

## Existem direitos sociais?\*

FERNANDO ATRIA<sup>1</sup>

Professor Associado de Direito, Universidade Adolfo Ibañez, Chile.

*Se um leão pudesse falar, não o entenderíamos.*

L. Wittgenstein, *Investigações Filosóficas* (1953)

Não há razão para manter em suspenso a resposta à pergunta que dá título a este artigo. Sustentarei que se a noção de direito é entendida por referência à idéia de direito subjetivo no sentido jurídico do termo, a noção de direitos sociais é uma contradição em termos. Se queremos evitar esta conclusão devemos resgatar uma forma alternativa de entender o conceito político de direitos. As linhas que seguem devem ser entendidas como (o início de) uma contribuição a esse respeito.

1. A história com a qual quero começar é suficientemente conhecida. Durante o século XVII, culminando no século XVIII, a burguesia começou a demandar de modo cada vez mais categórico o reconhecimento de certos bens que eram para ela especialmente importantes.<sup>2</sup> Esta demanda foi for-

\* Tradução de Cláudio Ari Mello

<sup>1</sup> Sou grato ao professor Rodrigo Soto por sua disponibilidade para examinar uma e outra vez muitas das questões discutidas neste artigo, que é parte de um projeto maior em execução sobre a relação entre direito e política financiado por FONDECYT (projeto 1010461). A versão original deste texto foi apresentada como conferência plenária nas XVI Jornadas Argentinas de Filosofia Jurídica e Social (Azul, 2002). Versões posteriores foram discutidas no Seminário organizado pela cátedra do Professor Marcelo Alegre na Universidad de Palermo (Buenos Aires, 2003) e no Congresso da Associação Mundial de Filosofia Jurídica e Social (Lund, 2003), no encontro convocado por Rolando Tamayo. Meus agradecimentos aos professores Ricardo Guiborg, Marcelo Alegre e Rolando Tamayo pela oportunidade de discutir essas idéias em Azul, Buenos Aires e Lund, respectivamente.

<sup>2</sup> Cf. Marshall, *Citizenship and Social Class*, pp. 8-17 [22-36]. A seguir, quando se faz referência a uma obra em seu idioma original, as referências às traduções espanholas, quando existem e se foram levadas em conta, aparecerão entre colchetes logo após a referência ao original.

mulada através de uma exigência de que certos *direitos* fossem reconhecidos. Esses direitos asseguravam à burguesia fundamentalmente proteção frente à arbitrariedade do político, ante a voracidade do *Leviathan*.<sup>3</sup> O reconhecimento desses direitos foi paulatino, mas no final do século XVIII a luta ideológica para estabelecê-los como bens aos quais as pessoas teriam título legítimo havia sido ganha: sobre a base do reconhecimento desses direitos, chamados “civis e políticos”, foi que se estruturou o conceito de Estado de Direito. Com efeito, as duas notas centrais do Estado de Direito, o *princípio de distribuição* conforme o qual a liberdade dos indivíduos é anterior ao Estado, e, portanto, em princípio ilimitada, enquanto a faculdade do Estado para invadi-la é em princípio ilimitada, e o princípio de *organização*, conforme o qual o poder do Estado é desmembrado em diversos órgãos, se explicam e justificam pela necessidade de criar estruturas institucionais que assegurem o gozo desses direitos “naturais”.<sup>4</sup>

Os direitos desta, que depois foi chamada de “primeira” geração, romperam historicamente da mão da revolucionária idéia de que o político era uma associação não-natural, vale dizer, uma associação constituída por seres humanos de modo artificial.<sup>5</sup> Os direitos eram aquilo que os indivíduos constituintes do político detinham antes desta constituição, e que justificava a idéia mesma de constituir a comunidade política.<sup>6</sup> Portanto, os direitos foram concebidos originalmente como direitos do indivíduo *contra* a comunidade. “Contra” aqui tem um duplo sentido: por um lado, eram direitos contra a comunidade porque, já constituída esta, a principal ameaça para os direitos já não era o ataque de outros indivíduos (neutralizar *essa* ameaça era a finalidade do contrato constitutivo), senão o *Leviathan* recém-constituído. Por outro lado, porque os indivíduos constituintes (contratantes) eram, em algum sentido, credores da comunidade política, cuja existência era justificada pela proteção aos direitos que ela assegurava.

E essa foi efetivamente a função política dos direitos: justificar (*ex ante* ou *ex post*) a revolução.<sup>7</sup> Os direitos eram já “a liberdade, a proprie-

<sup>3</sup> Cf. H. Arendt, *Origens del Totalitarismo*, p. 369.

<sup>4</sup> Sobre as duas notas do Estado de Direito, veja-se Schmitt, C: *Teoría de la Constitución* (Madrid: Alianza, 1992; ed. orig. 1927).

<sup>5</sup> Com efeito, como sustentava H Arendt, “a importância que ainda hoje [a idéia de estado de natureza] conserva se deve ao reconhecimento de que a esfera política não nasce automaticamente do fato da convivência e de que se dão acontecimentos que, apesar de serem produzidos em um contexto estritamente histórico, não são autenticamente políticos, e inclusive pode que não tenham que ver com a política [...] Com efeito, a hipótese de um estado de natureza implica a existência de uma origem que está separada de tudo o que se lhe segue por um abismo irrecuperável”. Arendt, H: *Sobre la Revolución* (Madrid: Alianza, 1988), p. 19-20.

<sup>6</sup> Cf. Schmitt, *ob. cit.*, p. 167, “a declaração solene de direitos fundamentais significa o estabelecimento de princípios sobre os quais se apóia a unidade política de um povo e cuja vigência se reconhece como o pressuposto mais importante do surgimento e formação incessante dessa unidade”.

<sup>7</sup> Veja-se Waldron, “Natural rights in the seventeenth century”, p. 7-13.

dade, a segurança e a resistência à opressão”, como no caso francês, ou “a vida, a liberdade e a busca da felicidade”, como no caso norte-americano. O vínculo entre as declarações de direitos e a finalidade da associação política é, em ambos os casos, explícito: “o objetivo de toda a sociedade política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”, (art. 2º) disseram os revolucionários franceses, enquanto a terceira verdade auto-evidente para os norte-americanos era que “para proteger estes direitos, os homens instituem governos”. Os direitos invocados pelos revolucionários eram, por consequência, *naturais* no que sentido de que eram ontologicamente prévios à existência da comunidade política. O respeito a esses direitos converteu-se no fundamento da autoridade dos novos sistemas políticos modernos.<sup>8</sup>

2. Mas essa visão liberal, ainda que dominante, não seria a única tradição moderna. Interessa-me em particular prestar atenção a uma das idéias centrais das tradições republicana e socialista, de acordo com a qual o ato constitutivo do político cria uma comunidade cujo valor reside não na proteção que oferece contra a agressão de terceiros, senão em que possibilita uma forma de vida mais propriamente humana, na qual cada um agora pode relacionar-se com os outros

substituindo em sua conduta o instinto pela justiça, e dando a suas ações a moralidade que antes lhe faltava. Só então, quando a voz do dever sucede ao impulso físico e o direito ao apetite, o homem, que até então não havia visto senão a si mesmo, se viu forçado a agir com base em outros princípios e a consultar sua razão antes de escutar suas inclinações.<sup>9</sup>

Na visão liberal, são os direitos individuais que constituem o núcleo duro de legitimidade. O Estado é utilizado como um instrumento para fazer cumprir as obrigações que os indivíduos tinham em relação aos outros, inclusive no estado de natureza, e que correspondiam a esses direitos naturais. As obrigações dos demais (incluindo o Estado) e os direitos do agente são correlativos, mas a prioridade normativa corresponde aos direitos.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Veja-se Böckenförde, “Origen y cambio”, p. 33. Neste parágrafo, as referências são à *Declaração da Independência Norte-americana* (Filadélfia, 1776) e à *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* (1789).

<sup>9</sup> Rousseau, J.J., *El Contracto Social*, livro I.8; note-se que o que pacto social torna possível é, para Rousseau, que os seres humanos desenvolvam uma “capacidade para um sentido de justiça”, que é precisamente o que para Rawls é condição necessária e suficiente da cidadania moral (Veja-se Rawls, *Theory of Justice*, § 77). Poderíamos também ter feito referência à *Grundrisse* de Marx: “O homem é no sentido mais literal da palavra *zoon politikon*, não só um animal social, mas também um animal que pode desenvolver-se como indivíduo somente em sociedade”: Marx em McLellan (ed), *Marx'Grundrisse*, p. 17. Cf. também Waldron, “Karl Marx's 'on the jewish question'”, p. 128-129.

<sup>10</sup> F. Laporta sustentou que a tese da correlatividade entre direitos e deveres implica “forçosamente” a prioridade justificatória dos deveres (Laporta, F, “Sobre el concepto de derechos humanos”, p. 25). Mas a tese da correlatividade consiste apenas na idéia de que os direitos são correlativos aos deveres. É curioso que Laporta não tenha notado que a tese da correlatividade é tão compatível com a idéia de

Na visão socialista ou republicana, a comunidade é valiosa porque permite a seus membros relacionar-se respondendo à razão, e não a suas inclinações; em outras palavras, porque dentro dela podem atuar não já tendo em vista exclusivamente seu auto-interesse, mas sobre a base da *solidariedade*. A idéia de solidariedade, expressa comunitariamente no lema “a cada um de acordo com suas capacidades, a cada um de acordo com suas necessidades” (que a sociedade comunista inscrevia em seus estandartes depois de abolir o direito burguês<sup>11</sup>), enfatiza a obrigação comunitária de atender ao bem-estar de cada um de seus membros. Na correlação direito-dever, a prioridade justificatória inverte-se quando se trata da idéia de solidariedade: a solidariedade não pode expressar-se primariamente em termos de direitos (subjativos) porque ela

implica a idéia de “estender a mão” a outra pessoa, um elemento de supressão do eu e sacrifício em relação ao outro, e o direito, pela sua própria natureza de meio de adjudicar pretensões em conflito e o princípio de “ganhar ou perder”, viola o momento de autonegação que subjaz ao encontro da solidariedade.<sup>12</sup>

3. O avanço do socialismo durante o século XIX e sua ênfase na idéia de comunidade e igualdade teve seu impacto na idéia de “direitos” e nas antigas declarações; Com efeito, desde o ponto de vista socialista, a preferência dos liberais por direitos civis e políticos era unilateral e formalista.

Era *unilateral* porque visava ao indivíduo isolado da comunidade e deixava fora de consideração o indivíduo situado. A lista de direitos com a qual os liberais dotavam o indivíduo restava definida naturalmente, sem que a existência da comunidade política fosse relevante em nenhum sentido. Por certo, como vimos, os revolucionários burgueses acreditavam que os direitos eram relevantes para a associação política porque a sua proteção

que “a noção de direito” é reduzível a uma noção logicamente mais primitiva como é a idéia de “dever” (*ibid*) como o é com a idéia contrária. Sobre o que ele denomina de “o axioma da correlatividade”, veja-se a lúcida análise de Kramer, M, “Rights without trimmings”, em Kramer, Simmonds e Steiner, *A Debate over Rights* p. 24-49. Uma questão distinta, por certo, é afirmar por *outras* razões (isto é, razões adicionais à mera tese da correlatividade) a prioridade dos deveres sobre os direitos, como fazem, entre outros, Weil, *Echar Ratces*, p. 23; O’Neill, *Bounds*, p. 98-105, ou o próprio Kelsen, *Teoria Pura*, p. 138-142. Em todos esses casos, a afirmação da prioridade do dever sobre o direito se baseia precisamente em *rechaçar* (ao menos parcialmente) a tese da correlatividade (“ao menos parcialmente” porque a tese da correlatividade pode ser entendida em sentido forte: significando que não existem obrigações sem direitos correlativos nem vice-versa, ou em sentido débil: implicando só o segundo, mas não o primeiro; aceitando, como Kelsen, que possa haver obrigações sem direitos, ainda que não direitos sem obrigações). A questão da prioridade não é conceitual mas substantiva: “o incentivo que funciona no sistema de livre contrato do mercado aberto é de benefício pessoal; o que corresponde aos direitos sociais é o dever público, diz Marshall, *Citizenship and Social Class*, p. 43 [74].

<sup>11</sup> Marx, *Critique of the Gotha Program*, em Marx, *Later Political Writing* (Cambridge University Press, 1996, ed. orig. 1875), p. 24-49.

<sup>12</sup> Christodoulidis, E, “The Inertia of Institutional Imagination: A Reply to Roberto Unger”, p. 381. Por isso Simone Weil acreditava que era necessária uma “declaração de deveres da humanidade”. Veja-se Weil, “Estudio para una declaración”.

fixava sua única finalidade legítima, mas o fato de viver em comunidade não era fonte de “direito” algum. Isso não era casual, porque se os direitos fossem concebidos como direitos do cidadão situado já não seria possível falar da verdade auto-evidente de que “para proteger esses direitos os homens instituem governos”.<sup>13</sup>

Era *formalista*, porque enfatizava a importância das condições formais para o exercício da liberdade e a busca da felicidade sem pronunciar-se acerca da importância das condições substantivas. Mas as inferências dos outros são simplesmente uma das causas dos limites à liberdade. Notoriamente, a carência de recursos era outra causa.

É importante notar que essas duas características do pensamento liberal estão conectadas entre si: é precisamente o unilateralismo o que permite rechaçar a acusação de formalismo. Os direitos que hoje chamamos de “primeira” geração têm uma peculiaridade: a especificação completa do conteúdo de seu aspecto passivo: ao determinar quem tem direito a que, estou também determinando – tratando-se desses direitos – quem tem o dever. Isso tem uma consequência de extraordinária importância. Os direitos de primeira geração podem ser concebidos como naturais, porque para especificar seu conteúdo tanto ativo quanto passivo é suficiente atender à posição do indivíduo isolado. Mas os direitos sociais são radicalmente diversos neste sentido. A especificação do conteúdo do seu aspecto passivo não constitui uma especificação completa do conteúdo de seu aspecto passivo. Ela não inclui informação sobre quem é o sujeito obrigado. A resposta a essa pergunta só é possível uma vez que os indivíduos vivem em sociedade, de modo que é possível, por exemplo, onerar a todos de acordo com suas possibilidades (através de um sistema impositivo progressivo) com a obrigação de satisfazer as necessidades cobertas pelos direitos sociais. Na medida em que os direitos cumprem a função de justificar a existência do Estado (vale dizer, na medida em que eles necessitam ser caracterizados independentemente de qualquer forma de associação entre seres humanos), eles só podem ser os direitos naturais, direitos como aqueles que hoje chamamos de “primeira” geração.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Declaração de Independência, 1776.

