursos minerais, sólidos ou gasosos, localizados fora das áreas de jurisdição de cada Estado, à exploração capitalista e à apropriação por um Estado particular; 24. A Convenção sobre a Diversidade Biológica (Rio de Janeiro, 1992), que, incorporando o princípio da solidariedade entre as gerações atuais, bem como entre estas e as futuras gerações, regula o direito da humanidade à preservação do equilíbrio ecológico do planeta. A propósito, cf.: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 421 p.

Capítulo 6

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS SUBJETIVOS SEGUNDO O NÍVEL DE COGNIÇÃO

SUMÁRIO: 6.1. Uma taxionomia jusfundamental relevante; 6.2. Direitos auto-suficientes e direitos coalescentes; 6.3. Os direitos auto-suficientes como direitos subjetivos; 6.4. Os direitos coalescentes como direitos subjetivos; 6.5. A via subsidiária do mandado de injunção.

6.1. UMA TAXIONOMIA JUSFUNDAMENTAL RELEVANTE

Segundo ficou dito, os direitos qualificados em nossa Constituição como fundamentais são genuínos direitos subjetivos, distinguindo-se dos não-fundamentais em razão de uma singular circunstância: são direitos subjetivos pétreos. Essa afirmação leva ao reconhecimento de que os direitos fundamentais constituem relações de atribuição entre bens e pessoas geradas a partir da verificação de situações pressupostas em normas jurídicas positivas, nessa medida incorporando todas as propriedades logicamente implicadas nesta idéia: prerrogativa de aproveitamento, correlação com um dever e possibilidade de reação coativa. Não temos dúvida da validade dessa caracterização, mas cumpre agora apreciá-la à luz da sua inevitável complexidade.

Ao pretender relacionar direitos fundamentais e direitos subjetivos, demonstrando os pontos de intercâmbio dos respectivos conceitos, é preciso agir taticamente. Por causa da quantidade de direitos fundamentais em espécie, não é possível, senão dilatando enormemente a exposição, considerá-los um a um para sindicá-los e revelar individualmente essa inter-relação. Por outro lado, dadas as significativas diferenças que muitas vezes existem de um direito fundamental a outro, também não é possível, para o mesmo fim, considerá-los em conjunto,

como realidade unitária, senão produzindo um texto confuso, intercalado por ressalvas sem fim. A melhor saída fica, portanto, no meio-termo: raciocinar sobre a base de uma classificação interna dos direitos fundamentais, isto é, a partir da reunião e separação das espécies, segundo critérios de semelhança e discordância, em grupos internamente homogêneos mas heterogêneos entre si, associando cada qual destes, por vez, consideradas as suas inerentes peculiaridades, ao conceito de direito subjetivo.

Mas há aí um problema. Em matéria de classificação, qualquer que seja a universalidade que se pretenda estratificar, nunca existe apenas uma possibilidade, mas diversas, porque vários são os critérios de reunião e separação das espécies de que se pode derivar a montagem dos grupos. Assim, para exemplificar, em direito das obrigações, as obrigações costumam ser classificadas em *de dar, fazer ou não-fazer* quanto ao critério da natureza da prestação; mas já o são em *solidárias, divisíveis e indivisíveis* quanto ao critério da pluralidade dos sujeitos; e ainda em *cumulativas, alternativas e facultativas* quanto ao critério da multiplicidade das prestações. Tratando-se dos direitos fundamentais como categoria genérica, acompanhando a diversidade das pautas utilizáveis, uma igual variedade de tábuas de classificação tende a existir, o que impõe, neste momento, a tarefa de eleger, entre as tantas possíveis, aquela ou aquelas que possam ser verdadeiramente úteis à superposição dos conceitos.

Para esse efeito, a mais tradicional das classificações, aquela que subdivide os direitos fundamentais em *direitos de liberdade* (matriz liberal), *direitos políticos* (matriz democrática) e *direitos sociais* (matriz social), é irremediavelmente imprestável²¹². Em vez dela, e bem ao

²¹² Assentando sobre um critério de reunião dos direitos segundo as principais concepções de Sociedade que os fundamentam (o liberalismo, a democracia e o socialismo),

contrário, já terão bastante utilidade duas outras classificações derivadas de critérios entre si distintos: a primeira, assentando sobre o critério do *nível de cognição*, permite subdividir os direitos fundamentais em *direitos auto-suficientes* e *direitos coalescentes*; a segunda, extraída do critério do *dever correlativo*, em *direitos de abstenção* e *direitos de prestação*. Desde logo, cabe ressaltar que, em razão da diversidade de critérios que as animam, essas classificações não são mutuamente excludentes, mas perfeitamente comunicáveis, de modo que podemos obter duas combinações relevantes, assim predispostas: 1) direitos de abstenção e de prestação auto-suficientes e; 2) direitos de abstenção e de prestação coalescentes.

Assim, é sobre a base dessa divisão que se pode utilmente retratar a inter-relação entre direitos fundamentais e direitos subjetivos, pois o modo como os primeiros ascendem à condição dos segundos oscila conforme a combinação de que se trate. Embora não se pretenda excluir a possibilidade, em tese, de existirem alguns direitos particulares não exatamente redutíveis a esse esquema, muito menos a existência de

ela permite situar num mesmo grupo direitos muito desiguais quanto ao objeto sobre que incidem, aos destinatários passivos, ao tipo de *dever correlativo*, ao modo de exercício, satisfação e imposição, à densidade do conteúdo normativo, entre outros, ao mesmo tempo em que, inversamente, permite separar direitos sob esses aspectos bastante próximos entre si. Por exemplo: entre os chamados direitos de liberdade, que na Constituição do Brasil são em geral aqueles constantes do art. 5º, encontram-se direitos marcados por importantes diferenças de estrutura, como são o *direito à vida* e o *direito de petição*, o primeiro oponível *erga omnes* e correlativo de um dever geral de abstenção e o segundo exigível perante o poder público e correlativo de um dever positivo de prestar; entre os chamados direitos sociais, existem alguns que têm a estrutura dos direitos de liberdade, como a *liberdade sindical* e o *direito de greve*, e não integram, pois, o modelo dos direitos de prestação, normalmente associado aos direitos sociais em geral. Por isso, não levando em conta essas diferenças estruturais entre os direitos, essa classificação não favorece a formação de grupos internamente homogêneos nem heterogêneos entre si, segundo um critério de relevância prática. Isso basta para frustrar o esforço de *superposição*, porque o modo como o conceito de direito subjetivo se adapta aos direitos fundamentais varia, sobretudo, conforme as nuances relacionadas a alguns daqueles itens. Registre-se que, em observação de caráter geral, ANDRADE já advertia que essa classificação, sobre ter interesse histórico e ser acolhida nos textos constitucionais e declarações internacionais, é destituída de maior interesse prático. A propósito, cf.: ANDRADE, *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, p. 191.

figuras híbridas, importa observar que no universo daquelas duas combinações cabem ao menos a maior parte dos direitos fundamentais subjetivos, e que, mesmo nos casos de multifuncionalidade, de qualquer modo sempre predomina ou a função negativa de abstenção ou a função positiva de prestação. Na seqüência, nossa atenção estará fixada na primeira dessas duas taxionomias jusfundamentais relevantes.

6.2. DIREITOS AUTO-SUFICIENTES E DIREITOS COALESCENTES

A distinção entre *direitos auto-suficientes* e *direitos coalescentes* não pode ser entendida senão a partir do conhecimento dos modos como se encontram normalmente formulados os enunciados normativos *jusfundamentais*. Efetivamente, a primeira anotação a fazer é a de que uma das características mais frisantes dos direitos fundamentais reside no padrão típico de sua enunciação lingüística nos textos constitucionais, quase sempre através de frases concisas e fórmulas lapidares.

Modelos exemplares não faltam entre nós: "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (CRFB-88, art. 5º, inc. IX); "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas" (*ibidem*, art. 5º, inc. X); "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (*ibidem*, art. 5º, inc. I); "a educação, direito de todos e dever do Estado" (*ibidem*, art. 205), e assim por diante. Ocorre que, em relação direta com a brevidade na forma de enunciação dos direitos constitucionais fundamentais, encontram-se dois fenômenos dignos de registro, que podem aparecer em conjunto ou separadamente.

De um lado, muitas das proposições que integram os catálogos de direitos fundamentais são compostas ordinariamente de palavras e locuções de sentido vago, fruto da especial flexibilidade da

linguagem constitucional. Basta observar que, ao proclamar o direito à reparação do prejuízo em caso de *erro judiciário* (CRFB-88, art. 5º, inc. LXXV), de modo algum a Constituição se vale de um conceito de alcance delimitado, ensejando dúvida quanto a saber, por exemplo, se uma decisão condenatória de primeiro grau de jurisdição, posteriormente reformada em grau de apelação criminal com a absolvição do acusado, está ou não incluída no campo incerto de aplicação da expressão. Por igual, quando em outro ponto se declara a liberdade de pensamento, comunicação e informação como imune a "toda e qualquer censura" (CRFB-88, art. 220, § 2º), não deixa de ser possível perguntar se, em caso de ofensa a direitos de personalidade (honra, imagem, intimidade, etc.), é tolerável a interdição judicial de circulação e a conseqüente apreensão forçada dos exemplares de uma revista mensal, ou se, significando tal providência "censura" no sentido da Constituição, apenas restam ao prejudicado as vias do direito de resposta, da indenização por danos e da ação penal.

Por outro lado, também relacionada ao padrão de concisão, é ainda perceptível a existência de enunciados cujo conteúdo de sentido carece de uma quantificação absolutamente indispensável à sua total inteligibilidade. Sirva de ilustração a hipótese do *direito ao salário-família pago em razão dos dependentes do trabalhador* (CRFB-88, art. 7º, inc. XII). Note-se que o problema, agora, relativamente ao valor do benefício, não é de vagueza, mas de clara insuficiência. Não há, entretanto, razão para perplexidades. Diferentemente do que ambicionam os códigos e as leis do direito ordinário (locações, consumidor, etc.), que é a disciplina o mais exaustiva possível da matéria regulada, a Constituição, pela sua própria natureza de norma diretriz, muitas vezes não se permite avançar para além de uma regulação inicial e, decerto, não bastante.

Redigidas, assim, ao jeito de máximas sumárias, servindo-se

freqüentemente de termos vagos ou veiculando uma regulação insuficiente, as normas *jusfundamentais* revelam-se, de início, num grau especialmente acentuado em relação às disposições da legislação comum, como *grandes incertezas de sentido*, à medida que não apresentam uma rigorosa determinação de todos os caracteres da *previsão normativa* e/ou da *conseqüência jurídica* que formam a sua estrutura lógica²¹³. Por exemplo: a condição de pobreza (previsão normativa) garante a gratuidade da certidão de nascimento (conseqüência jurídica). Mas, afinal, o que é ser pobre? Filisbino da SILVA, que ganha R\$ 500,00 mês, é pobre? São precisamente questões como estas que nem sempre encontrarão de pronto, na dicção constitucional, uma resposta evidente e segura.

Daí ser autorizado dizer que as normas de direitos fundamentais são, em sua maioria e em medida saliente, pautas carecidas de preenchimento²¹⁴, umas vezes em virtude de vagueza semântica e, outras tantas, em razão de insuficiência de regulação. No primeiro caso (vagueza), elas aparecem envoltas em vastas *zonas de penumbra* (CARRIÓ²¹⁵), na qual se situam fatos e/ou efeitos específicos que não se tem como certo, de antemão, se estão incluídos ou excluídos do campo aberto de significação do seu enunciado. No segundo caso (insuficiência), elas soam irremediavelmente vazias, por não constar a indicação da grandeza numérica de um objeto que, no contexto, têm de ser demarcado quantitativamente. Por isso, a ninguém deve surpreender o fato de as formulações *jusfundamentais* demandarem, quase invariavelmente, providências de determinação, assim entendidas as operações

²¹³ Sobre a estrutura lógica das normas jurídicas, constituída, por um lado, da *previsão normativa* e, por outro, da *conseqüência jurídica*, cf.: Capítulo 3.

²¹⁴ LARENZ fala em "*conceitos carecidos de preenchimento*". Cf.: LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 514.

²¹⁵ Sobre a noção de *zona de penumbra* no pensamento de CARRIÓ, ver Capítulo 3.

compreendidas nos distintos processos através dos quais elas podem ganhar a certeza de sentido de que originariamente se ressentem.

Mas neste ponto é preciso estar advertido das sensíveis diferenças entre vagueza e insuficiência. Ambas representam tipos muito importantes de problemas de sentido normativo dos enunciados *jusfundamentais*. Pertencem, é certo, a um gênero comum, a indeterminação da linguagem dos direitos, mas formam duas espécies distintas. Daí que não possa ser idêntico o modo de sua solução. A vagueza tem de ser resolvida através de *concretização*, assim entendida a decisão pela inclusão ou exclusão de um fato ou de um efeito específicos no campo de significação das palavras utilizadas; a insuficiência, através de *arbitramento*, que consiste na decisão de estabelecimento da grandeza numérica de um dado objeto obrigatoriamente quantificável.

No plano das decisões de poder, existem dois modos significativos de *determinação* do sentido vago dos enunciados de direitos fundamentais: por *concretização judicial direta* e com *prévia mediação legislativa*. Na determinação por *concretização judicial direta*, são os juízes e tribunais, especialmente os superiores, tanto na resolução de casos singulares como no exercício do controle de constitucionalidade, que vão pouco a pouco configurando o sentido normativo dos enunciados, diretamente a partir dos dados fornecidos pela Constituição. O recurso ao modelo clássico de interpretação (valorização do elemento literal, sistemático, histórico e/ou teleológico) não é, aqui, totalmente dispensável, mas é inegável que a elevada imprecisão da linguagem *jusfundamental* impõe o emprego de outros modos de raciocínio e ponderação apontados pela moderna doutrina do direito constitucional (juízo de proporcionalidade em casos de colisões de direitos e prognose das conseqüências como critério de fundamentação das decisões, entre outros). *Concretização* desse tipo, envolvente de uma típica atividade de

adjudicação ou produção judicial de sentido, fez entre nós o Supremo Tribunal Federal ao assentar, por exemplo, que "a quebra do sigilo bancário não afronta o art. 5º, X e XII, da Constituição Federal" e que "o princípio do contraditório não prevalece na fase inquisitória"²¹⁶.

Na determinação com *prévia mediação legislativa*, a zona de penumbra original do sentido normativo é, primeiro, reduzida pela interposição ulterior de preceitos legais integradores, por tais entendidos os que estabelecem limitações autorizadas ou aclaram conceitos. Essa tarefa é desempenhada pelos órgãos legitimados à produção legal, assim em primeira linha o Poder Legislativo, por meio de leis infraconstitucionais, mas também o Poder Executivo, através de atos administrativos normativos, tais como regulamentos e portarias de teor geral e abstrato, que são lei em sentido material²¹⁷. Da *interpositio legislatoris*, forma-se então um quadro de significação mais compacto, que resulta como uma só regulação a partir da fusão entre lei constitucional e lei infraconstitucional. A atividade de concretização judicial, na eventualidade de um conflito real que demande solução jurisdicional quanto ao sentido normativo do enunciado *jusfundamental* em causa, passa então a operar a partir desta base de coalizão jurídica.

²¹⁶ E também o Superior Tribunal de Justiça quando entendeu que "a divulgação [...] em revista de cenas do último capítulo de novela, com transcrição integral e literal de significativa parte do respectivo script, realizada sem autorização do autor e cerca de uma semana antes do referido capítulo ser transmitido pela televisão, é procedimento que encerra ofensa aos direitos autorais [...], não estando albergado pelo direito de citação, tampouco pelo de informação". E assim ainda o Tribunal Regional Federal da 1ª Região ao decidir que "a lancha de passeio ou serviço não pode ser conceituada como 'domicílio' para os fins do inciso XI do art. 5º da Constituição" ou que "independentemente da natureza jurídica que se atribua à retenção, sem autorização judicial, de Cruzados novos pelo Banco Central do Brasil, o diploma legal que o determinou [...] violou os preceitos constitucionais atinentes ao direito de propriedade, ao ato jurídico perfeito e ao devido processo legal". A propósito, cf.: *A Constituição na visão dos tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo*. Vol. 1, p. 31, 59, 35 e 51.

²¹⁷ Vinculando o conceito de *lei material* à noção de generalidade, cf.: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, p. 71-72.

A Constituição do Brasil, por exemplo, dispõe que são gratuitos “os atos necessários ao exercício da cidadania” (CRFB-88, art. 5º, inc. LXXVII). Regulamentando o preceito, a Lei Federal nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, explicita quais atos cabem nesse conceito: os que capacitam o cidadão ao exercício da soberania popular (voto, plebiscito e referendun); aqueles referentes ao alistamento militar; os pedidos de informações ao poder público, em todos os seus âmbitos, objetivando a instrução de defesa ou a denúncia de irregularidades na órbita pública; as ações de impugnação de mandato eletivo por abuso de poder econômico, corrupção ou fraude; quaisquer requerimentos ou petições que visem as garantias individuais e a defesa do interesse público²¹⁸. É uma situação genuína de redução da *zona de penumbra* contida na formulação constitucional, em decorrência de interposição legislativa de uma regra de integração. Há agora um articulado lingüístico novo, formando uma só base de partida para a produção judicial do sentido normativo concreto, que pode permanecer ainda duvidoso, mas seguramente menos.

Acresce considerar ser perfeitamente possível que um mesmo direito fundamental receba *concretização* por ambos os modos. Assim, a fórmula segundo a qual “*é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato*” (CRFB-88, art. 5º, inc. IV) tanto pode ganhar maior certeza através de leis interpostas quanto por via judicial direta. Ressalve-se, porém, que, em caso de concomitância admissível, se porventura houver conflito entre o desenvolvimento dado pelo legislador e a compreensão construída pelo tribunal, é esta última que prevalecerá. A razão é que se o legislador, nesse caso, caracteriza o direito numa direção que o tribunal entende *contrária* ao preceito constitucional, fatalmente a lei terá de ser declarada inconstitucional, de modo que ou sua aplicação será recusada

²¹⁸ BRASIL. Lei Federal nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996.

(no *controle difuso*) ou sua vigência será suspensa (no *controle concentrado*), preponderando, em última instância, o conteúdo de sentido que a decisão judicial adjudicou ao texto da Constituição.

Mas agora é decisivo enfatizar que, em contrapartida, a *concretização judicial direta* nem sempre estará juridicamente autorizada. Há normas de direitos fundamentais que, ao menos em regra, exigem *prévia mediação legislativa*. É o que acontece em algumas situações nas quais a norma constitucional contém uma *reserva de lei*, expressamente atribuindo ao legislador a competência (ou o *poder-dever*) para dispor sobre conceitos não esclarecidos ou aspectos não regulados pelo constituinte²¹⁹. São situações peculiares, de cujo contexto infere-se que a Constituição, por um ato de vontade inequívoca, se quer ver concretizada sob a coordenação ou o controle prévio de decisões legislativas.

Carece, todavia, distinguir. Há casos em que a reserva de mediação legislativa tem escopo *restritivo*, implicando uma autorização concedida ao legislador para estabelecer limites ao direito que não foram postos de pronto no enunciado constitucional. Por exemplo, quando a Constituição dita ser inviolável o sigilo das comunicações telefônicas, *salvo por ordem judicial na forma e hipóteses que a lei estabelecer* (CRFB-88, art. 5º, XII). Outras vezes, porém, a reserva de mediação legislativa tem escopo *complementar*, significando então um mandamento dirigido ao legislador para preencher espaços deliberadamente deixados em branco, cuja eliminação é condição de integridade do sentido. Realidades normativas dessa índole evidenciam-se logo no uso do enunciado que

²¹⁹ As palavras "reserva" e "legislador" são empregadas no texto em sentido amplo. Por "reserva", considera-se aí tanto a *reserva de lei*, referida ao Poder Legislativo, como a *reserva com base em lei*, referida ao Poder Executivo. Por "legislador", entende-se tanto a autoridade parlamentar como a autoridade executiva no exercício de poder regulamentar.

afirma a impenhorabilidade da “*pequena propriedade rural, assim definida em lei*” (CRFB-88, art. 5º, XXVI), entre outros. É só nesta segunda hipótese que a determinação por *concretização judicial direta* encontra restrições.

De fato, a existência de uma *reserva de mediação legislativa com escopo complementar* tem, no campo das proposições de direitos fundamentais, uma conseqüência expressiva. É que, ao reclamar complementação por norma legal, o texto constitucional se confessa a si mesmo incompleto para, autonomamente, servir de base à regulação do vínculo intersubjetivo à que se refere. A tanto equivale declarar que o enunciado normativo (previsão normativa + conseqüência jurídica) relativo ao direito fundamental que ele tem em vista assegurar não está, ainda, totalmente composto. Por isso que, em casos tais, o sentido da atribuição constitucional só tende a adquirir compreensibilidade a partir da consideração conjugada da norma superior que lhe assinala os primeiros contornos com a norma inferior que lhe dá os acabamentos.

Tal não ocorre, entretanto, quando a hipótese é apenas de *reserva de mediação legislativa com escopo restritivo*. Com efeito, a possibilidade de restrição pressupõe algo previamente dado a maior; o legislador só pode logicamente reduzir o alcance de um texto que, antes da sua intervenção, já era não só um texto com alcance, mas com alcance mais vasto; só pode limitar a configuração de um direito que, a priori, já era não só um direito com configuração, mas com configuração mais generosa. É evidente então que, nesse caso, o enunciado constitucional vem com o atestado formal da sua autonomia lingüística. Por isso, enquanto a regra legal de limitação não sobrevem e ainda que jamais suceda, o direito fundamental se reputa integralmente fundado e, também na medida de sua largueza inicial, com sentido determinável ao nível da Constituição, cabendo aos juízes e tribunais superar as prováveis

dúvidas ou incertezas de significação no curso do labor forense. Tome-se como exemplo, uma vez mais, a inviolabilidade das comunicações telefônicas (CRFB-88, art. 5º, inc. XII): aqui, o âmbito de imunidade atribuído pode ser compactado ou reduzido "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal", mas se essa lei não se segue, o direito, ainda que de sentido inexato na dimensão maior que lhe foi primeiramente conferida, é concretizável a partir dos próprios quadros do ordenamento constitucional positivo²²⁰.

Tudo isto vale para os casos de *vagueza*. Já nos casos de *insuficiência*, a ausência de quantificação objetiva requer, em princípio, superação por *arbitramento legislativo*. Não parece razoável supor que a Constituição, ao deixar *in albis* o valor de um crédito ou benefício social - como em matéria de prestações de dinheiro do tipo seguro-desemprego (CRFB-88, art. 7º, inc. II) ou fundo de garantia por tempo de serviço (CRFB-88, art. 7º, inc. III) -, tenha pretendido transferir a regulamentação aos órgãos do judiciário. Ao silenciar, é crível que a Constituição o fez em favor do legislador, vale dizer, de uma decisão emanada da autoridade politicamente responsável, a ser tomada num quadro de discussões sociais e planificações econômicas mais amplas, segundo juízos de possibilidade, necessidade e conveniência normalmente incompatíveis com os limites estreitos de um processo judicial. Por isso que, nesses casos, ainda que falte a previsão de uma reserva expressa de arbitramento legislativo, há que admitir sempre a existência de uma reserva implícita.

Assim, se as normas *jusfundamentais* são, em geral, pautas de sentido indeterminado, umas revelam-se desde logo determináveis no

²²⁰ Esse argumento guarda íntima relação com a noção de "normas constitucionais de eficácia contida", desenvolvida por SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 103-116.

nível constitucional por via de concretização judicial direta; outras estão imperativamente preordenadas a ganhar determinabilidade ou determinação no nível constitucional-legal, através de interposição legislativa. As primeiras são, portanto, de se considerar formalmente densas, ainda que substancialmente vagas e eventualmente limitáveis; as segundas, formalmente incompletas e obrigatoriamente regulamentáveis, residindo o critério de distinção na existência ou não de uma reserva legal de mediação com escopo complementar ou de arbitramento. É precisamente dessa bifurcação quanto ao regime de determinação, indicativo da maior ou menor densidade normativa, que deriva a classificação das normas *jusfundamentais* em *auto-suficientes* e *coalescentes*. Sem embargo, *auto-suficientes* são aquelas que, comportando pronta adjudicação de sentido pela via direta da concretização judicial, reputam-se íntegras no nível da Constituição; são normas com autonomia constitucional. Por sua vez, *coalescentes* são aquelas que, reclamando interposição legislativa como condição de inteligibilidade, só se tornam inteiras no nível Constituição-Legislação; são normas sem autonomia constitucional. Por extensão, aos direitos fundamentais a que tais normas se referem podemos chamar de *coalescentes* e *auto-suficientes*.

A conclusão quanto à qualidade de *auto-suficiência* ou *coalescência* de um direito fundamental é algo que está "em função do direito positivo"²²¹, dependendo do exame de cada situação isolada. Não sendo o caso, na presente pesquisa, de verificar a Constituição do Brasil ponto por ponto, o que se pode afirmar, em tese, é que o elemento crucial da distinção está na necessidade, ou não, da edição de lei infraconstitucional para viabilizar o sentido do enunciado normativo de

²²¹ Sem recorrer às categorias direitos dependentes e direitos auto-suficientes, mas no mesmo sentido, SILVA assinala que "a eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo" (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 165).

referência. Quando essa necessidade existir, o direito é *coalescente*, quando não, *auto-suficiente*, propriedades que variam de acordo, por assim dizer, com o *nível de cognição* de cada direito em particular (às vezes o nível constitucional, em outras, o nível constitucional-legal), sempre aferível pela sua dependência ou não da lei de complementação.

6.3. OS DIREITOS AUTO-SUFICIENTES COMO DIREITOS SUBJETIVOS

Os direitos fundamentais auto-suficientes são direitos subjetivos com autonomia constitucional. Significa dizer que, embora enunciados por meio de frases curtas e conceitos vagos, constituem relações de atribuição entre bens e pessoas cujo conteúdo de sentido é desde logo determinável a partir da normatividade constitucional em si mesma, uma vez que aí encontram, imediatamente, a sua completa forma de Expressão.

As liberdades civis (por exemplo, o direito de manifestação do pensamento), as inviolabilidades (como a de domicílio) e as vias de participação política (por exemplo, o direito de sufrágio), como *esferas de autonomia*, *âmbitos de imunidade* ou *espaços de intervenção*, ou como quer que venham a ser especificamente entendidas, quando referidas aos sujeitos que delas desfrutam na ordem social, são expressão de bens que indiscutivelmente a eles pertencem. O mesmo vale para certas prestações que diretamente se lhes averba na Constituição como créditos contra outrem, do que é exemplo a assistência jurídica integral. Em quaisquer dessas situações, nota-se a relação entre a pessoa e um bem reconhecido como próprio, o laço de *appartenance* descrito por DABIN²²².

²²² Apenas lembrando brevemente, cabe dizer que, para DABIN, "todo direito subjetivo supõe um bem ou valor ligado ao sujeito-pessoa por um laço de propriedade [no francês, *appartenance*], de sorte que essa pessoa pode dizer que esse bem ou valor é seu" (DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*, p. 100).

