

DIREITOS SUBJETIVOS? DIGRESSÕES SOBRE UM SUJEITO EM CRISE

Gabriela Maia Rebouças*

João Freitas de Castro Chaves*

RESUMO

Este artigo pretende problematizar os direitos subjetivos atacando a concepção de subjetividade que os estrutura – uma subjetividade tipicamente moderna – confrontando com algumas críticas a ela endereçadas. Foi utilizado o referencial teórico e metodológico de Michel Foucault como ferramenta de análise e crítica. Partimos da idéia de que os direitos subjetivos encerram em si uma forte contradição e não resistem a uma crítica mais contundente desta perspectiva de subjetividade moderna que os alimentam, mesmo em suas versões mais sofisticadas como aquela trabalhada pela teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. É um artigo, portanto, que se insere na discussão das crises e desafios do positivismo jurídico.

PALAVRAS CHAVES

DIREITOS SUBJETIVOS; POSITIVISMO JURÍDICO; CRISE DA MODERNIDADE.

RÉSUMÉ

Cet article veut problématiser les droits subjectifs par l'attaque à la conception de subjectivité qui leur donne l'estructure – une subjectivité typiquement moderne – et la confrontation des critiques à elle dirigées. Nous avons utilisé le référentiel théorique et méthodologique de Michel Foucault comme outil d'analyse et critique. Nous partons de l'idée que les droits subjectifs gardent une forte contradiction interne et ne résistent pas à une critique plus contondante de cette perspective de subjectivité moderne qui les nourrissent, même en leurs versions plus élaborées comme celle travaillée par la théorie

* Mestre em Direito pela UFC (Universidade Federal do Ceará) e Doutoranda em Direito pela UFPE (Universidade Federal de Pernambuco). Professora da UNIT/SE (Universidade Tiradentes).

** Mestre em Direito pela UFPE (Universidade Federal de Pernambuco). Professor da UNICAP (Universidade Católica de Pernambuco).

des droits fondamentaux de Robert Alexy. De cette façon, c'est un article inséré dans la discussion des crises et des défis du positivisme juridique.

MOTS-CLÉS

DROITS SUBJECTIFS; POSITIVISME JURIDIQUE; CRISE DE LA MODERNITÉ.

Introdução: O direito, seus castelos e seu rosto.

Este artigo pretende problematizar os direitos subjetivos atacando a concepção de subjetividade que os estrutura – uma subjetividade tipicamente moderna – confrontando com algumas críticas a ela endereçadas. É um artigo que se insere na discussão das crises e desafios do positivismo e que pretende questionar a visão daqueles que ainda encerram o direito na pirâmide kelseniana, perdem-se no labirinto sistêmico de Luhmann ou se realizam no teatro comunicativo de Habermas.

Com isso, firmamos alguns pontos de partida: (i) que a idéia de direito subjetivo encerra uma contradição em si própria: como o direito, produto cultural, histórico, volitivo, criação, escolha pode ser estabelecido por alguma natureza, inerente ao homem e, portanto, fazendo parte ou tornando-se sua própria essência?; (ii) que, numa perspectiva arqueológica, a história e, com isso, o próprio conhecimento, não são frutos de uma evolução necessária, não são contínuos e não conduzem necessariamente ao progresso - o conhecimento (e aqui pensamos nas ciências humanas, como o direito e a filosofia), escavado numa história formada pelos “jogos de verdade”, deve ser pensado como saberes em relação direta com os poderes; por isso, o caráter discricionário que conferimos a esta concepção de subjetividade que colocamos em xeque; e (iii) que há maneiras diferentes de se pensar a subjetividade e caminhos outros a se perseguir a liberdade, nenhum deles definitivo.

A questão dos direitos subjetivos resiste no panorama da problemática de legitimação e fundamentação dos direitos hoje. Embora o positivismo tenha-lhes diminuído a ênfase no aspecto “subjetivo” para acentuar o aspecto “direito”, através da forma positivada, do caráter objetivo, a partir da positivação, eles são exercidos como estandartes da subjetividade. É o que acontece com a importância estrutural na

teorização dos direitos fundamentais. Neste sentido, poderíamos relacionar a identificação de direitos subjetivos tanto com o discurso legitimador dos direitos humanos quanto daquele que legitima os direitos fundamentais.