<sup>14</sup> Só esta nota para chamar a atenção sobre a suposta distinção entre direitos de “primeira” e “segunda” geração sobre a base da distinção entre direitos negativos/positivos, e isso só para dizer que esta distinção é teoricamente irrelevante. Isso em virtude de que uma obrigação é positiva ou negativa segundo sua descrição, e habitualmente encontramos que para cada direito há descrições alternativas disponíveis, porque as ações de cumprimento de um dever, assim como as ações em geral, podem receber múltiplas descrições verdadeiras (veja-se Atria, “Legalismo, política y derechos”, em M Alegre, A do Amaral *et al*: *Los Derechos Fundamentales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, 119-121). Dada essa constatação, é usual concluir que não existe distinção conceitual entre os direitos de ambas as gerações, uma conclusão que se utiliza polemicamente contra pensadores neoliberais que afirmam não apenas a diferença, mas a importância tão-somente dos direitos de primeira geração, (como faz, por exemplo, Kelley, *A Life of One's Own*, 23-29). Duvido da utilidade de uma estratégia argumentativa que consiste em encontrar algum direito de primeira geração e declará-lo “positivo” para

Agora podemos ver como tudo se encaixa: os direitos fizeram sua irrupção histórica justificando a revolução, propondo as bases justificatórias de uma nova forma de associação entre seres humanos. Por isso a visão liberal era unilateral, e por isso não era formalista: não era que outras necessidades fossem menos importantes, senão que elas não estavam cobertas por direitos que pudessem ser concebidos como naturais.

4. Mas, desde logo, à medida que a revolução começa a desaparecer do horizonte e que o funcionamento normal começa a negar (como a normalidade se define por fazer<sup>15</sup>) a memória do momento fundacional, a distinção entre a forma de um direito (que justifica a preferência pelos bens que podiam ser concebidos como protegidos pelos direitos naturais) e sua substância (que precisamente impugna essa diferença) começa a perder seu conteúdo emancipador e a ser percebida como opressiva. Com efeito, para quem não tinha acesso a um certo nível de bem-estar material, os direitos apareciam apenas em seu aspecto passivo: como impondo deveres de respeito à liberdade de outros. Mas não apareciam em seu aspecto ativo, porque não existe espaço para a liberdade quando se está sujeito à necessidade de reprodução da vida.<sup>16</sup> Essa idéia aparece claramente na *Internacional*:

---

depois poder dizer, sobre a base deste contra-exemplo, que isso refuta “em seus próprios termos” a tese da distinção entre direitos negativos e direitos positivos (como faz, e.g. Elster, “Right to work”). Usualmente o contra-exemplo escolhido é o direito ao devido processo (e.g. Nickel, “Right to employment”). Este último contém, em todo caso, um erro cuja classificação é proveitosa para a distinção que estou defendendo. Começamos recordando que a distinção relevante não é a distinção entre direitos positivos e direitos negativos, senão a distinção, introduzida nesta seção, entre direitos que podem ser concebidos como naturais porque sua justificação normativa não faz referência à comunidade e direitos que não podem ser assim concebidos. A respeito do contra-exemplo do devido processo, tudo o que é necessário é distinguir entre o conteúdo de um direito em abstrato e o conteúdo que à luz das circunstâncias o direito adquire. O direito em abstrato é o de liberdade negativa: ninguém pode interferir em minhas ações lícitas. Quando por convenção criamos o *Leviathan*, o que fazemos é criar um agente mais poderoso que cada um de nós, com o que seremos capazes de sair da condição natural da humanidade. Esse agente pode interferir na nossa liberdade de maneiras em que antes os indivíduos separadamente não podiam, e, portanto, os modos em que ele pode afetar minha liberdade negativa estão sujeitos a certas garantias: a) o devido processo. Não é correto dizer que tenho direito ao devido processo. O que tenho é o direito a que o Estado não interfira em minha vida (propriedade, liberdade, etc.) senão em circunstâncias especiais (quando a interferência é necessária para salvaguardar os direitos de outros) e em todo o caso de um modo adequado. “Devido processo” é um nome que damos ao modo da interferência (ou seu antecedente) quando é adequado. Em geral é possível dizer: a vida em associação torna possíveis novas formas de violação de velhos direitos, pelo que, como serão respeitados esses direitos na situação concreta depende do contexto. O direito ao devido processo é simplesmente uma contextualização do direito à liberdade negativa, e por isso não é uma objeção à tese principal (esta nota foi escrita em resposta a uma objeção do professor Marcelo Alegre).

<sup>15</sup> Por isso Jefferson queria manter artificialmente a lembrança do momento fundacional, dispondo que a constituição deveria ser revisada a cada dezenove anos: Jefferson, *Writings*, p. 1401-2.

<sup>16</sup> Este é um tema central na obra de Hannah Arendt, que enfatiza a idéia de que a liberdade só é possível em público, porque o espaço privado é o espaço de reprodução da vida, da necessidade. Veja-se Arendt, H, *The Human Condition*, p. 36-37, 68-73, etc. [43-45, 102-103].

A lei nos burla e o Estado  
Oprime e sangra o produtor.  
Nos dá direitos irrisórios,  
Não há deveres do senhor.

Basta já de tutela odiosa  
que a igualdade lei deve ser,  
não mais deveres sem direitos,  
nenhum direito sem dever.<sup>17</sup>

A unilateralidade e o formalismo da doutrina liberal dos direitos os socialistas responderam formulando suas próprias demandas na mesma linguagem.<sup>18</sup> Parte importante do que quero sustentar neste artigo relaciona-se com o modo que devemos interpretar esse passo, razão pela qual quero me deter aqui um momento. Mais adiante sustentarei que a idéia comunitária a que o socialismo apela não é traduzível para a língua dos direitos. Quero então explicar por que, a meu juízo, essa foi a linguagem escolhida para formular este ideal.<sup>19</sup> Para isso, sem embargo, deveremos fazer um pequeno desvio conceitual.

5. Que diferença existe entre dizer “dar (ou fazer ou não fazer)  $x$  a  $w$  é bom (justo, etc.)” e dizer “ $w$  tem direito a  $x$ ”? Espero que seja evidente que esta é uma pergunta fundamental para que tenha sentido começar a falar de direitos.<sup>20</sup> Não se trata, desde logo, de que as duas questões sejam distintas no sentido de que a resposta a uma não tenha impacto algum na resposta da outra. Não, a questão não é de independência ou autonomia, mas de diferenciação. Se tem sentido dizer que  $w$  tem direito a  $x$ , não pode

<sup>17</sup> A frase é de Marx, e aparece no Capítulo 4º do panfleto *The International Workingmen's Association. Its Establishment, Organisation, Political and Social Activity, and Growth* (1869): “O Congresso crê que é dever de um homem reclamar os direitos do homem e do cidadão, não só para si mesmo, senão para cada homem que cumpre o seu dever. Não mais direitos sem deveres, não mais deveres sem direitos”.

<sup>18</sup> Provavelmente aqui o mais adequado seria começar a falar de “socialdemocratas”, porque em questões como estas a tradição socialista começa a fracionar-se (veja a discussão entre o que Campbell, *The Left and Rights*, p 2-12 chama “reformistas” e “revolucionários”. Com essa advertência, sem embargo, seguirei utilizando a etiqueta “socialismo”.

<sup>19</sup> Isso não é oferecido como uma tese historiográfica (até onde eu sei a história dos direitos sociais está ainda por ser escrita), mas uma interpretação dessa tradição feita desde nosso tempo, em particular uma que pretende explicar por que a idéia de direitos sociais, na particular forma juridificada em que hoje é comumente defendida, é tão dominante entre os pensadores de esquerda (ou, como se lhes chama agora, “progressistas”).

<sup>20</sup> Villey, por exemplo, mostrou que a idéia moderna de direito subjetivo supõe a distinção entre a qualidade moral que corresponde a uma pessoa para ter ou fazer algo justamente (Villey segue aqui a definição de Grotius: cf. Villey, “Orígenes de la noción”, p. 26), y ‘lo justo, el objeto de la justicia’. (*ibidem*, p. 34).

ser que com isso só estejamos dizendo que é bom que se dê, se faça ou não faça  $x$  a  $w$ . Quando dizemos que o comprador tem direito a que o vendedor lhe entregue a coisa, certamente estamos dizendo muito mais do que dizer que é lícito para o vendedor entregar a coisa.

Talvez possamos aprender algo da noção de direito examinando o modo de operação de um direito subjetivo no sentido jurídico. Para o direito, o crucial para que possamos falar de direito subjetivo é a posição em que se encontra uma pessoa com *poder* para decidir se a obrigação de outro será ou não coativamente exigida.<sup>21</sup> Não se trata de que o vendedor não tenha obrigação de entregar a coisa, porque todos sabemos que essa obrigação nasce com o contrato, e não com a demanda do comprador. Mas sabemos que parte do que queremos expressar ao dizer que o comprador tem um direito subjetivo é que o comprador tem um poder no sentido hohfeldiano, quer dizer, tem um poder normativo para modificar a situação do outro: a manifestação de vontade do comprador é condição necessária (ainda que desde logo não suficiente) para que o direito exija coativamente ao vendedor o cumprimento de sua obrigação. Não se pode dizer o mesmo a respeito de outras obrigações que se pode ter de acordo com um sistema jurídico: a exigibilidade de meu dever de pagar impostos, ou evitar matar a outros, não está mediada pela declaração de vontade de nenhuma pessoa determinada.<sup>22</sup>

A razão pela qual a obrigação é mediada por uma declaração de vontade de um indivíduo (o titular de direito) é que a única (ou a principal e dominante) razão pela qual o direito cria essa obrigação é atender a um interesse do credor.<sup>23</sup> Por isso não diríamos que, em países com procedimentos penais acusatórios e princípio de oportunidade, o promotor de justiça tem um *direito subjetivo* a que os cidadãos não cometam delitos. Ainda que a sanção seja mediada pela ação do promotor (no sentido de que se o promotor não inicia o procedimento não haverá sanção), a razão pela qual se produz essa mediação não é redutível ao interesse do sujeito que ocupa o cargo de promotor.

Se o raciocínio até agora está correto, estamos em posição de concluir que, para que no sentido jurídico possamos falar de um direito subjetivo, é necessário que uma pessoa,

---

<sup>21</sup> Cf. Kelsen, *Teoría Pura*, 147-8. Uso "poder" no sentido de Hohfeld, *Conceptos Jurídicos*, p. 67-80.

<sup>22</sup> Cf. Kelsen, *Teoría Pura*, 141. Este é o argumento kelseniano para afirmar a prioridade da noção de dever sobre a de direito: há deveres que não são correlativos a direitos, porque há deveres que quanto à sua exigibilidade não estão medidas por uma declaração de vontade de outra pessoa (cf. *supra*, nota 9).

<sup>23</sup> Com o que pareceria que estou defendendo uma teoria "ecclética" quanto ao fundamento do direito subjetivo, eclética entre vontade e interesse. Mas não quero pronunciar-me explicitamente sobre isso, que há de ficar pendente para outra ocasião.



- (i) tenha uma obrigação,
- (ii) cuja exigibilidade está juridicamente mediada pela declaração de vontade de outra; e
- (iii) que seja reconhecida ou criada pelo direito em atenção ao interesse desta outra.

O que nos diz a esse respeito o conceito de direito tal como aparece, e.g. na expressão “direitos humanos”? É evidente que aqui o que é crucial desde o ponto de vista jurídico (i.e. a possibilidade de demandar coativamente o cumprimento da obrigação correlativa) torna-se irrelevante.<sup>24</sup> Sem embargo, é razoável pensar que o conceito jurídico e o moral de direito subjetivo são fundamentalmente análogos, pelo que uma característica fundamental do conceito jurídico deveria corresponder a alguma característica fundamental do conceito moral.<sup>25</sup> Em outras palavras: é razoável pensar que as características institucionais que adota o direito subjetivo em sentido jurídico são um reflexo importante acerca dos direitos morais que o direito pretende proteger, e é a isso que temos que estar atentos agora.

6. Quero defender a tese (nada nova, aliás) de que ter direito (moral) a  $x$  significa que, em princípio,<sup>26</sup> é possível pronunciar-se sobre a justiça de dar, fazer ou não fazer  $x$  a  $w$  sem necessidade de avaliar o impacto que dar, fazer ou não fazer  $x$  a  $w$  terá em outros aspectos moralmente valiosos. Dizer que  $w$  tem direito a que  $v$  cumpra sua promessa é dizer que em princípio é justo que  $v$  faça o que prometeu fazer, conclusão a que podemos chegar sem necessidade de considerar o impacto que a ação de cumprir sua promessa terá em outras ocasiões moralmente valiosas. Se isso está correto, a noção de “direitos” em algum sentido implica *recortar* a situação de duas pessoas, o credor e o devedor, e separá-la do resto das considerações morais válidas, de modo que seja possível determinar a justiça da ação do devedor sem examinar mais do que a específica relação existente entre devedor e credor, porque o moralmente dominante é a maneira em que (dentro de certos limites) o interesse do credor há de ser servido pelo devedor. Por isso

<sup>24</sup> Veja-se Dabin, *Derecho Subjetivo*, p. 121-128.

<sup>25</sup> Formulo este argumento com certa cautela, para não ser mal-entendido. A questão lembra o problema, largamente debatido na tradição analítica do positivismo jurídico, de se o “conceito” de obrigação jurídica era o mesmo que o “conceito” de obrigação moral. Não estou afirmando que direitos (morais e jurídicos) sejam a mesma coisa, que ambos se encontrem nos códigos imutáveis do direito natural, nem nada parecido. Só estou supondo que há entre ambos “notáveis semelhanças que bastam para mostrar que seu vocabulário comum não é accidental” (Hart, *Concept of Law*, 172 [214], com referência ao conceito de obrigação). Por isso uma explicação do conceito que mostra o que é juridicamente crucial *corresponde* a alguma característica que é moralmente crucial é, *ceteris paribus*, uma melhor explicação que outra que não mostra isso. Nada mais se deve ler neste argumento do texto principal.

<sup>26</sup> “Em princípio”, porque o argumento não supõe que é uma verdade conceitual que os direitos não sejam derrotáveis. Sobre o problema da derrotabilidade em geral, veja-se Atria, “Las circunstancias de la derrotabilidad”, em 45 *Revista de Ciencias Sociales* (2000), p. 437-467, e *idem*, *On Law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart Publishers, 2002), caps. 1 e 5.