Dessa atribuição, resulta ainda reconhecida ao titular a prerrogativa de dispor desses bens, isto é, de deles retirar o benefício prático a que tendem, observados os limites imanentes de cada direito específico ou, o que é o mesmo, os modos de aproveitamento considerados legítimos. Como sabemos, essa característica evidencia-se, conforme o caso, por um feixe maior ou menor de possibilidades de agir. Atendendo, porém, aos exemplos postos logo atrás, não custa fazer delas uma ilustração concreta, indicando que podem, naquelas hipóteses, consistir em distintas opções de atuação: exteriorizar ou não uma idéia, em particular ou em público, por este ou por aquele meio; candidatar-se ou não a um cargo eletivo, votar ou não votar ²²³, votar neste ou naquele candidato, anular o voto ou votar em branco; valer-se ou não dos serviços de defensoria pública impostos ao Estado. Por aí se vê, indistigável, o lado *facultas agendi* dos direitos fundamentais auto-suficientes²²⁴.

A posição do titular de direitos dessa índole é igualmente correlativa de um dever alheio, que assume algumas vezes a forma predominante de uma *obrigação passiva universal* e, em outras tantas, a

²²³ Considerando o direito constitucional brasileiro, essa alternativa só existe para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, que constituem categorias de pessoas em relação às quais o voto é facultativo (CRFB-88, art. 14, § 1º, II, a), b) e c).

²²⁴ Mas aqui é importante reproduzir uma observação feita anteriormente (Capítulo II), e que tem relação direta com alguns tipos de direitos fundamentais (inviolabilidade do domicílio, de correspondência, das comunicações, etc.) "Por último, uma ressalva é necessária. Diversamente da maioria dos direitos subjetivos, cujo conteúdo compreende verdadeira *facultas agendi*, há aqueles que não são exercitáveis através de ações praticadas pelo titular. É o que ocorre, por exemplo, com o direito à inviolabilidade do domicílio, que se caracteriza meramente (do ponto de vista do bem atribuído) como uma esfera de imunidade, e não como uma esfera de autonomia (caso da liberdade de contratar). Nessas situações subjetivas, o titular não dispõe de um poder de ação sobre o bem, apenas pode dele fruir passivamente enquanto não se verifica a indevida violação. Daí que, em tal contexto, parece não ter cabimento pretender separar, esquemática e logicamente, as noções de atribuição de um bem e de prerrogativa de disposição, pois as duas instâncias se resolvem numa única dimensão. O sujeito do direito aí não o exerce atuando sobre o objeto que lhe foi reservado, valendo-se destas ou daquelas faculdades, mas dele se aproveita sem atuar, enquanto simples e somente o tem".

de uma *obrigação positiva individual*. Daí ser possível falar em direitos fundamentais *absolutos* e em direitos fundamentais *relativos*, no sentido em que a doutrina civilista concebe esses dois predicados. O direito à vida, por exemplo, é daqueles oponíveis *erga omnes*, a ele correspondendo, no mínimo, um *dever genérico de abstenção*. É o caso também das liberdades em geral. Já o direito à assistência judiciária total e gratuita integra um vínculo *inter partes* que envolve os carentes de recursos e o Estado, impondo-se a este, com exclusividade, um *dever especial de prestar algo* em favor daqueles. A correlação entre direito e dever é, pois, também aqui, um reflexo da normal bilateralidade das normas jurídicas.

Os direitos fundamentais auto-suficientes são ainda, como quaisquer autênticos direitos subjetivos, suscetíveis de imposição coativa, comportando a possibilidade de reação às violações porventura cometidas através de meios predispostos de coação destinados a neutralizar a conduta antijurídica ou a eliminar seus efeitos danosos. No direito constitucional positivo, em que predomina o sistema de tutela pública ou estatal (*hetero-tutela*), dita coatividade é uma evidência que decorre por si só, se mais não houvesse, do princípio processual da *inafastabilidade da jurisdição* (CRFB-88, art. 5º, inc. XXXV)²²⁵, pois dele se deduz que, em tese, é sempre possível ao titular defender judicialmente o seu direito em caso de lesão ou ameaça e, por conseqüência, de tentar obter pela coação o respeito que é devido pelo sujeito passivo da relação jurídica de direito material. Na mesma direção aponta a consagração constitucional de certas garantias processuais específicas, como são as ações de *habeas corpus* e de mandado de segurança (CRFB-88, art. 5º, incisos LXVIII e LXIX).

²²⁵ O princípio constitucional da *inafastabilidade da jurisdição* ganha expressão ainda no direito processual ordinário, que veda ao juiz escusar-se de proferir decisão a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei (Código de Processo Civil, art. 126).

Por último, os direitos fundamentais aqui considerados são direitos positivados, o que decorre do fato de estarem assentados na Constituição e representarem, assim, a expressão da vontade humana fundada no consenso social historicamente possível. Isso vale, a propósito, não só para aqueles direitos particularmente identificados no catálogo dos direitos fundamentais, bem como para os direitos *implícitos*, suscetíveis de dedução ou recepção nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição²²⁶. O elemento da *positividade* é mesmo inerente à nomenclatura dos *direitos fundamentais*, expressão que, em si mesma e sobretudo, serve para designar aqueles direitos da pessoa humana que, ultrapassando a condição de postulados filosóficos ou exigências morais, lograram obter formal reconhecimento numa dada ordem jurídica nacional. Nesse sentido pode-se inclusive referir as lições de LUÑO, que recorre ao critério do "diferente grau de concreção positiva" para distinguir entre a categoria dos *direitos fundamentais* e a categoria dos *direitos humanos*²²⁷.

²²⁶ O § 2º do art. 5º da Constituição do Brasil dispõe que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Trata-se de dispositivo que, segundo em geral se reconhece, tem inspiração na Emenda IX da Constituição dos Estados Unidos da América, segundo a qual "a especificação de certos direitos na Constituição não deve ser entendida como uma negação ou depreciação de outros direitos conservados pelo povo" (conforme tradução desse texto jurídico encontrado em: COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos do homem*, p. 109).

²²⁷ Aqui, com tradução livre para o português, vale a pena dar a palavra ao autor: "Os direitos humanos podem ser entendidos como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretam as exigências de dignidade, de liberdade e de igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional. Enquanto com a noção de direitos fundamentais se tende a aludir a aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maior parte das vezes em sua normativa constitucional, e que podem gozar de uma tutela reforçada" (LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*, p. 46). Assim, para LUÑO, que tem nesse ponto a nossa concordância, direitos humanos é uma expressão que abarca aquelas exigências mais radicalmente vinculadas ao sistema de necessidades humanas, e que devendo ser objetivo de positivação, não o foram; eles têm uma conotação prescritiva; direitos fundamentais é expressão de sentido mais preciso e estrito, de função descritiva, pois que retrata o conjunto de direitos e liberdades jurídica e institucionalmente reconhecidos pelo direito positivo; eles são, por isso, delimitados no espaço e no tempo (LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*, p. 46-47). De relevante, LUÑO ainda traduz a importância prática da distinção ao ponderar que "[...]

Se, aqui ou ali, sempre pode haver dúvida quanto à amplitude do âmbito existencial protegido, ao leque das faculdades de atuação, ao conteúdo exato do dever correlativo ou aos pressupostos normativos da titulação, é certo que, na ausência de *reserva legal de mediação com escopo complementar* ou de *arbitramento*, compete aos juízes e tribunais, independentemente de *interpositio legislatoris*, eliminar as áreas de indeterminação da norma no processo de sua concretização.

6.4. OS DIREITOS COALESCENTES COMO DIREITOS SUBJETIVOS

Os direitos fundamentais coalescentes são direitos subjetivos sem autonomia constitucional. Isso quer dizer que a determinabilidade dos pressupostos de aquisição e/ou dos efeitos jurídicos específicos que produzem depende, em linha de princípio, da descrição de propriedades adicionais através de uma lei interposta. Por essa razão, constituem relações de atribuição entre bens e pessoas cujo conteúdo de sentido há de resultar de uma regulação combinada, como sendo a síntese ou a soma final da disciplina constitucional e da disciplina infraconstitucional.

O *direito dos trabalhadores à remuneração do trabalho noturno superior à do diurno* não é cognoscível só com base na norma *justfundamental* que o reconhece (CRFB-88, art. 7º, inc. IX). Passa a sê-lo, todavia, quando considerado em associação com as normas da Consolidação das Leis do Trabalho que fixam os casos de não-incidência

apesar de ser plenamente possível e correto denunciar como exemplos de violação dos direitos humanos os crimes da Alemanha nazi, o apartheid da África do Sul, a negação das liberdades [...] no Chile de Pinochet e na Polônia de Jarucelski, carece de sentido fazê-lo apelando aos direitos fundamentais, já que nenhum desses sistemas políticos reconhecia ou reconhece em seu ordenamento jurídico positivo tais direitos" (LUÑO, Antonio E. PEREZ. *Los derechos fundamentales*, p. 48). Em sentido semelhante, consulte-se ainda: ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, p. 17-20.

(revezamento semanal ou quinzenal), o valor da hora noturna (20% superior ao da hora diurna), o conceito de trabalho noturno (entre 22 horas de um dia e 5 horas do dia seguinte), e assim por diante (CLT, art. 73 e §§)²²⁸. Por isso, ao menos no concernente à medida do crédito, é um direito fundamental tipicamente coalescente, que só na fusão da Constituição e da lei exprime uma regulação bastante.

Em obra dedicada à classificação das normas constitucionais, em que pese não terem em linha de pensamento os direitos fundamentais, BASTOS e BRITO, com brilho invulgar, descreveram fenômenos desse tipo como a "composição de duas vontades legislativas vocacionadas para a coalescência, uma de escalão constitucional e outra de graduação ordinária", da qual resulta uma "inapartável realidade mandamental" que compõe "uma unidade de conteúdo entre as duas espécies normativas" ou "uma fusão de sentido", fruto de "um compromisso, previamente assumido pela Constituição, de reputar como sua a vontade da lei subalterna"²²⁹.

Daí ser lícito concluir que os direitos fundamentais coalescentes encontram a sua acabada forma de expressão somente quando se consuma a interação entre a norma constitucional e a norma legal. Em conseqüência, à diferença dos direitos auto-suficientes, o juiz ou tribunal que for chamado a dar-lhes aplicação, se não quiser fraudar a ordem

²²⁸ BRASIL, *Consolidação das Leis do Trabalho*.

²²⁹ A propósito, cf.: BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 62, 72, 48, 60 e 72. A observação de que as afirmações transcritas no texto e aqui referidas não têm em linha de pensamento os direitos fundamentais decorre do fato de BASTOS e BRITO sustentarem em seu livro (Capítulo 4, p. 64-81) que as normas constitucionais concessivas de direitos subjetivos são de mera aplicação, e não de integração. Os direitos fundamentais seriam todos, nesse raciocínio, auto-suficientes e nunca coalescentes. Esta é, nesse ponto, uma posição inexata, mas, ainda assim, a noção de coalescência desenvolvida por BASTOS e BRITO merece adesão pelo seu potencial explicativo das duas distintas ordens de direitos fundamentais que concebemos.

jurídica, tem de levar em conta não só o preceito isolado de raiz constitucional, mas o complexo normativo que se formou com a interposição da norma legal, sob a autoridade da própria Constituição.

Ninguém precisa se espantar que seja assim, pois nada há de estranho ou anormal no instituto da *coalescência*. Já vimos, com LARENZ²³⁰, que não raras vezes não seria correto fundamentar conseqüências jurídicas em normas isoladas do sistema legal, mas só a partir do jogo concertado de um conjunto de preceitos, cada qual constituindo apenas uma fração de uma mesma ordenação de vigência. Em matéria de direitos fundamentais coalescentes, lei constitucional e lei infraconstitucional são precisamente as duas partes de uma única regulação, cujo sentido total só é possível ao juiz compreender a partir do processo de fusão.

Mas agora, em arremate, duas observações precisam ser feitas. A primeira é a de que o fenômeno da *coalescência* não está associado apenas às normas *jusfundamentais* irremediavelmente dependentes de complementação legislativa. Em verdade, na medida em que mesmo as normas de alta densidade podem estar sujeitas à integração legal, como quando há reserva com *escopo restritivo*, é claro que o direito que delas decorre também passa, se interposta a lei limitadora, a ser aplicável na proporção do conteúdo que resulta da coalizão entre norma superior e norma inferior, ressalvada a hipótese de declaração de inconstitucionalidade. Trata-se, porém, aí, de uma *coalescência não necessária*, porque o direito preexiste íntegro já na Constituição; é, assim, antes de tudo, direito com autonomia constitucional.

Em segundo lugar, advirta-se que, em se tratando de direitos fundamentais ditos coalescentes, a cláusula de imunidade à abolição (ou

²³⁰ Cf.: Capítulo 3.

cláusula pétrea) refere-se só à parte do complexo normativo que emana da Constituição, não assim àquela outra que deriva dos preceitos legais de integração. É que, tendo o legislador constituinte reservado ao legislador ordinário a competência para complementar disposições ainda inacabadas, o fez justamente no pressuposto de não ser conveniente dar logo uma ordenação definitiva, preferindo oportunizar uma regulação mais flexível dos espaços deixados em branco, certamente em atenção às condições dinâmicas da realidade política, econômica e social.

6.5. A VIA SUBSIDIÁRIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Por definição, os direitos fundamentais coalescentes aparecem a princípio indeterminados em algum ponto essencial à sua identidade por não ter a Constituição dado a eles uma configuração autônoma, deixando à lei infraconstitucional a tarefa de completá-los. Ocorre que, na eventual omissão do legislador ordinário em seu dever de editar a norma constitucionalmente requerida, eles acabam permanecendo nesse estado de imperfeição, pondo-se então o problema dos possíveis mecanismos de reação a uma tal situação. Uma questão desse tipo não comporta uma solução de valor universal, dependendo dos institutos jurídicos vigentes na ordem constitucional de cada nação para hipóteses semelhantes.

Fixando a atenção na Constituição do Brasil, a inércia legislativa mostra-se remediável por uma via subsidiária. Entre nós, em uma obra de título sugestivo - “omissão inconstitucional e direito subjetivo” -, HAGE²³¹ demonstrou a validade dessa conclusão com uma argumentação

²³¹ HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*, 237 p. A obra divide-se em seis capítulos: I – Introdução; II – Eficácia das normas constitucionais; III – Exigibilidade dos direitos; IV – O direito à emissão de normas e o dever de legislar. O direito à norma concreta e o papel do Judiciário; V – Os instrumentos de tutela jurisdicional dos direitos constitucionais ante a incompletude normativa no ordenamento jurídico brasileiro. O mandado de injunção; VI – Conclusões e perspectivas.

consistente, ainda que sem recorrer às categorias e conceitos aqui empregados. Nela, ele discute a função do *mandado de injunção* previsto no art. 5º, inc. LXXI, da Constituição, e observa que o mesmo se presta, justamente, a socorrer o titular de um direito fundamental constitucionalmente prefigurado, mas cuja realização esteja sendo de alguma forma obstada pela inatividade do legislador ordinário. Em sua opinião, que é também a nossa, essa ação visa à obtenção de uma decisão judicial de eficácia *inter partes* que, suprimindo a indevida lacuna normativa, dê solução imediata ao caso concreto²³². Nesse sentido, o *mandado de injunção* constitui um instrumento processual de solução judicial dos problemas de vagueza e insuficiência normativas que deveriam ter sido, e não foram, resolvidos por interposição legislativa.

Decerto, dada a obscuridade do texto constitucional (*indeterminação por vagueza semântica*), esse não é o único modo possível de considerar o *mandado de injunção*, existindo ao menos três importantes concepções doutrinárias a respeito²³³. Delas, a que mais se afasta da

²³² HAGE, *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*, p. 118, 137-139. Cf. também, à p. 145, as sugestões do autor para a aplicação prática dessas noções teóricas no que concerne ao direito fundamental dos trabalhadores ao seguro-desemprego.

²³³ Na doutrina, a interpretação é controvertida, podendo-se identificar, pelo menos, três correntes a respeito: 1) Ao conceder o mandado de injunção, compete ao Poder Judiciário, em caráter substitutivo, elaborar a norma regulamentadora faltante, suprimindo a omissão do legislador com caráter de generalidade. Tal posição é descartada pela maioria dos autores, com fundamento, principalmente, na impossibilidade de o Judiciário emitir normas gerais e abstratas, por força do princípio da separação dos poderes. Todavia, veja-se, neste sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*, p. 181-184; 2) O juiz ou tribunal deve apenas declarar a omissão inconstitucional e dar ciência ao poder legislativo competente quanto à sua mora no adimplemento do dever de legislar, para que adote as providências necessárias. Não obstante rechaçada pela maior parte dos doutrinadores, ao argumento de confundir o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e por tornar inócua o *writ* enquanto garantia de direitos subjetivos, esta é a tese defendida por Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*, p. 81); 3) A decisão judicial que conclua pela procedência do mandado de injunção pode e deve encerrar a emissão de uma ordem que, por si só, supra a omissão do legislador, possibilitando o exercício do direito no caso concreto, vale dizer, com eficácia restrita à relação processual. Ainda que com desdobramentos e variações, esta é, em termos genéricos, a posição

concepção atrás acolhida é a que nele vê um procedimento para obtenção de um provimento de mera notificação ao legislador omissor, dando-se-lhe ciência de sua mora e convidando-o a purgá-la, sem fixação de prazo e cominação de pena no caso de persistência da conduta negativa.

No entanto, apesar das dificuldades do assunto, a leitura de HAGE, que é igualmente a de tantos outros respeitadores autores, é a que parece melhor se harmonizar com a regra do § 1º do art. 5º da Constituição do Brasil, que veicula, sem discriminar ou excepcionar situações, o princípio geral da *aplicação imediata nas normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais*, não constituindo o mandado de injunção senão um meio de efetivá-lo no que concerne aos direitos coalescentes. Além disso, o mandado de injunção exprime, em si mesmo, um direito fundamental, ainda que do tipo *direito-garantia*, isto é, de finalidade instrumental em relação a outros direitos principais (como o seguro-desemprego, por exemplo). Sendo assim, também a ele se aplica o princípio da interpretação segundo o sentido da *máxima efetividade*, o que, no caso, em meio a dúvidas razoáveis, favorece a exegese que lhe atribui a natureza de ação individual voltada à satisfação imediata de pretensões concretas frustradas pela inércia legislativa indevida.

majoritária na doutrina. A propósito, cf.: PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*, p. 138-147; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 248-250; CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 375-378; SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção*, p. 398-401; BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de injunção*, p. 390-391; MACIEL, Adhemar Ferreira. *Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão*, p. 376-378; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Mandado de injunção (parecer)*, p. 425-426; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Mandado de injunção*, p. 114-117; ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais*, p. 125-128; DANTAS, Ivo. *Constituição Federal: teoria e prática*, p. 292; CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988.*, v. 2, p. 724; TEMER, Michel. *Limites do mandado de injunção*, p. 111-112; HAGE, *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*, p. 209-218; STRECK, Lenio Luiz. *O mandado de injunção no direito brasileiro*, p. 62-69; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 215-216; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, p. 610.

Por outro lado, é essa a interpretação que melhor responde ao princípio da supremacia constitucional. Se, como escreve CANOTILHO²³⁴, a Constituição é *lex superior*, dotada de *superlegalidade formal e material*, estando destinada a prevalecer sempre, não custa perceber que a concepção do mandado de injunção como mero procedimento de notificação, permitindo um adiamento *sine die* da vivência dos direitos e submetendo o titular ao ritmo dos parlamentos, inverte essa hierarquia. O legislador ordinário acaba pesando mais que o legislador constituinte, à medida que sua omissão, relativa ao dever de dar acabamentos a um direito parcialmente indeterminado, sobre representar uma infidelidade constitucional, prepondera sobre a norma constitucional que, com maior ou menor densidade de conteúdo, de qualquer modo o conferiu. Acresce que, em conexão com esse argumento, a concepção em tela tem ainda o mérito de equiparar as situações de inconstitucionalidade do ponto de vista do controle direto pelos indivíduos atingidos. É que, atendendo à realidade inteira da experiência jurídica, reveladora não só de transgressões positivas da Constituição pelo legislador (ou por ação), mas também de constantes violações negativas (por omissão), ambas de igual potencial nocivo, ela permite considerar as segundas *tão prontamente controláveis* como as primeiras no que tange aos seus efeitos concretos²³⁵.

Mas o principal argumento em favor dessa interpretação, dentre tantos outros que a doutrina especializada apresenta, reside na

²³⁴ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 826.

²³⁵ Segundo GHIGLIANI, a doutrina da superioridade das normas constitucionais, ou doutrina da supremacia constitucional, nasceu nas colônias inglesas da América e, numa evolução paulatina, porém firme, se aperfeiçoou através da doutrina e da jurisprudência, para logo ser incorporada expressamente ao direito público norte-americano no texto mesmo da Constituição aprovada na Filadélfia no fim do século XVIII. Todavia, como o autor adverte, a simples expressão do princípio não basta. "Es preciso asegurar su observancia para mantener el orden jurídico, y este objeto sólo es alcanzado cuando se atribuye jurisdicción a un órgano para examinar en cada oportunidad si hay colisión entre normas, y aplicar la que reviste jerarquía superior". GHIGLIANI, Alejandro. *Del "control" jurisdiccional de constitucionalidad*, p. 2-3.

idéia de "fundamentalidade" dos direitos coalescentes merecedores de proteção pela via do mandado de injunção. Essa idéia, como vimos, sugere que, por definição, um direito fundamental é direito sem o qual se entende que não é admissível viver. Qualquer concepção quanto ao mandado de injunção que não se concilie com essa idéia é de rejeitar. Por isso, ver nele, como fez de início o Supremo Tribunal Federal²³⁶, um

²³⁶ A despeito das críticas contundentes da maior parte da doutrina, a interpretação que tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal é a de que o provimento judicial em mandado de injunção consiste simplesmente em declarar a omissão inconstitucional, notificando-se o poder legislativo competente quanto à sua mora no cumprimento do dever de legislar, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão. A propósito, veja-se o Mandado de Injunção n.º 107-DF, de 23.11.89; considerado o *leading case* na matéria: "Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º, da Carta Magna)" (MI 107-DF, DJ 21.09.90, p. 9782, rel. Min. Moreira Alves. RTJ 133/11, jul.1990). Também no Mandado de Injunção n.º 168-RS, de 21.03.90, assim restou definida a natureza do instituto: "O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra" (MI n.º 168-RS, DJ 20.04.90, p. 3047, rel. Min. Sepúlveda Pertence. RTJ 131/492, fev.1990). No mesmo sentido, o Mandado de Injunção n.º 219-DF, de 22.08.90 (MI n.º 219-DF, DJ 19.05.95, p. 13989, rel. Min. Octavio Gallotti. RTJ 156/375, maio 1996). Cumpre observar, entretanto, que, mais tarde, possivelmente sensível às sérias objeções da doutrina, à discordância dos Tribunais inferiores e às divergências entre seus próprios Ministros (registrem-se as posições dissonantes, desde o princípio, dos Ministros Carlos VELLOSO, Marco Aurélio e Ilmar Galvão), a Corte alterou seu entendimento inicial, no sentido de fixar um prazo para o que o Legislativo produzisse a norma faltante, sob pena de, escoado *in albis* tal prazo, facultar-se ao titular do direito inviabilizado a obtenção de sentença líquida de indenização por perdas e danos. Veja-se, a propósito, o Mandado de Injunção n.º 283-DF, de 20.03.91: "Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, §3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos" (MI n.º 283-DF, DJ 14.11.91, p. 16355, rel. Min. Sepúlveda Pertence. JSTF, LEX 158/98, fev.1992). No mesmo sentido, o Mandado de Injunção n.º 232-RJ, de 02.08.91 (MI n.º 232-RJ, DJ 27.03.92, rel. Min. Moreira Alves. RTJ 137/965, set.1991). Cf. também o Mandado de Injunção n.º 384-RJ, de 05.08.93 (MI n.º 384-RJ, DJ 22.04.94, p. 8925, rel. Min. Carlos Velloso. JSTF, LEX

procedimento de mera notificação judicial é o que há de menos plausível²³⁷. Significa negar a dimensão “fundamental” dos direitos coalescentes; é fazer deles, como na metáfora de IHERING, um fogo que não queima e uma luz que não brilha; é como dar a eles a natureza, não de direito, mas de promessa integrada no contexto inofensivo de uma *obrigação natural* ²³⁸.

Nesse particular, a objeção de que ao juiz não é dado substituir o legislador, ligada ao princípio da separação dos poderes, se é importante, não é, todavia, invencível. Dela seria possível desembaraçar-se observando que a decisão que concede a injunção não é ato legiferante em sentido estrito, mas ato jurisdicional típico. Com efeito, por meio dela não se produz norma geral e abstrata, antes se compõe uma lide. Se, para tanto, tem o órgão judicial de suprir um vazio normativo, ele

188/134, ago.1994). No entanto, após a tímida evolução verificada, voltou o Tribunal, em julgados posteriores, a proferir a orientação originalmente adotada. A propósito, veja-se o Mandado de Injunção n.º 323-DF, de 08.04.94, que, ao decidir sobre o limite dos juro reais (art. 192, § 3º, da Constituição), assim dispôs: “*Passados mais de cinco anos da promulgação da Constituição, sem que o Congresso Nacional haja regulamentado o referido dispositivo constitucional, e sendo certo que a simples tramitação de projetos nesse sentido não é capaz de elidir a mora legislativa, não há dúvida de que esta, no caso, ocorre. Mandado de injunção deferido em parte, para que se comunique ao Poder Legislativo a mora em que se encontra, a fim de que adote as providências necessárias para suprir a omissão*” (MI n.º 323-DF, DJ 09.12.94, p. 34080, rel. Min. MOREIRA ALVES. RTJ 155/17, jan. 1996).

²³⁷ Como argumenta DALLARI, “na prática, se prevalecer a interpretação mais restritiva estará anulado o mandado de injunção [...]” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Os direitos fundamentais na Constituição brasileira*, p. 19-32).