Por outro lado, se Foucault não tematizou os direitos subjetivos¹, a temática da subjetividade e das formas de subjetivação do indivíduo esteve presente em toda sua produção, tanto na perspectiva de um sujeito normalizado e docilizado pelos mecanismos de poder disciplinar e biopoder, quanto na proposta de uma estética da existência, de um cuidado que reinventa a subjetivação e as subjetividades.

Nesse contexto, optamos por usar como ferramenta o pensamento de Michel Foucault em suas críticas a uma série de “verdades” que estruturariam a modernidade e que nos faz colocar a pergunta de início: o que aconteceria com os direitos subjetivos se perdessem o lastro desta subjetividade moderna?

1. As bases filosóficas da construção moderna dos direitos subjetivos: sobre o homem e suas pegadas na areia.

1.1. A matriz individualista do pensamento moderno

Há três fatores que estão na base do individualismo: (i) o cristianismo, que estaria ligado ao subjetivismo em sua gênese, a partir da ruptura entre homem e cidade (relação marcante na antiguidade greco-romana), fazendo com que o homem tivesse uma parte essencial ligada a Deus. Com isso, porque foi feito à Sua imagem e semelhança, esse homem assume sua condição de sujeito; (ii) o humanismo, advindo com o Renascimento e sua produção intelectual profana, resgata Platão e as filosofias helenísticas, focando a questão moral do indivíduo e o gosto pelas ordens ideais e transcendentais, um humanismo individualista, porque este homem, que passa a ser o centro da especulação política e filosófica, é um ser isolado em relação à natureza; e (iii) o nominalismo, como o correlato filosófico, segundo o qual o real é constituído

¹ Podemos afirmar inclusive que só tematizou o direito marginalmente (FONSECA, 2002; CHAVES, 2006), não sendo comumente reconhecido como um pensador do direito, apesar da penetração de obras como *Vigiar e punir* e *A verdade e as formas jurídicas*. É um autor que exige cautela e que aparece então de maneira transversal, porque se a nós o direito é o mote central, a ele o direito era mais uma das estratégias das relações de poder, sobretudo em uma sociedade disciplinar.

unicamente dos indivíduos, sendo os universais representações da linguagem, instrumentos para designar a semelhança entre uma pluralidade de objetos (VILLEY, 1977, p. 107-115).

As conseqüências do individualismo no direito podem ser percebidas nas formulações de Hobbes (SANTOS, 2004), inserido totalmente nesta proposta moderna – humanista, cientificista e nominalista (VILLEY, 1977, p. 117-120). Parte do estado de natureza, onde o homem é um ser individual, totalmente livre porque só se submete a sua própria lei, incompatível, porém, com as liberdades alheias, um estado de guerra permanente. É esta liberdade original e este nominalismo que vão permitir ao homem criar a política, o Estado e o Direito.

É possível compreender, assim, como surge a noção de direito subjetivo. E, sobretudo, como ele vai ser afirmado como liberdade. No estado de natureza hobbesiano já há um direito subjetivo, porque já há liberdade (ilimitada). É uma expressão – direito subjetivo – que aparece no séc. XIX, embora já esteja inserida na tradição até aqui exposta. Mas essa liberdade não seria vantajosa na medida em que não pudesse ser garantida. Então, cria-se a Ordem, o Estado, pelo contrato social. Esta liberdade garantida é então uma faculdade de agir, um poder reforçado pelo aparato coercitivo do Estado. O direito subjetivo, enquanto liberdade, é o fim do Direito, da Ordem Estatal.

Neste sentido, é o conjunto destes fatores que dão conta do que vai ser o pensamento moderno: ao lado do humanismo está o nominalismo, a descoberta da alma individual do homem espiritual moderno e a intuição eidética do platonismo “se uniram na exigência de um sistema natural, isto é, de um modelo imanente da natureza e da sociedade que se pudesse exprimir num sistema científico coerente e autônomo” (WIEACKER, 1993, p. 284). Com Villey, podemos ainda reconhecer as implicações políticas dessa inédita metodologia:

A Europa moderna deixará de se interessar pela justiça (no sentido aristotélico da palavra). Passará a ter outros objetivos. Essa metamorfose do direito responderá aos desejos da classe burguesa mercantil, a suas necessidades de segurança na riqueza e nas transações comerciais, à sua vontade de um direito regulamentado, rígido, de soluções previsíveis. (VILLEY, 2005, p. 661)

Em síntese, podemos adotar, ao menos quanto a essa parte, a conclusão de Villey sobre a substituição do critério de justas proporções na partilha social por um

sistema de “poderes subordinados uns aos outros e, por outro, de leis provenientes dos poderes” (2005, p. 287). Além de ser criação inovadora, o direito subjetivo assume o caráter de medida única para a elaboração das formas reconhecidas como modernas, ao eliminar a natureza como critério fundante do pensamento jurídico.