é perfeitamente concebível que alguém tenha direito moral a fazer algo moralmente lamentável.<sup>27</sup>

O anterior nos permite desde logo conectar a noção de direito subjetivo em sentido jurídico com a noção moral correspondente. Vimos que juridicamente o crucial para falar de direito subjetivo é que a exigibilidade da obrigação do devedor esteja mediada pela vontade do credor. Agora sabemos que essa característica do conceito jurídico de direito é reflexo de uma característica moral análoga: que o direito (em sentido moral) significa recortar a série de considerações morais aplicáveis à determinação da justiça de uma ação, porque, dado o contexto em que o direito aparece, o dominante é como é satisfeito o interesse do credor. Juridicamente essa nota manifesta-se através da exigibilidade mediada. O direito entende que quem melhor conhece seus interesses é o próprio interessado (salvo em casos especiais, para os quais o direito conta com outros meios como as regras sobre incapacidade e representação, para os casos em que uma pessoa não sabe proteger seus interesses, ou sobre autocontratação, quando está a cargo de interesses próprios e alheios, ou sobre (*e.g.*) insinuação, quando estejam em jogo interesses de outros).

Note-se que as observações anteriores sobre o conceito de direito são bastante parcias do ponto de vista das questões substantivas que essa noção levanta. Essas considerações são silenciosas a respeito de problemas como os seguintes: (i) o peso dos direitos frente a considerações morais que os tornam irrelevantes; (ii) a maneira correta de descrever o raciocínio moral conforme a direitos, se se trata do que Raz denominou de razões excludentes<sup>28</sup> ou simplesmente de razões especialmente fortes de primeira ordem; e (iii) as condições de derrotabilidade dos direitos.<sup>29</sup> Em princípio, poder-se-ia pensar que a resposta a este e outros problemas não pode ser obtida com argumentos sobre a correta compreensão do *conceito* de direitos e requer uma teoria substantiva moral ou política.

Mas o que foi dito nos mostra o que se segue do fato de que uma teoria moral entenda os direitos como o conceito central: sabemos que essa teoria substantiva afirma que as considerações morais não cobertas por direitos só são moralmente relevantes para determinar a justiça de uma ação ou situação quando os direitos envolvidos já foram satisfeitos. Ao declarar os

<sup>27</sup> Veja-se Waldron, "A right to do wrong?". Por isso existe algo de paradoxal na noção de direito moral, porque ter direito a  $x$  significa então que é justo dar, fazer ou não fazer  $x$  mesmo quando tomando em conta outras considerações fosse melhor não dar, fazer, ou não fazer  $x$  (essa é a objeção *standard* de utilitaristas de atos contra utilitaristas de regras, expressa de modo categórico em Smart, "Extreme and restricted"). Por isso note-se que os contextos nos quais o conceito moral de direito é aplicável de modo mais adequado são contextos altamente institucionalizados, como o contexto já mencionada da promessa. A questão foi discutida de modo irretocável por Rawls, "Two concepts".

<sup>28</sup> En Raz, *Practical Reason and Norms*, p. 37-48 [39-54].

<sup>29</sup> Veja-se *supra*.

direitos como o conceito moral fundamental, os interesses que estes direitos protegem são duplamente priorizados: enquanto conceitos fundamentais (*i.e.* esses são os interesses mais importantes) e enquanto direitos (porque em princípio não competem como interesses não protegidos por direitos). Assim, por exemplo, na teoria da justiça de J. Rawls a liberdade é duplamente priorizada: por um lado, a liberdade é um *direito*, pelo que para saber qual é a extensão da liberdade só é necessário levar em conta a situação do credor (ou titular) deste direito e dos devedores (cada um tem direito à “liberdade básica mais extensa compatível com uma liberdade similar para os outros”<sup>30</sup>) e está adicionalmente ordenada lexicograficamente com o segundo princípio. Por isso a tese de Dworkin, de que os direitos são “cartas de trunfo”<sup>31</sup> não é puramente estipulativa: ela reflete uma das características básicas da idéia mesma de “direitos”.

Que apenas da consideração do conceito de direitos subjetivos não se seguem muitas conseqüências não significa, portanto, que uma teoria substantiva que afirme que os direitos são *fundamentais* no sentido de que são o fundamento da legitimidade da associação política seja igualmente agnóstica. Isso é importante porque o fato de que ao menos certos direitos são fundamentais é algo que pode, no estado atual da discussão, dar-se por estabelecido. Se não fosse por outra razão, porque assim o afirmam nossas constituições. Por isso o que resulta interessante é estudar o problema de quais são as conseqüências *substantivas* de utilizar o aparato conceitual dos direitos, e isso é o que quero fazer a seguir.

7. Esclarecidos os conceitos, agora podemos entender a especial importância que os direitos costumam reclamar. Ela se funda no fato de que os direitos em princípio só conhecem como limites outros direitos: “o exercício dos direitos naturais não tem outros limites que aqueles que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos”, diz a declaração francesa (art. 4º). Por conseguinte, as demandas socialistas só podiam reverberar no discurso liberal se fossem manifestadas como direitos, de modo que se pudesse dizer que o conflito entre essas demandas era um conflito de direito contra direito (permitido), e não de direito contra utilidade geral ou aspiração comunitária (não permitido).

Com efeito, se as demandas socialistas se houvessem manifestado na linguagem da aspiração comunitária, a resposta liberal teria sido indefectivelmente no sentido de que enquanto objetivos agregativos essas aspirações comunitárias não podiam competir com os direitos. Ao apresentá-las como direitos, o liberalismo se via frente a um dilema, porque deveria optar

<sup>30</sup> Rawls, *Theory of Justice*, §11.

<sup>31</sup> Dworkin, “Rights as Trumps”.

entre (1) manter sua adesão prioritária aos direitos de “primeira” geração”, declarando-os mais importantes que as outras necessidades, e implicando assim que o importante era, por exemplo, gozar de liberdade “formal”, ainda que essa liberdade fosse substancialmente vazia (o rico e o pobre eram livres para dormir sob as pontes de Paris) ou (2) aceitar que as condições para o exercício legítimo e substancialmente significativo das liberdades fossem também cobertas por direitos com ao menos o mesmo título que elas.<sup>32</sup>

Um exemplo de um ataque ao liberalismo que segue o modelo anterior, formulado precisamente desde uma perspectiva socialista, é a de G.A. Cohen contra R. Nozick:

Desde logo, Nozick nos quer fazer crer que a propriedade de si mesmo [*self-ownership*] que ele favorece é mais do que meramente formal. No capítulo III de *Anarchy, State and Utopia* ele sustenta que cada pessoa deve ser livre para viver sua própria vida, um *desideratum* que é supostamente assegurado pelos direitos que constituem a propriedade sobre si mesmo [*self-ownership*] nozickeana. Mas Nozick também crê que o proletário mais abjeto – chamemo-lo Z – que deve escolher entre vender sua força de trabalho a um capitalista ou morrer, goza de direitos relevantes.<sup>33</sup>

Para dizer o primeiro, Nozick necessita entender a propriedade sobre si mesmo no sentido de *controle* sobre sua própria vida (noção que, segundo ele, está vinculada à idéia de levar uma vida “com sentido”<sup>34</sup>). Mas Z não tem controle sobre sua vida nesse sentido. Para dizer que Z é dono de si mesmo, Nozick necessita recorrer a uma noção mais débil de domínio sobre si mesmo, um conceito meramente formal de propriedade sobre si mesmo. Esse é o dilema do liberalismo que a idéia de direitos sociais pretendia explorar: ou os liberais afirmam a prioridade dos direitos de primeira geração, declarando a Z livre em um sentido relevante, e demonstrando que não lhes preocupa a liberdade *real* de todos (senão que só querem dizer por liberdade “a liberdade dos donos da propriedade privada de fazer o que queiram com sua propriedade”<sup>35</sup>) ou adotam um conceito substantivo de liberdade, que negue a prioridade da forma sobre a substância.

O contraste entre as idéias originalmente defendidas por Nozick em *Anarchy, State and Utopia* e a crítica de Cohen é interessante para nossos efeitos, porque a de Nozick é precisamente uma filosofia política baseada em direitos. Isso a faz uma filosofia política formalista;<sup>36</sup> a crítica de Cohen

<sup>32</sup> Aqui só um exemplo de um argumento que hoje se tornou *standard*: “se os direitos fundamentais apontam ao que é fundamentalmente importante para o bem-estar humano, não podemos excluir de sua área os recursos materiais. Tem-se dito com frequência que sem um mínimo de bem-estar material, os direitos civis e políticos têm escasso valor e relevância para os seres humanos” (Jones, *Rights*, p. 147).

<sup>33</sup> Cohen, *Self-ownership*, p. 100.

<sup>34</sup> Nozick, *Anarchy*, p. 50 [60].

<sup>35</sup> Cohen, *Self-ownership*, p. 90. Lembre-se os versos da *Internacional* citados supra, § 4.

<sup>36</sup> No sentido não pejorativo de Weinrib, *Idea of Private Law*, p. 22-55.

baseia-se na arbitrariedade de usar a noção de direitos (e seu complemento, ainda que ele não use essa expressão, a noção de relação de direito privado) como conceito central da filosofia política.

Estou consciente de que o parágrafo anterior deve ter parecido obscuro a muitos leitores, pelo que tentarei esclarecê-lo. Cohen discute a seguinte tese, que (justamente) imputa a Nozick (sigo a numeração de Cohen):

(8) Se *Z* é forçado a fazer *A* ou *B*, e *A* é o único que seria razoável fazer, e *Z* faz *A* por essa razão, então *Z* é forçado a fazer *A*.<sup>37</sup>

A discussão de fundo é: o trabalhador que se vê ante a alternativa de trabalhar (recebendo o salário de mercado) ou viver na miséria, e que por isso escolhe trabalhar, é *forçado* a trabalhar? Segundo (8), pareceria que é, porque a opção entre trabalhar e padecer de miséria não é razoável. Mas certamente se se admitisse que o trabalhador é *forçado* a trabalhar não se poderia dizer que sob o capitalismo os trabalhadores são livres, e não se poderia dizer que a sociedade capitalista é uma sociedade livre.

Como Nozick quer poder dizer estas últimas duas coisas, ele tem que mostrar por que, a pesar de que aceita (8), o proletário que se vê diante da opção de vender seu poder de trabalho ou enfrentar a miséria é, em um sentido relevante, livre. Para isso, Nozick sustenta que as restrições que outros opõem às opções que uma pessoa tem abertas não diminuem a liberdade deste, nem a voluntariedade de suas ações, na medida em que o outro tenha direito a opô-las:

A questão de se as ações de uma pessoa são voluntárias depende do que limita suas alternativas. Se as limitam os fatos da natureza, as ações são voluntárias (posso caminhar voluntariamente até um lugar ao qual preferiria ir voando por mim mesmo) As ações de outras pessoas limitam as oportunidades que me são abertas. Para decidir se isso torna voluntárias minhas ações é necessário determinar se os outros teriam direito a agir como fizeram.<sup>38</sup>

A explicação de porque “um pensador extremamente agudo”<sup>39</sup> como Nozick sustentaria uma tese tão implausível é que a teoria de Nozick é uma teoria da justiça que se poderia chamar de direito privado. O direito privado, como mostrou elegantemente Weinrib,<sup>40</sup> baseia-se na idéia de que o que uma pessoa deve a outra é determinado não por considerações externas (*i.e.* externas à relação entre ambas as partes) de justiça, mas pela especial configuração da relação entre as partes. Por isso Nozick crê que não se pode saber se a limitação das opções que *Z* sofre é uma redução de sua liberdade sem saber se quem as cria (essas limitações) agiu com direito a fazê-lo ou não. Desde o ponto de vista de uma consideração externa (à relação),

<sup>37</sup> Cohen, *Self-ownership*, p. 35.

<sup>38</sup> Nozick, *Anarchy*, p. 262.

<sup>39</sup> Cohen, *Self-ownership*, p. 36.

<sup>40</sup> Weinrib, *Idea of Private Law*, p. 8-16.

que é a ótica assumida por Cohen, é evidente que para responder à pergunta sobre se *Z*, neste caso é livre ou não devemos saber (a) quão significativa é a opção que resta a *Z* e (b) em que consiste a liberdade (questão que vem dada por uma teoria da liberdade que é em princípio externa à relação entre *A* e *B*). Essas duas questões são declaradas irrelevantes na medida em que a teoria da justiça é construída sobre o pressuposto básico, como faz Nozick, de que a justiça de uma situação em que se encontra uma pessoa, ou a justiça de uma ação, depende das características da relação que une as partes envolvidas.

Note-se o formato da questão: os direitos, em Nozick, são naturais no sentido de que não são artificialmente criados pelos Estado nem pela associação política (as partes têm direito no estado de natureza<sup>41</sup>), e o que é justo se determina examinando somente a maneira em que os direitos das partes afetam uma determinada ação ou situação. Isso leva naturalmente a uma teoria distributiva que é fundamentalmente justiça comutativa (uma teoria baseada nos títulos, mais que uma teoria baseada em padrões, como diz o próprio Nozick<sup>42</sup>).

8. Agora podemos, então, entender a aparição da “segunda” geração de direitos frente à primeira: quem aceita a primeira o faz como um gesto formal vazio, a menos que aceite também a segunda. E por isso o sucesso da incorporação dos direitos de segunda geração em pé de igualdade com os da primeira deve ser considerado um triunfo do movimento socialista, como sustentou Norberto Bobbio:

uma das conquistas mais clamorosas, ainda que hoje comece a ser discutida, dos movimentos socialistas que tem sido identificados ao menos até agora com a esquerda, desde um século.<sup>43</sup>

A idéia aqui não é que aos liberais importam apenas as liberdades civis e políticas e que aos socialistas importam apenas os direitos sociais.<sup>44</sup> Liberais e socialistas defendem os bens que estão por trás de ambas as gerações de direitos,<sup>45</sup> mas a diferença encontra-se na razão pela qual eles são importantes em cada tradição. Na tradição liberal, os direitos se fundam no auto-interesse (porque eles não dependem de, senão antecedem a comuni-

<sup>41</sup> Sobre o estado de natureza, veja-se Nozick, *Anarchy*, p. 3-25 [17-38].

<sup>42</sup> Weinrib, *Idea of Private Law*, p. 150-160.

<sup>43</sup> Bobbio, N. *Derecha e Izquierda*, p. 151, para Peces-Barba, os direitos sociais são “um aporte socialista original ao acervo dos direitos humanos (em Peces-Barba, *Derecho y Derechos Fundamentales*, p. 413); Carl Schmitt, de sua parte, *Teoria de la Constitución*, p. 175, denomina os direitos sociais de “direitos e pretensões socialistas (ou mais suavemente sociais)” (ênfase agregado); cf também Waldron, “Nonsense upon stilts?”, p. 158.