²³⁸ Desde o direito romano, a *obrigação natural*, enquanto relação de crédito e débito, tem sido considerada uma categoria intermediária entre a *obrigação civil* e a *obrigação moral*. Ela não chegaria a ser uma obrigação civil porque desprovida de tutela coativa; se o devedor não a cumpre, não existem meios de forçá-lo a tanto. Mas também não seria redutível ao esquema da obrigação moral porque, uma vez protegida pela cláusula legal da *solutio retentio* (que impede à repetição no caso de eventual pagamento espontâneo), ela teria natureza de vínculo jurídico, não assentando apenas sobre o sentimento moral, religioso ou social. Nessa direção, cf.: DEGNI, Francesco. *Studi sul diritto delle obbligazioni*, p. 72; ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Vol. I – Doctrina General, p. 12-13; ESPANÉS, Luis Moisset de. *Obligaciones naturales y deberes morales*, p. 38-41. Em sentido diverso, aproximando a obrigação natural da obrigação moral, porém reconhecendo como seu caractere essencial a ausência de coatividade, cf.: VELASCO, José Ignacio Cano Mastínez de. *La obligación natural*, p. 43-47.

o faz como *meio para um fim*, que é a jurisdição, e ainda assim apenas para valer *in casu*. E, a rigor, sequer essa tarefa lhe pode ser de todo estranha num sistema jurídico que expressamente veda ao juiz recusar julgamento a pretexto, não só de obscuridade, mas também de lacuna na lei. Mas esse raciocínio é tímido demais e tem um quê de sofisma quando tende a despistar ou desviar a atenção sobre um ponto de verdade fática irrecusável, a de que o órgão judicial realmente substitui, sim, o legislador quando, decidindo o mandado de injunção, solve o litígio imediatamente, depois de suprir por sua conta o vazio de uma norma incompleta. Ocorre que não há razão alguma para imaginar uma solução assim como inadmissível.

O direito positivo não está indissolúvelmente preso a convicções teóricas e práticas jurídicas herdadas, e nada impede que, num dado ordenamento, sejam instituídos mecanismos que as contradigam ou reformulem. Por vezes, necessidades reais da vida das comunidades levam-no mesmo a rebelar-se contra a lógica. No direito privado, o instituto do *pagamento com sub-rogação* é exemplo eloqüente, quando se sabe que é paradoxalmente concebido como meio de *extinção* e, ao mesmo tempo, de *transmissão* do crédito. Portanto, se em todos os lugares do mundo se rende um tributo absoluto ao princípio da separação dos poderes (ou das funções estatais), ainda assim, como qualquer dogma, ele está sujeito a ruir, a ser revisto, reinterpretado ou atenuado pela mesma vontade ou razão humana que um dia o recepcionou em um certo espaço e tempo. O mandado de injunção do direito positivo nacional é isso, uma fenda aberta na tradição do constitucionalismo ocidental. Ele não dissolve o princípio, mas mitiga o seu alcance em atenção a interesses que não toleram sacrifício.

Sob esse aspecto, o mandado de injunção é uma criação das mais engenhosas do legislador constituinte, e seus fundamentos últimos

são bastante razoáveis. Ao poder legislativo foi reservado o *direito-dever* de editar norma integradora do conteúdo de certo direito constitucionalmente prefigurado, mas se ele não o exerce e cumpre, é de se entender que, ao menos por ora, abdicou das suas prerrogativas e responsabilidades. Nesse caso, alguém tem de assumi-las, sob pena de fazer-se triunfar a omissão inconstitucional em prejuízo das condições mínimas de existência. Esse alguém é o poder judicial, a quem se transfere, nos limites da relação jurídica controvertida, o *direito-dever* que ao legislador não interessou nem constrangeu. Este, por sua vez, tendo-se colocado à margem das imposições constitucionais, certamente não está em posição de ser defendido contra usurpações de uma competência jamais exercida ou de uma discricionariedade nunca aproveitada. Nisso há até, outra vez, certa analogia com institutos de direito privado, como no caso das *obrigações genéricas e alternativas*, envolventes de direitos subjetivos caracterizados pela indeterminação do objeto. Sabe-se que, nesses casos, a escolha (da coisa ou da prestação) reverte para a parte contrária se a outra, a quem compete realizá-la, não o faz, frustrando com a sua inércia a exigibilidade do crédito e as condições de sua efetiva realização.

Mas atenção: o mandado de injunção é remédio constitucional cuja pertinência se encontra circunscrita às hipóteses de omissão do legislador. Seu objetivo é a tutela de posições jurídicas subjetivas prejudicadas pela violação de um dever de agir. Quando a norma ordinária, mantida no limite da constitucionalidade, não falta nem é insuficiente, completando-se a determinação do direito com a extensão que o legislador entendeu possível e cabível, não compete ao poder judicial servir-se da via excepcional para fazer valer uma diversa ou mais favorável regulação. É que, respeitada a ordem imposta pelo princípio democrático, a opção do legislador prefere à do juiz nas situações submetidas ao regime de configuração política da Constituição, e o princípio da separação dos poderes veta, agora em absoluto, o menos-

prezo ao conteúdo normativo validamente composto em conseqüência da conjugação de normas constitucionais incompletas e normas legais integradoras.

Por fim, cabe ponderar que a interpretação do mandado de injunção como ação destinada a prontamente garantir a realização dos direitos fundamentais coalescentes, na hipótese de omissão legislativa, não contradiz a tese de que eles são direitos sem autonomia constitucional, insuscetíveis de determinação por via de concretização judicial direta. É que, na verdade, ao decidir o *writ* de injunção por um preceito mandamental, o tribunal não faz aplicação direta da norma constitucional incompleta, mas do complexo normativo que resulta da coalescência entre a norma constitucional e a norma integradora (de efeitos restritos à relação controvertida) que ele próprio produziu em suprimento da inércia do legislador. Assim, o tribunal dá aplicação *imediata*, mas não *direta*, porque antes de *aplicar* tem de *mediar*, e *mediar como se legislador fosse*.

Capítulo 7

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS SUBJETIVOS SEGUNDO O DEVER CORRELATIVO

SUMÁRIO: 7.1. Direitos de abstenção e direitos de prestação; 7.2. As prestações normativas como direitos subjetivos; 7.3. Poder de polícia administrativa e direitos subjetivos; 7.4. As prestações normativas como direitos remetentes.

7.1. DIREITOS DE ABSTENÇÃO E DIREITOS DE PRESTAÇÃO

Sejam *auto-suficientes*, sejam *coalescentes*, os direitos fundamentais estão sempre, como quaisquer direitos subjetivos, em correlação com um dever alheio. Implicando relações de atribuição entre bens e pessoas, eles impõem-se ao respeito de outrem, de quem se exige uma conduta que não frustre ou perturbe a vantagem prática que a ordem jurídica quis assegurar ao titular, obviamente que na medida do conteúdo de sentido adjudicado ao correspondente enunciado normativo *jusfundamental*. É variável, porém, o modo de não afrontar o proveito de um direito fundamental. Em alguns casos, trata-se simplesmente de deixar fruir, mantendo-se inativo; em outros tantos, de executar a ação positiva justamente devida (dar uma coisa, prestar um serviço, etc.).

Com base nesse critério, a doutrina do direito constitucional subdivide as espécies *jusfundamentais* em dois grupos: o dos *direitos de abstenção* e o dos *direitos de prestação*. Cuida-se de classificação que, em não sendo apresentada com as superficialidades e limitações de costume, pode ter grande interesse para o isolamento dos diferentes tipos de direitos subjetivos fundamentais. Com efeito, não é tanto a disparidade entre *direitos de abstenção* e *direitos de prestação* que importa sublinhar, mas sim a existência, dentro do conjunto dos *direitos de prestação*, dos

direitos de prestação normativa, cuja má compreensão leva a que sejam erroneamente confundidos com aqueles direitos que logo atrás foram designados de *coalescentes*²³⁹. Cumpre então agora, em exposição mais demorada, voltar a atenção para a taxionomia em questão.

Os *direitos fundamentais de abstenção*, também chamados *direitos de defesa*, são aqueles que exigem dos sujeitos passivos uma conduta negativa, compreendendo, por exemplo, o não-impedimento de ações autorizadas (como a expressão de uma idéia), a não-eliminação de competências ou poderes jurídicos (como a de adquirir um imóvel), a não-invasão de âmbitos reservados (como o lar conjugal) ou a não-agressão de propriedades biológicas do ser humano (como a existência).

Na Constituição do Brasil, eles compõem a maioria. Seu modelo padrão é o direito à vida. Mas aí cabem, ainda, as liberdades clássicas (pensamento, crença, expressão, culto, locomoção, profissão, reunião, associação, etc.), as novas liberdades (tais como, a liberdade sindical e o direito de greve), as inviolabilidades (intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio, sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados, integridade física e psíquica, proibição de extradição, direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito), o direito de propriedade (aquisição e gozo), o direito político de sufrágio (de votar e ser votado) e, inclusive, o direito à igualdade de tratamento (na diversidade de sexo, cor, raça, idade, religião, classe social, etc.)²⁴⁰.

Importante assinalar que quando se cogita de *direitos de abstenção*, não se pretende fazer referência à cláusula de rigidez

²³⁹ Ver, a respeito, o Capítulo 6.

²⁴⁰ Sobre o extenso catálogo dos *direitos de abstenção* na Constituição do Brasil, embora nomeando-os como *direitos de defesa*, cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 167-185.

absoluta que protege todo e qualquer direito verdadeiramente fundamental contra a possibilidade de abolição em nível de emenda constitucional²⁴¹. Sob tal perspectiva, também muitos *direitos de prestação* revelam-se imunes. De fato, o que caracteriza os *direitos de abstenção* não é, propriamente, o dever que pende sobre o poder constituinte derivado de abster-se de revogá-los, assim retirando-lhes a vigência, mas a obrigação imposta tanto aos particulares como ao poder público, inclusive o legislador ordinário, de omitirem atos materiais ou jurídicos que os violem enquanto direitos que permanecem vigentes na órbita da ordem constitucional. A não se entender assim, todo direito fundamental seria *direito de abstenção*.

Já os *direitos fundamentais de prestação* são aqueles que impõem ao poder público uma conduta ativa, consistente em realizar em proveito do titular uma prestação de dar ou fazer. Podem ter por objeto uma *ação material*, como o pagamento de uma soma de dinheiro e a execução de um serviço médico, ou uma *ação jurídica*, como a expedição de uma norma legal e a interdição de atividades nocivas. Em qualquer caso, porém, o que está em causa é a correlação com um dever positivo.

ALEXY estabeleceu distinções interessantes nesta matéria. Aceitando a base de seu argumento, mas revendo sua terminologia²⁴², podemos classificar os direitos de prestação em dois grupos: o dos *direitos*

²⁴¹ Ver, a respeito, o argumento desenvolvido no Capítulo 4.

²⁴² ALEXY fala em *direitos de prestação em sentido amplo* e *direitos de prestação em sentido estrito*. Essa terminologia, contudo, não parece adequada se, com ela, se pretende aludir a dois grupos distintos. Na verdade, a expressão *direitos de prestação em sentido amplo* é compreensiva tanto dos *direitos de prestação em sentido estrito* quanto dos *direitos de prestação em sentido não-estrito*. Daí não ser apropriado empregá-la para designar apenas aqueles direitos que não couberem no conceito de *direitos de prestação em sentido estrito*, ou seja, a parte remanescente dos *direitos de prestação em sentido amplo*. Preferível é dizer, portanto, que os *direitos de prestação em sentido amplo* subdividem-se em *direitos de prestação em sentido próprio* e *direitos de prestação em sentido impróprio*. A propósito, cf.: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 419-501.

de prestação em sentido próprio (ou típicos) e o dos direitos de prestação em sentido impróprio (ou atípicos). O elemento de diferenciação entre ambos reside no monopólio estatal da atividade que surge como devida.

Assim, *direitos de prestação em sentido próprio* são aqueles que atribuem ao titular o poder de exigir do poder público uma ação positiva cujo objeto poderia em tese ser igualmente obtido de particulares. Na nossa Constituição, entram nesse quadro o direito ao seguro-desemprego, à assistência jurídica aos carentes, ao ensino fundamental gratuito, aos serviços assistenciais de saúde, entre outros. À sua vez, *direitos de prestação em sentido impróprio* são aqueles que atribuem ao titular o poder de exigir do poder público uma ação positiva que somente a ele cabe realizar. São, por assim dizer com abrangência e generalidade, direitos fundamentais a atos de intervenção inerentes à soberania estatal.

Dentre estes, contam-se, principalmente, os direitos a intervenções de contenção, vale dizer, a medidas legais ou infralegais, normativas ou concretas, de prevenção ou repressão das ações lesivas de terceiros sobre outros bens jurídicos fundamentais do titular, como a vida, a integridade, a liberdade ou a propriedade, ou que visem a inibir ou sancionar a exploração da atividade econômica segundo padrões indesejáveis porque contrários a interesses ou objetivos sociais. São direitos correlativos do poder-dever de polícia, por tal entendendo-se, em sentido amplo, a competência geral reservada e imposta à organização estatal para, por via de lei e atos administrativos, defender os particulares contra danos potenciais, iminentes ou efetivos nas suas relações com os demais indivíduos, grupos ou instituições públicas e privadas²⁴³.

²⁴³ Em sentido estrito, a expressão *poder de polícia* refere-se apenas à *polícia administrativa*, que se efetiva por meio de atos administrativos normativos (decretos, portarias, ect.) ou concretos (alvarás, interdições, ect.).

Nem sempre eles aparecem nomeados expressamente como "direitos". Muitas vezes, têm de ser inferidos de regras de competência legislativa ou material²⁴⁴, das quais decorrem tacitamente como a contrapartida de incumbências estatais de dimensão *justfundamental* (polícia de proteção da vida, da saúde, do meio ambiente, etc.). Não há, entretanto, razões para hesitação, ao menos em face do direito positivo nacional. Sabe-se que, entre nós, o catálogo de direitos não é exaustivo, albergando figuras inominadas adicionais que possam ser deduzidas logicamente dos princípios e do regime constitucionais (CRFB-88, art. 5º, § 2º). É precisamente o caso: os direitos a atos de contenção não são mais que projeções particulares do direito geral à segurança (CRFB-88, arts. 5º e 6º), que é a face oposta do sistema de monopólio estatal da força.

São exemplos, entre nós, de um lado, o direito a atos de imposição de normas legais que punam severamente a exploração sexual da criança (CRFB-88, art. 227, § 4º), de defesa do consumidor contra o abuso do poder econômico nas relações de consumo (CRFB-88, art. 5º, inc. XXXII), de regulação dos serviços privados de educação (CRFB-88, art. 209, inc. I) ou de definição de locais adequados à instalação de usinas nucleares (CRFB-88, art. 225, § 6º), e, de outro, o direito a atuações administrativas respeitantes ao controle de substâncias de interesse para a saúde (CRFB-88, art. 200, inc. I), à fiscalização de entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético (CRFB-88, art. 225, inc. II), ao patrulhamento ostensivo das rodovias ou das cidades para a preservação da ordem pública (CRFB-88, art. 144, §§ 2º e 5º).

Os direitos a intervenções de contenção pertencem à categoria dos *direitos de prestação* (*sentido impróprio*) e em absoluto podem ser confundidos com os *direitos de abstenção*. Realmente, uma

²⁴⁴ Sobre a distinção entre *competência legislativa* e *competência material*, cf., entre outros: ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*, p. 90.

coisa é o direito à integridade física enquanto exigência universalmente oponível da omissão de atos que produzam lesão corporal; outra, certamente diversa, se bem que conexa, é o direito a que o poder público intervenha para prevenir, impedir ou reprimir comportamentos lesivos nas relações entre os indivíduos, ou seja, a que procure conter, por atos positivos, a violação da esfera de incolumidade de cada um em face dos demais ²⁴⁵. A propósito, cumpre notar que, nesse caso, a dimensão fundamental do direito à intervenção estatal decorre justamente da sua função de proteção de um outro bem jurídico fundamental, que é o direito à integridade.

Entre os *direitos de prestação em sentido impróprio* devem ser citados ainda, entre outros possíveis, os direitos a intervenções de estímulo, extraídos de normas constitucionais que porventura imponham ao Estado providências legislativas ou administrativas que visem, não à contenção de ações malévolas nas relações intersubjetivas, mas à promoção de ações benéficas. Hipótese cristalina encontra-se, no direito nacional, naquela disposição *jusfundamental* que determina a "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos

²⁴⁵ ALVES acusa de "falaciosa" e "ideológica" a bipartição dos direitos em *de abstenção* (ou *negativos*) e *de prestação* (ou *positivos*). Isso porque, segunda pensa, todos os direitos exigem proteção por parte do Estado, incumbido de promover a sua efetiva realização. E proteção, diz ele, "não pode ser assegurada através de abstenção" (ALVES, J. A. Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*, p. 103-117). Com esse argumento, todavia, ele comete evidente confusão. Sem dúvida, o indivíduo e a sociedade são titulares de *direitos de proteção* oponíveis ao poder estatal (que nós chamamos *direitos a atos de intervenção*). Ocorre que tais direitos entram, precisamente, no quadro maior dos *direitos de prestação*, isto é, de direitos a ações positivas. É o caso, por exemplo, do direito individual à proteção policial que pode surgir numa situação de ameaça concreta, impondo ao Estado o dever de atuar para defender a incolumidade de uma certa pessoa exposta a risco pela ação criminosa de terceiros. Esse direito, contudo, embora conexo, não se confunde com o *direito à vida* enquanto direito individual de caráter abstrato, oponível não só ao poder público mas também aos demais membros da comunidade política, impositivo de um *dever universal de abstenção* ou de *não-lesão*, ou seja, de não praticar o ato de matar. Como se vê, são direitos diversos, um de prestação e outro de abstenção, e o só fato de ambos estarem destinados à tutela de um mesmo interesse jurídico, a vida humana, não faz desaparecer a perfeita validade teórica da distinção corrente em doutrina.

termos da lei" (CRFB-88, art. 7º, inc. XX). Agora, nota-se a atribuição de um direito subjetivo à produção de um ou mais atos legislativos que, pela contrapartida de benefícios fiscais ou prêmios de outra natureza, induzam o setor privado a investir na contratação de mulheres, favorecendo a sua inserção, como grupo socialmente frágil, no mercado de trabalho.

Os direitos de prestação em sentido impróprio, assim entendidos, podem ser então subdivididos em direitos de prestações normativas e em direitos de prestações administrativas concretas. No primeiro grupo, situam-se os direitos a atos estatais de intervenção através da imposição de normas legais, abrangendo leis propriamente ditas e atos administrativos normativos gerais e abstratos. No segundo, entram os direitos a atos administrativos concretos (como, por exemplo, a interdição por agentes da fiscalização de um estabelecimento que esteja atuando em desconformidade com as regras sanitárias previamente estabelecidas).

A subdivisão dos direitos fundamentais em *de abstenção* e *de prestação* deriva da diversidade de função dos direitos, ora negativa, ora positiva. Mas isso precisa ser entendido em termos adequados. Decerto, todos os direitos têm uma função positiva genérica, no sentido de que representam vantagens ou benefícios para o seu titular, que é o sujeito ativo. Aqui, no entanto, as idéias de função positiva e negativa estão associadas aos reflexos dos direitos sobre a esfera dos sujeitos passivos, ou seja, dos destinatários do dever correlativo de respeito. O direito de propriedade (enquanto direito real), por exemplo, é um direito de função positiva no que concerne à prerrogativa de uso, gozo e disposição da coisa pelo proprietário; mas é um direito de função negativa no que diz respeito à multidão indistinta de pessoas obrigadas a omitir a prática de atos de turbação, esbulho, saque e outras formas de violação. Nesse sentido, pois, é um típico direito de abstenção, e não de prestação.

De um modo geral, os direitos de abstenção e os direitos de

prestação tanto podem revestir a forma de *direitos auto-suficientes* quanto de *direitos coalescentes*. A título de ilustração, é possível flagrar, sem dificuldades, alguns protótipos claros das várias e diferentes combinações que são possíveis na Constituição do Brasil. O direito ao seguro-desemprego (CRFB-88, art. 7º, inc. II), por exemplo, é *direito de prestação coalescente*; de prestação porque implica para o sujeito passivo, no caso o Estado, o dever de realizar uma prestação pecuniária em favor de certas pessoas sob certas circunstâncias; e coalescente porque o valor da dívida, como um dos componentes indispensáveis do respectivo objeto, não encontra determinação no nível constitucional, reclamando imperiosamente norma legal que disponha a respeito, mesmo na ausência de reserva expressa. Em direção análoga, a impenhorabilidade da pequena propriedade rural para efeito de pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva (CRFB-88, art. 5º, inc. XXVI) configura *direito de abstenção coalescente*; de abstenção porque, ao âmbito de imunidade reconhecido ao titular, corresponde o dever da autoridade judiciária de não praticar atos de constrição imobiliária; mas coalescente porque a definição do que seja pequena propriedade rural foi reservada pela Constituição, expressamente, à competência do legislador infraconstitucional.

Diferentemente, a inviolabilidade do domicílio (CRFB-88, art. 5º, inc. XII) constitui *direito de abstenção auto-suficiente*; de abstenção porque a conduta prescrita aos sujeitos passivos é negativa, o que resulta nítido do enunciado "a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela penetrar sem o consentimento do morador [...]"; e auto-suficiente porque, sobre inexistir reserva expressa de determinação, a apuração de seu sentido não depende de lei posterior, pois a norma constitucional que o defere desde logo contempla os elementos essenciais, desde o devedor e a conduta a este imposta até o titular e os limites do âmbito protegido, que só não alcança ou abarca as situações

de flagrante delito, desastre, socorro e determinação judicial. Por semelhantes razões, apenas invertida a função do direito, agora positiva, são *direitos de prestação auto-suficientes* o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos carentes de recursos (CRFB-88, art. 5º, inc. LXXIV) e à indenização por erro judiciário (CRFB-88, art. 5º, inc. LXXV), entre vários outros. Possíveis hesitações semânticas podem ser aí judicialmente superadas, mesmo à míngua da edição de leis com finalidade de aclaração.

7.2. AS PRESTAÇÕES NORMATIVAS COMO DIREITOS SUBJETIVOS

Nesta altura, duas questões poderiam ser apresentadas a propósito dos *direitos fundamentais de prestação normativa*: 1) se é realmente admissível concebê-los como uma modalidade integrante do universo dos *direitos subjetivos fundamentais* e; 2) se, acaso afirmativa a resposta, estaremos então em presença de *direitos auto-suficientes* ou *coalescentes* ²⁴⁶. Equivale a perguntar, por exemplo, se das normas constitucionais que ordenam a edição de uma lei para a proteção de posições jurídicas fundamentais ameaçadas pela ação de terceiros tem procedência inferir a existência de direitos subjetivos aos atos legislativos correspondentes e se, em caso positivo, são eles compreensíveis no nível constitucional ou somente no nível constitucional-legal.

A primeira objeção à admissão da figura de um *direito à lei* seria a de que, ao mencionar uma ordenação futura, a Constituição limita-se a conferir à autoridade *poderes de legislar*, e não *poderes de exigir* correlativos de um *dever de legislar* de que sejam titulares os cidadãos, sobretudo porque é da essência dos atos legislativos que sejam soberanamente livres e, assim, infensos a pretensões que os possam

²⁴⁶ Ver, a propósito, o Capítulo 6.

constranger. Mas esse argumento é insustentável. Inicialmente, é sobretudo importante distinguir simples regras genéricas de competência legislativa de normas constitucionais que não meramente *facultam*, antes *impõem*, com irresistível cogência, a edição de normas legais de proteção de posições *jusfundamentais*. Nessas hipóteses, o *poder de legislar* é apenas corolário de um antecedente *dever de legislar* específico e perfeitamente identificável. Depois, a liberdade do legislador só diz respeito a variações de conteúdo no marco de opções constitucionalmente aceitáveis, e da mesma forma como não lhe dá asas para violar positivamente o ordenamento a que se subordina, também não lhe autoriza a fazê-lo negativamente com o seu silêncio arbitrário. Segue daí um natural poder de exigência da prestação normativa devida, manejável entre nós através de ação direta de inconstitucionalidade por omissão ²⁴⁷, com o que, a propósito, nenhum atentado se comete, no mérito, contra as franquias legislativas, uma vez que, a rigor, por tal via apenas e precisamente se pretende compelir ao seu regular exercício.

Uma outra contestação possível ao reconhecimento de um *direito à lei* correlativo de um poder-dever de legislar constitucionalmente imposto seria a de que, limitando-se o provimento na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a uma dação de ciência ao poder legislativo para a adoção das providências necessárias (CRFB-88, art. 103, § 3º), ao mesmo tempo em que incabível a execução forçada da decisão ou a substituição do ato devido, faltaria o pressuposto da *coatividade*, donde impossível cogitar de *direito subjetivo*. Todavia, ao menos em face do direito positivo nacional, a verdade rigorosa está em que, ao notificar o legislador quanto à mora em que incorre, o judiciário não deixa de expedir um mandamento e, nessa medida, de praticar ato coativo, se por

²⁴⁷ Como veremos adiante (item 7.4), a proteção processual dos direitos de *prestação normativa* se dá somente por ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e não através de mandado de injunção.

tal se entende, simplesmente, o ato externo e institucionalizado destinado a inibir a conduta antijurídica. É certo, trata-se até aí de coação mais frouxa do que ocorre no comum dos casos, mas ainda assim de coação, porque uma ordem judicial, em geral e em alguma medida, por si só coage, pressionando a vontade rebelde, sobretudo - e assim a Constituição certamente supôs - quando vinda do mais alto tribunal do país.

Por fim, melhor sorte não poderia ter a opinião segundo a qual, uma vez vedado aos indivíduos ajuizar ação direta de inconstitucionalidade por ser a legitimação para agir privativa de determinadas autoridades e instituições (CRFB-88, art. 103, incisos I a IX), outra vez careceria de sentido cogitar de *direito subjetivo* a prestações normativas. É preciso perceber, apenas, que os direitos que têm por objeto prestações normativas entram no grupo dos *individuais homogêneos de proveito fático difuso*²⁴⁸, e se não podem ser exigidos individualmente é justamente por causa da natureza difusa de pretensão suscetível de dedução por meio de ação direta, ou seja, a de que o judiciário pressione o legislativo a editar norma geral e abstrata. Por isso que, nesse caso, a sua proteção processual se faz, segundo a Constituição, por meio de autoridades e instituições habilitadas à representação coletiva.

Assim, consentindo em que os *direitos de prestação* que têm por objeto a edição de leis entram sem dificuldade no conceito de *direitos fundamentais subjetivos*, resta considerar o problema da sua densidade normativa, ou de saber se são, afinal, *auto-suficientes* ou *coalescentes*. Pelo fato de derivarem de normas constitucionais que fazem referência a normas legais, a primeira leitura sugere o fenômeno da *coalescência*. Essa impressão inicial, porém, resulta da compreensão inexata de quem, em

²⁴⁸ Sobre os direitos individuais homogêneos, ver Capítulo 1.

face de disposições *jusfundamentais* que exigem a edição de leis posteriores, não consegue discernir entre - na falta de melhor terminologia - exigência constitucional de leis de complementação e exigência constitucional de leis de implementação. A levar em conta uma tal distinção, o enquadramento das figuras obrigatoriamente muda.

Realmente, em algumas passagens, como vimos, a Constituição requer uma norma legal cuja função é completar uma regulação material já iniciada; mas em outras, a Constituição pede uma norma legal cuja função é implementar uma regulação material totalmente nova. No primeiro caso, a norma constitucional contém uma *reserva de mediação legislativa com escopo complementar ou de arbitramento legislativo*²⁴⁹; no segundo, porém, praticamente esgota-se numa *pura imposição legiferante*. Ocorre que só na primeira hipótese cabe falar de déficit de autonomia, baixa densidade ou eficácia limitada. Na segunda, verifica-se precisamente o contrário: total autonomia, alta densidade ou eficácia plena²⁵⁰.