1.2. O atributo racional da subjetividade - o *cogito*

Além do individualismo, o Renascimento e a Idade Moderna vão cunhar um modo de pensamento estimulador da cientificidade, da exatidão, da certeza, sobretudo como antítese à excessiva influência da Igreja nos domínios mundanos do conhecimento, que gravava tudo com o obscurantismo da fé – a fé somente revela Deus, mistificando a vida terrena, tornando-a incerta e errante. Esta subordinação essencial a Deus do homem medieval (angustiante) vai sendo superada a partir Renascimento por uma supervalorização da capacidade humana.

Descartes introduz aquela que é a nota racional libertadora do homem (DESCARTES, 1996, p. 6): o *cogito* – penso, logo existo, é a expressão máxima da autonomia. A proposta de Descartes é duvidar de tudo, das experiências sensíveis, dos pensamentos postos, daquilo que se apresenta ao mundo e ao homem como é. Ou seja, para Descartes, só a razão poderia conferir segurança ao conhecimento. Neste sentido o caminho que parte da dúvida (a dúvida metódica), passa pela decomposição em partes menores e pela análise do mais simples ao mais complexo, leva à certeza do pensar – se duvido, penso; se penso, existo (DESCARTES, 1996, p. 38).

Derivar o pensamento da dúvida e a existência humana do pensamento é permitir ao homem formular uma explicação neutra, objetiva e racional de sua existência, independente de Deus. O que caracteriza o homem é a razão, que é algo inerente em sua própria natureza. O homem, enfim, é autônomo e senhor de si, não dependendo mais da criação divina para existir. Cada homem é uma razão, um indivíduo, uma existência, uma ilha.

Se Descartes desenvolve a relação do homem com a natureza, ainda muito mecanicista, uma outra dimensão – a política – é então empreendida pelos iluministas, que vão pensar a relação do homem com seu semelhante, do homem inserido numa

sociedade. As teorias contratualistas partem sempre da distinção entre o estado de natureza e a sociedade e/ou o Estado. Fruto da razão ou da vontade humana, o Estado simboliza o poder e a liberdade organizados, introjectados no direito. Aquele indivíduo racional, que dá o tom da subjetividade moderna, tem agora a proteção e o reconhecimento do direito: estão sendo configurados os direitos subjetivos.

Novamente segundo Michel Villey:

Ou bem o direito será situado do lado da alma, no pensamento; consistirá nas regras que a mente forja ou que o pensamento humano inclui; sua fonte estará no pensamento; será preciso extraí-lo, por uma série de deduções, dos princípios racionais que seriam descobertos no fundo da consciência do homem, adotandoentão o direito a forma de um sistema dedutivo de regras. É a via do racionalismo, que tantos juristas modernos, sobretudo na Europa continental, percorreram. (2005, p. 606)

Mas, se cada homem é uma ilha, se o individualismo e a razão tornam o sujeito auto-suficiente, onde vai se formar o espaço do coletivo, o espaço do ‘nós’? Daí que o contrato social tem, desde o seu nascedouro, um ‘que’ de irrealizável. A partir deste ponto começam a ficar claros o projeto e a crise da modernidade: um homem autônomo, racional, absoluto, capaz de dominar a natureza e incapaz de viver em comunidade. Um homem que, nem bem nasceu, teria uma trajetória curta de existência².

2. Apogeu e crítica do projeto moderno da subjetividade: das pegadas ao rosto de areia na orla do tempo.

2.1 Subjetividade e crítica: ou o artesão e sua escultura num projeto irrealizável?

O primeiro grande crítico desta razão é Kant³, pois ele vai dizer que não podemos falar da razão pura como da razão prática. A liberdade é uma idéia (fenômeno) porque não se encontra na natureza. Não há ninguém totalmente livre, pois dependemos

² “É uma criatura muito recente esta que a demiurgia do saber fabricou com suas mãos há menos de 200 anos: mas ele envelheceu tão depressa que facilmente se pensou que ele esperara na sombra, durante milênios, o momento de iluminação que seria enfim conhecido” (FOUCAULT, 1981, P. 324).