<sup>44</sup> Ou ambos, como sustentava a propaganda soviética.

<sup>45</sup> Como disse o mesmo Bobbio: “Que doutrina política não tem que ver, em maior ou menor medida, com a igualdade?”, Bobbio, *Derecha y Izquierda*, p.141. Veja-se, adicionalmente, nota 48.

dade) ou, para expressá-lo de uma maneira mais elegante, no que Rawls chama de “mútuo desinteresse”.<sup>46</sup> O liberalismo, na sua variante “progressista”, acolheu a idéia de direitos sociais, mas para fundá-los deve recorrer a uma concepção mais ampla que a concepção comum de auto-interesse, um “*enlightened*” *self-interest*. Por isso, os direitos sociais em chave liberal são concebidos como uma espécie de seguro que cada agente toma para precaver-se da possibilidade de encontrar-se descoberto e necessitado.

Steven Holmes mostrou, de fato, que os autores liberais clássicos efetivamente reconheciam a existência de certos “direitos de bem-estar” (*welfare rights*). Mas precisamente com eles manejavam uma noção “natural” de direitos, *i.e.*, direitos existentes no estado de natureza (direitos em cuja justificação normativa o fato de viver em comunidade não aparece), esses direitos de bem-estar só podiam ter como limite máximo esse estado: é irracional aceder a um pacto constitutivo se em virtude do pacto o sujeito ficará pior do que estava no estado de natureza.<sup>47</sup> Se o indivíduo não tivesse um direito de bem-estar, um direito a um nível de vida superior à vida “solitária, pobre, desagradável, bruta e breve” de que fala Hobbes,<sup>48</sup> então os demais cidadãos não poderiam exigir-lhe respeito à autoridade. Por isso os direitos de bem-estar que Holmes encontra na tradição liberal não são direitos no sentido socialdemocrata, senão direitos a um mínimo.<sup>49</sup> O que os ofende não é a desigualdade, mas a pobreza.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Rawls, J. *Theory of Justice*, p. 13-14 [31]. Veja-se Atria e Michelon, “Is Rawls egalitarian: A critique of the difference principle” (inédito, disponível por correio).

<sup>47</sup> Hobbes, *Leviathan*, p. 21 [p. 178].

<sup>48</sup> *Ibid.*, cap. 13 [p. 103].

<sup>49</sup> Holmes invoca autores liberais clássicos como Smith, Montesquieu, Locke e Hobbes, entre outros. Para Hobbes, as leis do estado deveriam prover a manutenção de quem, “por acidente evitável, torna-se incapaz de manter-se a si próprio” (*Leviathan*, Cap. 30 [p.284]; cf. Holmes, “Liberal Guilt”, p. 88); Smith destacava a necessidade de que o governo assumisse o encargo de “ajudar os pobres” (Smith, *Wealth of Nations*, V i.d. % [p. 641]; cf. Holmes, *cit.*, p. 90; para Montesquieu, trata-se de dar “aos trabalhadores em necessidade momentânea [...] um socorro rápido, tanto para prevenir o sofrimento do povo, como para evitar a rebelião (Montesquieu, *Espírito de las Leyes*, cap. 23 § 29, cf. Holmes, *cit.*, p. 95; Locke, por último, reconhece a cada um título sobre a riqueza dos demais, “para manter-lhes distantes da necessidade extrema, enquanto careçam de meios para subsistir de outra maneira” (Locke, *Two Treatises*, i § 42 (p. 85, cf. Holmes, *cit.*, p. 86).

<sup>50</sup> Certamente essas maneiras diversas de entender os direitos sociais têm conseqüências institucionais também diversas. Um estado de bem-estar liberal caracteriza-se pela focalização, o mais precisa possível, dos programas sociais àqueles que estão abaixo da linha de pobreza, e sua finalidade limita-se a levá-los até essa linha; um estado de bem-estar socialista (socialdemocrata), pelo contrário, recorre de modo mais típico a programas universais e não focalizados (nos estudos comparados de estados de bem-estar é comum encontrar referência a uma terceira categoria: o estado corporativo de bem-estar, mas aqui não necessitamos considerá-la). Um bom exemplo do estado liberal de bem-estar são os Estados Unidos, enquanto países como os escandinavos são os casos exemplares de estados socialdemocratas de bem-estar (a Alemanha é o exemplo tradicional de estado corporativo de bem-estar). A formulação canônica desses diferentes “mundos” do capitalismo de bem-estar está em Esping-Andersen, *Three Worlds of Welfare Capitalism*; veja-se, também, Headley, Muffels e Dirven, *Real World of Welfare Capitalism*.

Na tradição socialista, os direitos sociais são uma manifestação de uma forma superior de comunidade, em que (*e.g.*) cada um contribui de acordo com suas capacidades e recebe de acordo com suas necessidades. Essa é precisamente a idéia discernível na análise oferecida por T.H. Marshall.<sup>51</sup> Os direitos sociais constituem uma maneira mais ampla, mais completa de conceber a cidadania, e como a cidadania significa pertencer a uma comunidade política, os direitos sociais de que nos fala Marshall são uma conseqüência da nova forma de conceber a associação comunitária. Agora a mera pertença a uma comunidade política é suficiente para fundar esses direitos. A diferença entre a cidadania liberal (*i.e.*, direitos civis e políticos, nos termos de Marshall) e a socialista é que enquanto a primeira é uma forma de comunidade que se caracteriza porque seus membros “não têm interesse nos interesses de outros”,<sup>52</sup> a segunda é uma forma de comunidade em que cada um de seus membros tem um interesse no bem-estar do outro, um interesse que se estende, como expressava o *slogan* do *National Health Service* britânico, “from the cradle to the grave” (desde o berço até o túmulo).

A distinção entre (a eliminação da) pobreza e desigualdade nos dá a chave para distinguir entre uma concepção que chamarei “liberal” e uma “socialista” dos direitos sociais. Como sustenta Marshall:

A redução das desigualdades de classe é também a finalidade dos direitos sociais, mas adquiriu um novo sentido. Já não é somente uma tentativa de diminuir os dis- sabores óbvios da miséria. Agora se apresenta como ação tendente a modificar todo o padrão de desigualdade social. Já não se satisfaz com levantar-se o nível do solo no subterrâneo do edifício, deixando os pisos superiores como estavam. Começou a remodelar o edifício completo, e pode inclusive converter um arranha-céu em um *bungalow*.<sup>53</sup>

Do que se trata agora, então, é examinar como essas duas concepções podem expressar-se através do raciocínio jurídico.

9. Antes disso, sem embargo, é necessário enfatizar que em seus princípios a noção de direitos (naturais) não era parasitária da noção de direito (subjetivo). Não era, em outras palavras, reduzível *nem* à tese de que todos os seres humanos enquanto tais gozam desses direitos no sentido jurídico do termo, *nem* à tese de que eles deveriam ter, conforme o direito do Estado respectivo, esses direitos subjetivos.

Em vez de fazer alusão aos direitos subjetivos que os indivíduos têm ou devem ter, a noção política de *direitos* (humano, natural, etc.) afirmava que *certos* bens (liberdade, igualdade perante a lei, educação, proteção da

<sup>51</sup> Marshall, *Citizenship and Social Class*, p. 8-17 [p.22-36].

<sup>52</sup> Rawls, *Theory of Justice*, p. 13 [p. 31].

<sup>53</sup> Marshall, *Citizenship and Social Class*, p. 28 [p. 52].



saúde, etc.) eram *especialmente* importantes. É perfeitamente coerente utilizar a linguagem dos direitos como linguagem *política* e não jurídica. No sentido *político* da expressão “*w* tem direito (humano, natural, etc.) a *x*” pode perfeitamente ser um “Estado é ilegítimo, e sua autoridade se baseia somente na força, se não assegura a *w* o gozo de *x*”.<sup>54</sup> Mas como existem muitas maneiras por meio das quais *x* pode ser garantido, é perfeitamente possível que *w* goze de *x* sem que a forma jurídica através da qual se lhe garanta seja um *direito subjetivo* a *x*.

Porém, essa idéia nada contra o *Zeitgeist*. Hoje é comum encontrar-se com a idéia de que os direitos humanos não significam nada, ou significam que os homens, pelo fato de serem homens, de fato gozam, ou (em sua versão mais plausível) *deveriam gozar*, dos direitos humanos como direitos subjetivos reconhecidos pelo sistema jurídico.<sup>55</sup> Em outras palavras, hoje parece haver um consenso cada vez mais extenso sobre a idéia de que os direitos humanos são parasitários dos direitos subjetivos jurídicos, *na medida em que se definem pela sua relação com estes*. Esta idéia, evidente como pode hoje nos parecer, é relativamente nova. De fato, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por exemplo, não foi uma lei, mas uma *declaração* sem efeitos jurídicos próprios.<sup>56</sup> Com efeito, como poderia alguém ter direito subjetivo à *segurança*? O mesmo pode-se dizer da declaração norte-americana, e inclusive da declaração universal de 1948. A declaração universal tinha por finalidade promover “uma concepção comum” dos direitos que permitisse evitar “atos ultrajantes para a consciência da humanidade”, de modo que, vivendo em “um mundo livre do temor e da miséria”, os homens não se veriam “compelidos ao supremo recurso da rebelião contra a tirania e a opressão”.<sup>57</sup> Por isso o que os povos do mundo fizeram foi *declarar* esses direitos, declaração que deve entender-se como um esforço para fazer do mundo um lugar em que as atrocidades que haviam ocorrido recentemente fossem menos prováveis; o mundo é distinto desde que entendemos que ele (*todo* o mundo) é habitado por seres que têm esses direitos. A declaração é um ato performativo, cujo sentido é transformar o mundo ao declará-lo transformado.

Hoje, sem embargo, tudo isto é rapidamente descartado como retórica política, linguagem “metáforica” ou sentido “figurativo”,<sup>58</sup> “meras” declarações de princípios, obrigações “programáticas” que a nada obrigam, *a menos que* os direitos declarados impliquem no mínimo a exigência de conceder ao seu titular um direito subjetivo dotado de todas as caracterís-

<sup>54</sup> Veja-se Atria, F, “Legalismo, derechos y política”, *supra* nota 13.

<sup>55</sup> Para uma formulação bastante explícita dessa idéia, veja-se *infra*, texto que acompanha nota 87.

<sup>56</sup> A importância desse fato é uma questão que me foi destacada por Michel Troper.

<sup>57</sup> *Declaração Universal de Derechos Humanos* (Nações Unidas, 1948), preâmbulo.

<sup>58</sup> Cf. Peces-Barba, *Derecho y Derechos Fundamentales*, p. 415-416.

ticas próprias dos direitos subjetivos, especialmente *exigibilidade*. Nesse contexto, há um sentido importante em que o conflito político, especialmente na América Latina (e também na Europa do Leste<sup>59</sup>), deslocou-se das ruas ou parlamentos para os tribunais.

10. O deslocamento a que me refiro não é simplesmente uma mudança do *locus* institucional, ainda que ninguém possa negar a importância política dos tribunais ordinários e constitucionais aumentou de modo considerável nos últimos 20 anos. O problema não é (ou não é só) que hoje sejam tribunais os que decidem questões que antes estávamos acostumados a crer que deveriam ser decididas por assembleias representativas. Isso de fato tem ocorrido, mas adicionalmente se produziu uma mudança de valoração do direito e de sua relação com a política. Hoje o direito é visto como o *medium* da ação política. Por certo, o direito sempre esteve relacionado com a política, ao menos no sentido de que o direito era o resultado da política. Mas em algum sentido importante a política gozava de certa prioridade frente ao direito.

Para entender essa prioridade é útil considerar o momento em que ela foi explicitamente formulada em termos de teoria do direito.<sup>60</sup> Refiro-me ao surgimento do positivismo na Inglaterra do final do século XVII e princípios do século XVIII. O que caracterizava esse positivismo não era a pretensão de determinar as condições de conhecimento científico do direito (como em Kelsen<sup>61</sup>), nem prover uma análise do “conceito” de direito (como em Hart<sup>62</sup>) senão seu objetivo político de afirmar a autonomia do direito como instrumento político. Nos termos de Norberto Bobbio, tratava-se de um positivismo ideológico ou ético.<sup>63</sup>

Com efeito, o positivismo jurídico nasceu junto com o Estado-nação afirmando que o direito é artificial, e que por conseqüência o que os juristas

<sup>59</sup> Ainda que celebrando esse desenvolvimento, veja-se Schwartz, H, *The Struggle for Constitutional Justice*.

<sup>60</sup> Atria, “La ironia del positivismo jurídico”, de próxima aparição em *DOXA* (2005).

<sup>61</sup> Atria, “Es posible una ‘Teoría Pura’ de la argumentación jurídica”, de próxima aparição em Squela (ed), “Que Queda de la Teoría Pura del Derecho?” (Valparaíso, Edeval).

<sup>62</sup> Cf. Atria, *supra* nota 59.

<sup>63</sup> Bobbio, *Positivismo Jurídico*, p. 233-235; Bobbio crê, contudo, que o positivismo ético (na sua versão moderada) afirma o valor da *ordem*. Sem embargo, isso, assim como a versão ‘extrema’ do positivismo ético identificada por Bobbio, parece também “própria mais dos adversários que dos defensores do positivismo jurídico” (Bobbio, *Positivismo Jurídico*, p. 233). O positivismo ético não tem por que afirmar que todo direito, por ser direito, tem valor, nem sequer “moderadamente” (Veja-se Atria, “Bobbio y el positivismo ético”, de próxima aparição em *Anuário de Filosofía Jurídica y Social*, Valparaíso, 2005). É possível ter uma teoria positivista ética (como é, creio, a melhor interpretação da tradição positivista) que enfatiza o valor do autogoverno democrático e que defende a estrita sujeição do juiz à lei (dado um modo de produção do direito que reflete o autogoverno) como a única maneira em que esse valor pode ser servido. Nesse sentido, veja-se Campbell, *Ethical Positivism*, e Campbell e Goldworthy (eds), *Judicial Power*.

chamavam “a razão artificial” do direito não era senão um disfarce para dar maior respeitabilidade às suas preferências políticas (habitualmente conservadoras). Sendo o direito artificial, uma manifestação da *vontade* do soberano, então os juristas e os juízes estão submetidos a ele. Os juristas e os juízes modernos já não podem entender a lei como a haviam entendido os medievais, vale dizer, como derivações da lei natural que, em consequência, podiam ser derivações corretas ou incorretas; para o juiz e o jurista deviam ser consideradas *dogmas*. O positivismo é a manifestação jurídica da idéia política moderna de que os governos (e o direito) são instituídos artificialmente pelos homens, que em consequência podem, como disseram os revolucionários norte-americanos em 1776,

Reformulá-los ou aboli-los, e instituir um novo governo e organizar seus poderes na forma que a seu juízo garanta melhor sua liberdade e segurança.<sup>64</sup>

O positivismo era, nesse sentido, (assim como o movimento codificador), um movimento para assegurar a sujeição à lei dos “sinister interest” de “Judges & Co”,<sup>65</sup> afirmando a prioridade da política (o direito como vontade, não como razão) sobre a razão artificial do direito.<sup>66</sup>

Hoje, sem embargo, a relação entre direito e política inverteu-se e nos convida a celebrar a sujeição da política ao direito. A essa visão, que concebe o direito como o que estrutura, limita e ordena o debate político, denominarei de “legalismo”.<sup>67</sup> O legalismo já não concebe o direito como o “grande ocultador da opressão”,<sup>68</sup> senão como o meio através do qual a comunidade constitui-se a si mesma. Agora o direito expressa “o povo que ser e a comunidade que aspiramos ter”.<sup>69</sup> Liberais e republicanos celebram o potencial emancipador do direito, ainda que alguém poderia ter esperado algo distinto.<sup>70</sup> Inclusive entre as posturas mais explicitamente radicais, é através da subversão dos significados jurídicos, a detecção do contra-princípio que jaz, indefectivelmente, escondido sob o princípio, que será possível

---

<sup>64</sup> *Declaração de Independência Norte-americana* (1776).