Uma comparação ajudará a esclarecer a diferença. Entre nós, ao dispor sobre a *assistência social*, a Constituição estabelece a "garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei" (CRFB-88, art. 203, inc. V). A norma constitucional compreende, sem dúvida, a atribuição de um *direito de prestação em sentido próprio* (dar dinheiro), mas, por outro lado, verte apenas uma regência inicial da situação jurídica subjetiva à que alude. Falta-lhe, como

²⁴⁹ Ver, a propósito, o Capítulo 6.

²⁵⁰ Na doutrina nacional, tratando das *normas programáticas*, BASTOS e BRITO perceberam a necessidade da distinção. A propósito, cf.: BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 82-104.

é fácil detectar, tanto uma maior determinação dos *pressupostos de fato* (definição de pessoa portadora de deficiência e carente de meios de manutenção) como da *conseqüência jurídica* (valor nominal da vantagem pecuniária). Cabe à norma legal nela mencionada sob a expressão "conforme dispuser a lei" a tarefa de preencher os espaços em branco, dando uma moldura final à matéria objeto de regulação. Nessa hipótese, o fenômeno que se depara é o de uma norma sem autonomia constitucional, que falou em parte, e cuja totalidade de conteúdo prescritivo depende da fusão com uma ordenação ulterior a ser veiculada por norma legal que, pela somatória dos textos, comporá com ela um mesmo mandamento. Daí porque, nesse caso, a lei requerida pode ser qualificada como uma lei de complementação, e o direito posto em causa é, em nossos termos, um direito fundamental coalescente.

É bem diferente o que se passa em outros domínios. Assim, quando dita que "o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor" (CRFB-88, ADCT, art. 48), a Constituição não formula uma regra necessitada de uma outra, de grau inferior, que lhe complete o enunciado. Antes, decreta um imperativo que basta a si próprio, porque não requerido qualquer adendo para emendar o que se comanda. Sem embargo, o que a norma constitucional pretende dizer, e efetivamente diz, é que o poder legislativo tem o dever de preparar e editar uma legislação sistemática de proteção ao consumidor no prazo marcado, nada restando que tenha de ser acrescentado para compreensibilidade do seu inteiro teor. Agora, cuida-se de uma norma com autonomia constitucional, veiculada por completo, impondo uma obrigação de legislar correlativa de um *direito de prestação normativa* que apenas demanda adimplemento. Por isso que, aí, a lei requerida é lei de implementação, e o direito em questão é um *direito auto-suficiente*, de sentido determinável no nível constitucional.

7.3. PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA E DIREITOS SUBJETIVOS

Questão mais delicada, porém, diz respeito aos *direitos de prestação em sentido impróprio* (ou *atípicos*) cujo objeto são *ações administrativas* destinadas a prevenir ou reprimir violações por terceiros de outros direitos fundamentais do titular, como à vida, à integridade, à propriedade, à saúde ou ao meio ambiente. Agora, trata-se de indagar se e como é possível sustentar que indivíduos ou grupos dispõem do poder de exigir de órgãos executivos a prática de atos próprios de *polícia administrativa* como contrapartida de um dever de agir para defender contra as agressões recíprocas nas relações intersubjetivas.

Com CARLIN, importa começar frisando que, "em síntese, a finalidade do poder de polícia é a defesa da ordem pública, no sentido de um mínimo de condições essenciais a uma vida social e pacífica"²⁵¹. Além disso, há que considerar a existência de duas modalidades de atos de *polícia administrativa*, ou seja, os *atos normativos* e os *atos concretos*. Quando uma norma *jusfundamental* requer, por hipótese, a expedição de um decreto de caráter geral e abstrato que dê execução a uma lei constitucionalmente imposta visando à disciplina de atividades estatais de contenção de comportamentos privados potencialmente danosos à comunidade, então o que existe, neste particular, em favor das pessoas expostas ao risco alheio, é um *direito ao ato normativo* ao qual corresponde o *dever de regulamentar* para dar conseqüência à intenção

²⁵¹ CARLIN, Volnei Ivo. *Direito administrativo: doutrina, jurisprudência e direito comparado*, p.145. Acrescente-se que, segundo o autor, o poder de polícia tem as seguintes características nucleares: a) é atividade administrativa: o conjunto de atos, fatos e procedimentos realizados pela Administração; b) subordina a atividade à ordem jurídica geral (aos princípios constitucionais da publicidade, eficiência, legalidade, impessoalidade, moralidade administrativa), sujeitando-se ao controle jurisdicional; c) acarreta limitação dos direitos reconhecidos aos particulares e; d) abrange e controla a observância das prescrições e a imposição de sanções, em caso de desatendimento (CARLIN, Volnei Ivo. *Direito administrativo: doutrina, jurisprudência e direito comparado*, p. 144-145).

protetora originariamente pactuada. A situação equivale, em sua estrutura, à dos *direitos à lei*, pois tanto lá como aqui ocorre a atribuição de *direitos subjetivos de prestações normativas*, só que, em um caso, contra o *Estado-legislador*, e, no outro, contra o *Estado-administração*.

Assim, no enunciar que "são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle" (CRFB-88, art. 197), a Constituição expressamente manda à administração que exercite o seu poder normativo em relação à lei incumbida de intervir no setor privado para coibir condutas lesivas a direitos fundamentais ou contrárias aos fins sociais. Nessa medida, impõe não apenas a edição da lei ao legislativo, mas ainda a expedição do ato administrativo normativo ao executivo, do que resulta um dever positivo cujo desatendimento, a ser determinante de ineficácia da proteção *jusfundamental* pretendida, é impugnável também através de *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, já que, ao menos entre nós, ajuizável também contra *órgãos administrativos* (CRFB-88, art. 103, § 2º). Nada há, então, sobre as prestações administrativas normativas, que deva ser aditado aos comentários precedentes.

Um debate particular, no entanto, suscitam os *atos concretos de polícia administrativa* que postulam a segurança de bens jurídicos fundamentais ameaçados pela ação de terceiros, como os atos de fiscalização sanitária e de patrulhamento ostensivo (em caráter preventivo) ou de apreensão de alimentos deteriorados e de dominação de um assaltante ou homicida em vias de cometer o delito (em caráter repressivo). Neste ponto, em princípio, pode parecer razoável negar que se trate de prestações estatais incorporadas como créditos atípicos a esferas jurídicas subjetivas, mas um exame atento demonstra em contrário.

A idéia preliminar a combater é a de que a atividade policial

tem seu fundamento exclusivo num postulado de supremacia que confere à administração poderes para vigiar e controlar, nos limites da lei, o exercício das liberdades individuais de modo a garantir a sua conformidade com o interesse social. Não é a verdade rigorosa: a atividade policial também encontra justificação na quase total supressão da autotutela privada em favor do monopólio estatal da força, que faz derivar para a administração deveres de salvaguarda dos particulares desarmados contra ações deletérias de seus semelhantes. Daí a necessidade de compreender a atividade policial concreta que compete à administração pública em um duplo sentido: como *poder* legitimado à opressão dos agentes perigosos ou daninhos e como *dever* orientado à proteção das pessoas e grupos ameaçados em sua relação com aqueles.

A propósito, no que respeita às *competências administrativas*, convém acentuar, com apoio em primorosa lição doutrinária, que as prerrogativas são meios dados à autoridade a fim de que possa desempenhar uma função que lhe foi antes cometida, e não para a auto-satisfação soberana: "o poder, na competência, é a vicissitude de um dever", pois "o que a ordem jurídica pretende [...] não é que um dado sujeito desfrute de um poder, mas que possa realizar uma certa finalidade, proposta a ele como encargo do qual tem de se desincumbir"²⁵². É, portanto, fora de dúvida que, numa apreciação mais exata, o poder de polícia desponta como conseqüência do dever de polícia: é poder que investe sobre uns enquanto e porque é dever que existe em face de outros.

Sendo assim, os atos concretos de polícia administrativa são objeto de *poderes-deveres* de proteção que, vistos pelo lado avesso,

²⁵² Realmente, como prossegue o ensinamento, "ditos poderes têm caráter meramente instrumental; são meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito, desempenhar-se do dever de cumprir o interesse público, que é, afinal, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi investido nos poderes atribuídos [...]". MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 86.

diretamente refletem direitos de pessoas e grupos a ações estatais não-normativas que os defendam, no plano das relações sociais intersubjetivas, das interferências prejudiciais de terceiros em bens ou fins jurídicos fundamentais. Dizer isto, porém, não é ainda suficiente. Para não cair numa idéia vazia, ou que leve a exageros inconseqüentes, é preciso avançar um pouco mais a discussão para examinar a verdadeira extensão de conteúdo dos direitos subjetivos em tela, em especial no que concerne às pretensões jurídicas que especificamente legitimam.

Os direitos a que a administração concretamente intervenha para proteger posições *jusfundamentais* contra agressões de terceiros não têm conteúdo ilimitado, nem implicam que os seus titulares disponham, individual ou coletivamente, do poder de reclamar como devida qualquer providência específica que, com ou sem razão, lhes pareça apropriada ou necessária. Antes, são direitos a ações positivas *razoavelmente exigíveis*, assim consideradas aquelas que, na medida das prescrições legais ou regulamentares, correspondam a expectativas sociais ajustadas às possibilidades normais de atuação nas condições existentes.

Com efeito, por força do princípio da subordinação da administração à juridicidade (CRFB-88, art. 37, *caput*), é tranqüilo afirmar que o exercício em concreto do *poder-dever* de polícia administrativa pressupõe leis e atos normativos que previamente os fundamentem, a um só tempo impondo-os e autorizando-os. Inconcebível, pois, em regra, a apuração do sentido específico dos direitos correspondentes com abstração das regulações infraconsticionais. A hipótese é de *coalescência*. Assim, por exemplo, da norma constitucional que incumbe ao poder público a defesa da fauna e da flora (CRFB-88, art. 225, § 1º, inc, VII) recorta-se um direito a atos concretos de proteção administrativa que somente encontra precisão a partir da sua fusão com a legislação inferior. Mas, além disso, há que medir o alcance do *poder-dever* de agir em

concreto sem alheamento do contexto que condiciona a atuação administrativa.

Até porque, se não se entende assim, ter-se-ia de imputar ao poder público, objetivamente, *responsabilidade por omissão* diante de qualquer fato lesivo que um particular tivesse produzido à vida, à integridade física ou à propriedade de outro, num excesso insuportável. A doutrina do direito administrativo tem ensinado, com razão, que a organização estatal não é companhia de seguro: quando não é a causadora do dano, gerado por força alheia, só cabe impor-lhe a obrigação de reparar a vítima se tiver incorrido em um comportamento inferior ao padrão exigível, a ser apurado caso a caso "em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e de conjuntura da época, isto é, das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso"²⁵³. É a lição mais sensata e que, por argumento a contrário, bem elucida sobre o caráter relativo dos direitos *impróprios* ou *atípicos* a ações concretas de polícia administrativa.

Para encerrar, falta apenas assinalar que, no caso de pretensões difusas ou coletivas, a tutela coativa dos direitos a atos concretos de polícia administrativa tem, entre nós, na ação civil pública (CRFB-88, art. 129, inc. III) o seu principal instrumento de realização²⁵⁴. Por outro lado, em se cuidando de pretensões individuais, os mecanismos de coerção mais importantes são a ação de preceito cominatório, quando em causa pedido de execução específica, e a ação de responsabilidade

²⁵³ Com maiores desenvolvimentos, cf.: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 672-673.

²⁵⁴ Sobre a ação civil pública como instrumento de controle coletivo da constitucionalidade, cf.: PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 217-225. E ainda, também em abordagem de direito constitucional: BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*, p. 198-215.

por danos, quando se tratar de pedido de execução pelo equivalente, na forma de lei processual civil. Nas duas primeiras situações, contudo, impõe-se ao judiciário, antes de condenar em *obrigações de fazer*, que respeite a margem de decisão discricionária porventura reservada pela lei à autoridade executiva quanto à eleição dos meios possíveis e adequados de emprego da força disponível, sob pena de incidir em arbitrária usurpação de competência.

7.4. AS PRESTAÇÕES NORMATIVAS COMO DIREITOS REMETENTES

Os direitos fundamentais à edição de atos legislativos constituem uma categoria ímpar dentro da tipologia dos direitos fundamentais. Se são, como apontado, direitos subjetivos com autonomia constitucional de sentido e, nessa medida, *auto-suficientes*, apresentam algumas propriedades exclusivas que os tornam absolutamente singulares. E se não podem ser confundidos com os direitos *coalescentes*, demandantes de uma norma legal de complementação, não deixam de manter com eles uma relação de afinidade, por igualmente receberem veiculação através de normas *jusfundamentais* que portam uma reserva de lei. Formam, assim, como que uma entidade intermediária, um *tertium genus*, irreduzíveis que são aos tipos exatos da *auto-suficiência* e da *coalescência*.

A idéia da qual se tem de partir para caracterizá-los em sua extraordinária riqueza e especificidade é a seguinte: eles são, como vimos, a consequência jurídica de *puras imposições legiferantes* de dimensão *jusfundamental*, ou seja, de normas constitucionais cuja função básica consiste em ordenar ao legislador ordinário que, futuramente, implemente uma determinada legislação protetora de bens ou interesses considerados dignos de suprema consideração. Assim, o que há de mais característico

na *pura imposição legiferante* é que o seu conteúdo de sentido compreende um *mandado de regulação*, e não um *ato de regulação*. Diante de uma situação da realidade social em que, a juízo do constituinte, é indispensável uma específica disciplina, a Constituição não traz *ab initio* uma solução de mérito, mas prescreve uma lei que a conceba²⁵⁵.

O que acontece, então, é que os direitos de *prestação normativa* são, no nível da Constituição, apenas direitos subjetivos contra o legislador ordinário. Têm, assim, natureza instrumental, cumprindo uma função de proteção mediata, precisamente porque que seu objeto é a produção ulterior de normas legais cuja tarefa consiste justamente em estipular concretamente as salvaguardas julgadas cabíveis. Ao mesmo tempo, contudo, e embora enquanto tais *auto-suficientes*, eles preordenam o estabelecimento, através da lei requerida, dos meios de proteção imediata dos interesses que se pretendia resguardar, entre os quais poder-se-ão contar outros direitos subjetivos, esses não normativos. Tais direitos serão fixados, no seu todo, meramente no nível legal e, por isso, são qualificáveis como *direitos derivados*, vale dizer, derivados da observância da ordem de legislar ou do cumprimento da *prestação normativa*.

É notável essa singularidade no caso da norma constitucional que ordenou a edição da lei de defesa do consumidor (CRFB-88, ADCT, art. 48). Aqui, a Constituição identificou um campo de relações sociais, o das relações de consumo. Viu-o como possivelmente hostil ao homem, sobretudo em razão dos riscos oferecidos por produtos e serviços e da história de abusos contratuais do poder econômico. Elegeu então um

²⁵⁵ As *imposições legiferantes* são *normas programáticas* que fixam um programa legislativo concreto, isto é, que ordenam a edição de uma lei cujo assunto ou âmbito material está indicado com um mínimo de circunscrição necessária a que se possa saber sobre o que se há de dispor, sem o que não se teria sequer como syndicar, em ação de inconstitucionalidade, a eventual ocorrência de um caso autêntico de omissão legislativa inconstitucional.

interesse: a proteção contra o descaso e a injustiça que a superestimação do lucro produz numa sociedade totalmente dependente do mercado. Por isso, ordenou uma intervenção legislativa futura para a disciplina da matéria, inclusive em conexão com a norma *jusfundamental* segundo a qual "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" (CRFB-88, art. 5º, inc. XXXII). Mas não passou desse nível de proteção apenas reflexo ou indireto: foi o Código de Defesa do Consumidor ²⁵⁶, editado posteriormente, que estabeleceu, entre outros mecanismos de amparo, os direitos à reparação de danos em regime de responsabilidade objetiva ou à desistência do contrato dentro de certo prazo e sob certas condições.

Outra situação claríssima: a norma constitucional que estabeleceu serem "de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle [...]" (CRFB-88, art. 197). Em nítida relação com a disposição segundo a qual "a assistência à saúde é livre à iniciativa privada" (CRFB-88, art. 199), o preceito constitucional impôs a intervenção do legislador ordinário para regular, com caráter de proteção, as relações entre usuários e prestadores no sistema privado de saúde, mas sem antecipar as formas específicas de tutela ou direitos subjetivos possivelmente oponíveis pelos primeiros aos segundos. Foi nesse caso a Lei Federal nº 9.656, de 3 de junho de 1988²⁵⁷, que veio a dispor sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, estipulando em larga medida direitos subjetivos sob a forma de condições contratuais mínimas, com a vedação de cláusulas de exclusão de cobertura anteriormente admitidas, entre tantos outros instrumentos de defesa.

De tudo, a consequência mais expressiva é a de que os

²⁵⁶ BRASIL. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

²⁵⁷ BRASIL. Lei Federal nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

direitos de *prestação normativa* não são defensáveis através de mandado de injunção, mas apenas de ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O mandado de injunção é ação constitucional destinada a viabilizar o exercício em concreto de direitos não normativos já assegurados constitucionalmente, mas cuja compreensibilidade depende da expedição de uma norma complementar ainda não editada. É um mecanismo subsidiário de solução de problemas de indeterminação do sentido de uma norma constitucional que dá proteção imediata a um interesse através da atribuição de um direito que, mal ou bem, porta desde logo um conteúdo substantivo. É, assim, meio processual de integração normativa para a resolução de um caso com base em um direito não normativo já prefigurado (vale dizer, um direito constitucional *coalescente*, fundamental ou não)²⁵⁸. Não se presta, pois, obviamente, à criação judicial de institutos que ainda estão por ser estabelecidos no nível legal, a juízo do legislador ordinário, em respeito a uma *pura imposição legiferante*. Nesse caso, só a fiscalização abstrata da constitucionalidade é concebível.

Para caracterizar então os direitos de *prestação normativa* tendo em vista a sua flagrante singularidade, de modo tal que não sejam inteiramente assimilados aos *direitos auto-suficientes* não normativos, nem confundidos com os *direitos coalescentes*, é interessante dar-lhes designação através da formalização de uma categoria própria, a dos *direitos fundamentais remetentes*. Com efeito, é aí que reside a sua essência: eles são direitos, de nível constitucional, a atos de imposição de normas legais para a proteção de posições jurídicas fundamentais e que, na medida da sua função instrumental, *remetem* à criação de outros direitos ou meios de amparo no nível infraconstitucional.

²⁵⁸ Com efeito, o mandado de injunção é aplicável tanto aos direitos constitucionais fundamentais (ou pétreos) como aos não-fundamentais (ou não-pétreos). É o que sugere a redação do dispositivo constitucional segundo o qual "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania" (CRFB-88, art. 5º, LXXI).

Capítulo 8

OS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS EM SUA COMPLEXIDADE CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 8.1. A complexidade dos direitos fundamentais sociais; 8.2. O modelo de positivação dos direitos sociais; 8.2.1. A cláusula de reserva da norma básica; 8.2.2. A transferência para fora do catálogo; 8.2.3. Os direitos sociais como cláusulas pétreas; 8.3. Os direitos sociais como categoria heterogênea; 8.3.1. Os direitos sociais quanto ao dever correlativo; 8.3.2. Os direitos sociais quanto ao nível de cognição; 8.3.3. Normas programáticas e fins sociais fundamentais.

8.1. A COMPLEXIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Em doutrina corrente, os *direitos sociais*²⁵⁹ são normalmente apresentados como uma subclasse da classe mais ampla dos direitos fundamentais e, além disso, atendendo ao critério cronológico, como *direitos de segunda geração*, por só terem logrado definitivo reconhecimento nos inícios do Século XX, posteriormente, portanto, à afirmação dos chamados *direitos de liberdade* (tanto *civis* como *políticos*). Vistos desse modo, os *direitos sociais* surgem no curso de um processo evolutivo, marcado pela progressiva expansão do conteúdo dos primeiros catálogos *jusfundamentais* do mundo da cultura ocidental em decorrência da crise liberal que leva ao Estado Social de Direito.

O sentido do processo de formação do Estado Social na Europa capitalista nos começos do Século XX imediatamente indica que, quando entraram em cena, os *direitos sociais* foram, em sua genera-

²⁵⁹ Referida no contexto da afirmação histórica e filosófica dos chamados direitos fundamentais de *segunda geração*, a categoria dos *direitos sociais* será utilizada ao longo deste capítulo em seu sentido amplo, compreendendo tanto os *direitos sociais em sentido estrito* (saúde, assistência, previdência, moradia, etc.) como os chamados *direitos econômicos* (trabalho, consumidor etc.) e *culturais* (ensino, desporto, ciência etc.).

lidade, concebidos como *mecanismos de compensação de situações humanas de hipossuficiência numa sociedade de classes*. Pode-se dizer que essa finalidade intrínseca, ou seja, servir de defesa contra os riscos inerentes a uma condição de fragilidade, é precisamente o fator de semelhança ou o ponto de encontro que permite reconduzir todos os *direitos sociais* em particular a uma unidade elementar, justificando a sua classificação em um grupo à parte dentro da classe maior dos direitos fundamentais.

Decerto, é pela identidade nos fins que figuras como o direito ao repouso semanal remunerado, o direito de greve e o direito ao ensino público gratuito acabam irmanadas debaixo da mesma rubrica dos *direitos sociais*. Em todos esses casos, é nítida a coincidência no escopo de proteger categorias de pessoas débeis. De fato, é sempre uma situação de inferioridade, dependência ou privação que os *direitos sociais* procuram remediar, ora impedindo o patrão de impor ao operário contratos de conteúdo abusivo, ora favorecendo o equilíbrio das forças opostas nas relações entre o capital e o trabalho, ora ofertando à população pobre meios materiais de existência em condições mínimas de dignidade.

É enganoso pensar, todavia, que um conceito assim aberto seja definitivamente esclarecedor. Sem dúvida, realçando o elemento teleológico, ele pode sempre valer como critério auxiliar no processo de interpretação das normas particulares de cada ordenamento, mas de modo algum ilumina inteiramente a larga faixa de complexidade em que se acham os *direitos sociais* positivados nos textos constitucionais atuais. A razão é que, descontando o *caráter nivelador* que os unifica, os *direitos sociais*, individualmente considerados, não são necessariamente homogêneos, guardando entre si, muitas vezes, diferenças estruturais profundas, com repercussão sobre os respectivos regimes jurídicos.

O catálogo de direitos das primeiras declarações sociais já mostrava bem essa diversidade. Nas Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919 podem ser diagnosticados exemplos de direitos sociais aos quais correspondem deveres de abstenção e outros que impõem deveres de prestação, bem como direitos sociais desde logo aplicáveis no nível constitucional e outros dependentes de integração por legislação ordinária. Particularmente, essa é uma situação que se reproduz na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, claramente adepta, desde o seu *Preâmbulo*, do discurso normativo da democracia social.

Então, se é verdade que os *direitos sociais* podem, em seu conjunto, ser considerados como instrumentos de salvaguarda dos indefesos²⁶⁰, igualando-se um a um entre si pela comunidade de suas intenções, também é inequívoco que um tal liame de identidade é demasiado tênue e de pouco interesse teórico, à medida que não instrui adequadamente sobre a significativa heterogeneidade do grupo. Por isso, para a exata compreensão dos *direitos sociais* como categoria do constitucionalismo contemporâneo, mais importante do que alçar a uma definição geral é destacar as diversas formas que eles podem assumir, sobretudo em atenção às disposições da Constituição do Brasil.

8.2. O MODELO DE POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

8.2.1. A cláusula de reserva da norma básica

A incorporação constitucional dos *direitos sociais* tem forma variável. De um extremo a outro, pode ocorrer tanto através de um

²⁶⁰ Ou, como já se escreveu em linha memorável, instrumentos de "libertação da necessidade" (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos fundamentais, p. 98).

preceito geral de qualificação do Estado Social (caso alemão) como através da discriminação minuciosa de espécies em uma declaração linear (caso português). A Constituição do Brasil de 1988, contudo, não se subsumiu a nenhum desses dois modelos, adotando uma sistemática peculiar que levanta questões importantes para a pesquisa dogmática local²⁶¹.

No interior do *catálogo jusfundamental* propriamente dito (CRFB-88, Título II), os direitos da tradição socialista são referidos, inicialmente, através de uma *norma básica*, que dita: "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (CRFB-88, art. 6º)²⁶². Nesse caso, é de grande interesse notar que o enunciado normativo se desdobra em duas partes conexas: a primeira contém uma *seleção de tipos* ("são direitos sociais..."); a segunda, uma cláusula de reserva ("na forma desta Constituição").

A mensagem do articulado tem sentido literal insuspeito: os *direitos sociais* são tais e quais, mas de acordo com prescrições constitucionais outras. Segundo parece justo crer, a melhor interpretação indica que, no acolhimento dessa fórmula a um só tempo reticente e condicional, a norma constitucional não foi além da apresentação de uma tábua geral dos vários ramos em que os *direitos sociais* se subdividem. É como dizer que, no contexto da proposição, os direitos à educação, à

²⁶¹ Por *pesquisa de cunho dogmático* entendemos aqui, em atenção às lições de FERRAZ JR., aquela que tem por característica proceder ao estudo das instituições jurídicas a partir da lei, procurando sempre compreendê-las e torná-las aplicáveis "dentro dos marcos da ordem vigente". Referida característica relaciona-se com aquilo que FERRAZ JR. denomina de "princípio da inegabilidade dos pontos de partida", que seria o princípio informador das disciplinas dogmáticas (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*, p. 48-49).

²⁶² O direito à *moradia* não constava do texto original, tendo sido introduzido através da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

saúde, ao trabalho, à segurança, à moradia, ao lazer, à previdência, à assistência e à proteção materno-infantil são mencionados como subconjuntos menores dentro do conjunto maior dos *direitos sociais*.

Não há, portanto, alusão a situações particulares de direito subjetivo, mas somente a grupos genéricos, no interior dos quais é possível imaginar uma grande variedade de tipos individuais entre si diferenciados. Trata-se de uma conclusão que se impõe desde logo não só em função de ter a *norma básica* expressamente colocado a medida dos *direitos sociais* sob a dependência de especificações contidas em disposições adicionais, mas também, além disso, por causa de uma evidência elementar: os direitos à educação, à saúde, ao trabalho e outros, longe de constituírem *famílias monotípicas*, são suscetíveis de decomposição em uma série de espécimes singulares, cada qual com a sua identidade própria.

Basta citar o exemplo do *direito ao trabalho*, em cujo universo é idealizável uma infinidade de *direitos particulares*: de associação, de greve, à irredutibilidade do salário, à remuneração extraordinária, ao repouso semanal, às férias anuais, à licença-maternidade, à jornada limitada, à gratificação natalina, ao adicional de insalubridade, à estabilidade no emprego e assim por diante numa fileira a perder de vista. Sem favor algum, educação, saúde, assistência e outros, do mesmo modo, constituem quadros enormemente amplos, potencialmente desmembráveis em seqüências de particularizações mais ou menos numerosas²⁶³.