³ “O pensamento de Kant poderia ser considerado como aquele em que a modernidade, que se gerou lentamente no Ocidente, desde o nominalismo medieval, chega à consciência clara de si mesma. Para Kant, a modernidade tem uma *significação histórico-universal*: a humanidade tem, de agora em diante, a possibilidade de atingir a maioria pelo *uso público da razão*, que permitiria a efetivação da emancipação humana pelo afastamento de todas as tutelas (...) Isso, para Kant, tornou-se possível pelo *retorno transcendental* a si mesmo, como retorno ao fundamento de toda teoria e de toda a ação do homem no mundo. O homem (...) é fonte de sentido de qualquer todo...” (OLIVEIRA, 1993, p. 71-72).

da natureza e dos outros. Do ponto de vista do direito, embora com a filosofia kantiana o abismo gnoseológico entre ser e dever-ser tenha sido propulsor de perspectivas positivistas, o imperativo categórico da razão prática, que cria a moral como um fim em si mesma, deixa esta subjetividade ainda mais solipsista. Não havendo nada acima do sujeito que o céu estrelado e uma moral dentro de si e, pensando no direito como coordenação de liberdades, Kant permite apurar a idéia de direitos subjetivos como liberdades inerentes ao sujeito, porque inferidas a partir do *a priori* da razão (1993, p. 46).

Mesmo as perspectivas hegeliana e marxista de crítica da razão (OLIVEIRA, 1993, p. 72-80), para introduzir os aspectos da história ou da ideologia de classe, respectivamente, não afastam a subjetividade de estar centrada universalmente num sujeito soberano, autônomo. A crítica hegeliana é pelo estreitamento das concepções de subjetividade até então traçadas, propondo um alargamento desta pela história. Já a crítica marxista (WOLKMER, 2005, p. 134-135) aponta o caráter ideológico e classista desta concepção de homem e de liberdade – uma liberdade burguesa – sem, contudo, propor uma superação das bases da subjetividade, mas apenas operar uma transformação ideológica que conduza a humanidade a um estágio de superação das lutas de classe, que permita liberar o homem dos grilhões do capitalismo.

História e descontinuidade, civilização e barbárie, vão se tornar, daqui em diante, o substrato das críticas mais contundentes à modernidade e à sua formulação de subjetividade (NOVAES, 2004). O homem, que surgiu como sujeito autônomo e fundador de sua emancipação, revela-se um mero artifício nos jogos de representação; de sujeito onipotente, passa a sujeito fraturado, criticado, assujeitado. É neste rastro de explicitação do anseio frustrado da Modernidade que encontramos a obra de Michel Foucault.

Se as características do novo sistema de direito sob a forma de direitos subjetivos estão esclarecidas, cabe observar a vinculação destas a uma certa *episteme*, descrita e explicada por Michel Foucault em *As palavras e as coisas*. Assim, veremos a relação entre duas metamorfoses de pensamento plenamente associáveis – o mundo da representação como mundo dos direitos subjetivos.

2.2. Foucault e o sopro que faz “acordar do sono antropológico”

Foucault se insere no pensamento contemporâneo que pretende a superação do paradigma da filosofia da subjetividade, buscando na denúncia da ideologia atrelada à historicidade, destituir o homem deste patamar que o coloca acima dos jogos de poder e independente dos jogos de verdade. Especialmente quando pretende desatrelar o *status* epistemológico de ciência dos saberes humanos, em *As palavras e as coisas*, Foucault tem em sua mira exatamente este Homem e todo um conjunto de saberes que o constituem enquanto tal, cujo resultado, após esta arqueologia das ciências humanas, outra coisa não é senão o seu desaparecer, junto com o deslocamento das relações de poder para outros saberes e cujo vazio Foucault ainda não arrisca a indicar conteúdo.

O método utilizado por Foucault é ainda, nesse período, a arqueologia, variando entre aceitar ou não o estruturalismo. Segundo afirma, “essa investigação arqueológica mostrou duas grandes discontinuidades na *epistème* da cultura ocidental: aquela que inaugura a idade clássica (por volta de meados do séc. XVII) e aquela que, no início do século XIX, marca o limiar de nossa modernidade” (FOUCAULT, 1981, p. 12). Com isso, a continuidade histórica e de pensamento entre Renascimento e Modernidade não passaria de uma visão equivocada⁴.