<sup>65</sup> Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, p. 199-200. Van Caenegem, enfatizou que “historicamente a codificação foi uma arma utilizada contra a judicatura” (Van Caenegem, *Judges*, p. 152).

<sup>66</sup> Certamente essa prioridade criava uma tensão com a noção de estado de direito, em especial com a noção de “estado material de direito” (na medida em que a idéia de estado formal de direito visava à configuração positiva do poder legislativo com a melhor garantia, enquanto que o estado material considera essa garantia insuficiente e introduz critérios materiais de legitimação. Veja-se, em geral, sobre esse tema, Böckenförde, “Origen y cambio”; veja-se também Atria, “Legislation and adjudication”, de próxima aparição em *International Journal of Constitutional Law*.

<sup>67</sup> Cf. Shklar *Legalism*, p. 111 [p. 125]. Veja-se adicionalmente Atria, “Legalismo, política y derecho”, *supra*, nota 13.

<sup>68</sup> Christodoulidis, E, *Law and Reflexive Politics*.

<sup>69</sup> Dworkin, R, *Law Empire*, p. 413.

<sup>70</sup> Habermas destaca de modo aprovativo o fato de que “não deixa de ser interessante que o republicanismo, como talvez se pudesse esperar de sua aspiração democrata-radical, não se converta em advogado do *judicial self-restraint* (Habermas, *Facticidad y Validez*, p. 351).

voltar a lutar pelos velhos ideais da esquerda.<sup>71</sup> Na prática política, especialmente em vários dos países latino-americanos (Argentina e Chile entre outros<sup>72</sup>), a idéia de utilizar foros judiciais para lutar pelo progresso social e político se fez mais e mais corrente, e estes foros conseqüentemente mais e mais importantes.<sup>73</sup>

O pressuposto básico desta aceitação generalizada do direito como o meio de expressão do conflito político é que o direito é *neutro*, vale dizer, que o direito permite a expressão sem distorções das pretensões políticas. A idéia foi explicitamente defendida por Zagrebelsky: o direito é “*dúctil*”.<sup>74</sup> O curioso disso é que navega contra uma importante idéia, sustentada por autores tão diversos como Pashukanis, Hayek e Marx: que o direito *não* é neutro, que em algum sentido importante a forma do direito está vinculada aos mesmos arranjos políticos e econômicos que a esquerda detesta.<sup>75</sup> Marx expressou essa idéia em uma famosa passagem de *Sobre a questão judia*:

os chamados direitos humanos, os *droit de l'homme*, à diferença dos *droit du citoyen*, não são outra coisa que os direitos do membro da sociedade civil, ou seja, os direitos do homem egoísta, do homem que vive à margem do homem e da comunidade (...)  
O direito humano de liberdade não descansa sobre a união do homem com o homem, senão que se baseia, pelo contrário, na separação entre os homens.<sup>76</sup>

11. Dentro do direito e das constituições, o *locus* natural que serve de sucedâneo para o conflito político é o conjunto de direitos reconhecidos pelas constituições modernas e/ou pelos tratados internacionais. De fato, se Zagrebelsky está correto, e o direito é completamente *dúctil*, as demandas de liberais e socialistas deveriam poder reaparecer no discurso jurídico sem sofrer tergiversações, como interpretações concorrentes de enunciados jurídicos vagos como os que aparecem, por exemplo, no que se denomina a “*parte dogmática*” das constituições.

<sup>71</sup> Unger, R. *Critical Legal Studies*. Cf. também do autor, *Legal Analysis as Institutional Imagination*. Veja-se em geral, Altman, *Critical Legal Studies*.

<sup>72</sup> Pela Argentina, veja-se a crônica de Bhmer, M. “La corte de los '80 y la corte de los '90: um diálogo sobre el *rule of law* em Argentina”. No Chile, veja-se Atria, F. “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”, em 79 *Estudios Políticos*, p. 347-402.

<sup>73</sup> No Chile e na América Latina, influentes programas de “ações de interesse público” e um uso reiterado de ações de amparo ou (como são denominados no Chile) proteção de direitos fundamentais por parte de ONGs converteram as cortes em árbitros de conflitos que há algum tempo não poderiam ser entendidos senão como conflitos políticos por excelência. Veja-se, a respeito, Gonzalez, F. “Evolución y perspectivas”. Veja-se, adicionalmente, Correa Sutil, “Cenicienta se queda en la fiesta”, e Atria, “La hora Del derechos. Los ‘derechos humanos entre el derecho y la política’”, em 91 *Estudios Públicos* (2003): 45-90.

<sup>74</sup> Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil*.

<sup>75</sup> Veja-se Pashukanis, E. B. *Law and Marxism*; Hayek, F. *Rules and Order*. A explicação do sentido em que Hayek e Pashukanis coincidem em identificar a *forma* do direito (não apenas o seu conteúdo) com o capitalismo de mercado está em Bankowski, Z. *Living Lawfully*, p. 80-89. cf. também Waldron, “Karl Marx’ On the jewish question”, p. 126.

<sup>76</sup> Marx, K. *Critique of the Gotha Program*, p; 478.

Não há dúvida de que em boa medida isso é assim. Como assinalou Jeremy Waldron,<sup>77</sup> o conflito jurídico tende a refletir o conflito político. Isso é muito mais evidente quando se trata de questões jurídicas cujas consequências políticas são especialmente diretas, como costuma ser o caso tratando-se de questões relacionadas com a interpretação e proteção dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a idéia crítica de que o direito é política é correta enquanto implica que o conflito político se manifesta no conflito jurídico, que este não é autônomo em relação àquele.

Sem embargo, para que o direito seja neutro, vale dizer, para que através dele possa manifestar-se o conflito político sem distorções de entrada, não é suficiente que o discurso jurídico careça de autonomia a respeito do discurso político. Exige-se adicionalmente que o direito seja *completamente dúctil*, no sentido de que qualquer demanda política possa ser manifestada através dele sem necessidade de distorcê-la, vale dizer, sem necessidade de apresentá-la de um modo distinto de como ela de fato é.<sup>78</sup>

E é esta a condição que o direito não pode cumprir. Uma maneira de explicar porque o direito não pode cumprir essa condição é considerando a discussão sobre a relevância jurídica dos direitos sociais, porque se tratando de direitos sociais, o sentido *jurídico* do substantivo não é neutro a respeito das duas maneiras já distinguidas<sup>79</sup> de entender o significado *político* do adjetivo.

12. Se o argumento até agora é plausível, uma das formas em que o confronto político entre liberalismo e socialismo reaparece é como um confronto entre direitos civis e políticos e direitos sociais e a importância relativa de cada grupo. Parece que o direito de nossa época encontrou uma nova linguagem para resolver os conflitos de sempre. Agora quero mostrar que essa aparência é enganosa, porque o direito não permite expressar sem distorção esses conflitos: o direito é dúctil, mas não é completamente dúctil. Nem sequer *suficientemente* dúctil.

Em abstrato, o argumento é relativamente simples: vimos que o conceito de direito subjetivo faz referência à idéia de que o que é justo dar, fazer ou não fazer ao titular do direito pode determinar-se com independência de considerações substantivas de índole geral. Por isso os direitos triunfam (ao menos em princípio) sobre considerações de utilidade geral ou aspirações comunitárias. O maior bem-estar social ou a aspiração comunitária não podem constituir uma razão que triunfe sobre um direito. Isso é

<sup>77</sup> Em Waldron, *Law and Disagreement*, p. 221-231 e *passim*.

<sup>78</sup> Ao menos se tratando de posições políticas que, em termos de Rawls (*Liberalismo Político*, p. 45-58 (67-71)), são razoáveis.

<sup>79</sup> *Supra*, § 8º.

o que “ter direito a ...” *significa* no jogo de linguagem do direito. O comprador demandante não necessita provar, para garantir o direito em juízo, que a sociedade como um todo estará melhor se a sua demanda for acolhida, e o vendedor demandado não pode opor uma exceção de bem-estar geral para escusar-se do cumprimento.<sup>80</sup>

Os fins coletivos (ou comunitários) que justificam os direitos sociais, por consequência, não poderiam vencer os direitos individuais se não estão expressos na linguagem dos direitos. Enquanto aqueles sejam “apenas” fins agregativos, estes sempre sairão vencedores. Como vimos, essa é uma das razões pelas quais os direitos sociais foram precisamente apresentados como “direitos”. Mas certamente, uma vez que essas idéias comunitárias são expressas como “direitos”, a idéia comunitária em que descansam é negada e a demanda é entendida como uma demanda de *indivíduos* contra a comunidade.

O argumento a seguir tem como corolário que existe um sentido importante no qual a expressão “direitos sociais” é uma contradição, tão contraditória como “solteiro-casado”. Apesar disso, muito esforço e inteligência têm sido gastos para oferecer uma noção de direitos sociais que seja razoável. Sem embargo, persiste sempre uma tensão entre o que depende do conteúdo do material jurídico positivo (*i.e.*, positivado, *posto*) e o que depende do modo de operação de práticas institucionalizadas que chamamos “jurídicos”; uma tensão, em outras palavras, entre visar à *substância contingente* do direito posto ou à sua *forma necessária de operação* (necessária, *i.e.*, enquanto jurídica) para explicar a especial (desvalorizada) posição que ocupam os direitos sociais frente aos direitos de primeira geração nos sistemas jurídicos ocidentais.

Quero agora mostrar com exemplos o fenômeno indicado. Para isso, começaremos mostrando como a tensão entre a substância do direito e sua forma de operação aparece ao analisar os modos de operação dos direitos sociais e dos bens que protegem; logo o exame será dirigido a duas propostas aparentemente contraditórias sobre como deveríamos proteger esses bens, para terminar com um caso em que o discurso jurídico torna estritamente impossível um significado político.<sup>81</sup>

<sup>80</sup> Nada obsta, desde logo, que se reforme o Código Civil e que se crie uma exceção de bem-estar geral. O argumento só implica que, na medida em que esse fosse o caso, o que tivesse o vendedor deixaria de ser reconhecido como um direito subjetivo (a questão é um pouco mais complexa, contudo. Que o vendedor tenha uma exceção de utilidade geral é estritamente compatível com que o comprador tenha um direito à entrega da coisa, porque tal exceção poderia cumprir a função da cláusula “em princípio” discutida mais acima (*supra*, n. 25). Mas se o comprador necessita provar que a sua demanda dirige-se ao bem geral, ou se o vendedor pudesse eximir-se de cumprir provando somente que nas circunstâncias, é conveniente socialmente que ele não cumpra (e não apenas para evitar, parafraseando Nozick, *Anarchy*, 30n [42n], “horrores jurídicos catastróficos”, então não poderíamos dizer que na realidade tem um direito.

<sup>81</sup> Sustentarei que o que denominei a “concepção socialista” dos direitos sociais não pode sobreviver à juridificação do conceito, porque a forma jurídica impõe sobre o próprio conceito um significado liberal. Essa concepção é então a que agora discutiremos. Por isso, a seguir utilizarei a expressão “direitos sociais” para referir-me só à concepção socialista já identificada.

13. Começamos considerando um aspecto da discussão sobre o *status* normativo dos direitos sociais na Constituição espanhola. Como se sabe, a maioria dos bens que habitualmente se denominam direitos sociais são agrupados por esta constituição em seu capítulo 3º, ao que logo se lhe nega proteção judicial. Ante essa situação, autores como Luis Prieto Sanchís se perguntam por que os denominados “princípios reitores da política econômica e social” do capítulo III da Constituição espanhola aparecem neste texto constitucional “juridicamente desvalorizados”,<sup>82</sup> em especial se essa desvalorização “responde na verdade a alguma exigência técnica ou representam apenas o fruto de uma decisão política”<sup>83</sup> (note-se como Prieto formulou com toda precisão a tensão identificada mais acima). Como Prieto encontra, em outras partes da Constituição espanhola, direitos que mostram as possíveis notas características dos direitos sociais, mas que estão dotados de exigibilidade judicial, inicialmente ele conclui que se os princípios se acham juridicamente desvalorizados

não é principalmente porque sejam direitos sociais, vale dizer, não é porque não reúnam algumas das características próprias dos direitos, *senão porque obedece apenas à vontade constituinte*.<sup>84</sup>

Não obstante essa conclusão, Prieto logo nos informa que a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol reconheceu valor normativo aos princípios reitores, ainda que limitado, porque “a concreta operatividade deles não resulta sempre uniforme e geralmente depende da presença de outras disposições relevantes para o caso”.<sup>85</sup> Quando a pergunta que Prieto intenta responder é por que o reconhecimento do “valor normativo” dos princípios reitores é limitado deste modo, a explicação que nos oferece não descansa já em uma “decisão política” da “vontade constituinte” contida no capítulo III, porque “ainda quando” essa decisão mudasse, permitindo a proteção judicial desses direitos,

é provável que os tribunais não pudessem chegar muito mais longe de onde chegou a doutrina do Tribunal Constitucional (...) Pela *própria natureza da atividade jurisdicional*, dos possíveis efeitos de suas sentenças e da forma executiva delas, cabe supor que enquanto não se arbitre uma articulação detalhada dos distintos princípios, a outorga de amparo judicial mostraria uma virtualidade bastante limitada ante o vazio jurídico de normas secundárias ou de organização.<sup>86</sup>

Aqui vemos como Prieto se move entre os dois extremos do dilema que estamos examinando: se a razão pela qual os direitos sociais estão juridicamente desvalorizados é “uma declaração expressa da vontade cons-

<sup>82</sup> Prieto Sanchís, *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, p. 190.