Assim, não é exagero sustentar que, com a interposição da

²⁶³ E não é diferente o que acontece com os direitos fundamentais da matriz liberal. A liberdade, por exemplo, sujeita-se a ser decomposta no *catálogo jusfundamental* em várias projeções singulares: associação, reunião, religião, palavra, locomoção, etc.

cláusula de reserva "na forma desta Constituição", a *norma básica* (CRFB-88, art. 6º) transferiu para o avançar do texto, relativamente a cada um dos largos domínios listados, o problema de estabelecer, no leque das múltiplas opções de individualização cogitáveis, o que exatamente foi deferido a quem como direito subjetivo, seja em quantidade, seja em forma, seja em conteúdo. É então certo que, por si própria, não promoveu atribuição alguma a quem quer que seja, porquanto deixou a matéria pendente de definição. Segue daí algo de relevante a considerar.

No fundo, por meio da *cláusula de reserva* da *norma básica*, a Constituição lança uma contundente advertência: os *direitos sociais* não são imunes a delimitações; no desenvolvimento constitucional que recebem pelo caminho que leva do geral ao particular, existe margem para o deferimento de vantagens moderadas. Decerto, essa constatação pode representar um duro golpe contra as visões utópicas, ameaçadas de sucumbir à tentação de extrair da retórica elástica o fundamento de um *direito a tudo em qualquer circunstância*. É de reconhecer, porém, que, se fosse assim, a ressalva do texto constituiria apenas uma *emenda sem nexo*, como dispensáveis seriam quaisquer adendos normativos²⁶⁴.

Mas, por outro lado, justamente enquanto não circunscreve os *direitos sociais* a um enunciado genérico, admitindo especificações, a Constituição também antecipa que não pretende ser meramente *programática*, ou indicativa de fins gerais da ordem política ao legislador ordinário, de modo a fundamentar pouco mais que *direitos de prestação*

²⁶⁴ A propósito, nossa Constituição dá provas claras de concessões com limites bem demarcados. Em matéria de educação, por exemplo, o direito ao ensino fundamental público e gratuito (CRFB-88, art. 208, inc. I) está assegurado incondicionalmente. A cada criança ou adulto sem curso de primeiro grau pertence uma vaga em escola oficial (no *plano normativo*, obviamente). Mas já não há, com igual extensão, um direito ao ensino superior, uma vez que o acesso aos níveis mais elevados de instrução depende das capacidades de cada um (CRFB-88, art. 208, inc. V). O que se garante agora, universalmente, é apenas a faculdade de disputar um lugar dentre os porventura disponíveis na rede pública ou privada.

normativa. Antes, abre espaço a atribuições imediatas de bens jurídicos em sentido material, tais como créditos em dinheiros ou serviços públicos regulares, ainda que nos limites depois ajustados. Com isso, ela desautoriza também, a priori, as concepções de teor minimalista²⁶⁵.

Para a investigação pragmática, preocupada com as soluções concretas, essas ponderações repercutem decisivamente. É que, em sendo assim, tanto o cientista, na elaboração doutrinária, como o aplicador, na resolução de casos, ficam obrigados a ultrapassar a *norma básica* para apurar a verdadeira medida dos *direitos sociais* na sua formulação positiva. Sem descer à pesquisa das regras particulares que lhes detalham as espécies, com suas formas e conteúdos, um e outro correm o grave risco tanto de superestimar como de subestimar a atribuição constitucional, deturpando arbitrariamente o sentido da decisão popular que acabou por prevalecer no jogo difícil das forças constituintes.

8.2.2. A transferência para fora do catálogo

Os direitos correspondentes à tradição liberal foram, também eles, após vaga menção inicial, postos sob reserva. De fato, segundo a dicção constitucional positiva, a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade são direitos “nos termos seguintes” (CRFB-88, art. 5º). No entanto, releva destacar que, nesse caso, a discriminação das espécies relativas aos ramos ou campos listados se deu ao longo de 77 incisos prontamente anexados ao preceito genérico. Mesmo reconhecendo que a relação não é exaustiva em função da regra de abertura aos direitos fundamentais *implícitos* ou *internacionais* (CRFB-88, art. 5º, § 2º)²⁶⁶,

²⁶⁵ Com efeito, quanto mais *detalhista*, menos *programática* tende a ser a Constituição, à medida que não se esgota em preceitos genéricos de caráter finalístico.

²⁶⁶ Literal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

é indiscutível que houve aí, na zona especialmente dedicada às regulações *jusfundamentais*, uma concentração quase total da matéria.

Foi diferente com os *direitos sociais*. De todos aqueles referidos na *norma básica* (CRFB-88, art. 6º), somente o *direito ao trabalho* ganhou desdobramento pormenorizado²⁶⁷ no interior da *declaração jusfundamental* propriamente dita (CRFB-88, Título II, do art. 5º ao 17). Todos os demais, na ausência de detalhamentos imediatamente subseqüentes, tiveram a sua disciplina remetida para *fora do catálogo*, assim instaurando-se uma situação de dispersão extra-sistemática. A primeira questão que então se coloca respeita à *localização* constitucional dos redutos normativos concernentes aos campos deixados em aberto, pois dela depende a identificação dos *direitos sociais* nas suas projeções singulares.

O assunto não oferece maior dificuldade. Uma rápida passada de olhos no Sumário da Constituição evidencia que o desenvolvimento da matéria relativa aos *direitos sociais* opera-se, basicamente²⁶⁸, em dois núcleos afastados do catálogo inaugural, um dedicado à Ordem Econômica (CRFB-88, Título VII) e o outro, à Ordem Social (CRFB-88, Título VIII). Os direitos à educação, saúde, moradia, segurança, previdência, lazer, proteção materno-infantil e assistência tendem a encontrar aí as suas particulares identidades, muito embora sem prejuízo do disposto nos tratados internacionais sobre *direitos humanos* de que a República

²⁶⁷ CRFB-88, do art. 7º, com 34 incisos, ao art. 11.

²⁶⁸ Diz-se "basicamente" porque há *direitos sociais particulares* encontráveis em outros setores da Constituição, inclusive no espaço predominantemente dedicado aos direitos liberais. Por exemplo: o direito à assistência jurídica integral e gratuita (CRFB-88, art. 5º, inc. LXXIV) e o direito ao registro civil de nascimento e à certidão de óbito sem ônus (CRFB-88, art. 5º, inc. LXXVI, a e b), ambos atribuídos às pessoas carentes de recursos. Tais direitos funcionam como mecanismos de compensação de situações de hipossuficiência e são, nessa medida, genuínos *direitos sociais*.

Federativa do Brasil seja parte²⁶⁹, porquanto, por regra expressa, assimilados entre nós como lei interna (CRFB-88, art. 5º, § 2º).

Quem se lançar à pesquisa descobrirá, por exemplo, no quadro geral do *direito à educação*, uma série de direitos subjetivos singulares, tais como: o direito ao ensino fundamental público e gratuito (CRFB-88, art. 208, inc. I), assegurado incondicionalmente a cada criança ou adulto sem a instrução correspondente (no *plano normativo*, obviamente); o direito de acesso aos níveis mais elevados de ensino *segundo a capacidade de cada um* (CRFB-88, art. 208, inc. V), garantido a todos enquanto poder ou faculdade de disputa por uma vaga; o direito ao exercício da atividade de ensino em caráter privado, sob as condições determinadas (CRFB-88, art. 209, inc. I e II); ou a liberdade de cátedra ou *de ensinar* (CRFB-88, art. 206, inc. II), atribuída às instituições de ensino e seus professores.

Descobrirá também que se o *direito à moradia* não se *particulariza* como poder de exigir à administração, a título gratuito, a oferta de casa própria a quem não a possui, ele ganha expressão, entretanto, sob outras modalidades específicas de proteção. Por exemplo: como direito subjetivo dos não-proprietários ao usucapião da área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados ou da área rural produtiva não superior a cinquenta hectares, após cinco anos de posse ininterrupta e sem oposição, desde que tenham nelas a sua moradia ou de sua família e não se trate de imóveis públicos (CRFB-88, artigos 180 e 191). Revelações análogas ocorrerão ainda a propósito dos demais *direitos sociais*.

²⁶⁹ Naturalmente, quando a Constituição refere, no texto do § 2º do art. 5º, à República Federativa do Brasil como "parte" em tratados internacionais, deve-se entender que pretende dizer o *Estado Brasileiro*, mais precisamente a *União Federal*, uma vez que, em rigor, *república* é forma de governo, e, como adverte CRETELLA JR., "formas de governo não celebram tratados" (CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. V. 2, p. 873).

8.2.3. Os direitos sociais como cláusulas pétreas

Em passagens anteriores, deixamos assentado que os direitos constitucionais subjetivos dividem-se em *fundamentais* e *não-fundamentais*. O critério de divergência entre uns e outros reside na imunidade ou não à abolição. Assim, *fundamentais* são os direitos protegidos por meio de uma *cláusula pétre*a ou de *rigidez absoluta*, ou seja, insuscetíveis de emenda destinada à sua supressão; *não-fundamentais* são aqueles que, conquanto garantidos contra atentados do legislador ordinário por força do princípio da supremacia das normas constitucionais, não são indisponíveis ao constituinte derivado²⁷⁰.

A Constituição do Brasil de 1988 consagra autênticas *posições jusfundamentais* precisamente na medida em que declara inadmissível a proposta de emenda tendente a abolir “os direitos e garantias individuais” (CRFB-88, art. 60, § 4º). O alcance do dispositivo, no entanto, é duvidoso, sobretudo quanto a estarem ou não os *direitos sociais* abrangidos pela locução *direitos e garantias individuais* e, em conseqüência, subtraídos ou não à possibilidade de exclusão. Colocada em seus termos essenciais, essa dúvida propõe não menos do que o questionamento sobre se os *direitos sociais* são ou não verdadeiros *direitos subjetivos fundamentais*.

A resposta não pode deixar de ser afirmativa: sim, os *direitos sociais*, em todas as suas projeções singulares ao longo da Constituição, são *pétreos* e, como tais, *fundamentais*. Para concluir assim, é preciso observar, em primeiro lugar, que a literalidade da expressão *direitos individuais* não exclui necessariamente os *direitos sociais*. Como a liberdade de pensamento (CRFB-88, art. 5º, inc. IV), que é direito de matriz liberal, e o direito de voto (CRFB-88, art. 14), que é direito da tradição democrática,

²⁷⁰ Sobre este ponto, com maiores desenvolvimentos, Ver o Capítulo 4.

também os direitos à assistência judiciária (CRFB-88, art. 5º, inc. LXXIV), ao seguro-desemprego (CRFB-88, art. 7º, inc. II) e ao ensino fundamental (CRFB-88, art. 208, inc. I), entre tantos outros compreendidos no grupo dos *direitos sociais*, são individuais quanto à titularidade, ainda que *individualmente pertencentes por igual a vários titulares concomitantes* (por isso que *universais e homogêneos*).

Mas duas outras razões de peso militam ainda em favor dessa interpretação. Para começar, o Estado Social representou uma das mais cruciais decisões do poder constituinte originário no processo de elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁷¹. A ser admitido que os *direitos sociais* estejam sujeitos à abolição por meio de emenda, teríamos de reconhecer ao poder constituinte derivado a possibilidade jurídica de a qualquer tempo rever a ordem constitucional em sua mais íntima essência, por falência de vínculos substantivos que garantam algo mais do que uma democracia feita de liberdades meramente formais. Tanto equivaleria a submeter a vigência do postulado do Estado Social à vontade de majorias parlamentares de ocasião, numa aberta contradição com a manifestação soberana do pacto originário.

Em segundo lugar, os *direitos sociais* cumprem uma decisiva função de complementação, à medida que postulam tornar *reais* os benefícios prometidos pelos direitos liberais e políticos formalmente proclamados. Daí formarem com estes, em conjunto, uma unidade indivisível. Por isso, supor que apenas são péticos os direitos de liberdade e

²⁷¹ Para dar isto como indiscutível, basta atentar para o Preâmbulo da Constituição, que dita: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

participação, segundo uma concepção meramente abstrata de pessoa humana, implica admitir a possibilidade de retorno da ordem constitucional à lógica do liberalismo originário, quando é certo que, sob a inspiração das idéias de complementaridade e indivisibilidade, justamente contra tal risco foram erguidas as barreiras do Estado Social.

8.3. OS DIREITOS SOCIAIS COMO CATEGORIA HETEROGÊNEA

8.3.1. Os direitos sociais quanto ao dever correlativo

É opinião comum a de que os *direitos sociais* consistem em *prestações de coisas ou serviços exigíveis do Estado*. Entre nós, pensa assim FERREIRA FILHO. Para ele, os *direitos sociais* não são, como as liberdades, meros poderes de agir, mas sim poderes de exigir. São direitos de crédito. Têm como sujeito passivo o Estado, e seu objeto é, tipicamente, a prestação de um serviço, como o serviço escolar, ou uma prestação em dinheiro, como no caso do seguro-desemprego²⁷². Outro importante autor nacional, BONAVIDES²⁷³, igualmente lhes atribui a "natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais". Noção análoga é encontrada também na doutrina estrangeira. Para DÍAZ, por exemplo, "os 'direitos sociais' se resolvem em prestações a cargo do Estado"²⁷⁴.

Nesta concepção, os *direitos sociais* são tomados, em primeiro lugar, como *direitos de prestação*, enquanto implicam para o sujeito passivo o dever positivo de dar ou fazer algo em proveito do sujeito ativo numa relação de tipo obrigacional; e, em segundo lugar, como *direitos contra o poder público*, uma vez que é este, por seus órgãos e agentes,

²⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 49-50.

²⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 518.

²⁷⁴ DÍAZ, José Ramón Cossio. *Estado social y derechos de prestacion*, p. 46.

quem está na posição de obrigado à atuação positiva normativamente imposta. Em consequência, segundo a lógica desse entendimento, os *direitos sociais* são situados em oposição aos *direitos liberais*, em sua maioria classificados como *direitos de abstenção*, porquanto correlativos de deveres negativos, ou de não interferência em âmbitos existenciais constitucionalmente protegidos, tais como a vida e a liberdade²⁷⁵.

Entretanto, qualquer que seja o parâmetro de reflexão, a começar pela filosofia política do socialismo não marxista, passando pela história das primeiras constituições sociais do Século XX, até a sistemática do direito constitucional brasileiro vigente, o enquadramento dos *direitos sociais* como *direitos de prestação positiva contra o Estado* é irremediavelmente inexato. Os direitos fundamentais de natureza trabalhista, que desde a carta encíclica *Rerum Novarum* de 1891²⁷⁶ à Constituição do Brasil de 1988 foram catalogados entre os *direitos sociais*, são, em grande número, *direitos de abstenção*, ao modo dos *direitos liberais* em geral, e não têm necessária nem exclusivamente, como sujeito passivo da relação jurídica de direito material, o poder público.

Exemplo eloqüente é o da *liberdade sindical* (CRFB-88, art. 8º). Trata-se de *direito social* que, derivando da *liberdade de associação*, tem a mesma estrutura lógica de todas as liberdades ditas burguesas. Como direito subjetivo, seu objeto é uma *esfera de autonomia* e seu conteúdo são típicas *facultas agendi*. Em sua dimensão individual, oferece ao trabalhador a opção de constituir ou não um sindicato (liberdade de fundação) ou de aderir ou não à organização sindical (liberdade de filiação). Em sua dimensão coletiva, garante ao sindicato, entre outros, o poder de elaborar seus estatutos e regulamentos, de organizar sua

²⁷⁵ Sobre a classificação dos direitos fundamentais em *direitos de prestação* e *direitos de abstenção*, a partir do critério do *dever correlativo*, ver Capítulo 7.

²⁷⁶ Sobre a carta encíclica *Rerum Novarum*, ver Capítulo 5.

administração, de formular o seu programa de ação e de decidir quanto ao emprego dos meios de composição de conflitos. Em qualquer hipótese, a *liberdade sindical* se põe em correlação com deveres negativos: à autonomia individual corresponde, sobretudo, a proibição, oponível ao próprio sindicato, de filiação forçada; à autonomia coletiva, a vedação de interferência ou intervenção por parte, agora sim, do poder público. É, pois, como se constata, o protótipo de um genuíno *direito de abstenção*²⁷⁷, jamais de prestação, e não por acaso a doutrina especializada afirma, com ROZICKI²⁷⁸, que a *liberdade sindical* está configurada, na nossa ordem constitucional positiva, segundo o "modelo abstencionista".

Mas não é tudo. Entre os *direitos sociais trabalhistas* elencados no artigo 7º da Constituição do Brasil de 1988, existem alguns que, já a um primeiro olhar, flagrantemente destoam da estrutura dos *direitos de prestação positiva contra o poder público*. Tais são os casos óbvios de direitos como à *irredutibilidade do salário* (inc. VI), à *igualdade de tratamento na diversidade de sexo, idade, cor ou estado civil* (inc. XXX) ou à *jornada limitada de trabalho* (inc. XIII). Aí, sob a forma de direito subjetivo, o bem atribuído ao trabalhador não é, decerto, uma *esfera de autonomia*, mas uma *esfera de imunidade*, consistente ora no valor pecuniário do trabalho já consolidado, ora nas prerrogativas inerentes à condição humana, ora em uma vantagem contratual compulsória, e sua contrapartida é o dever imposto ao empregador, público ou privado, de não violar esses âmbitos normativamente reservados. *Direitos sociais* assim predispostos tem parentesco estrutural muito próximo com a *inviolabilidade do domicílio, da honra, da intimidade, do direito adquirido ou do ato perfeito*, que tradicionalmente figuram ao lado das liberdades

²⁷⁷ Igual conclusão vale também para o *direito de greve* (CRFB-88, art. 8º).

²⁷⁸ ROZICKI, Cristiane. *Aspectos da liberdade sindical*, p. 173. Nesta obra, a autora explora com profundidade o complexo conteúdo da liberdade sindical, tanto na sua dimensão individual quanto coletiva, sobretudo nos Capítulos 3 e 5. Acima, em nossas considerações, as lições de seu magistério estão apenas resumidas.

(ou *direitos de autonomia*) como direitos de natureza defensiva, vale dizer, como *direitos de abstenção*, oponíveis não só ao poder público.

Outros *direitos sociais trabalhistas* do artigo 7º só aparentemente são *direitos de prestação*. É o caso, por exemplo, dos direitos ao *décimo terceiro salário* (inc. VIII), à *remuneração do trabalho noturno superior à do diurno* (inc. IX), ou à *hora extra de 50% sobre a hora normal* (inc. XVI). A inclusão desses direitos na categoria dos *direitos positivos* decorre de um vício de discernimento, que faz confundir o direito de um trabalhador em particular a receber de um específico empregador uma determinada quantia pecuniária em razão de uma relação de emprego concreta, com o direito, preexistente a qualquer vínculo laboral empiricamente realizado, de todas as pessoas potencialmente expostas à venda da força de trabalho na economia de mercado à obtenção de um contrato que respeite um conjunto de cláusulas e condições mínimas, legalmente impostas. O primeiro é, sem dúvida, um singular direito de crédito, como seria o direito do comprador de um quadro à entrega da coisa pelo vendedor; mas o segundo é um direito de função inibitória, destinado a impedir as contratações iníquas pela atribuição indiscriminada, outra vez, de uma *esfera de imunidade*, correlativa de um dever de *não-lesão*. Ocorre que só neste último sentido cabe cogitar de um *direito social fundamental*.

De fato, os direitos fundamentais, estando preordenados à garantia da dignidade humana, são tendencialmente *universais* quanto à titularidade, *igualitários* quanto ao conteúdo e *inalienáveis* quanto ao grau de vinculação ao sujeito²⁷⁹. Portanto, quando a norma constitucional insere o *direito ao décimo terceiro* no catálogo *jusfundamental*, o que está em perspectiva não é, por hipótese, o direito de Maria a receber de

²⁷⁹ Sobre as propriedades conexas à fundamentalidade, ver Capítulo 4.

José a soma de R\$ 325,00 a título de salário adicional ao cabo de 12 meses de serviços domésticos prestados. Um direito assim pertence só à credora, tem quantificação peculiar e constitui valor patrimonial negociável²⁸⁰. Antes disso, com absoluta independência e antecedência, o escopo constitucional é proclamar o direito a um contrato de trabalho que não exclua a vantagem por imposição da parte economicamente mais forte. Cuida-se, agora, de direito que aproveita a todos os trabalhadores em igual proporção e cuja eventual alienação, no ato da contratação, é intolerável sob pena de nulidade. É nessa medida que o *direito ao décimo terceiro salário* e todos os que lhe são análogos são direitos fundamentais, de modo que deles não decorre imediatamente prestação alguma, menos ainda contra o poder público, mas sim deveres gerais de abstenção em relação a certos conteúdos contratuais protegidos. E nem poderia deixar de ser entendido assim porque, em sintonia com a cruzada intervencionista do Estado Social, a função desses direitos é limitar a liberdade de contratar, como se fossem diques de contenção dos excessos capitalistas²⁸¹.

É inevitável, pois, que termine inteiramente desacreditada a tradicional concepção dos *direitos sociais* como *obrigações estatais positivas*. Pretender com base nela agrupar os *direitos sociais* como um complexo de instituições homogêneas seria pecar por incontornável falta

²⁸⁰ Por exemplo: nada impede que Maria, tendo recebido empréstimo de José para construir a sua casinha de madeira, a este dê em pagamento de parte da dívida o crédito de R\$ 325,00 relativo ao décimo terceiro salário.

²⁸¹ FERRAJOLI pôs a claro a matéria ao distinguir, na categoria genérica do *direito de propriedade*, duas figuras autônomas e heterogêneas: de um lado, o direito de propriedade enquanto direito de tornar-se proprietário e de dispor dos bens porventura adquiridos; de outro, o direito de propriedade que concretamente incide sobre um vestido ou uma casa alienada por contrato. O primeiro é universal, igualitário e indisponível e, como tal, fundamental; o segundo é exclusivo, desigual e disponível e, como tal, não-fundamental. Do mesmo modo, no *direito ao décimo terceiro salário* (ou à *hora extra* e outros semelhantes) é possível distinguir entre o direito a cláusulas e condições contratuais mínimas e o direito a uma soma específica de dinheiro em razão da prestação de serviços contratados. Lá, um direito fundamental; aqui, um simples direito de crédito. A propósito, cf.: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*, p. 45-50.

de rigor, salvo se a abordagem assim feita viesse acompanhada da ressalva de que somente se está levando em conta a regulação constitucional das tarefas estatais de natureza providencial (ou em educação, assistência, previdência ou saúde), campo realmente aberto à possível ocorrência de *direitos de prestação contra a administração pública*. Como quer que seja, por hora, o dado relevante a registrar é que, entre os *direitos sociais*, podem existir tanto *direitos de abstenção* como *direitos de prestação*, e o interesse prático da constatação está em que essa cisão em dois grupos repercuta, naturalmente, sobre os respectivos modos de satisfação.

8.3.2. Os direitos sociais quanto ao nível de cognição

Uma outra tendência forte consiste em considerar os *direitos sociais* como atributos de normas constitucionais *inexeqüíveis por si mesmas* (ou *não-auto-aplicáveis*) e, por extensão, como bens jurídicos *inexigíveis imediatamente* pela via coativa normal dos procedimentos de jurisdição contenciosa (ou *não-logo-justiciáveis*). Supõe-se, nesse caso, que as normas atributivas de *direitos sociais*, por não conterem uma regulação suficiente ou bastante, ficam na dependência de integração legislativa ulterior para ganhar aplicabilidade, de modo que não são hábeis a fundamentar desde logo, enquanto não é editada a lei de complementação, a dedução de pretensões subjetivas perante os órgãos do judiciário. Dito segundo a terminologia legada pela obra clássica de COOLEY, as normas de *direitos sociais* são entendidas aí como *not self-executing provisions* e, enquanto tal, como carentes de *full force and operation*²⁸².

A Constituição da República Portuguesa de 1976 contém uma generalização dessa ordem. Separando os direitos fundamentais em dois

²⁸² COLLEY, Thomas. *A treatise on the constitutional limitations*, p. 98-101.

grandes grupos, o dos *direitos, liberdades e garantias* (Parte I, Título II) e o dos *direitos econômicos, sociais e culturais* (Parte I, Título III), ela estabelece uma diferenciação de regime entre eles justamente com base nos critérios conexos da *densidade normativa* e da *força jurídica*. Nesse sentido, dispõe que os "preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, garantias e liberdades são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas" (art. 18)²⁸³, resultando óbvio que, em assim fazendo, à medida que não formula princípio análogo para os direitos do segundo grupo, implicitamente os declara, ao menos em linha de princípio, destituídos de *aplicabilidade autônoma* e de *justiciabilidade imediata*.

Contudo, em realidade, não existe um nexó natural entre *normas jussociais* e *não-auto-aplicabilidade*, nem entre *direitos sociais* e *não-logo-justiciabilidade*. Nada impede, é certo, que um dado ordenamento concreto admita, em termos mais ou menos rígidos, uma implicação desse gênero, mas também nada, em absoluto, impõe que tenha de ser assim em quaisquer tempos e lugares, como se um fator transcendente às decisões e opções do constituinte histórico subordinasse as normas e direitos de matriz social, *aprioristicamente*, a um arquétipo único e imutável. Normas e direitos são artifícios intencionais, e o grau de densidade e força que recolhem pode variar de acordo com o teor de sua formulação positiva em cada caso particular, bem como dos meios de proteção disponíveis.

Tratemos do assunto mais de perto. Uma norma constitucional é *atributiva* quando sua intenção específica é regular, no todo ou em parte, uma situação de direito subjetivo, ou seja, quando trata essencialmente da reserva feita a alguém de um dado bem da vida²⁸⁴.

²⁸³ PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, p. 25.

²⁸⁴ Sobre o conceito de *direito subjetivo*, ver os Capítulos 1, 2 e 3.

Assim consideradas, as *normas atributivas* subdividem-se em *autônomas* e *não-autônomas*, conforme se refiram a um direito subjetivo íntegro no nível constitucional ou a um direito subjetivo cuja integridade supõe a edição de norma legal de complementação. Equivale a afirmar, recorrendo aos termos anteriormente empregados, que são *autônomas* as normas atributivas de *direitos auto-suficientes* e *não-autônomas* as normas atributivas de *direitos coalescentes*²⁸⁵. Das primeiras, diz-se que são *auto-aplicáveis*, enquanto têm aptidão, por si só, para reger a situação de direito subjetivo à que se referem, isto é, com independência de preceitos do direito ordinário; das segundas, diz-se que são *não-auto-aplicáveis*, porque, para tanto, dependem da fusão com outra norma, de nível infraconstitucional.