Até o final do século XVI, o saber ocidental se vê focado na noção de similitude (em seus quatro desdobramentos, como conveniência, emulação, analogia ou simpatia) e daí porque a representação se dá como imitação, repetição. A busca da semelhança resgata a sincronia entre macrocosmo e microcosmo, sobrepondo semiologia e hermenêutica, signos e significados, transformando a natureza num grande texto único e decifrável: a escrita é a prosa do mundo (FOUCAULT, 1981, p. 33 e ss). A imagem foucauldiana do quadro *Las Meninas* de Velásquez vai, contudo, mostrar um deslocamento do modo de pensar a relação entre palavra e coisa: ao tentar representar com fidelidade seus elementos, cria um vazio, retira o significante de lugar, escapa do sujeito mesmo e faz da representação pura representação. Este algo é exatamente a separação entre as palavras e as coisas. A linguagem, não podendo mais representar o mundo por imitação, vai mudar para um outro espaço, não completamente impotente,

⁴ Sobre a proposta foucauldiana de discontinuidade histórica, a partir de *epistèmes* monolíticas, Merquior tece uma longa e considerável crítica, acusando Foucault de manipular dados, ignorar pensadores, entre outras questões (MERQUIOR, 1985).

mas cerrado em si mesmo: linguagem como linguagem, fechada na sua natureza de signo (FOUCAULT, 1981, pp. 60-63).

Uma segunda descontinuidade estará em curso, marcando a modernidade e rompendo com o período clássico. Na passagem do séc. XVIII ao séc. XIX, uma série de acontecimentos vão refazer a *epistème*: uma sensível mudança no tempo, um dispositivo qualquer que metamorfoseia troca em produção, classificação em organização, visível em invisível e de indivíduo, o homem se torna um organismo. A crítica, com Kant, denuncia o dogmatismo da representação e, com isso, denuncia a própria metafísica. Mas não sem, em seu lugar, colocar uma outra metafísica: a das condições do próprio pensamento enquanto puro pensamento⁵. Kant, definitivamente, nos joga na modernidade e o homem, enfim, pode-se pensar como Homem, mas não sem que esse movimento de se duplicar retire a ambigüidade desta nova *epistème*. Este homem é, ao mesmo tempo, empírico e transcendental, pensa a finitude e no pensamento, transcende-a. Que é isso: uma natureza (empírica) humana (transcendental)? Um direito (empírico) subjetivo (transcendental)? Este projeto de homem estaria já na eminência de uma nova ruptura?

3. A construção da categoria de direitos subjetivos: o direito preso em seus castelos de areia.

3.1. Direitos subjetivos na teoria clássica

Aproveitando e reforçando a noção de subjetividade moderna, tal como apresentada no tópico anterior, o direito vai se firmar como um sistema racional, alicerçado em conceitos como direito subjetivo, autonomia da vontade e obediência à lei.

⁵ A complexidade deste momento ganha a seguinte observação do autor: “as conseqüências mais longínquas e, para nós, as mais difíceis de circunscrever, do acontecimento fundamental que sobreveio à episteme ocidental por volta do fim do século XVIII, pode assim se resumir: negativamente, o domínio das formas puras do conhecimento se isola, assumindo ao mesmo tempo a autonomia e soberania em relação a todo saber empírico, fazendo nascer e renascer indefinidamente o projeto de formalizar o concreto e de constituir, a despeito de tudo, ciências puras; positivamente, os domínios empíricos se ligam a reflexões sobre a subjetividade, o ser humano e a finitude, assumindo valor e função de filosofia, tanto quanto de redução da filosofia ou de contrafilosofia” (FOUCAULT, 1981, p. 263). O plano do empírico se transforma em trabalho, vida e linguagem.

O conceito de direito subjetivo vai ocupar, então, na teorização privada clássica, uma posição central. Tanto em Puchta quanto em Windscheid, ele está no vértice da pirâmide dos conceitos, do qual todos encontram sua fundamentação. A diferença reside em Puchta dar a este direito subjetivo um substrato ético kantiano, como liberdade, enquanto Windscheid lhe confere um substrato psicológico – direito subjetivo é visto como um “poder de vontade” conferido pela ordem jurídica⁶.

É preciso não perder de vista que estamos no momento histórico de afirmação do pensamento liberal, que tem seus apoios na economia, na política, na moral, na religião, no direito. Hobbes está preocupado com o direito enquanto político, como um elemento do Estado e, por isso, os direitos subjetivos são vistos como liberdade. Mas os filósofos do direito, propriamente, têm uma outra tradição que agregam a esta proposta de subjetividade. Aqui entra a dogmática, a noção de sistema (para a configuração do ordenamento jurídico), e toda uma tradição privatista e patrimonialista. Esta tradição está presente na preocupação da Escola Histórica, com sua referência ao *Corpus Iuris Civilis*, na Escola da Exegese, em torno do Código Civil napoleônico, em sintonia com as doutrinas econômicas liberais do mercantilismo e do capitalismo. Não é sem sentido que a propriedade é erigida ao *status* de direito inerente à natureza humana, necessário, como respirar, para garantir a subsistência material.