<sup>83</sup> *Idem*, p. 187.

<sup>84</sup> *Idem*, p. 190 (grifo acrescentado).

<sup>85</sup> *Idem*, p. 196.

<sup>86</sup> *Idem*, p. 197-198 (grifo acrescentado).

tituinte” poderia parecer que basta mudar essa vontade para revalorizá-lo. Mas se a desvalorização se deve à *natureza* dos mecanismos jurídicos de exigibilidade, então nos deparamos com os limites da ductibilidade do direito. No primeiro caso, podemos manter o direito como *medium* e dirigir nossos esforços a modificar o conteúdo do direito, a substituir a decisão constituinte por uma decisão de conteúdo correto; no segundo caso, tentar modificar a decisão constituinte seria inútil do modo mais espetacular, porque “ainda quando” essa decisão fosse modificada nos depararemos com o fato de que a proteção dos direitos sociais não pode ser equiparável à que gozam os direitos civis e políticos. E esse não pode é um “não pode” que atesta as limitações da linguagem jurídica como linguagem institucionalizada: as instituições são dúcteis, mas não completamente.

Para mostrar que o direito *não pode* proteger os direitos sociais como se pode proteger os direitos civis e políticos não é suficiente, sem embargo, um argumento abstrato sobre a natureza institucional do direito e o conteúdo político de seus conceitos: é necessário ver como falham as tentativas de torcer a forma do direito para adequá-lo ao conteúdo buscado.

14. Para apreciar isso pode ser interessante comentar algumas idéias sobre direitos sociais, aparentemente opostas, que três autores argentinos defenderam recentemente. Refiro-me, por um lado, a *Los derechos sociales como derechos exigibles*, de Víctor Abramovich e Christian Courtis, e “La pobreza, la ley y la constitución”, de Carlos Rosencrantz. É interessante destacar que, apesar da oposição em que se encontram entre si os argumentos de cada um deles (Courtis e Abramovich alegando que os direitos sociais devem ser tratados como direitos civis e políticos quanto à sua exigibilidade e proteção jurisdicional, e Rosencrantz, por seu turno, alegando que devemos considerar seriamente a possibilidade de eliminar os direitos sociais de nossos catálogos constitucionais), ambos compartilham a idéia de que os direitos só são plenamente reconhecidos quando são judicialmente protegíveis.<sup>87</sup> Na realidade, seus argumentos, apesar de parecerem diferentes, são perfeitamente complementares: eles mostram quais são as conseqüências que se seguem do modo que o direito entende os direitos. Ao serem ambas as posições insuficientes, como tentarei mostrar, eles conjuntamente mostram os limites da ductibilidade do direito.

Em sua argumentação pela exigibilidade dos direitos sociais, Abramovich e Courtis partem de uma posição que pode parecer estranha, porque parece preferir a água suja da banheira ao bebê:

ainda que um Estado cumpra habitualmente com a satisfação de determinadas necessidades ou interesses tutelados pelo direito social (...) nenhum observador pode-

<sup>87</sup> Vejam-se os textos que acompanham as notas 86 (por Abramovich e Courtis) e 97-98 (por Rosencrantz).



ria afirmar que os beneficiados pela conduta estatal gozam desse direito como direito subjetivo, até poder verificar se a população se encontra na realidade em condições de exigir judicialmente a prestação do Estado ante um eventual descumprimento.<sup>88</sup>

Aqui Abramovich e Courtis sustentam a estranha tese de que para que um direito social se encontre plenamente reconhecido não basta que o Estado satisfaça a necessidade a que se refere, porque esse reconhecimento não se alcançará “até superar os obstáculos que impedem sua adequada justiciabilidade”.<sup>89</sup> Mas politicamente, desde logo, parece preferível preferir a substância à forma.

Apesar de que possa parecer politicamente insensata, creio que essa posição de Abramovich é juridicamente impecável, porque juridicamente a forma triunfa sobre a substância: se os direitos sociais são *direitos*, vale dizer, se devem ser entendidos conforme a técnica dos direitos subjetivos, então eles *devem poder* ser reclamáveis. Para o advogado, é irrelevante que o vencedor entregue a coisa, o que lhe importa é que o comprador tenha uma ação para exigir a entrega se o vencedor não cumpre a obrigação. Que o direito não reconheça uma ação a uma determinada pretensão *quer dizer*, como vimos,<sup>90</sup> que esta pretensão não constitui um direito subjetivo no sentido próprio do termo: *Ubi jus, ibi remedium*. Qualquer advogado entenderia imediatamente o sentido no qual o credor de uma *obligatio naturalis* não tem realmente um *direito subjetivo* à prestação precisamente porque não pode demandá-la judicialmente. Como os direitos sociais são reconhecidos como direitos (isto é, aparecem como tais nos catálogos de praticamente todas as constituições ocidentais), a conclusão forçosa é que eles são tão acionáveis como os direitos civis e políticos. Estritamente, todos eles são *igualmente* acionáveis, porque sua acionabilidade lhes vem dada pelo fato de que sejam reconhecidos (ou configurados) no sistema jurídico como *direitos*. Por assim dizer, o que os faz acionáveis é que sejam *direitos*, independentemente de serem ou não sociais.

Certamente, Abramovich e Courtis entendem que os direitos sociais não podem ser completamente exigíveis, porque em uma medida importante eles dependem de sistemas que o juiz não pode, pelo tipo de cargo que ocupa, criar.<sup>91</sup> Nesses casos, por certo, a exigibilidade dos direitos sociais é severamente limitada:

---

<sup>88</sup> Abramovich e Courtis, *Derechos sociales*, p. 37.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>90</sup> Veja-se supra § 5.

<sup>91</sup> Porque, como vimos, a caracterização de seu aspecto ativo não caracteriza completamente seu aspecto passivo. Aqui não basta saber que *w* tem direito a *x* para poder concluir quem tem qual obrigação. Talvez à vista do caso particular o juiz possa chegar à conclusão de que seria bom ou justo ou correto que se provesse o demandante do serviço que reclama, mas disso não se segue resposta à pergunta de quem tem que ser o provedor.

Não há dúvida de que a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais depende em parte de atividades de planificação, previsão orçamentária e execução que *por natureza* correspondem aos poderes políticos, sendo limitados os casos em que o poder judicial pode levar a cabo a tarefa de suprir a inatividade daqueles.<sup>92</sup>

Note-se a referência ao que *por natureza* é o caso: o que fica excluído da proteção pela “natureza” do direito é *precisamente* a idéia central dos direitos sociais: que eles configuram uma forma diferente de comunidade, em que a comunidade como um todo se preocupa do bem-estar de cada um de seus membros. Só uma noção deste tipo completa a caracterização do conteúdo passivo dos “direitos”.

Tendo excluído essa dimensão dos direitos sociais, os autores crêem poder resgatar algo ainda: a idéia de que *alguns aspectos* desses direitos são exigíveis. Mas surpreendentemente (ou, talvez, previsivelmente), quando eles procedem a determinar de modo preciso quais são estes aspectos, o que aparece não são nem direitos sociais, nem as necessidades que os direitos sociais tendem a satisfazer: a *principal* dimensão da exigibilidade dos direitos sociais, a que “fica sempre aberta”, nos dizem os autores, é

a possibilidade de questionar judicialmente a violação de obrigações do Estado por assegurar discriminatoriamente o direito.<sup>93</sup>

Mas ao falar disso não estamos falando da exigibilidade dos direitos sociais, senão do velho direito à igualdade formal, o direito à igualdade que aparece na declaração francesa de 1789 e na americana de 1776: a igualdade de ricos e pobres para freqüentar uma medíocre escola pública, ou postular uma minúscula moradia popular, ou ter acesso a um deteriorado consultório de saúde estatal. “Medíocre”, “minúscula”, ou “deteriorado” não porque a provisão de serviços públicos seja desigualitária (em nossos países *todas* as escolas, habitações e consultórios públicos são medíocres, minúsculos ou deteriorados em comparação com seus equivalentes privados). O que Abramovich e Courtis deixam “sempre aberto” não implica *standard* algum de avaliação entre os sistemas públicos e privados.<sup>94</sup>

Porém ainda quando é possível ir mais além do que “fica sempre aberto”, e quando a violação a um direito social pode ser diretamente invocada ante um tribunal, é necessário que ela seja “*reformulada* (...) em termos de violação individualizada e concreta, ao invés de em forma genérica”.<sup>95</sup> Desse modo, o direito social à saúde, que originalmente consistia na garantia de um nível de atenção à saúde de todos (porque uma comunidade na qual todos nos preocupamos pelos outros é uma comunidade mais decente que outra em que cada um persegue seu bem-estar individual e o resto é feito

<sup>92</sup> Abramovich e Courtis, *Derechos Sociales*, p. 44 (grifo acrescentado).

<sup>93</sup> *Idem*, p. 43.

<sup>94</sup> Abramovich e Courtis, *Derechos Sociales* (destaque acrescentado)

<sup>95</sup> *Ibidem* (grifo acrescentado).

pela mão invisível), converte-se em um direito individual alegado pelo demandante, para que se obrigue o Estado a dar uma determinada prestação de saúde, sem que as necessidades dos outros possam ser relevantes (as necessidades dos outros aparecem em juízo como não distribuídas, vale dizer, como objetivos de política, e os direitos sempre triunfam). O que chega ao tribunal não é um direito social, não *pode ser* um direito social, senão uma demanda privada, que expressa já não a idéia de uma forma superior de comunidade, senão a negação desta: a pretensão do demandante de que seu interesse seja atendido, ainda que a custa do interesse dos demais.

Abramovich e Curtis crêem que podem aproveitar-se da ductibilidade do direito e apropriar-se do termo “direito subjetivo” ignorando o “contexto político-ideológico que culminou na articulação técnica dessa noção”.<sup>96</sup> Mas se o argumento até agora está correto, os conceitos mordem de volta de modo perverso: não se trata de que Abramovich e Curtis hajam adaptado a noção individualista de direitos subjetivos a suas finalidades sociais, senão que suas finalidades sociais foram capturadas pelo conceito que elegeram. Estritamente falando, a expressão “direitos sociais” é uma contradição nos termos, se a expressão “direito” se entende fazendo referência à idéia de direito subjetivo. Para mudar o conteúdo político de um conceito não basta querer mudá-lo.<sup>97</sup>

15. C. Rosenkrantz, por seu turno, chega à conclusão precisamente oposta: como o direito não pode redimir a promessa dos direitos sociais, estes, enquanto *direitos jurídicos*, estão condenados a manter-se como promessa incumprida, desvalorizando as *outras* promessas que o direito faz, em particular a promessa de defender os direitos civis e políticos: “a existência de direitos constitucionais que não são executáveis prejudica a credibilidade de toda a constituição”.<sup>98</sup> Como os direitos civis e políticos interessam a todos, então temos razões para proteger a credibilidade da constituição, e para isso devemos remover os direitos sociais de nossas constituições.

Rosenkrantz *agudamente* percebe que o problema está na maneira (contingente a seu juízo), em que os direitos se entendem na cultura Argentina:

---

<sup>96</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>97</sup> Os autores se acautelam de algo parecido que ocorreu quando se tentou utilizar o direito privado para proteger direitos não-patrimoniais, “como a vida, a liberdade de consciência, a liberdade religiosa ou os chamados direitos personalíssimos”. O direito só pode outorgar-lhes proteção judicial transformando-os em bens de valor econômico, traduzindo “sua afetação em termos de rendimento econômico” (*idem*, p. 51). Sem embargo, não se dão conta dos efeitos devastadores que essa necessidade de tradução implica para a idéia original de direitos sociais (ou de direitos não-patrimoniais, como nesse caso):

<sup>98</sup> Rosenkrantz, “La pobreza, la ley y la constitución”, p. 247.

Se, como sucede no nosso caso, sua cultura jurídica associa intimamente o direito e a coerção, a presença de direitos não-executáveis seguramente depreciarão o valor da constituição como uma norma guiadora de nosso comportamento social.<sup>99</sup>

Suponho que nos manteremos fiéis a Rosenkrantz se corrigirmos essa afirmação ligeira, ainda que significativamente. O determinante não é a cultura *jurídica* do país do caso, porque para o direito não existem direitos subjetivos sem ação (em outras palavras: na “cultura jurídica” ocidental, a idéia de direito subjetivo está *sempre e necessariamente*, não contingentemente, vinculada à *ação* para exigir o cumprimento coativo<sup>100</sup>). O problema para o qual aponta Rosenkrantz é a existência contingente de uma cultura *política* na qual os enunciados *políticos* sobre direitos são entendidos como se fossem parasitários de enunciados sobre direitos.

Essa ênfase na distinção do jurídico e do político pode parecer um purismo fora de moda, mas em realidade a questão é importante, como o demonstra precisamente o caso dos direitos sociais. Os direitos sociais *não podem ser* exigíveis como direitos subjetivos. Para fazer dos direitos sociais direitos juridicamente exigíveis é necessário dessocializá-los, como vimos que Abramovich e Courtis efetivamente fazem.

Rosenkrantz por certo não alega que por isso não devemos nos preocupar em obter bens como saúde, educação, habitação e trabalho para todos: só alega que esses bens não podem estar protegidos constitucionalmente por direitos sociais, a menos que estejamos dispostos a por em perigo todo o sistema de direitos fundamentais.

O significado *político* de aceitar a tese de Rosenkrantz, sem embargo, é profundamente conservador. Uma constituição como a que defende Rosenkrantz, na que os direitos sociais não são reconhecidos, seria sem dúvida o paradigma de uma constituição de direita. Nem a constituição de Pinochet chegou tão longe como o argumento de Rosenkrantz sugeriria.<sup>101</sup> E essa posição extremamente conservadora não se segue de argumentações conservadoras de Rosenkrantz, senão de uma premissa que hoje parece evidente: que a constituição é a “última palavra de uma determinação da ação política”,<sup>102</sup> e que adicionalmente a constituição deve ser entendida como um texto jurídico qualitativamente igual às leis e outras normas.<sup>103</sup> Parado-

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 247-248.

<sup>100</sup> Veja-se *supra*, § 5°.