Contemplando a ordem jurídica como obra humana, não há fundamento algum para crer que uma norma de *direito social* não possa jamais acusar, no interior de um catálogo constitucional positivo, o predicado da autonomia. Para que assim seja, basta um querer afirmativo, a vontade criadora da comunidade política. Na Constituição do Brasil, por exemplo, a disposição que garante ao trabalhador o direito à percepção de um "décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria" (CRFB-88, art. 7º, inc. VIII) é seguramente *auto-aplicável*. E a validade do argumento não se restringe às normas de *direitos sociais trabalhistas*, alcançando também às normas de *direitos sociais previdenciais*, que reclamam a execução de prestações positivas por parte da administração pública. Nesse campo, decerto, uma pesquisa estatística das legislações constitucionais do mundo ocidental até pode indicar vários casos de estipulação dogmática sob a forma de *não-auto-aplicabilidade*, mas nem por isso é de se pensar que o fato se deva a uma fatalidade inelutável. Em tese, ainda aí, o legislador consti-

²⁸⁵ Ver, a respeito, o Capítulo 6.

tuinte é livre para produzir uma regulação completa e pormenorizada, outorgando um direito subjetivo fundamental de fisionomia precisa. Se geralmente não é assim, não é porque *não se pôde*, mas porque *não se quis fazer diferente*. A prova não é difícil. Entre nós, o *direito ao ensino fundamental público e gratuito* (CRFB-88, art. 208, inc. I, § 1º), exprime-se por meio de uma norma de *direito social* de incondicional autonomia²⁸⁶.

Contra essas evidências, poderia ainda haver quem sustentasse que os *direitos sociais*, especialmente àqueles que evocam a prestação de serviços públicos, não comportam jamais *aplicabilidade autônoma* porque, para sua plena satisfação, primeiro se tem de criar as condições materiais necessárias. Trata-se de um argumento errôneo, produto de uma inadvertida confusão entre o plano *normativo* (ou do

²⁸⁶ No caso, a norma atributiva desse direito pode ser considerada auto-aplicável pelas seguintes razões. Por um lado, embora a expressão "ensino fundamental" careça de determinação, o esclarecimento do seu sentido semântico não depende de lei ulterior, podendo ser diretamente obtido pelos juízes e tribunais com base em noções do senso técnico ou comum já pressupostas quando da elaboração da norma e que integram o mundo de cultura que circunscreve e antecede à Constituição. A propósito, parece óbvio que "ensino fundamental" corresponde ao que, na tradição anterior, se costumou qualificar como "ensino de primeiro grau", e a circunstância de a Constituição referir-se, ainda, ao "ensino médio" (CRFB-88, art. 208, inc. II) e aos "níveis mais elevados do ensino" (CRFB-88, art. 208, inc. V) certifica a validade dessa interpretação. Por outro lado, o fato de a Constituição reservar ao legislador infraconstitucional a tarefa de fixar "conteúdos mínimos" para o ensino fundamental (CRFB-88, art. 210) não quer dizer que o dever estatal de prestar serviços públicos de instrução gratuita não esteja ainda suficientemente estabelecido no nível constitucional, mas apenas que os conteúdos ministrados não deverão de ser definidos discricionariamente pelos estabelecimentos de ensino, ao sabor de convicções localizadas. Daí porque o encargo dado ao legislador infraconstitucional é, aí, o de agravar a posição do poder público, impedindo-o de desincumbir-se da sua missão do modo como melhor lhe aprouvesse. Independentemente da edição da norma inferior requerida, contudo, a norma constitucional atributiva do direito ao ensino fundamental público e gratuito é, sozinha, apta a reger a relação intersubjetiva entre os indivíduos e a administração, uma vez que suficiente para impor a esta um dever de prestação em face daqueles, consistente na oferta de cursos de formação básica segundo os padrões normalmente praticados (com aulas de língua portuguesa, literatura, matemática, história, geografia, ciências, educação física, etc.). Note-se que, não por outra razão, a Constituição brasileira define o acesso gratuito ao ensino público fundamental como "*direito subjetivo público*" (CRFB-88, art. 208, § 1º). Por isso que, cuidando-se de norma com autonomia constitucional, também o direito aí conferido é imediatamente exigível, inclusive pela via coativa da ação judicial, ainda que nos limites do que seja razoável esperar em termos de qualidade do ensino.

dever-ser) e o plano *fático* (ou do *ser*). É óbvio que o direito de uma criança ao ensino fundamental público e gratuito, mesmo que plenamente configurado pela norma atributiva, só será observado espontaneamente se a administração responsável, previamente, construir a escola e contratar os professores. Mas é também óbvio que, à falta de implemento da estrutura indispensável, nem por isso o direito inexistente: ele vige, na sua inteireza, como prescrição jurídica dotada de total *autonomia*, conquanto desatendida na ordem dos fatos pela inadimplência estatal²⁸⁷.

Com efeito, é absurdo vincular o juízo sobre a integridade ou não-integridade de uma regulação de direito subjetivo ao dado contingente da sua observância ou inobservância pelo sujeito passivo. Proceder assim seria anuir à espantosa premissa de que só haverá direito onde não houver violação. Daí porque a dependência de providências materiais a cargo do obrigado para satisfação do credor não interfere na constatação do grau de densidade normativa. O problema é de interpretação. A norma é quem diz, por seus termos, se o *direito social* ao qual se refere está completo ou incompleto no nível constitucional. É claro que, cioso dos condicionamentos materiais, muitas vezes o legislador constituinte é levado a não determinar suficientemente o *direito social*, deixando ao legislador ordinário a competência para lhe dar maior precisão, segundo as possibilidades fáticas. Nesses casos, porém, é ainda a própria norma que se faz *não-auto-aplicável* em função de reserva de complementação legal introduzida, e os condicionamentos materiais ingressam no contexto, apenas, como razões determinantes da decisão constitucional.

²⁸⁷ Tanto é verdade que, nessa hipótese, porque *auto-suficiente* o direito na sua expressão normativa, cabe ao juiz, se provocado, decretar as medidas apropriadas para efetivá-lo, como, por exemplo, requisitando matrícula em escola particular às expensas do poder público. Nesse sentido, cf.: BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 150-151.

A *não-auto-aplicabilidade* não é, portanto, um sinal intrínseco à natureza das normas atributivas de direitos sociais. Admitindo, porém, que um grande número delas realmente costuma carecer de integração legislativa, cumpre evitar ainda cair nas malhas de um segundo preconceito teórico, qual seja, o de que os direitos sociais porventura atribuídos por normas constitucionais *não-auto-aplicáveis* são necessariamente *não-logo-justiciáveis*, ou seja, inexigíveis imediatamente através de um procedimento judiciário coativo. Outra vez, é preciso ter o cuidado de não reduzir as possibilidades da criação jurídica àquilo que ordinariamente acontece na realidade dogmática. É fato que, na quase totalidade dos sistemas jurídicos ocidentais, uma norma *jusfundamental não-auto-aplicável*, enquanto atributiva de um direito subjetivo ainda sem integridade no nível constitucional, é tida como incapaz de justificar, antes da *interpositio legislatoris* que complete a formulação jurídica inicial, a propositura de uma ação judicial que lhe cobre o respeito. Mas daí não se deve julgar que tenha de ser obrigatoriamente assim, porque não é impossível construir, positivamente, uma diversa alternativa.

Nos ordenamentos em que é acolhida sem ressalvas, a mútua implicação *não-auto-aplicabilidade* e *não-logo-justiciabilidade* constitui, sem dúvida, uma solução defensável. Com efeito, se o direito fundamental, por falta de autonomia da norma atributiva, é daqueles que está gravado por um déficit de determinação só superável por mediação legislativa, é compreensível que não se queira admitir o acesso à via judicial coativa enquanto permanece o vazio de regulação, porque ainda pendente a definição política sobre *quem pode ou o quê, quanto ou sob quais condições* exatamente exigir ou pretender. Apesar disso, nada obsta a que o legislador constituinte torne *logo-justiciável* um direito fundamental assegurado por uma norma *não-auto-aplicável* e ainda não integralizada legalmente. Para tanto, basta que aparelhe, em favor das pessoas concretamente prejudicadas pela inércia do legislador ordinário,

uma ação que lhes autorize postular ao juiz o suprimento da lacuna normativa indevida, com subsequente composição da situação controvertida, limitados os efeitos da decisão à ordenação da relação *inter partes*.

Para muitos autores, a ação de *mandado de injunção* prevista na Constituição do Brasil de 1988 (art. 5º, inc. LXXI) tem justamente essa função: permitir a *justiciabilidade imediata* de direitos fundamentais naqueles casos em que a falta de norma legal integradora estiver inviabilizando, pela mora intermitente do poder legislativo, a fruição das vantagens e prerrogativas subjetivas que se teve em vista assegurar, ainda que sem determinação total de sentido no nível constitucional. Polêmica que seja essa interpretação em razão da imprecisão do texto, o só fato de ela poder vir a ser confirmada com uma emenda de revisão, ou por alteração futura na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é o testemunho incontestável de que não existe relação necessária entre normas *não auto-aplicáveis* e direitos *não-logo-justiciáveis*, e de que é perfeitamente possível a uma ordem constitucional positiva, através de decisão política, subverter a lógica casual da normalidade.

Em nosso direito constitucional positivo, a norma que confere ao trabalhador o direito ao “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei” (art. 7º, inc. XXIII) é do tipo *atributiva não-autônoma* e, como tal, *não-auto-aplicável*. É *atributiva* porque desde si mesma adianta o desenho de uma situação de direito subjetivo, ao dar a cláusula contratual respeitante à verba excepcional como um bem jurídico anexado ao patrimônio do trabalhador. Mas é *não-autônoma* porque, não disciplinando o critério de apuração do montante devido, nem esclarecendo o que se deva entender por penoso, insalubre ou perigoso, deixa de informar sobre o sentido total do objeto da atribuição, reservando à lei ordinária o encargo de concluir a configuração

apenas iniciada. Por isso que, sozinha, é norma *inaplicável*, incapaz de disciplinar às relações de vida à que alude. Apesar disso, se for admitido que o judiciário, para resolução de conflito concreto, formule a regra que o legislativo omitiu-se de editar, decidindo em seguida com base no conjunto normativo resultante dessa operação, o direito em questão revelar-se-á *logo-justiciável*, malgrado a sua incompletude constitucional²⁸⁸.

Do exposto, seguem duas conclusões: primeiramente, os *direitos sociais* podem se apresentar tanto sob a forma de *direitos fundamentais auto-suficientes* como de *direitos fundamentais coalescentes*, dependendo do grau de densidade da norma constitucional atributiva; e, depois, quando *coalescentes*, serão ou não judicialmente exigíveis na hipótese de persistência de regulação lacunosa por inatividade legislativa, conforme existam ou não mecanismos de tutela processual que permitam ao juiz sub-rogar-se no encargo de complementação reservado primariamente ao legislador (caso brasileiro). Por isso que não tem cabimento a consideração dos *direitos sociais* como atributos subjetivos só parcialmente elaborados no nível constitucional e, enquanto tais, sempre dependentes de integração por lei interposta, cuja edição seria, inclusive, condição da possibilidade do emprego de meios de coação. A verdade é bem outra: em matéria de *direitos sociais*, não há, fatalmente, um padrão fixo e universal.

²⁸⁸ É importante observar que existem casos em que a Constituição, embora reserve ao legislador infraconstitucional competência para integrar uma norma atributiva, contém ela própria uma segunda disposição destinada a suprir, temporariamente, a lacuna. É o que ocorre com a norma que confere ao trabalhador o direito à "licença-paternidade, nos termos fixados em lei" (art. 7º, inc. XIX). Isoladamente considerada, ela é do tipo *atributiva não-autônoma* e, como tal, *não-auto-aplicável*, por não estipular o período de gozo. Contudo, a própria Constituição dispõe, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que "até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias" (ADCT, art. 10, § 1º). Em situações assim, a regulação do direito subjetivo acaba ganhando, no jogo concertado das duas normas, plena autonomia constitucional.

8.3.3. Normas programáticas e fins sociais fundamentais

De larga difusão, uma terceira ordem de pensamento associa *direitos sociais* e *normas programáticas*. Segundo essa orientação, as disposições constitucionais que, nas declarações *jusfundamentais*, fazem referência aos *direitos sociais* limitam-se a prescrever *programas de ação estatal visando à realização futura e gradual de fins sociais*. Elas não estabelecem o que, exata ou aproximadamente, em matéria de *trabalho, saúde, educação, assistência* ou *previdência*, toca aos indivíduos em face do poder público; antes sinalizam, para a legislação e para a administração, um caminho a seguir, ordenando a adoção de possíveis medidas destinadas a dar respostas às necessidades humanas em cada área, sobretudo em benefício da população pobre, segundo certas diretrizes, juízos de possibilidade e escolhas discricionárias. Daí não servirem de base à atribuição de verdadeiros direitos subjetivos.

São vários os teóricos que, na essência, compartilham essa maneira de ver. BURDEAU, por exemplo, comentando o conteúdo das declarações constitucionais de direitos, relaciona os *direitos sociais* a uma categoria normativa especial, a das *dispositions-programmes*, entendidas como prescrições que, determinando a finalidade da instituição estatal, fixam um programa ao legislador²⁸⁹. Outro autor francês, JEENNEAU²⁹⁰, considera os *direitos sociais* como assinalações de um objetivo aos poderes públicos (*un objectif aux pouvoirs publics*). À sua vez, MARSHALL, também em referência aos *direitos sociais* (ou, no inglês original, "social liberties", ou ainda, em termos equivalentes, "economic protections"), a eles se reporta como princípios de orientação da política estatal (*principles of state policy*)²⁹¹. Comum, em qualquer caso, é a conclusão

²⁸⁹ BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 63.

²⁹⁰ JEENNEAU, Benoît. *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 90.

²⁹¹ MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional theory*, p. 129, 133, 134.

de que as normas de *direitos sociais* não alicerçam pretensões juridicamente coercíveis.

Essa doutrina não pode ser aceita sem reservas. Nos termos em que está colocada, ela propõe pelo menos duas generalizações falsas: a primeira, de que existe uma relação necessária entre *normas programáticas* e *direitos sociais*; a segunda, de que não é possível reconhecer *direitos subjetivos* em *normas programáticas*. A verdade não vai tão longe. Sem fazer tábula rasa, o certo é dizer: 1) que existem, inegavelmente, muitas situações de referência a *direitos sociais* por meio de *normas programáticas* nos textos constitucionais, mas nem toda norma relativa a um direito social é ou tem de ser de tipo programático; 2) que as *normas programáticas*, em regra, não são aptas a conferir *direitos subjetivos de prestações em sentido próprio* contra a administração pública, mas não excluem, de modo algum, outras categorias de situações jurídicas subjetivas encontráveis no amplo universo dos direitos.

Cumprir discorrer a respeito com mais vagar. Como *normas constitucionais programáticas* são entendidas aquelas que, relativamente à ordem social e econômica, demarcam *fins* da organização estatal em atenção aos correspondentes *interesses* que a comunidade elege como razoavelmente fundados e sobretudo importantes. Seu conteúdo compreende, pois, o traçado de uma *direção teleológica interessada*, representada pela fixação de *fins* em respeito a *interesses* da sociedade valorados em sua justiça e relevância. Na condição de cláusulas impositivas de *fins a perseguir* em favor de *interesses a satisfazer*, elas constituem, então, disposições orientadas predominantemente para o futuro. São como projeções de pontos luminosos situados no horizonte do pacto constitucional, que apelam à oportuna intervenção estatal através de decisões e escolhas consentâneas com a persecução dos objetivos constitucionais. Por isso que seus destinatários são, normalmente, os

legisladores e os administradores, a quem compete formular, no exercício de representação da soberania popular, o juízo acerca do que é possível e do que é *apropriado* fazer na jornada em direção aos *fins*.

No catálogo dos *direitos sociais* da Constituição do Brasil de 1988, há, sem dúvida, normas dessa natureza. Caso evidente se encontra naquela disposição que determina a "proteção [do trabalhador] em face da automação, na forma da lei" (CRFB-88, art. 7º, inc. XXVII). Segundo acreditado magistério, "a programaticidade da norma é clara", porquanto "a lei é que tem que procurar a forma de proteção" ²⁹². Trata-se, de fato, da declaração constitucional de um *fim a perseguir e de um interesse a satisfazer*, quais sejam, a proteção de uma classe dependente contra os riscos de desvalorização da força de trabalho pela tecnologia, mas ficando em aberto, porque transferida para o domínio das deliberações políticas ordinárias, a instituição dos mecanismos concretos que porventura se mostrem viáveis e adequados à defesa da massa assalariada. A dimensão prospectiva do comando constitucional é, assim, realmente evidente. Entretanto, muitas outras disposições há que não se deixam subsumir nesse feitio de mandamento informador de um destino querido.

É o que acontece com a maior parte das normas sociais de regulação das relações de trabalho. Um exemplo simples: aquela que proíbe o trabalho infantil (CRFB-88, art. 7º, inc. XXXIII). Aqui, a Constituição não se contenta em ordenar ao legislador, para a posteridade, a proteção do menor contra exigências possivelmente excessivas ou incompatíveis com a sua peculiar condição. Decerto, este é um propósito que está normativamente dado como antecedente lógico, mas, para além dele, o que se percebe é a clara antecipação do constituinte, que desde logo valora, entre tantas alternativas imagináveis, o veto total à

²⁹² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 148.

atividade laboral como o único modo acertado de amparo ou tutela jurídica. Uma norma assim não é, portanto, *programática*, *finalística* ou *prospectiva*: sua função não consiste em dar uma meta a alcançar no devir do tempo constitucional, mas em promover já a realização do fim pressuposto, numa prova irrefutável de que a conexão dogmática entre *direitos sociais* e *normas programáticas* não é mais do que apenas contingente.

Assim, dando por assentado que, vez por outra, embora nem sempre ou necessariamente, um ou mais *direitos sociais* são referidos, positivamente, através de *normas programáticas*, é importante agora aprofundar a discussão para examinar a afirmação de que ao estabelecimento de simples *programas sociais* não correspondem *verdadeiros direitos subjetivos*. Trata-se de uma meia verdade. Uma *norma programática* não costuma conferir direitos sob a forma de créditos contra a administração pública num sentido estrito, ou seja, nos moldes objetivos cuja ocorrência é mais comum nas relações obrigacionais regidas pelo direito privado, envolvendo normalmente de prestações puramente materiais, tais como a entrega de coisas ou a execução de serviços²⁹³.

De fato, a mera consagração em uma declaração de direitos da *erradicação da pobreza*, do *combate à fome* ou da *proteção da saúde* como fins sociais da organização estatal, desacompanhada de uma imposição categórica, não tem como fundamentar, em favor dos indivíduos, o poder de regularmente exigir à administração pública, a título gratuito, o pagamento mensal de uma renda mínima, a oferta permanente de uma cesta básica de alimentos ou o fornecimento de remédios para o tratamento de enfermidades. É que, como visto, é da natureza das normas dessa espécie transferirem o juízo sobre a

²⁹³ Isto é, não confere, em regra, *direitos de prestação em sentido próprio*, conforme a definição anteriormente apresentada no Capítulo 7.

adequação dos *meios* aos *fins* para as instâncias políticas decorrentes, sobretudo ao poder legislativo, a quem competirá decidir, à falta de uma decisão constitucional prévia, qual será o tipo e o grau de intervenção pública possível e cabível no quadro das circunstâncias existentes. Nesse caso, a atribuição, no nível infraconstitucional, de créditos em dinheiros, coisas ou serviços gratuitos é sempre uma das alternativas a considerar, mas não a única, e bem pode acontecer que seja descartada ou preterida por outras soluções.

Até porque, é importante notar, as *normas programáticas*, constituindo parcelas menores do postulado genérico do Estado Social, trazem implícitas, em sua deliberada fluidez, reticência ou abertura, duas mensagens do poder constituinte originário: a primeira, de que o Estado Social não é algo que se possa tornar efetivo com uma centena de palavras agradáveis e frases de efeito, nem com a distribuição por meio delas, no nível puramente formal, de toda e qualquer espécie de créditos contra a administração, independentemente de uma real capacidade de oferta ²⁹⁴; a segunda, de que o Estado Social, inconfundível com o Estado Socialista, não supõe necessariamente um sistema público de encargos assistenciais absolutos, que dispense o indivíduo da responsabilidade para consigo mesmo e as organizações privadas de emprestarem o seu concurso ao projeto de construção progressiva do difícil equilíbrio social.

Essa leitura tem curso respeitável em doutrina. No direito constitucional germânico, sabidamente programático no tratamento da

²⁹⁴ A propósito, BENDA escreveu: "Os limites da capacidade financeira têm relevância constitucional. [...] Cada medida a serviço da segurança social é paga de uma ou outra forma pelos cidadãos. Isso é algo evidente, porém que continuamente se olvida. Inclusive a gratuidade de certos serviços há de ser financiada mediante impostos ou de qualquer outra forma. Daí que a sociedade industrial, que tem como base o Estado Social, só possa ser uma sociedade de alto rendimento. A mera atrofia do princípio do rendimento levaria à quebra do Estado Social. O polêmico lamento de que o Estado Social dependa de uma economia privada geradora de prosperidade aponta a uma grande verdade" (BENDA, Ernest. *El estado social del derecho*, p. 552. A tradução, do espanhol para o português, é nossa).

questão social, a norma que declara a República Federal da Alemanha um Estado Social de Direito vem sendo considerada como uma prescrição de fins ou como um princípio dirigente ²⁹⁵ da ação estatal. Segundo o magistério de BENDA, "a Lei Fundamental não contém um programa de encargos concretos ao legislador; a Constituição confia aos responsáveis decidir politicamente segundo as condições e as necessidades sociais de cada momento como deve traduzir-se o postulado do Estado Social" ²⁹⁶. Daí a segura conclusão de HESSE²⁹⁷, coerente com a intenção finalística identificada na norma, de que a cláusula genérica do Estado Social "não fundamenta diretamente pretensões individuais", não ao menos "no sentido de direitos individuais à participação em prestações estatais".

Portanto, em presença de uma *norma de fim* que encomenda *programas de ação social* ao poder público, a atribuição de créditos relativos a prestações materiais depende em regra da outorga do órgão responsável pela tarefa de conformação da ordem social, que é em linha de princípio, salvo disposição expressa em contrário, o legislador, na sua condição de titular do poder de expressão da vontade política da nação. Em conseqüência, a eventual incorporação de tais créditos à esfera jurídica subjetiva tende a ocorrer sob a forma de *direitos legais* ou *derivados*, e não de *direitos constitucionais* ou *originários*. E é justamente por essa razão que em geral não se admite aos juízes nem a possibilidade nem a permissão de acolhimento de pretensões no estilo das mencionadas a partir de normas constitucionais simplesmente *progra-*

²⁹⁵ "Constituição dirigente" é expressão usada por CANOTILHO, em seu pensamento inicial, para designar "o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e se estatuem imposições". Para ele, "a constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção da constituição programática" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador* - Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, 1994, p. 224).

²⁹⁶ BENDA, Ernest. *El estado social del derecho*, p. 531.

²⁹⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 237.

máticas²⁹⁸.

Mas só até aí vai a inaptidão atributiva das *normas programáticas*. Para começar, em situações de extrema precariedade, sobretudo estando em jogo a sobrevivência de uma pessoa largada ao mais absoluto desamparo, o só postulado genérico do Estado Social constitui base suficiente para fundamentar um autêntico *direito de prestação em sentido próprio*²⁹⁹, sob a modalidade de um *direito subjetivo ao socorro estatal*, se bem que só na medida do que seja normalmente acessível a todos em condição análoga, de modo tal que não haja quebra do princípio da igualdade na repartição dos benefícios sociais. Com efeito, ao menos nessa hipótese, o campo de ação do poder público se estreita ao máximo, e a liberdade de decisão política desaparece por completo, porquanto entre uma intervenção salvadora e uma omissão inseqüente não existe alternativa concebível, salvo considerando juridicamente aceitável a escolha entre a observância de um dever e a prática de um crime³⁰⁰. Assim, no ponto em que nem o legislador poderia razoavelmente dispor de modo diverso, por *redução a*

²⁹⁸ Nesse sentido, leciona HESSE: “[...] pretensões individuais devem estar determinadas suficientemente e, por isso, tipicamente pressupõe uma concretização por lei, que não se deixa substituir por sentença judicial individual. [...] A ordem democrática da Lei Fundamental seria [...] decisivamente restringida e reduzida se à formação da vontade política, nos direitos fundamentais, estivessem dados não só objetivos e diretrizes constitucionais [...], mas uma multiplicidade de obrigações jurídico-constitucionais a serem cumpridas assim e não de outra forma, sobre cujo conteúdo, além disso, juízes politicamente não-responsáveis teriam de decidir. A regulação de pretensões materiais a prestações e das questões com ela unidas, do financiamento, pode ser somente tarefa do legislador; porque ela, pelo menos sob pontos de vista de prioridade e coordenação, nunca se deixa desprender de sua inserção em planificações mais amplas e sua execução, e ela não deve, sem sua repercussão sobre esta, ser valorada. Por conseguinte, direitos de ter parte [...] não se deixam fundamentar jurídico-constitucionalmente” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 237-238).

²⁹⁹ Sobre o conceito de *direitos de prestação em sentido próprio*, ver Capítulo 7.

³⁰⁰ Precisamente o crime de *omissão de socorro*, tipificado, entre nós, no artigo 135 do Código Penal brasileiro.

zero do espaço de conformação (HESSE³⁰¹), é reconhecível um conteúdo atributivo mínimo, que funciona como *válvula de segurança da ordem constitucional social* (ANDRADE³⁰²).

Por outro lado, as *normas programáticas* não deixam de conferir *direitos subjetivos* sob outras formas não conhecidas da tradição romana ou civilística. Essa verdade ficou encoberta enquanto preponderou um velho preconceito, que assimilava os programas sociais a um conjunto de enunciados sem força jurídica, ou seja, a meras exortações, conselhos ou apelos pueris endereçados aos governantes³⁰³. Contudo, desde quando se passou a dar para as *normas programáticas* a qualidade de imposições vinculantes, beneficiárias como quaisquer outras do princípio da supremacia, o rumo das idéias mudou. Hoje já se tem como certo que, enquanto formulam imperativos de persecução dos fins sociais assinalados, as *normas programáticas* produzem, quando menos, um efeito jurídico negativo bastante visível: elas proíbem a edição de leis e atos que se ponham em manifesta colisão com os desideratos constitucionais, exorbitando da razoável margem de discricção política consignada aos órgãos estatais encarregados de sua execução³⁰⁴. Assim,

³⁰¹ HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, p. 281.

³⁰² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, p. 300.

³⁰³ Com efeito, GROPPALI já chegou a sustentar o seguinte: "Não constituem normas jurídicas aquelas declarações de carácter não imperativo que se encontram freqüentemente nas Constituições e até nas leis [...] Mesmo na nossa Constituição encontramos consagrados no art. 4º o direito ao trabalho e no art. 32º o direito à saúde, mas trata-se da afirmação de princípios que poderão servir como directrizes para o futuro legislador, não de verdadeiros e autênticos direitos subjectivos que possam dar lugar a acções judiciais intentadas por desempregados ou doentes, enquanto o Estado, através de leis especiais, não assuma expressamente a obrigação de as tornar efetivas. Todas as normas, para serem jurídicas, têm de ser imperativas, e não nos podemos deixar enganar pela forma exterior e literal que revestem [...]" (GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao estudo do direito*, p. 47-48).