Assim, os direitos subjetivos ganham um acento muito forte como patrimônios do sujeito, como bens que se conserva contra a ingerência do Estado ou dos outros homens. A liberdade se materializa na propriedade.

A difusão das idéias de Ihering é um símbolo do viés patrimonialista aos direitos subjetivos. Em sua obra “*A luta pelo direito*” além de diferenciar direitos subjetivos de objetivos e se concentrar nos primeiros, aos quais atribui também a

⁶ “É sabido que considera o direito subjectivo como um “poder da vontade” conferido pela ordem jurídica a uma pessoa – formulação em que pouco se afasta de Puchta. Só que Puchta pensava na possibilidade ou capacidade de a pessoa realizar a sua liberdade moral, quer dizer, *se* realizar como pessoa, através desse poder de decisão sobre um objeto que lhe é exclusivamente atribuído. Ora, se também em Windscheid isso estará de certa maneira subjacente, todavia, como ele compreende a vontade, não já como categoria ética, mas antes como categoria psicológica, depara-se-lhe a ‘dificuldade’ de poder existir um direito subjetivo ‘independentemente de um efectivo querer do titular’; realmente, também um incapaz pode ser titular de um direito subjectivo, como se pode ter um direito sem se ter disso consciência. Windscheid supõe que a vontade que prevalece no direito subjectivo (sobre outrem, ou, nos direitos, de crédito, sobre o devedor) não é a do titular, mas a da ordem jurídica (como se esta fosse uma real vontade psicológica!). Daí o acento se desloca de uma possibilidade de domínio de um objeto para a possibilidade de se impor judicialmente uma injunção, portanto, como pretensão, o que já demonstra o percurso lógico-formal de esvaziamento de conteúdo que caminha a escola histórica” (LARENZ, 1978, p.28)

denominação de direitos concretos, Ihering empreende seus esforços em justificar a importância vital de se lutar por aquilo que é *seu*. Defende que a renúncia à propriedade, ou ao casamento, à honra ou ao contrato é tão impossível quanto a renúncia ao direito. E, ainda, quando há uma agressão à sua propriedade (fala do exemplo do assaltante), “toda a agressão atingirá não só o que é meu, o patrimônio, como também minha pessoa, e, se eu tenho o dever de defender minha pessoa, esse dever atinge também as condições sem as quais minha pessoa não poderá existir” (2003, p. 44). Continuando, apenas a vida diretamente ameaçada pode permitir que o sujeito abra mão do dever de defender a sua propriedade.

Mais além, vemos a expansão da idéia até o século XX, com sua afirmação também na área do direito público e, mais especificamente, como forma privilegiada para o acesso dos particulares às garantias materiais prestadas pelo Estado. É sobre isso que tratarão autores como Robert Alexy; cabe, portanto, examinar o desenvolvimento conceitual do modelo subjetivo de direitos, que leva até as últimas conseqüências uma perspectiva moderna de direitos subjetivos.

3.2. Universalização e positivação dos direitos subjetivos como direitos fundamentais: o exemplo de Robert Alexy, dentre outros

Os direitos subjetivos passam a ser, atualmente, o substrato dos direitos fundamentais, sua versão objetivada pela positivação. A tentativa é construir uma teoria que preserve a força retórica da idéia de que há direitos inalienáveis, aqueles que se tornam, portanto, bens supremos no estado liberal, que podem ser oponíveis contra todos, inclusive contra o Estado. Mas, tentando deixar para trás qualquer conotação jusnaturalista, como aquela bandeira ingênua e revolucionária da Revolução Francesa, impregnada de uma luta política e econômica de uma classe: a burguesia. Como veremos, os direitos fundamentais ganham em positividade, objetividade e funcionalidade.