<sup>101</sup> Ao fazer-se presente essa objeção ao professor Rosenkrantz, ele se defendeu dizendo que não temia ser acusado de direitista porque ele não era direitista. Mas isto faz sua posição mais insustentável: o direitismo de sua posição não se baseia em um argumento direitista, senão em considerações sobre o direito e os direitos. Que melhor demonstração poderia alguém pedir de que a linguagem do direito não é politicamente neutra? Se alguém vai defender uma tese direitista, não seria razoável fazê-lo porque não é um direitista?

<sup>102</sup> Rosenkrantz, “La pobreza, la ley y la constitución”, p. 248.

<sup>103</sup> Não discuti aqui à questão do significado dessa reconceitualização da constituição. Eu disse algo, sem embargo, em Atria, “Legalismo y reflexividad: la contraloría como modelo”, em J. Pallavicini e R.

xalmente, o argumento de Rosenkrantz leva à mesma conclusão que o esforço de Abramovich e Courtis: se o discurso político é parasitário do discurso jurídico, se o direito é o meio através do qual a política se manifesta, se a linguagem do direito é a linguagem da política, então a promessa dos direitos sociais deve ser ignorada.

O texto de Rosenkrantz é especialmente importante porque mostra de modo evidente o efeito *político* do discurso jurídico: como está visto, a colonização da política pelo direito faz ininteligível a pretensão socialista de um novo modo de comunidade, originalmente expresso na linguagem política dos direitos. Ao mesmo tempo, impõe uma concepção liberal (vale dizer, o que nós chamados de direita na América Latina) dos direitos. Mas a colonização da política pelo direito apresenta-se a si mesma como neutra, no sentido de que é agnóstica entre liberalismo e socialismo (e outros, desde logo). Precisamente para manter esse agnosticismo, Rosenkrantz apresenta o que, a seu juízo, é seu argumento mais forte contra a constitucionalização dos direitos sociais, uma objeção que ele denomina de “epistêmica” e que se baseia no fato de que existe desacordo sobre os direitos sociais. Dado esse desacordo, insistir na constitucionalização dos direitos sociais exclui a quem não está de acordo com nossa visão deles:

Como fará (você) para sentir-se integrado com o resto de nós em uma comunidade política quando suas opiniões em temas tão importantes que ainda não foram politicamente resolvidos não podem produzir nenhum resultado político em razão de que nossa visão sobre os mesmos temas foi privilegiado mediante sua inclusão na constituição?<sup>104</sup>

Mas para aqueles que crêm nos ideais comunitários que justificam os direitos sociais, a situação é precisamente esta: suas opiniões políticas sobre a comunidade decente não podem produzir resultado político algum, porque a linguagem que devem usar para expressá-las os obriga a distorcê-las. A situação é ainda mais grave que a situação que preocupa a Rosenkrantz, porque em nosso caso o excluído não pode nem sequer levantar sua voz contra a exclusão.<sup>105</sup> Sua pretensão original não se escuta, mas tampouco

---

Herrera (eds): *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho* (Santiago: Contraloría General de la República, 2002) e em “La constitución y la contingencia de lo político”, de próxima aparição em DOXA (2004).

<sup>104</sup> Rosenkrantz, “La pobreza, la ley y la constitución”, p. 250.

<sup>105</sup> Não me referirei aqui (mais que nesta nota) ao estranho naturalismo de Rosenkrantz a respeito da identidade da comunidade política: Rosenkrantz crê que a comunidade política tem limites naturais, e que em consequência a constituição deve ser uma carta de compromisso entre todos aqueles que estão de antemão incluídos (*ibid.*, p. 2500). Mas desde logo não é assim: a comunidade constitui-se a si mesma, e por isso as constituições denominam-se, precisamente, “constituições” (veja-se Rubinfeld, *Freedom and Time*, p. 131-144). Que diferenças são suficientes para estruturar, em termos de Schmitt, *Concepto de lo Político*, p. 56, a divisão propriamente política de “amigo/inimigo” é em si mesma uma questão política. Na segunda metade do século XIX nos Estados Unidos, a crença ou não na igualdade de brancos e negros foi suficiente para levar o conflito ao seu nível máximo de intensidade (isto é, converteu-se numa crença política) No Chile, durante os anos 70, foi a diferença marxista/antimarxista.

se escuta seu reclamo de que a sua pretensão original não se escuta. O direito é cego, e cego inclusive a sua própria cegueira. O direito, falando através de Rosenkrantz, tem olhos para ver a situação de exclusão em que estaria o partidário de Nozick em uma sociedade que constitucionaliza os direitos sociais, mas não tem olhos para ver a exclusão do socialista, cuja alegação não pode ser formulada na linguagem dos direitos subjetivos se é distorcida, transformada em uma alegação distinta, liberal.

16. Quero terminar esta parte comentando um exemplo mais do que estamos discutindo. Gregório Peces-Barba sustentou que o “socialismo do futuro” deve prescindir de uma das demandas características do socialismo social-democrata, a idéia do direito ao trabalho. A razão pela qual sustenta isso não é senão um argumento formal sobre a impossibilidade de positivizar judicialmente esse direito, que em consequência não pode ser realmente “direito”.<sup>106</sup> Peces-Barba crê que reconhecer o direito ao trabalho como direito requer dar a cada pessoa uma ação que lhe permita forçar alguma empresa à contratação e isso é, claro, um absurdo. Mas isso só demonstra que é absurdo entender o direito ao trabalho como um direito subjetivo acionável a um lugar de trabalho, e podemos facilmente explicar por que: porque do fato de que seja justo (bom, correto, etc.) que alguém tenha trabalho não segue sem mediação uma resposta à pergunta de quem é que está obrigado a provê-lo. Como Peces-Barba crê (ou parece crer) que os direitos só podem significar o que significam para o direito, ele perde de vista a característica mais importante do uso político da idéia de direitos. Peces-Barba crê, por exemplo, que o uso da expressão *direitos* para criticar regimes como a Espanha franquista, a Rússia de Stalin ou o Chile de Pinochet

O exemplo mostra que não podemos dar uma resposta que cubra todos os casos, porque é uma questão política por excelência. Imputando-lhe crenças que me parecem razoáveis, imagino que Rosenkrantz sustentaria que os americanos (do norte) tinham razão ao insistir no fim da escravidão como um critério básico de definição da comunidade, que justificava submeter (ou expulsar) aos que não o compartilhassem, e que os chilenos (de Pinochet) não teriam razão ao definir a comunidade sobre a base do anti-marxismo (ter razão=eu teria lutado com eles). A constituição não representa o acordo de um grupo preexistente. O que faz é constituir a comunidade política, como o grupo que adere à decisão política fundamental. Portanto Rosenkrantz não pode apelar ao fato do desacordo para justificar sua abstinência constitucional. Deve complementar seu argumento epistêmico com outro substantivo que mostre que o desacordo sobre os direitos sociais não é suficiente para estruturar a distinção amigo/inimigo. Não estou dizendo que esse argumento não exista, mas objetando a tese subjacente de Rosenkrantz: que não necessitamos formular um argumento para decidir sobre a incorporação de direitos sociais à constituição.

<sup>106</sup> Ele oferece outras razões para rechaçar o direito ao trabalho, algumas das quais são difíceis de entender. Esta é uma, por exemplo: seguir sustentando [ante o fato da impossibilidade do pleno emprego] que o trabalho é uma exigência para a autonomia moral do homem seria condenar uma parte da humanidade à impossibilidade de sua realização íntegra, de sua independência moral” (Peces-Barba, *Derecho y Derechos Fundamentales*, p. 421. Mas isso, como argumento para esquecer do direito ao trabalho, não resiste a uma análise. Aquele que diz, por exemplo, que eliminar a pobreza, a tortura ou a escravidão é imprescindível para salvaguardar a dignidade humana, não está condenando os que sofrem esses flagelos à indignidade.

é um “uso figurado [...], uma expressão metafórica com a pretensão de reforçar o valor do objetivo moral”.<sup>107</sup> Ao dizer isto Peces-Barba ignora o fato evidente de que esse sentido “metafórico” ou “figurativo” dos direitos foi, historicamente, seu uso político *primário*: nas revoluções francesa e americana, no Chile de Pinochet, na luta pelos direitos civis nos Estados Unidos durante os anos 50 e 60, etc. Se há algo que é “metafórico” ou “figurativo” é a assimilação dos direitos em sentido *político* aos direitos em sentido *jurídico*.

Partindo desses supostos e conceitos, é óbvio que o direito ao trabalho não tem sentido. Mas Peces-Barba poderia ter sido mais caritativo com essa idéia, ao menos para evitar atacar um *homem de palha*. A seguir, só quero fazer algumas observações sobre como poderíamos entender o direito ao trabalho sem que isso nos leve ao absurdo que Peces-Barba crê que é inevitável.<sup>108</sup>

O argumento que quero mencionar o expôs J. Shklar em seu *American Citizenship*. De acordo com Shklar, o trabalho não é um bem em si mesmo, mas um instrumental para a cidadania completa. O que trabalha contribui para o bem-estar da comunidade, por uma parte, e recebe por isso uma renda que lhe permite viver com (certa) independência. Por isso aquele que é desempregado “foi expulso da sociedade civil, reduzido a cidadão de segunda classe”.<sup>109</sup> Por conseguinte, tratando-se do trabalho, devemos considerá-lo

Não como simplesmente um interesse entre outros, mas deveria gozar da primazia que um direito pode reclamar em qualquer conflito de prioridades políticas.<sup>110</sup>

Por isso, tem sentido falar do direito ao trabalho ainda quando não ele possa ser protegido por tribunais. O compromisso com o direito ao trabalho não é um compromisso com um direito subjetivo de cada pessoa a demandar coativamente um posto de trabalho, senão uma manifestação do compromisso comunitário de considerar o emprego não como um dado macroeconômico mais na formulação da política monetária (ou, ainda que hoje seja anátema, a fiscal), mas como um aspecto central da forma em que a comunidade entende sua responsabilidade de assegurar a igual cidadania de cada um. Isso explica por que não é só uma metafórica ou figurativa manifestação retórica dizer que “inclusive se não é possível fazer que o direito (ao trabalho) seja completamente respeitado, a consciência do direito pode ter um efeito político”.<sup>111</sup>

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 415.

<sup>108</sup> Aqui não quero defender a tese do direito ao trabalho, mas apenas mostrar que ela pode ter um significado que não é o que lhe empresta Peces-Barba.

<sup>109</sup> Schklar, *American Citizenship*, p. 93.

<sup>110</sup> *Ibidem.*, p. 99.

<sup>111</sup> *Ibidem.*, p. 101.

17. Que o discurso jurídico não pode acomodar os direitos como pode acomodar os direitos civis e políticos não é só um fato casual: tem a ver com o conceito mesmo de direito (subjetivo). Ainda quando a idéia de direito subjetivo própria do direito privado tenha se transformado, se diz, em algo distinto quando se a utiliza para referir-se não ao direito do comprador a que se lhe entregue a coisa vendida, senão ao direito “humano” à integridade física ou à participação política, o que importa é o que não se transformou. Já vimos que não basta separar, como Abramovich e Courtis tentaram fazer, a idéia de direito subjetivo do “contexto político-jurídico” que culminou na articulação técnica dessa noção,<sup>112</sup> porque o conceito mesmo de direito subjetivo, como uma “carta de trunfo”, separa da comunidade e afirma seu direito ainda contra esse grupo se necessário. Por conseguinte, conceber a política como estruturada fundamentalmente pela idéia de direitos subjetivos, por humanos que sejam, implica rechaçar a idéia de uma forma de associação na qual as pessoas se relacionam umas com as outras não como agentes auto-interessados, mas unidos por vínculos de solidariedade e reciprocidade.

18. Pelas razões anteriores é que todas as formas de socialização baseadas em noções de solidariedade e reciprocidade<sup>113</sup> não podem ser justificadas sem trair seu significado, vale dizer, sem ser tergiversadas ou destruídas.

O primeiro já foi mencionado: o caso da solidariedade. Fazer algo com respeito a outro *porque* o outro tem direito a exigí-lo exclui fazê-lo por solidariedade. Isso não quer dizer que eu não possa fazer por solidariedade algo a que, de qualquer modo, outro tem direito. Mas, sim, quer dizer que ambas as descrições (atuou *para* satisfazer um direito do credor/*por* solidariedade) são incompatíveis.

O mesmo ocorre com o matrimônio. O direito constitui e regula o contrato de matrimônio, estabelecendo direitos e obrigações para os cônjuges. Mas os cônjuges não podem invocar esses direitos entre si sem produzir uma subversão completa da relação entre eles; o direito asfixia, desse modo, o amor entre os cônjuges. Não se trata de que o direito aumente ou diminua a injustiça sofrida por alguma das partes; isso dependerá das partes não estipuladas do exemplo.<sup>114</sup> Em outras palavras,

A substância da reclamação pode ser indispensável para um matrimônio feliz e amoroso no mundo moderno. É o fato de esgrimi-la *como um direito* – vale dizer, como

<sup>112</sup> Abramovich e Courtis, *ob. cit.*, p. 58.

<sup>113</sup> Uso da noção de “reciprocidade” no sentido de Cohen, “Vuelta a los principios socialistas”, p. 160-163.

<sup>114</sup> E.g., se a mulher invoca seu direito a desenvolver sua própria carreira profissional asfixiada pela divisão do trabalho estabelecida no interior do seu matrimônio, podemos celebrar que o direito irrompa nesta relação subvertendo-a, mas isso não muda o fato de que a irrupção do direito a tenha subvertido.



algo que alguém exige de modo peremptório, agressivo e adversarial contra o outro – o que nos levaria [a dizer que algo anda mal neste matrimônio].<sup>115</sup>

O argumento não implica, portanto, nem que não deva haver regulação legal do matrimônio nem que a regulação legal do matrimônio não deva criar direitos para os cônjuges. Mas implica, sim, que se por alguma razão nós chegássemos, enquanto cônjuges, a conceber o matrimônio, com Kant, como um contrato<sup>116</sup> e acreditássemos que a maneira adequada de conceber as posições dos cônjuges *pelos próprios cônjuges* fosse em termos de direitos e obrigações, então haveríamos perdido a capacidade de nos relacionar uns com os outros através desta modalidade especial que concebemos como matrimônio. O argumento, por si mesmo, é naturalmente agnóstico sobre se isso é uma coisa que deve ser celebrada ou resistida.

A amizade, por último, tampouco pode ser descrita em termos de direitos e obrigações sem perda de significado. Da mesma forma que nos casos anteriores, não se trata de que não tenha sentido descrever a posição de um amigo em termos de direitos e deveres (direito a não ser traído pelo outro, etc.); do que se trata é que se todos nós nos convencêssemos de que a amizade deve ser primariamente entendida em termos de direitos e obrigações, ela teria mudado radicalmente.