³⁰⁴ Em sentido aproximado, a lição de Pontes de MIRANDA: "Algo do que era político, partidário, programático, entrou no sistema jurídico; cerceou-se, com isso, a atividade

é inegável que, por detrás dessa vedação, esconde-se um direito subjetivo.

Trata-se, por assim dizer, do *direito à inviolabilidade da decisão constitucional sobre os fins sociais da organização estatal*. Explique-se melhor. Se as *normas programáticas* estabelecem *fins*, esses *fins* exprimem decisões do poder constituinte, e essas *decisões*, integradas ao patrimônio de cada um do povo, estão retiradas à livre disponibilidade dos poderes constituídos, que não as podem violar, atuando em direção oposta. Decerto, a autoridade derivada está legitimada, por delegação inerente à elasticidade contida no ideário normativo, a fazer as suas escolhas quanto ao modo, ênfase ou ritmo da ação social, consideradas as necessidades prementes, as limitações condicionantes, as prioridades estabelecidas e as valorações dominantes. Mas em nenhuma hipótese se admite um desvio aberrante, isto é, uma atuação positiva que, longe de apenas produzir resultados tímidos e paulatinos, pressuponha uma inversão de propósitos, como no caso de uma lei penal que, a pretexto de desestimular o ócio, tipificasse a caridade como crime, em detrimento do *objetivo fundamental* de construção de uma *sociedade solidária* (CRFB-88, art. 3º, inc. I). Não se duvida que situação assim dificilmente ocorreria, por absurda até para a imaginação, mas, acaso tentada, seria passível de uma correção judicial constitucionalmente fundada, seja através de *ação direta* (CRFB-88, art. 102, inc. I, alínea a), seja através de *habeas corpus* (CRFB-88, art. 5º, inc. LXVIII). Isso bem demonstra que das *normas programáticas* resulta um direito de não-lesão a respeito das *decisões sobre fins*, inclusive defensável perante o judiciário, que se não pode

dos legisladores futuros, que, no assunto programado, não poder ter outro programa" (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo I, p. 127). E também o magistério de Jorge MIRANDA: "Conquanto o seu sentido essencial seja sempre prescritivo, [...] elas possuem, complementarmente, um duplo sentido, proibitivo ou negativo – proíbem a emissão de normas legais confrárias e proíbem a prática de comportamentos que tendam a impedir a produção de actos por elas impostos" (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, 219-220).

formular o programa constitucional, pode, no entanto, impugnar o programa inconstitucional³⁰⁵.

Mas a *dimensão atributiva* das *normas programáticas* vai ainda além. É que, na condição de mandamentos de persecução de *fins sociais* cujo destinatário é principalmente o legislador, elas tendem a aparecer atreladas a autênticas *imposições legiferantes*, que veiculam determinações constitucionais de estabelecimento de normas legais destinadas à efetivação do programa dado à função estatal, às vezes até com determinação de prazo de cumprimento. A Constituição do Brasil de 1988, como vimos, tendo situado em sua parte *permanente* a proteção do consumidor entre os princípios da ordem econômica (art. 170, inc. V), incumbindo ao Estado a tarefa de promovê-la “nos termos da lei” (art. 5º, inc. XXXII), chegou a ponto de dispor, em suas Disposições Transitórias, que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor” (ADCT, art. 48). Parece indiscutível que, diante de um quadro normativo como este, conjugado à previsão da *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (CRFB-88, art. 103, § 2º), só um ceticismo cego poderia argumentar contra as evidências de que, ao dever de legislar em nome do fim colimado, corresponde um perfeito direito subjetivo de *prestação*, cujo objeto consiste na prática da *ação jurídica ou normativa* imposta.

Em resumo conclusivo, parece justificado afirmar que as *normas programáticas*, enquanto fixam *fins sociais* da ordem política, não deixam de ser, também elas, numa certa medida, *normas atributivas de direitos subjetivos*, muito embora, ao menos em regra, sob roupagem

³⁰⁵ Daí a afirmação de que “se não se tem o direito subjetivo no seu aspecto positivo, como poder de exigir uma prestação fundada numa norma constitucional programática, surge ele, porém, em seu aspecto negativo, como possibilidade de exigir do poder público que não pratique atos que a contravenham” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 177).

diferenciada daquela dos modelos clássicos. E, por outro lado, é ainda seguro sustentar que, no vasto campo de confinamento dos *direitos sociais*, nem sempre estaremos em presença de uma *norma programática*, porque muitas outras podem existir impondo obrigações de dar ou fazer em sentido puramente fático ou material, no melhor estilo da tradição do direito civil. Saber do que em cada caso se trata é uma questão de interpretação.

CONCLUSÕES

Situados normalmente no pórtico das Constituições, os direitos fundamentais constituem um conjunto de institutos de relevo ímpar no interior dos ordenamentos jurídicos da contemporaneidade. Com efeito, sendo a Constituição a primeira de todas as leis em ordem lógica e voltando a sua atenção inicialmente para a consagração dos direitos fundamentais, nenhuma dvida pode haver quanto à invulgar proeminência da matéria. Em princípio, basta que se considere a posição das regulações jusfundamentais na topografia constitucional para que se as perceba desde logo como as bases mais profundas da organização da vida comunitária. Existem, contudo, muitas abordagens possíveis para o tema dos direitos fundamentais, e vários são os domínios científicos em que é possível dar-lhes desenvolvimento. Segundo os limites descritos na Introdução, a preocupação desta Tese consistia em apresentar um quadro de conceitos, funções e tipos a respeito dos direitos fundamentais genericamente considerados, na perspectiva predominante do ordenamento constitucional brasileiro. Em especial, eram duas as pretensões básicas: 1) estipular um conceito de validade universal para os direitos fundamentais em geral, evidenciando a sua influência para a moderna concepção de Estado de Direito e aplicando-o particularmente à Constituição Brasileira; 2) dividir os direitos fundamentais assim caracterizados em dois ou mais subconjuntos menores, segundo traços de diferença resultantes da formulação constitucional positiva e determinantes de importantes conseqüências. Do conjunto da exposição antecedente, que resultou da investigação realizada, podemos agora alinhar, em conclusões, as respostas que foram dadas às questões propostas, acompanhadas de outras considerações julgadas pertinentes.

1. No idioma português, direito é uma palavra polissêmica, admitindo várias significações de acordo com o contexto em

que é empregada. Apesar da multiplicidade das variações, duas entre todas as possíveis associações semânticas da palavra direito são certamente dominantes: de um lado, a que remete à representação de uma ou mais normas destinadas à regulação da conduta humana; de outro, a que exprime a idéia de algo que é de uma pessoa. Entre nós, tradicionalmente, chama-se de direito objetivo ao direito entendido como elemento normativo e de direito subjetivo ao direito considerado como atributo pessoal, prestando-se a adjetivação para diferenciar esses dois principais sentidos conferidos ao mesmo nome.

2. Considerando o uso lingüístico corrente, no conjunto da locução direitos fundamentais, o primeiro termo – direitos – vem empregado em sentido subjetivo, porquanto certamente indicando algo pertencente a um sujeito. Desse modo, tomada em seu todo, a expressão pretende designar um universo de direitos subjetivos marcados por uma qualidade especial, qual seja, a fundamentalidade. Assim, a idéia da qual se tem de partir é a de que os direitos fundamentais constituem um grupo ou uma classe de menor extensão contida no gênero maior dos direitos subjetivos; no qual se incluem também os direitos não-fundamentais, diferenciando-se uns e outros enquanto subjetivos fundamentais e subjetivos não-fundamentais, mas igualando-se entre si por um mínimo de notas comuns.
3. A estipulação de um conceito verdadeiramente representativo para a categoria direitos fundamentais supõe então uma operação de raciocínio desdobrada em dois momentos. Primeiro, há que estabelecer um conceito para a categoria dos direitos subjetivos, ilustrativa dos direitos em geral; depois, fixar um conceito para o adjetivo fundamental, de modo a apontar a

nota de discordância que explica a divisão dos direitos em geral em subjetivos fundamentais e subjetivos não-fundamentais. Trata-se, portanto, de buscar a elaboração de um conceito para direitos fundamentais que identifique tanto as propriedades tidas em comum com todos os direitos, como as propriedades exclusivas que, denotando-lhes a especificidade, justificam o seu agrupamento à parte como fundamentais.

4. Evidente que, uma vez constituindo a linguagem um conjunto de símbolos convencionais, o conceito de direito subjetivo se revela variável, dependendo do significado em cada caso proposto para a categoria pelo pesquisador ou expositor. Na perspectiva em que o debate ficou particularmente situado ao longo deste estudo, a intenção declarada foi a de propor um conceito que, conquanto destinado a fixar balizas claras para atendimento das necessidades do discurso, procurasse também revelar o que se quer normalmente expressar, em linguagem técnica, quando se diz que uma pessoa tem um direito, sem deixar de levar em conta o conjunto das concepções teóricas mais influentes e difundidas na história do pensamento jurídico a respeito do assunto.

5. A propósito, cabe sublinhar agora que, no discurso cotidiano, a palavra direito, no sentido subjetivo, é muitas vezes usada para indicar situações bastante distintas, ora designando prerrogativas efetivamente protegidas, ora expectativas sem satisfação garantida ou meras exigências de ordem moral. Todavia, quando se indaga quanto ao sentido da palavra direito isoladamente considerada no conjunto da expressão direitos fundamentais, o princípio da máxima efetividade que rege a interpretação constitucional aponta na direção de um conceito que possa

melhor atender aos desígnios de realização prática das prerrogativas humanas. Um conceito de direito subjetivo dotado de semelhante virtude é aquele que, correspondendo a uma persistente tradição, repousa sobre a idéia nuclear de garantia pela força, ao redor da qual se encaixam as noções de coatividade, acionabilidade ou justiciabilidade. Sem dúvida, é nas pegadas dessa tradição, ao eleger a possibilidade de fazer-se valer como um dos traços mais típicos e próprios das determinações jurídicas, que se pode localizar um conceito de direito subjetivo em seu sentido mais forte, conforme ao ideal de otimização dos direitos fundamentais.

6. O conceito de direito subjetivo que apresentamos compreende cinco idéias parciais, que podem ser referidas pelas seguintes proposições indicativas: atribuição de um bem a alguém; prerrogativa de disposição ou aproveitamento; correlação com um dever; possibilidade de emprego da coação em caso de violação e; fundamento em norma jurídica positiva. A idéia nuclear é a primeira: a palavra direito, empregada em sentido subjetivo, indica sempre uma relação de atribuição entre um bem e alguém. Bem é o objeto do direito e, como tal, constitui um meio de satisfação de interesses. Entendido em sentido amplo, pode consistir, entre outros, numa coisa material (propriedade plena ou limitada), num poder de exigir (crédito) e numa esfera de autonomia (liberdade) ou de imunidade (integridade física). Alguém é o sujeito do direito, e não tem de ser necessariamente concebido como um indivíduo isolado.
7. Realmente, considerado como relação de atribuição entre um bem e alguém, o direito subjetivo não é sinônimo de direito individual, no sentido estrito de titularizado por uma só pessoa e

incidente sobre um objeto que nenhuma outra possui em igual ou concomitantemente. Em sua significação mínima obrigatória, de nenhum modo o conceito pretende sugerir ou autoriza pressupor que o objeto do direito tenha de ser heterogêneo (no sentido de que outras pessoas não tenham nada exatamente idêntico) ou exclusivo (no sentido de que outras pessoas dele não fruam conjuntamente), menos ainda que o sujeito haja de ser sempre um ente individual, quer uma pessoa física, quer uma pessoa jurídica. Os chamados direitos transindividuais (vale dizer, individuais homogêneos, coletivos e difusos) também cabem perfeitamente na noção de relação atributiva.

8. A concepção dos direitos subjetivos como relações de atribuição logicamente implica: que o titular esteja autorizado a fazer uso, dentro de certos limites, do bem que lhe foi reservado, de modo a que possa experimentar a vantagem prática que se pretendeu assegurar (prerrogativa de disposição ou aproveitamento); que à reserva do bem a um determinado sujeito corresponda sempre um dever de respeito por parte de outras pessoas, que por vezes constitui em si mesmo o próprio objeto do direito (correlação com um dever); que se reconheça ao interessado a possibilidade jurídica de tentar fazer valer a atribuição nos casos de violação ou ameaça através de meios coativos, pois atribuir sem tornar defensável é o mesmo que não atribuir o que quer que seja (possibilidade de emprego da coação ou coatividade).
9. Como relações de atribuição, os direitos subjetivos são, em regra, efeitos jurídicos previstos em normas jurídicas legisladas que, elevando-se como critério objetivo de solução das disputas de opinião entre os homens quanto aos interesses dignos de proteção, adjudicam o objeto ao sujeito. Todavia, é condição de

vinculatividade das decisões normativas do poder constituinte originário que elas sejam tomadas com respeito ao princípio da legitimidade democrática, compreendendo, pois, a real participação dos governados na formação da vontade oficial, de modo tal que a idéia de justiça historicamente enraizada no mundo de cultura que precede à Constituição não resulte gravemente ofendida por um mero poder de fato, insensível a valores. É ainda essencial à idoneidade do direito positivo que as decisões emanadas do poder constituinte derivado e do poder legislativo ordinário observem fielmente os requisitos de vigência e validade que se antepõem como limites formais e materiais para toda a criação jurídica de nível subalterno.

10. Sob tais ressalvas, e considerando a estrutura lógica dos enunciados normativos de origem legislativa em seu padrão mais comum, quer explícitos (ou postos) quer implícitos (ou pressupostos), os direitos subjetivos revelam-se como a consequência jurídica de um fato enquadrável no âmbito de uma previsão hipotética, na conformidade da compreensão do conteúdo de sentido resultante do processo de interpretação, que envolve normalmente genuína atividade de concretização, e não meramente de subsunção, em função das constantes imprecisões da linguagem normativa do direito. Mas, além disso, o reconhecimento de um direito subjetivo não referível a uma regra ou princípio anteriormente fixados pode acontecer também pela via da autônoma construção jurisprudencial, ou seja, através de uma norma jurídica positiva individual.
11. Reunidas, assim, todas as noções antecedentes em uma oração sintética, após a apreciação em separado de cada uma delas, o direito em sentido subjetivo restou então definido como a prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e

correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor como dono, dentro de certos limites, de um bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva. Tanto equivale a dizer que, para nós, somente as situações jurídicas que possam ser assim caracterizadas cabem com propriedade no âmbito semântico da palavra direito em sentido subjetivo.

12. Assim definidos, os direitos subjetivos comportam divisão em fundamentais e não-fundamentais. A doutrina corrente costuma relacionar o traço de diferença com o princípio da supremacia constitucional. Diz-se então que, uma vez estando reconhecidos num plano normativo superior, os direitos fundamentais se caracterizam como conteúdos substantivos indisponíveis ao legislador ordinário. Além disso, sustenta-se que alguns deles são reformáveis em sede de emenda constitucional com observância de um procedimento agravado; outros, contudo, são irrevogáveis. A posição é discutível. Em primeiro lugar, a localização da nota de fundamentalidade somente na imunidade em face do legislador ordinário e na exigência de um procedimento agravado de reforma conduz à identificação total entre direitos fundamentais e direitos constitucionais. Nesse sentido, qualquer direito subjetivo de dimensão constitucional seria fundamental, ainda que não estivesse compreendido no catálogo *jusfundamental* nem fosse implicitamente reconhecível como tal. Em segundo lugar, a simples idéia de ser admissível uma proposta de emenda que possa anular uma posição de direito proclamada como fundamental é em si mesma contraditória, porquanto obviamente pressupõe a possível existência de direitos fundamentais não-fundamentais, enquanto em tese revogáveis.

13. Por isso, a imunidade em face do poder legislativo ordinário e a previsão de um procedimento agravado como limite formal às

emendas constitucionais não se prestam para caracterizar adequadamente a fundamentalidade, permitindo somente extremar direitos subjetivos constitucionais e direitos subjetivos infraconstitucionais, mas sem apontar entre eles uma diferença realmente decisiva. É que, de um modo ou de outro, todos os direitos subjetivos, ditos fundamentais ou não, seriam igualmente disponíveis ao poder legislativo constituído: os constitucionais, em sede de emenda; os não-constitucionais, por meio de lei. Daí porque a nota de fundamentalidade tem de ser buscada em outro ponto.

14. Nesse caso, é claramente perceptível que quando a Constituição inclui não todos, mas apenas alguns direitos subjetivos no rol dos conteúdos normativos declarados insuscetíveis de abolição, aí sim ela separa os direitos previstos no ordenamento jurídico positivo em dois segmentos radicalmente diversos, o daqueles que estão protegidos por uma cláusula de rigidez absoluta (ou pétrea) e o daqueles que não estão. Com isso, por óbvio, ela dota os primeiros de uma qualidade própria, que aos restantes falta: a imunidade em face do poder constituinte derivado. Agora, a disparidade introduzida é profunda, implicando o reconhecimento de que, no imenso universo dos direitos, uns têm valor superior aos outros, sendo tão essenciais ao homem e à comunidade que a hipótese de sua supressão é declarada por antecipação como totalmente fora de discussão. Eis aí, então, o sinal distintivo da fundamentalidade: a intangibilidade normativa.

15. Com efeito, intangibilidade e fundamentalidade estão, uma para a outra, numa relação determinante, de modo tal que somente são qualificáveis como verdadeiramente fundamentais

aqueles direitos subjetivos imunizados contra o constituinte reformador por obra de uma cláusula pétrea. Assim ocorre porque, no Estado Constitucional de Direito, é precisamente a anexação de uma cláusula pétrea a um dado direito subjetivo o que melhor certifica a sua fundamentalidade. De fato, ao declará-lo intocável e pondo-o a salvo inclusive de ocasionais maiorias parlamentares, o poder constituinte originário o reconhece como um bem sem o qual não é possível viver em hipótese alguma. Por isso que, objetivamente, fundamental é, em última instância, pétreo.

16. Em função da sua condição privilegiada, os direitos fundamentais constituem, ao lado do princípio da separação dos poderes, elementos decisivos da distinção entre o Estado Absoluto e o Estado Limitado, este considerado tanto em sua feição de Estado Liberal como de Estado Social. Cumprem, pois, um papel de estruturação do sistema político segundo uma lógica específica, a da restrição substantiva do poder, sobretudo em relação à função legislativa, e em todos os seus níveis. Um Estado de direitos fundamentais é, em conseqüência, um Estado Material de Direito, vale dizer, em que a produção jurídica não se encontra condicionada apenas à observância de regras de competência e procedimento, mas também ao respeito de conteúdos de regulação preestabelecidos, ainda que variáveis segundo as decisões de cada ordem constitucional.

17. Sendo assim, os direitos fundamentais definem-se simplesmente como direitos subjetivos pétreos. Portanto, suas propriedades genéricas são: relação de atribuição entre um bem e alguém, prerrogativa de disposição ou aproveitamento, correlação com um dever, coatividade e positividade. Sua singularidade consiste

basicamente no caráter essencial para o homem e para a Sociedade, determinável segundo o critério objetivo da rigidez constitucional absoluta. Desta feita, para nós, somente as situações jurídicas que possam ser assim caracterizadas cabem com propriedade no âmbito semântico da locução direitos fundamentais.

18. Formulado nestes termos, o conceito para a categoria dos direitos fundamentais é aplicável a qualquer ordenamento concreto e, como tal, pertence ao domínio da teoria jurídica geral. Tanto aqui como ali existirão ou não tais e quais direitos fundamentais conforme existam ou não tais e quais situações que correspondam às características idealmente convencionadas. Tal não significa recusar relevância a outros fenômenos (expectativas, exigências, interesses, valores, crenças, etc.), mas apenas negar-lhes a condição de direitos fundamentais enquanto não reproduzirem as notas do respectivo conceito. Também não significa se deixar seduzir por um positivismo justificador de um direito com origem na força bruta, mas por um positivismo de fundamento democrático, que responsabiliza os homens pelas decisões que tomam no momento constituinte, assim dirigindo por consenso social o curso de seu próprio destino histórico.

19. Segue-se daí que, considerando a ordem jurídica nacional, verdadeiros direitos fundamentais (enquanto direitos subjetivos péticos) serão somente aqueles que: a) configurarem relações de atribuição entre bens e pessoas geradas segundo normas jurídicas positivas, nessa medida incorporando todas as propriedades logicamente implicadas nesta idéia: prerrogativa de aproveitamento, correlação com um dever e possibilidade de reação coativa; b) e, além disso, estiverem ao abrigo da cláusula

de rigidez absoluta prevista no artigo 60, § 4º, da Constituição do Brasil de 1988, que declara inadmissível a proposta de emenda constitucional tendente a abolir "direitos e garantias individuais".

20. A conclusão quanto ao grau de abrangência da cláusula de rigidez absoluta prevista no artigo 60, § 4º, da Constituição, depende de interpretação. Segundo acreditamos, todas as posições subjetivas asseguradas no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) estão abrangidas, o que inclui os direitos implícitos, na forma do § 2º do artigo 5º, entre os quais se contam sobretudo aqueles relativos ao exercício do poder de polícia estatal para fins de proteção dos indivíduos entre si, de modo a prevenir ou reprimir lesões nas relações intersubjetivas a outros bens jurídicos fundamentais (tratados no Capítulo 7 da Tese), bem como os direitos cuja especificação foi transferida para fora do catálogo propriamente dito, com destaque para os direitos sociais (tratados no Capítulo 8).

21. O catálogo jusfundamental da Constituição Brasileira é, portanto, bastante extenso. O modo, contudo, como cada direito fundamental se amolda ao conceito de direito subjetivo é variável em função da existência de distintos padrões de normatização. Significa dizer que nem todos os direitos fundamentais são direitos subjetivos em um sentido exatamente idêntico. De um caso a outro, são perceptíveis claras diferenças na formulação constitucional positiva, das quais resultam importantes conseqüências para a consideração dogmática. Como tais diferenças, contudo, não são isoladas, mas se repetem de maneira seriada, é possível descrevê-las através da ilustração de alguns poucos tipos jusfundamentais, partindo de uma taxionomia que estabeleça subdivisões relevantes.

22. Em sua relação com o conceito de direitos subjetivos, os direitos fundamentais devem ser agrupados, em primeiro lugar, tendo em vista o nível de cognição, subdividindo-se, nesse caso, em auto-suficientes e coalescentes. Trata-se de tábua de classificação que, para ser bem compreendida, supõe o conhecimento dos modos como se encontram normalmente apresentados os enunciados normativos jusfundamentais, ou seja, quase sempre através de frases breves e fórmulas lapidares. Releva destacar que, intimamente ligados à concisão da linguagem jusfundamental, dois importantes fenômenos são então ordinariamente constatáveis: a vagueza semântica e/ou a insuficiência de regulação das normas respectivas. No primeiro caso (vagueza semântica), as normas de direitos fundamentais aparecem envoltas em vastas zonas de penumbra, na qual se situam fatos e/ou efeitos específicos que não se tem como certo, de antemão, se estão incluídos ou excluídos do campo aberto de significação do seu enunciado. No segundo caso (insuficiência de regulação), elas soam irremediavelmente vazias, por não constar a indicação da grandeza numérica de um objeto que, no contexto, têm de ser demarcado quantitativamente.

23. Por isso, é acertado afirmar que as normas jusfundamentais constituem pautas carecidas de preenchimento, demandando quase invariavelmente providências de determinação, assim entendidas todas as operações compreendidas nos distintos processos através dos quais elas podem ganhar a certeza de sentido de que originariamente se ressentem. São diversos, contudo, conforme o caso, os modos de solução dos problemas de indeterminação de sentido das normas de direitos fundamentais. A vagueza tem de ser resolvida através de concretização, assim entendida a decisão pela inclusão ou

exclusão de um fato ou de um efeito específicos no campo de significação das palavras utilizadas; a insuficiência, através de arbitramento, que consiste na decisão de estabelecimento da grandeza numérica de um dado objeto obrigatoriamente quantificável.

24.No plano das decisões de poder, quando o problema é de vagueza, existem duas possibilidades de determinação do conteúdo de sentido dos direitos fundamentais: por concretização judicial direta e com prévia mediação legislativa. Na determinação por concretização judicial direta, são os juízes e tribunais, especialmente os superiores, tanto na resolução de casos singulares como no exercício do controle de constitucionalidade, que vão pouco a pouco configurando o sentido normativo dos enunciados, diretamente a partir dos dados fornecidos pela Constituição. Na determinação com prévia mediação legislativa, a zona de penumbra original do sentido normativo é, primeiro, reduzida pela interposição ulterior de preceitos legais integradores, de modo tal que, da *interpositio legislatoris*, forma-se um quadro de significação mais compacto, que resulta como uma só regulação a partir da fusão entre lei constitucional e lei infraconstitucional. Nessa hipótese, a atividade de concretização judicial, na eventualidade de um conflito real que demande solução jurisdicional quanto ao sentido normativo do enunciado jusfundamental em causa, passa então a operar a partir desta base de coalizão jurídica.

25.Todavia, é preciso advertir que a concretização judicial nem sempre está juridicamente autorizada desde logo. É o que ocorre quando a norma jusfundamental contém um reserva expressa de mediação legislativa com escopo complementar, ou seja,

quando exige complementação por norma legal. Aí, o texto constitucional se confessa a si mesmo incompleto para, autonomamente, servir de base à regulação do vínculo intersubjetivo à que se refere. A tanto equivale declarar que o enunciado normativo relativo ao direito fundamental que se tem em vista assegurar não está, ainda, totalmente composto, uma vez que a Constituição apenas iniciou a regulação de uma situação de direito subjetivo. Por isso que, em casos tais, o sentido da atribuição constitucional só tende a adquirir compreensibilidade a partir da consideração conjugada da norma superior que lhe assinala os primeiros contornos com a norma inferior que lhe dá os acabamentos.

26. Por sua vez, nos casos de insuficiência de regulação, a ausência de quantificação objetiva requer, em princípio, superação por arbitramento legislativo, e não por arbitramento judicial. Efetivamente, não parece razoável supor que a Constituição, ao deixar *in albis*, por hipótese, o valor de um crédito ou benefício social, tenha pretendido transferir a definição ao poder judiciário. Ao silenciar, é certo que a Constituição o fez em favor do legislador, vale dizer, de uma decisão emanada da autoridade politicamente responsável, a ser tomada num quadro de discussões sociais e planificações econômicas mais amplas, segundo juízos de possibilidade, necessidade e conveniência normalmente incompatíveis com os limites estreitos de um processo judicial. Por isso que, nesses casos, ainda que falte a previsão de uma reserva expressa de arbitramento legislativo, há que admitir a existência de uma reserva implícita.