Ao mesmo tempo, os direitos subjetivos vão embasar a teorização dos direitos humanos, reforçando os atributos de universalização. O foco é sem dúvida um mundo onde heterogeneidades consigam conviver. A ferida, ainda aberta pelos regimes totalitários, sobretudo o nazismo, que negam o sentido da vida humana, que negam

qualquer vida, impulsiona novamente o empreendimento de atribuir uma natureza superior ao homem, uma natureza boa e virtuosa, e de garantir, juridicamente (o que dá a nota da coercitividade) a dignidade humana. Parece cíclico que a discussão conteudística, a preocupação de estabelecer valores e normas universais, apareça sempre com força após o exercício desmedido do poder (ECO, 2001).

A teoria dos direitos fundamentais sintetiza de maneira mais elaborada o propósito dos direitos subjetivos, como uma categoria especial de direitos. Além de ocuparem lugar de destaque na Constituição, gozam de uma proteção que os elevam a um *status* ontológico, protegidos contra alterações redutoras. Assim, numa ordem jurídica estabelecida, são experimentados como verdadeiros direitos inerentes, oponíveis contra o arbítrio do outro, com núcleos imutáveis.

Se superarmos, por uma limitação evidente de objeto, a discussão sobre o fundamento histórico dos direitos humanos e seu processo de afirmação nas sociedades ocidentais (BOBBIO, 1992, p. 49-65), podemos tomar diretamente um dentre os vários modelos teóricos de vinculação destes ao esquema moderno-individualista de direitos subjetivos, para explicar seu traço de fundamentalidade num modelo constitucional positivo. Nesse contexto, observe-se o pensamento de Robert Alexy.

A idéia de direitos fundamentais como direitos subjetivos está exposta de maneira enfática na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. A sua proposta concentra-se nos aspectos analíticos, deixando para um segundo plano outras questões empíricas e normativas. Reconhece que o tema é espinhoso, sendo alvo tanto de críticas quanto de uma profusão de idéias confusas e dispares. Assim, distinguindo norma de posição, Alexy concebe os direitos subjetivos como posições (*status*) e relações jurídicas (direitos oponíveis ao Estado, ações intersubjetivas protegidas contra a ingerência do estado etc.). A partir desta perspectiva, é possível distinguir três degraus: (a) razões para os direitos subjetivos; (b) direitos subjetivos como posições e relações jurídicas; e (c) a oponibilidade jurídica dos direitos subjetivos (competência e permissões) (1997a, p. 178).

A exata compreensão destes três degraus permite afastar boa parte das confusões acerca da definição de direitos subjetivos. No plano das razões para os direitos subjetivos, é preciso entender que diferentes razões podem fundamentar diferentes direitos subjetivos. Afirma ele que *“tanto en la teoría de los intereses como*

en la de la voluntad surgen numerosas dificultades debido a que la fundamentación de un derecho es tratada como una característica del concepto de derecho” (1997b, p. 180), citando como exemplos Ihering e Windscheid. Para a teoria dos três níveis, tanto os bens individuais quanto os bens coletivos fundamentam os direitos individuais, que são tratados como sinônimos de direitos subjetivos ou direitos do indivíduo (1997b, p. 182).

Quanto aos direitos subjetivos como posições e relações jurídicas, Alexy utiliza uma sistematização catalográfica entre direitos a algo, liberdades e competências. Neste nível, os direitos subjetivos têm um caráter puramente deontico e pressupõe uma estrutura triádica, entre dois sujeitos e o objeto. O terceiro nível, o da imposição, assim como o primeiro, não pode estar no próprio conceito de direito, mas guarda em conexão ao segundo nível uma relação de fundamentação.

Por ora, resta-nos destacar que Alexy argumenta pela precedência *prima facie* em favor dos direitos individuais quando confrontados com bens coletivos (1997b, p. 207). Ou seja, que, em nome da liberdade, só se restrinjam direitos individuais quando os bens coletivos apresentarem razões mais fortes e claras. Se as razões são duvidosas ou equiparadas, devem-se preferir os direitos individuais.

Como visto, a escolha alexyana está inserida por completo neste projeto de modernidade que, criando o homem e seus duplos, não consegue afastar suas contradições internas. “Um discurso que se pretende ao mesmo tempo empírico e crítico só pode ser, a um tempo, positivista e escatológico; o homem aí aparece como uma verdade ao mesmo tempo reduzida e prometida” (FOUCAULT, 1981, p. 336). Uma concepção, enfim, que herda uma herança forte da subjetividade moderna, a despeito das discussões pós-modernas, céticas, das críticas da razão, das críticas dos comunitaristas e da denúncia da ilusão de uma racionalidade e universalidade ontológica que tem existência a menos de dois séculos e está fadada a desaparecer como um rosto de areia na orla do mar (FOUCAULT, 1981, p. 404).