Nos três casos, o importante é distinguir o caso de uma relação que *pode* ser concebida utilizando a linguagem do direito de uma relação que *pode* ser concebida *primariamente* em termos jurídicos e permanecer fiel a si mesma. “Primariamente” aqui significa que o modo jurídico é o modo de autocompreensão de sua relação das partes em primeira pessoa. Isso não obsta que um observador (por exemplo, um sociólogo) descreva as relações de amizade em termos de direitos e deveres. O mesmo ocorre, como vimos, no caso do matrimônio: o argumento apresentado acima não se opõe a que um professor de direito civil descreva o matrimônio em termos dos direitos subjetivos dos cônjuges, só indica que se *estes* entendem sua relação nesses termos já não existe entre eles o que nós chamamos matrimônio, isto é, como uma relação amorosa entre duas pessoas.

19. A pergunta central para nossos propósitos é a seguinte: é a cidadania uma forma de relação não juridificável? A forma de comunidade a que apelam os direitos sociais, enquanto “conquista clamorosa da esquerda”, é como a solidariedade, o amor dos cônjuges ou a amizade: não pode ser juridificada sem ser desnaturalizada. Os direitos sociais apelam a uma idéia de comunidade cujo

<sup>115</sup> Waldron, “When justice replaces affection: the case for rights”, p. 372-3.

<sup>116</sup> Kant, *Metafísica de las Costumbres*, § 24.

requerimento central é que as pessoas se importem, e quando seja necessário e possível, se preocupem com a sorte das demais. E também que se importem em preocupar-se uns com os outros.<sup>117</sup>

Essa noção de comunidade é que é incompatível com uma que concebe a seus membros *primariamente* como portadores de direitos, porque expressões como

“tenho um direito” ... ou “não tens direito a” ... evocam uma guerra latente e despertam o espírito de contenda. Colocar a noção de direitos no centro dos conflitos sociais é inibir qualquer possível impulso à caridade em ambos os bandos.<sup>118</sup>

Os indivíduos que se concebem a si mesmos *primariamente* como portadores de direitos são indivíduos que concorrem no mercado: indivíduos para os quais os outros são ameaças, ameaças contra as quais devem defender-se. Os direitos são essas armas de defesa. Por isso os advogados (acostumados como estão a compreender as relações interpessoais em termos do que Oliver W. Holmes chamava de “o homem mau”<sup>119</sup>) insistem na exigibilidade como marca característica de um direito subjetivo: para que serve uma arma de defesa se não é útil para *exigir* respeito? Com efeito

os direitos sempre são afirmados em tom de contenda; e quando este tom é adotado deve estar apoiado pela força, de outro modo seria motivo de burla.<sup>120</sup>

Em um contexto no qual a reflexão e a discussão políticas concebe os cidadãos *primariamente* como portadores de direitos, aqueles que crêem que é possível outra forma de comunidade estão como o leão de que falava Wittgenstein: “se pudesse falar, não o entenderíamos”.<sup>121</sup>

## BIBLIOGRAFIA

- Abramovich, V.; C. Courtis. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- Altman, A. *The Critical Legal Studies Movement*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990.
- Arendt, H. *The Human Condition*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1958; também *La Condición Humana*. Tradução de R. G. Novales. Barcelona: Paidós, 1998.
- . *On Revolution*. Harmondsworth: Penguin, 1977; orig. de 1963; também *Sobre la Revolución*. Tradução de P Bravo. Madrid: Alianza, 1988.
- . *Los Orígenes del Totalitarismo*. Tradução de G. Solana. Madrid: Taurus, 1998; orig. 1951.
- Atria, F. “Las circunstancias de la derrotabilidad”, em 45 *Revista de Ciencias Sociales* (2000): 437-467.

<sup>117</sup> Cohen, G A, “¿Por qué no el socialismo?”, p. 72.

<sup>118</sup> Weil, S, “La persona y lo sagrado”, p. 28; Veja-se, adicionalmente, Atria, “La hora del derecho”, *supra* n. 72.

<sup>119</sup> Holmes, “The Path of Law”, p. 459 [19].

<sup>120</sup> Weil, S, “La persona y lo sagrado”, p. 26.

<sup>121</sup> Wittgenstein, *Philosophical Investigation*, Ixi, p. 221e.

- . “Revisión Judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”, em 79 *Estudios Públicos* (2000): 347-402.
- . “Legalismo y reflexividad: la contraloría como modelo”, em J. Pallavicini y R. Herrera (eds): *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho*. Santiago: Contraloría General de la República, 2002.
- . *On Law and Legal Reasoning*. Oxford: Hart Publishers, 2002.
- . “La hora del derecho. Los ‘derechos humanos’ entre el derecho y la política”, em 91 *Estudios Públicos* (2003): 45-90.
- . “Legalismo, política y derechos”, em M Alegre, A. do Amaral, F. Atria et al: *Los Derechos Fundamentales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- Atria, F.; C. Michelon, *Is Rawls egalitarian? A critique of the difference principle* (MS em poder do autor).
- Bankowski, Z. *Living Lawfully*. Dordrecht: Kluwer, 2001.
- Bentham, J. “Rationale of Judicial Evidence”, em J Bowring (ed): *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tait, 1838-1843.
- Bobbio, N. *Derecha e Izquierda*. Tradução de A. Picone. Madrid: Taurus, 1996.
- . *El Positivismo Jurídico*. Tradução de de Asfs y A. Greppi. Madrid: Debate, 1998; orig. 1961.
- Böckenförde, W. “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho” (1969), em Böckenförde, W: *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Tradução de R Agapito. Madrid: Trotta, 2000.
- Böhmer, M. “La corte de los 80 y la corte de los 90: un diálogo sobre el *rule of law* en Argentina”, em A J. D’Alessio, J. J. Alvarez, M Böhmer et al: *Estado de Derecho y Democracia*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.
- Campbell, T. *The Left and Rights*. London: Routledge and Kegan Paul, 1983.
- . *The Legal Theory of Ethical Positivism*. Aldershot: Dartmouth, 1996.
- ; J. Goldsworthy (eds): *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*. Aldershot: Dartmouth, 2000.
- Christodoulidis, E. “The Inertia of Institutional Imagination: A Reply to Roberto Unger”, en 59 *Modern Law Review* (1996): 377-397.
- . *Law and Reflexive Politics*. Dordrecht: Kluwer, 1998.
- Cohen, G. A. *Self-Ownership, Freedom and Equality*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- . “¿Por qué no el socialismo?” em R. Gargarella y F. Ovejeros (eds): *Razones para el Socialismo*. Barcelona: Paidós, 2002.
- . “Vuelta a los principios socialistas”, em R. Gargarella y F. Ovejeros (eds): *Razones para el Socialismo*. Barcelona: Paidós, 2002.
- Correa Sutil, J. “Cenicienta se queda en la fiesta: el poder judicial en la década de los 90”, en I Drake y P Jaksic (eds): *El Modelo Chileno*. Santiago: LOM, 1999.
- Dabin, J. *El Derecho Subjetivo*. tradução de F. J. Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- Dworkin, R. “Rights as Trumps” (1981), en J. Waldron (ed): *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.
- . *Law’s Empire*. London: Fontana, 1986; também *El Imperio de la Justicia*. Tradução de C. Ferrari. Barcelona: Gedisa, 1988
- Elster, J. “Is there a right to work?” em A Gutmann (ed): *Democracy and the Welfare State*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1988.
- Espig-Andersen, G. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Oxford: Polity Press, 1990.

- González, F. "Evolución y perspectivas de la red universitaria sudamericana de acciones de interés público", em F. González y F. Viveros (eds): *Defensa Jurídica del Interés Público*. Santiago: Universidad Diego Portales, 1999.
- Goodin, R.; B. Headley.; R. Muffels. *et al. The Real Worlds of Welfare Capitalism* Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Habermas, J. *Facticidad y Validez*. Tradução de M. Jiménez Madrid: Trotta, 1998; orig. 1992.
- Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994; orig. 1961; também *El Concepto de Derecho*. Tradução de G. Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- Hayek, F. *Rules and Order*. London: Routledge and Kegan Paul, 1973.
- Hobbes, T. *Leviathan*. Oxford: Oxford University Press, 1965; orig. 1651; também *Leviatán*. Tradução de M. Sánchez. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.
- Hohfeld, W. N. *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. México: Fontamara, 2001; orig. 1923.
- Holmes, O. W. "The path of the law", em 10 *Harvard Law Review* (1897): 457; também "La Senda del Derecho". Tradução de E. A. Russo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.
- Holmes, S. "Liberal Guilt. Some theoretical origins of the welfare state", em Moon, J. D. (ed): *Responsibility, Rights and Welfare*. Boulder, CO: Westview Press, 1988.
- Jefferson, T. *Writings*. New York: The Library of America, 1984.
- Jones, P. *Rights*. London: MacMillan, 1994.
- Kant, I. *La Metafísica de las Costumbres*. Tradução de A. Cortina y J. Conill. Madrid: Tecnos, 1994; orig. 1790.
- Kelley, D. *A Life of One's Own*. Washington DC: Cato Institute, 1998.
- Kelsen, H. *Teoría Pura del Derecho*. Tradução de R. J. Vernengo Porrúa. México: 1991; orig. 1960
- Kramer, M. *Rights without Trimmings*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- Laporta, F. "El concepto de derechos humanos", em 4 *DOXA* (1987): 23-46.
- Locke, J. *Two Treatises on Government*. New York: Mentor, 1965; orig. 1689; também *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*. Tradução de F. Giménez. Madrid: Espasa Calpe, 1991.
- Marshall, T. *Citizenship and Social Class*. London: Pluto, 1992; orig. 1950; também *Ciudadanía y Clase Social*. Tradução de P. Linares. Madrid: Alianza, 1998.
- Marx, K. *Critique of the Gotha program*. Tradução de T. Carver. Cambridge: Cambridge University Press, 1996; orig. 1875.
- McLellan, D. (ed): *Marx's Grundrisse*. London: MacMillan, 1971.
- Montesquieu: *Del Espiritu de las Leyes*. Tradução de N. Estevanez. Buenos Aires: Heliasta, 1984; orig. 1748.
- Nickel, J. "Is there a human right to employment?" em 10 *Philosophical Forum*. 1978-9.
- Nozick, R. *Anarchy, State and Utopia*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1974; também *Anarquía, Estado y Utopía*. Tradução de R Tamayo. México: Fondo de Cultura Económica, 1990.
- O'Neill, O. *Bounds of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Pashukanis, E. *Law and Marxism: a general theory*. Tradução de B. Einhorn. London: Pluto Press, 1978 orig. 1929.
- Peces-Barba, G. *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Prieto, L. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.
- Rawls, J. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1971. também *Teoría de la Justicia*. Tradução de M. D. González.. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

- . *Political Liberalism*. New York, NY: Columbia University Press, 1993; também *Liberalismo Político*. Tradução de S. R. Madero. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.
- . “Two Concepts of Rules” (1955), em S. Freeman (ed): *John Rawls. Collected Papers*. Oxford: Clarendon Press, 1999; também “Dos Conceptos de Regla”, em P. Foot (ed): *Teorías sobre la Ética*. Tradução de M. Arbolí. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- Raz, J. *Practical Reason and Norms*. Princeton: Princeton University Press, 1992; orig. 1975; também *Razón Práctica y Normas*. Tradução de J. Ruiz Manero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Rosencrantz, C. “La pobreza, la ley y la constitución”, em A. Bullard, J. Couso, R. Gil Lavedra et al: *El Derecho como Objeto e Instrumento de Cambio Social*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- Rousseau, J. J. *Contrato Social*, tradução de F. de los Ríos. Madrid: Espasa-Calpe, 1975; orig. 1762.
- Rubinfeld, J. *Freedom and Time*. New Haven, CT: Yale University Press, 2001.
- Schmitt, C. *Teoría de la Constitución*, Tradução de F. Ayala. Madrid: Alianza, 1992; orig. 1928.
- . *El Concepto de lo Político*. Tradução de R. Agapito. Madrid: Alianza, 1998; orig. 1932.
- Schwartz, H. *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*. Chicago, IL: Chicago University Press, 2000.
- Shklar, J. *Legalism*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986; orig. 1964.
- . *American Citizenship. The quest for inclusion*. Cambridge MA: Harvard University Press, 1991.
- Smart, J. C. C. “Extreme and Restricted Utilitarianism” (1956), em P. Foot (ed): *Theories of Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 1967; também “Utilitarismo extremo y restringido”, em Foot, P (ed): *Teorías sobre la Ética*, tradução de M. Arbolí. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.
- Smith, A: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Indianapolis: Liberty Fund, 1981; orig. 1776.
- Unger, R M: *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983.
- . *What Should Legal Analysis Become*. London: Verso, 1994.
- Van Caenegem, R. C. *Judges, Legislators and Professors*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.
- Villey, M. *Estudios en Torno a la Noción de Derecho Subjetivo*. Valparaíso: Universidad Católica de Chile, 1976.
- . “Los orígenes de la noción de derecho subjetivo”, em M. Villey: *Estudios en Torno a la Noción de Derechos Subjetivo*. Tradução de A. Guzmán. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
- Waldron, J. Karl Marx’s “On the jewish question”, em J. Waldron (ed): *Nonsense upon Stilts* (London: Methuen & Co, 1987).
- . “Natural rights in the seventeenth and eighteenth centuries”, em J. Waldron (ed): *Nonsense upon Stilts*. London: Methuen & Co, 1987.
- . “Nonsense upon stilts? – A reply”, em J. Waldron (ed): *Nonsense upon Stilts* (London: Methuen & Co, 1987).
- . “A right to do wrong?” em J. Waldron: *Liberal Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

- “When justice replaces affection: the case for rights” (1988), em J Waldron: *Liberal Papers* (Cambridge: Cambridge University Press, 1993).
- . *Law and Disagreement* (Oxford: Clarendon Press, 1999).
- Weil, S. *Echar Raíces*. Tradução de J. R. Capella. Madrid: Trotta, 1996; orig. 1949.
- “Estudio para una declaración de las obligaciones respecto al ser humano” (1957), em S Weil. *Escritos de Londres y Últimas Cartas*. Tradução de M. Larrauri. Madrid: Trotta, 2000.
- . “La persona y lo sagrado” (1950), em S. Weil. *Escritos de Londres y Últimas Cartas*. Tradução de M. Larrauri. Madrid: Trotta, 2000.
- Weinrib, E. *The Idea of Private Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.
- Wittgenstein, L. *Philosophical Investigations*. Tradução de G. E. M. Anscombe. Oxford: Blackwell, 1958
- Zagrebelski, G. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 1995; orig. 1995.