27. Daí a distinção das normas jusfundamentais em auto-suficientes e coalescentes. Sem embargo, auto-suficientes são aquelas que,

comportando pronta adjudicação de sentido pela via direta da concretização judicial, reputam-se íntegras no nível da Constituição; são normas com autonomia constitucional. Por sua vez, coalescentes são aquelas que, reclamando interposição legislativa como condição de inteligibilidade, só se tornam inteiras no nível Constituição-Legislação; são normas sem autonomia constitucional. Por extensão, aos direitos fundamentais a que tais normas se referem podemos chamar de auto-suficientes e coalescentes.

28. Os direitos fundamentais auto-suficientes são, assim, direitos subjetivos com autonomia constitucional. Significa dizer que, embora enunciados por meio de frases curtas e conceitos vagos, constituem relações de atribuição entre bens e pessoas cujo conteúdo de sentido é desde logo determinável a partir da normatividade constitucional em si mesma, uma vez que aí encontram, imediatamente, a sua completa forma de expressão. Se, de ordinário, sempre existirão dúvidas quanto à amplitude do âmbito existencial protegido, ao leque das prerrogativas de aproveitamento, ao conteúdo exato do dever correlativo ou aos pressupostos normativos da titulação, é certo que, na ausência de reserva legal de mediação com escopo complementar ou de arbitramento, compete aos juízes e tribunais, independentemente de *interpositio legislatoris*, eliminar as áreas de indeterminação da norma no processo de sua concretização, impondo-as coativamente a quem quer que à sua realização se oponha.

29. A qualificação de um direito fundamental como auto-suficiente implica algumas importantes conseqüências. Em primeiro lugar, na sua concretização, o poder judiciário, sobretudo através do Supremo Tribunal Federal, desenvolve tarefa de natureza

eminentemente política, porquanto tem de pautar-se por critérios estranhos à metodologia da dogmática tradicional, entre os quais destaca-se, por exemplo, a prognose das conseqüências sociais e econômicas que das suas decisões advirão para os indivíduos e para a comunidade. Além disso, na determinação do conteúdo de sentido da relação atributiva, a autoridade judiciária legitimamente prevalece sobre a autoridade legislativa, no caso de ser dado à norma jufundamental um desenvolvimento legal que venha a ser considerado substancialmente inconstitucional, segundo a compreensão judicial.

30. Já os direitos fundamentais coalescentes são direitos subjetivos sem autonomia constitucional. Tanto quer dizer que a determinabilidade dos pressupostos de aquisição e/ou dos efeitos jurídicos específicos que produzem depende, em linha de princípio, da descrição de elementos adicionais através de uma lei interposta. Por essa razão, constituem relações de atribuição entre bens e pessoas cujo conteúdo de sentido há de resultar de uma regulação combinada, ou seja, da coalizão da disciplina constitucional e da disciplina infraconstitucional. Por isso, em regra, só encontram a sua acabada forma de expressão quando finalmente se consuma a interação entre a norma constitucional e a norma legal. Com efeito, eles iniciam na Constituição, mas só se completam na lei.

31. A condição de coalescência de um direito fundamental significa que a prioridade na tarefa de determinação do respectivo conteúdo de sentido foi reservada preferencialmente ao legislador, e não aos juízes, de modo que estes, quando provocados a dar-lhes aplicação na resolução de conflitos concretos, se não quiserem fraudar a ordem constitucional, têm de levar em conta

não só o preceito isolado de raiz constitucional, mas o complexo normativo que se formou com a interposição da norma legal, sob a autoridade da própria Constituição. E mais: no controle abstrato de constitucionalidade das leis editadas em complemento das normas jusfundamentais incompletas, há que preponderar um juízo de tipo procedimental, ou seja, relativo à observância das regras de forma que disciplinam a produção jurídica, e não um juízo de tipo substancial, orientado à tutela da idéia de justiça, segundo a compreensão judicial.

32.No entanto, é importante ressaltar que, em caso de lacuna normativa por inatividade do legislador, os direitos coalescentes são coativamente defensáveis através da ação de mandado de injunção, que justamente se presta a socorrer o titular de um direito fundamental constitucionalmente prefigurado, mas cuja realização esteja sendo de alguma forma obstada pela falta da norma de integração. Trata-se de ação que visa à obtenção de uma decisão judicial de eficácia *inter partes* destinada a dar solução imediata ao caso concreto, constituindo meio processual de solução judicial dos problemas de vagueza e insuficiência normativas que deveriam ter sido, e não foram, resolvidos por interposição legislativa.

33.Em sua relação com o conceito de direitos subjetivos, os direitos fundamentais devem ser agrupados, em segundo lugar, tendo em vista o dever correlativo, subdividindo-se, nesse caso, em de abstenção e de prestação. Direitos de abstenção ou de defesa são aqueles que exigem dos sujeitos passivos uma conduta negativa, compreendendo, por exemplo, o não-impedimento de ações autorizadas, a não-eliminação de competências ou poderes jurídicos, a não-invasão de âmbitos reservados ou a não-

agressão de propriedades biológicas do ser humano. Direitos de prestação são aqueles que impõem ao poder público uma conduta ativa, consistente em realizar em proveito do titular uma prestação de dar ou fazer. Podem ter por objeto uma ação material, como o pagamento de uma soma de dinheiro e a execução de um serviço médico, ou uma ação jurídica, como a expedição de uma norma legal e a interdição de atividades nocivas.

34. Cuida-se agora de classificação familiar à teoria dos direitos fundamentais. Contudo, do ponto de vista da consideração dogmática, seu verdadeiro interesse reside num ponto bastante específico, qual seja, na constatação da existência, dentro do conjunto dos direitos de prestação, dos direitos de prestação normativa (ou direitos a uma lei), cuja má compreensão pode levar a que sejam erroneamente confundidos com os direitos coalescentes.
35. Segundo sustentamos, os direitos de prestação normativa são a consequência jurídica de puras imposições legiferantes de dimensão jusfundamental, ou seja, de normas constitucionais cuja função básica consiste em ordenar ao legislador ordinário que, futuramente, implemente uma determinada legislação protetora de bens ou interesses considerados dignos de suprema consideração. Assim, o que há de mais característico na pura imposição legiferante é que o seu conteúdo de sentido compreende um mandado de regulação, e não um ato de regulação. Diante de uma situação da realidade social em que, a juízo do constituinte, é indispensável uma específica disciplina, a Constituição não traz *ab initio* uma solução de mérito, mas prescreve uma lei que a conceba. Portanto, os direitos de

prestação normativa são, no nível da Constituição, apenas direitos subjetivos contra o legislador ordinário. Têm, assim, natureza instrumental, cumprindo uma função de proteção mediata, precisamente porque seu objeto é a produção ulterior de normas legais cuja tarefa consiste justamente em estipular concretamente as salvaguardas julgadas cabíveis. Ao mesmo tempo, contudo, eles preordenam o estabelecimento, através da lei requerida, dos meios de proteção imediata dos interesses que se pretendia resguardar, entre os quais poder-se-ão contar outros direitos subjetivos, esses não normativos. Tais direitos serão fixados, no seu todo, meramente no nível legal e, por isso, são qualificáveis como direitos derivados.

36. Desse modo, os direitos de prestação normativa certamente não entram no grupo dos direitos coalescentes, muito embora em ambos os casos seja constatável a presença de uma norma que demanda a edição de legislação infraconstitucional. Acontece que, em face de disposições jufundamentais que exigem a edição de leis posteriores, é preciso discernir entre exigência constitucional de leis de complementação (âmbito próprio dos direitos coalescentes) e exigência constitucional de leis de implementação (âmbito próprio dos direitos de prestação normativa). Com efeito, algumas vezes, a Constituição requer uma norma legal cuja função é completar uma regulação material já iniciada; mas em outras, a Constituição pede uma norma legal cuja função é implementar uma regulação material nova. No primeiro caso, a norma constitucional contém uma reserva de mediação legislativa com escopo complementar ou de arbitramento legislativo, orientada à integração de um direito não normativo já prefigurado; no segundo, porém, praticamente esgota-se numa pura imposição legiferante, outorgando um

simples direito ao ato de edição da lei requerida, cujo sentido é constitucionalmente autônomo. Daí que os direitos de prestação normativa só sejam defensáveis através de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e não por mandado de injunção ou outros meios processuais comuns, inegavelmente mais fortes.

37. Decerto, é perfeitamente aceitável que os direitos de prestação normativa sejam classificados como direitos auto-suficientes no concernente ao nível de cognição. Porém, importa notar que, enquanto tais, eles apresentam uma nítida singularidade: não são, como as liberdades (pensamento, crença, opinião, etc.), produto de normas que decidem sobre direitos, mas de normas que decidem sobre normas que devem decidir sobre direitos. Daí comporem, realmente, uma figura ímpar no universo dos direitos fundamentais, não redutível aos esquemas exatos nem da auto-suficiência nem da coalescência, comportando por isso uma designação própria, que evidencie a sua flagrante especificidade, qual seja, segundo propomos, a de direitos remetentes. Com efeito, é aí que reside a sua mais íntima essência: eles são, no nível constitucional, direitos a atos de imposição de normas legais para a proteção de interesses fundamentais e que, na medida da sua função instrumental, remetem à criação de outros direitos ou meios de amparo no nível infraconstitucional.

38. Como direitos subjetivos, portanto, os direitos fundamentais subdividem-se essencialmente em auto-suficientes, coalescentes e remetentes, correspondendo a cada grupo de tipos um regime jurídico diferenciado, e sendo a distinção aplicável também aos direitos sociais, em que pese o preconceito de algumas

apreciações tenderem a lhes dar uma configuração pretensamente uniforme, além de, em geral, degradante da sua força jurídica, sob o rótulo das normas programáticas.

39. Finalmente, em função de todo o exposto, somos levados a acreditar que as teorias sobre as normas constitucionais que assentam sobre sistemas binários de classificação (tais como, eficácia plena/contida e eficácia limitada, alta densidade e baixa densidade ou auto-aplicáveis e não-auto-aplicáveis), são insuficientes para retratar a complexidade das variantes que ingressam no universo dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACKEL FILHO, Diomar. *Writs constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. 224 p.

AFIACIÓN, Enrique; OLANO, Fernando García; VILANOVA, José. *Introducción al derecho*. Tomo I. 5. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1956. 539 p.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

_____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

_____. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997. 208 p.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997. 607 p.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. 183 p.

ALVES, J. A. Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994. 190 p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. 350 p.

BARBI, Celso Agrícola. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. 447 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 320 p.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. 479 p.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982. 125 p.

BENDA, Ernest. El estado social del derecho. In: *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 487-559.

BEVILÁQUA, Clóvis. A filosofia jurídica na Itália: Giorgio Del Vecchio. In: Del Vecchio, Giorgio. *A justiça*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1960. 276 p.

_____. *Direito das obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1954. 352 p.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. 143 p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

_____. *Liberalismo e democracia*. 2. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1988. 100 p.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Polis; Brasília: UNB, 1989. 184 p.

_____. *Thomas Hobbes*. Trad. Carlos Nélon Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. 202 p.

_____. *Teoría general del derecho*. Trad. Eduardo Roza Acuña. Bogotá: Editorial Temis, 1987. 269 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 793 p.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 230 p.

_____. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 379 p.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça*. Florianópolis: Habitus Editora, 2001. 277 p.

BRASIL. *Código civil e legislação processual em vigor*. Organização, seleção e notas Theotônio Negrão com a colaboração de José Roberto Ferreira Gouvêa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 1312 p.

BRASIL. *Código de processo civil*. Obra coletiva de autoria da Editora

Saraiva com colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Luiz Eduardo Alves de Siqueira. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 1060 p.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Compilação de Armando Casimiro Costa, Irandy Ferrari, Melchíades Rodrigues Martins. 23. ed. São Paulo, LTr, 1998. 495 p.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 279 p.

BRASIL. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 5 out. 2001.

BRASIL. Lei Federal nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9265.htm>. Acesso em: 25 set. 2001.

BRASIL. Lei Federal nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/cvivil_03/Leis/L9656cosol.htm>. Acesso em: 5 out. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n.º 107-DF (Liminar – Questão de Ordem), DJ 21.09.90, p. 9782, rel. Min. Moreira Alves. RTJ 133/11, jul.1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n.º 168-RS, DJ 20.04.90, p. 3047, rel. Min. Sepúlveda Pertence. RTJ 131/492, fev.1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n.º 219-DF, DJ 19.05.95, p. 13989, rel. Min. Octavio Gallotti. RTJ 156/375, maio1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n.º 232-RJ, DJ 27.03.92, rel. Min. Moreira Alves. RTJ 137/965, set.1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n.º 283-DF, DJ 14.11.91, p. 16355, rel. Min. Sepúlveda Pertence. JSTF, LEX 158/98, fev.1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n.º 323-DF, DJ 09.12.94, p. 34080, rel. Min. Moreira Alves. RTJ 155/17, jan. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI n.º 384-RJ, DJ 22.04.94, p. 8925, rel. Min. Carlos Velloso. JSTF, LEX 188/134, ago.1994.

BRASIL. Tribunal Regional da 1ª Região. *A Constituição na visão dos*

tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo. Vol. 1. Brasília, Gabinete da Revista, São Paulo: Saraiva, 1997. 568 p.

BULOS, Uadi Lammêgo. Cláusulas pétreas. In: *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, n. 26, p. 42-44, fev. 1999.

BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957. 458 p.

_____. *Le libéralisme*. Paris: Éditions du Seuil, 1979. 306 p.

BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1954. 523 p.

CABRA, Marco Gerardo Monroy. *Introducción al derecho*. 2. ed. Bogotá: Temis, 1973. 437 p.

CADART, Jacques. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris: Economica, 1990. 659 p.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. *Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. 188 p.

CALMON, Pedro. *Curso de teoria geral do estado*. 6. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1964. 326 p.

CAMPOS, Carlos. *Sociologia e filosofia do direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Cardal, 1961. 420 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador - Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. 539 p.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. 1414 p.

CARLIN, Volnei Ivo. *Direito administrativo: doutrina, jurisprudência e direito comparado*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001. 316 p.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979. 175 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. 305 p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 270 p.

_____. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 484 p.

COLLEY, Thomas. *A treatise on the constitutional limitations*. Boston: Little, Brown, and Company, 1890. 885 p.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999. 421 p.

CORNU, Gérard. *Droit civil*. 5. ed. Paris: Montchrestien, 1991. 587 p.

CORPUS IURIS CIVILIS. Vol. I. *Institutiones*. Digesta. Alemanha: Weidmann, 1973. 957 p.

CORREAS, Óscar. *Teoría del derecho*. Barcelona: M. J. Bosch, 1995. 309 p.

COSTA Jr., Olímpio. *A relação jurídica obrigacional*. São Paulo: Saraiva, 1994. 64 p.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. v. 2, p. 585-1148.

CROSA, Emilio. *Diritto costituzionale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1955. 561 p.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e estado contemporâneo*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. 284 p.

DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Trad. Francisco Xavier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. 387 p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Os direitos fundamentais na Constituição brasileira. In: *Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí: Univali, n. 1, p. 19-32, jun. 1995.

DANTAS, Ivo. *Constituição Federal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. 412 p.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 556 p.

_____. *O direito inglês*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes,

1977. 120 p.

DEGNI, Francesco. *Studi sul diritto delle obbligazioni*. Grottaferrata: Seuola Tip. Italo-Orientale "S. Nilo", 1926. 173 p.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Trad. António José Brandão. 5. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979. 643 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. 674 p.

DÍAZ, José Ramón Cossio. *Estado social y derechos de prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989. 294 p.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 535 p.

DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (público y privado)*. Trad. Adolfo G. Posada, Ramón Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L, 1975. 268 p.

_____. *Traité de droit constitutionnel*. Vol. 1. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cia. Éditeurs, 1927. 763 p.

DURKHEIM, Emile. *O suicídio*. Trad. Luz Cary, Margarida Garrido e J. Vasconcelos Esteves. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença. 470 p.

DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques e droit constitutionnel*. 1. Les grands systèmes politiques. 14. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1975. 553 p.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Vol. 1 – Doctrina General. Trad. de Bras Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1933. 496 p.

ESPANÉS, Luis Moisset de. *Obligaciones naturales y deberes morales*. Buenos Aires: Zavalia, 1998. 377 p.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías - La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999. 180 p.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. 335 p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. 282 p.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999. 189 p.

_____. Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 203, p. 1-10, jan./set. 1996.

_____. Significação e alcance das "cláusulas pétreas". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 13, p. 4-10, out./dez. 1995.

FRIEDRICH, Carl J. *Gobierno constitucional y democracia - Teoría y práctica en Europa y América*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. 610 p.

GABARDO, Emerson. Os direitos humanos fundamentais em face das reformas constitucionais neoliberais. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Curitiba: Juruá, n. 3, p. 75-116, 1999.

GARDIOL, Ariel Álvarez. *Introducción a una teoría general del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1975. 251 p.

GHESTIN, Jacques; GOUBEUX, Gilles. *Traité de droit civil*. Introduction générale. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1983. 757 p.

GHIGLIANI, Alejandro E. *Del "control" jurisdiccional de constitucionalidad*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1952. 133 p.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 357 p.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 362 p.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989. 202 p.

GROPPALI, Alessandro. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Coimbra Editora, 1978. 261 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 137, p. 13-21, jan./mar. 1998.

_____. Direitos fundamentais: teoria e realidade normativa. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 80, p. 198-207, out./dez. 1995.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Editora

Celso Bastos, 1999. 172 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962. 316 p.

HAGE, Jorge. *Omissão inconstitucional e direito subjetivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. 237 p.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. 306 p.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. 374 p.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. 576 p.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 5. ed. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1980. 349 p.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 400 p.

_____. *Leviathan, or mather, form, and power of a common-wealth ecclesiastical and civil*. In: *Great books of the western world*, vol. 23, 26. ed. Chicago: William Benton Publischer, 1984. p. 39-283.

IHERING, Rudolf Von. *El fin en el derecho*. Trad. não indicada. Buenos Aires: Editorial Atalaya, 1946. 280 p.

JEANNEAU, Benoît. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Dalloz, 1991. 402 p.

JELLINEK, Giorgio [Georg]. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*. Trad. Gaetano Vitagliano. Milão: Società Editrice Libreria, 1912. 402 p.

JHERING [IHERING], Rudolf Von. *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*. Tomo IV. 3. ed. Trad. O. de Meulenaere. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1888. 457 p.

_____. *O espírito do direito romano nas diversas fases do seu desenvolvimento*. Vol. 1. Trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, 1934. 326 p.

KANT, Inmanuel. *Introducción a la teoría del derecho*. Trad. Felipe

González Vicen. Madrid: Marcial Pons, 1997. 159 p.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1986. 509 p.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990. 433 p.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1985. 371 p.

LARENZ, Karl. *Derecho civil, parte general*. Trad. Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. 872 p.

_____. *Metodologia da ciência do direito*. 3. Ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727 p.

LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Trad. Manuel de Alarcão. Coimbra: Almedina, 1978. 267 p.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Tomo I. 12. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1992. 933 p.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 224 p.

LEÃO XIII. *Rerum novarum*. In: Encíclicas e documentos sociais. Vol. 1. Trad. Antonio De Sanctis. São Paulo: LTr, 1991. p. 13-47.

LENZA, Pedro. As garantias processuais dos tratados internacionais sobre direitos fundamentais. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 92, p. 199-216, out./dez. 1998.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. 403 p.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 22, p. 141-159, jan./mar. 1998.

LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. Trad. João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 1987. 133 p.

_____. *Segundo tratado sobre o governo*. In *Os pensadores*, nº 9. 5. ed.

Trad. E. Jacy Monteiro. São Paulo: Nova Cultural, p. 213-313.

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. 231 p.

LURIA, Alexandr Romanovich. *Pensamento e linguagem: as últimas conferências de Luria*. Trad. Diana Myriam Lichtenstein e Mário Corso. Porto Alegre: Artes Médicas, 1987. 251 p.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. 447 p.

MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Trad. Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. 328 p.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A nova democracia e os direitos fundamentais. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília: Ministério da Justiça, n. 188, p. 183-198, jul./dez. 1996.

_____. As garantias dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 122, p. 41-46, abr./jun. 1994.

MALAURIE, Philippe. *Droit civil - introduction générale*. Paris: Editions Cujas, 1991. 326 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 246 p.

MARINHO, Josaphat. Direitos e garantias fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 127, p. 5-11, jul./set. 1995.

MARQUES, Floriano Azevedo. Conceito e evolução dos direitos fundamentais. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 5, p. 54-61, out./dez. 1993.

_____. O choque de direitos e o dever de tolerância: os direitos fundamentais no limiar do século XXI. *Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 9, p. 35-41, out./dez. 1994.

MARSHALL, Geoffrey. *Constitutional theory*. Oxford: Clarendon Press, 1971. 238 p.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Não-estado e estado no leviatã de*

Hobbes. Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999. 157 p.

MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto et alii. *Dicionário de política*. Vol. 2. 3. ed. Trad. Carmem C. Varriale e outros. Brasília: UNB, 1991, p. 686-705.

MAUROIS, André. *História da Inglaterra*. Trad. Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti Editores, 1959. 465 p.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. *Introducción al estudio del derecho*. 27. ed. México: Editorial Porrúa, 1977. 444 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 845 p.

MENDES, Gilmar Ferreira. Cláusulas pétreas ou garantias constitucionais? *Revista Jurídica Consulex*. Brasília: Consulex, n. 12, p. 48-50, dez. 1997.

_____. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da corte constitucional alemã. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 24, p. 48-59, jul./set. 1998.

_____. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade – possibilidade jurídica de sua superação. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 6, p. 15-19, jan./mar. 1994.

MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais e interpretação constitucional. *Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região*. Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, v. 30, p. 23-34, 1998.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. Introdução à teoria da constituição. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. 418 p.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. 485 p.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. 573 p.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo XXII. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958. 470 p.

_____. *Tratado de direito privado*. Tomo V. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. 561 p.

MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 25, p. 56-91, jan./mar. 1999.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 20. ed. São Paulo: RT, 1991. 620 p.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Mandado de injunção. In: *Revista de Processo*. São Paulo, n. 56, p.110-121, out./dez. 1989.

MOUCHET, Carlos; BECÚ, Ricardo Zorraquín. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Arayú, 1953. 557 p.

NOGUEIRA, Alberto. Direitos do homem, direitos fundamentais e liberdades públicas: diferenciações e convergências. *Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários*. Brasília: Conselho da Justiça, n. 6, p. 18-26, set./dez. 1998.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1994. 237 p.

NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais - A jurisprudência e a criação de direito para além da lei*. Florianópolis: Editora da UFSC, 1988. 208 p.

_____. Tripartição fundamental das obrigações – Obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa. In: *Jurisprudência Catarinense*, nº 72. Florianópolis, TJ-SC, 1995. pp. 93-106.

_____. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. 263 p.

_____. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, nº 64. São Paulo: RT, 1993. pp. 12-47.

PACTET, Pierre. *Institutions politiques. Droit constitutionnel*. Paris: Masson, 1978. 431 p.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 271 p.

PASINI, Dino. *I diritti dell'uomo*. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1979. 207 p.

PASOLD, Cesar Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. Florianópolis: Estudantil, 1988. 103 p.

_____. *Reflexões sobre o poder e o direito*. Florianópolis: Estudantil, 1986. 92 p.

_____. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 5. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2001. 208 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 2. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 318 p.

PEREZ, Marcos Augusto. O papel do Poder Judiciário na efetividade dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 11, p. 237-246, abr./jun. 1995.

PINTO, Roger. *Éléments de droit constitutionnel*. Lille: Morel & Corduant, 1952. 579 p.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas – ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 191 p.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S.A, 1986. 152 p.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 6. ed. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1979. 430 p.

_____. *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 232 p.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. Vol. 2. 4. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 527-984.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. 381 p.

ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Editorial Civitas, 1995. 211 p.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 16, p. 39-58, out./dez. 1996.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos fundamentais na Constituição de 88. *Themis - Revista da ESMEC*. Ceará: Escola Superior da Magistratura do

Estado do Ceará, v. 1, n. 2, p. 109-123, 1998.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Vol. 2. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. 336 p.

ROSANVALLON, Pierre. *La crise de l'Etat-providence*. Paris: Éditions du Seuil, 1992. 192 p.

ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro R. Carrió. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Universitária de Buenos Aires, 1977. 375 p.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, n. 7, p. 54-65, out./dez. 1999.

ROUBIER, Paul. *Droits subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963. 451 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Rio de Janeiro: Tecnoprint, s/d. 152 p.

ROZICKI, Cristiane. *Aspectos da liberdade sindical*. São Paulo: LTr, 1998. 208 p.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Vol 1. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999. 616 p.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987. 124 p.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 108 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, 386 p.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 30, p. 97-124, abr./jun. 1999.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1988. 279 p.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. A insuficiência dos paradigmas da teoria tradicional dos direitos constitucionais fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 140, p. 205-211, out./dez. 1998.

SCHAPP, Jan. *Problemas fundamentais de metodologia jurídica*. Trad. Ernildo Stein. Porfo Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985. 135 p.

SCHIERA, Pierangelo. Estado moderno. In: BOBBIO, Norberto et alli. *Dicionário de política*. Vol. 1. 3. ed. Trad. Carmem C. Varriale e outros. Brasília: UNB, 1991, pp. 425-431.

SEGADO, Francisco Fernández. La teoría jurídica de los derechos fundamentales em la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 121, p. 69-102, jan./mar. 1994.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 270 p.

_____. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. 447 p.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 768 p.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. Cláusulas pétreas, soberania popular e cultura. *LEX – Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*. São Paulo: Lex, n. 123, p. 9-16, nov. 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 319 p.

_____. *O mandado de injunção no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991. 83 p.

TÁCITO, Caio. Proteção dos direitos fundamentais. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 6, p. 7-10, jan./mar. 1994.

TEMER, Michel. Limites do mandado de injunção. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 34, p. 107-116, dez. 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Mandado de injunção. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990. 447 p.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 298 p.

VARELA, Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. 383 p.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria geral do direito*. Vol. 1. Teoria da norma jurídica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 294 p.

VELASCO, José Ignacio Cano Mastínez de. *La obligación natural*. Barcelona: Bosch, 1990. 86 p.

VELLOSO, Carlos Mário. Reforma constitucional, cláusulas pétreas, especialmente a dos direitos fundamentais, e a reforma tributária. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, v. 69, p. 208-228, jul./ago. 1994.

VERNENGO, Roberto Jose. *Temas de teoria general del derecho*. Buenos Aires: Cooperadora de derecho y ciencias sociales, 1971. 555 p.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Direitos e garantias fundamentais, na revisão constitucional. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: RT, n. 6, p. 11-14, jan./mar. 1994.

WARAT, Luis Alberto. *A definição jurídica*. Porto Alegre: Atrium, 1977. 64 p.

WIGNY, Pierre. *Propos constitutionnels*. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1963. 349 p.

WINDSCHEID, Bernardo [Bernard]. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Vol. I. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925. 916 p.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. 64 p.