4. Considerações finais: a subjetividade moderna resiste?

Na trajetória apresentada, toda a filosofia moderna e sua concepção de subjetividade (individualista, racional e nominalista) estão estruturadas com base em

uma perspectiva abstrata do homem (VILLEY, 1977, p. 234), uma subjetividade soberana. O direito, a seu turno, apoiando-se nesta subjetividade solipsista, construiu a noção de direitos subjetivos como inerentes ao homem, como derivados ora de um conjunto de valores pertencentes a sua natureza, ora de condições necessárias à sua própria existência, como um bem que lhe garante a vida.

Mesmo a teoria dos direitos fundamentais, que responde por um aporte mais sofisticado da teoria do direito, considerando a complexidade dos sistemas jurídicos, a necessidade de laborar com valores e o substrato racional qualificador das decisões jurídicas, abrindo um leque de possibilidades teóricas em torno das técnicas de interpretação, da questão da proporcionalidade, da concretude de tais direitos e seu constante aprimoramento, dando ênfase ao caráter positivo, ainda assim, preserva a idéia de direitos subjetivos mais ou menos intacta.

A possibilidade anunciada por Foucault, de um despertar do sono antropológico nos direciona para uma crítica contundente desta subjetividade e conseqüentemente, dos direitos subjetivos. Se a subjetividade está no centro da crise da modernidade, e enquanto tal precisa ser revista, fica difícil ao direito sustentar os direitos subjetivos. Mas, o despertar do sono antropológico não nos coloca a salvo de nós mesmos. O que nos restaria além do niilismo, quem é este homem sem rosto?

Por outro lado, se a alternativa de Foucault é expressar o direito como estratégia de poder/saber e apartar-lhe a subjetividade para alojá-la num espaço de resistência (ainda que poder e resistência sejam noções correlacionadas e implicadas), só nos resta desconfiar que ainda assim, não superamos as aporias da modernidade, porque fica um direito (positivista) e uma subjetividade (quase escatológica, redentora), mutuamente implicados.

A saída, por agora, é acatar a prioridade de rever as bases desse humanismo moderno, na medida dos críticos da subjetividade moderna e apostar, com o melhor dos otimismo, na capacidade de invenção das pessoas, na possibilidade de buscar alternativas para a reconstrução de relações intersubjetivas e formas de subjetivação que não sejam apenas castelos ou rostos de areia.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales** [Trad. Ernesto Garzón Valdés]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997a.

_____. **El concepto y la validez del derecho** [Trad. Jorge M. Seña]. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997b.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** [Trad. Carlos Nelson Coutinho]. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CHAVES, João. **O problema do direito novo em Michel Foucault: entre a resistência e o fora**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco (Dissertação de Mestrado), 2006.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ECO, Umberto. **Cinco escritos morais** [Trad. Eliana Aguiar]. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Les mots et les choses: une archéologie des sciences humaines**. Paris: Gallimard, 1966.

_____. **L'archéologie du savoir**. Paris: Gallimard, 1969.

_____. **Surveiller et punir**. Paris: Gallimard, 1975.

_____. **As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas** [Trad. Salma Tannus Muchail]. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito** [Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella]. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

KANT, Immanuel. **Doutrina do direito** [Trad. Edson Bini]. 2ª ed. São Paulo: Ícone, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** [Trad. João Baptista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito** [Trad. José de Sousa e Brito e José Antonio Veloso]. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1978.

MERQUIOR, José Guilherme. **Michel Foucault ou o nihilismo de cátedra** [Trad. Donaldson M. Garschagen]. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

NOVAES, Adauto (org). **Civilização e Barbárie**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo de A. **Ética e racionalidade moderna**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 1993.

SANTOS, Rogério D. Hobbes e a subjetividade moderna: ordem e legitimidade no discurso de moralização, In: PHILIPPI, Jeanine N. (org) **Legalidade e subjetividade**. 2ª ed. Florianópolis: Boiteux, pp. 31-76, 2004.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito [Trad. Alcidema Franco Bueno Torres]. São Paulo: Atlas, 1977.

_____. **A formação do pensamento jurídico moderno** [Trad. Cláudia Berliner]. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno** [Trad. Antonio M. Botelho Hespanha]. 2ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos. O direito como humanismo social e possibilidade de emancipação: Karl Marx. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente**. Florianópolis: Boiteux, pp. 129-144, 2005.