

A defesa dos direitos fundamentais como direitos humanos e as tensões na forma jurídica¹

Defense of fundamental rights as human rights and the tensions in legal form.

ENOQUE FEITOSA²

Universidade Federal da Paraíba (Brasil)

Sumário: 1. Introdução; 2. A forma jurídica e a tensão entre formalidade e concretização; 3. O direito e os direitos enquanto construções sociais; Conclusão; Referências.

Resumo: Uma concepção de cidadania historicamente situada só adquire potencial heurístico se e na medida em que reconhecer indivíduos reais, em suas condições materiais de vida e a defesa de seus direitos fundamentais na condição de direitos humanos de toda humanidade e não apenas enquanto promessas formais e sim como fatores que demandam serem concretizados. Com isso, compreender o fenômeno jurídico, numa perspectiva que dê conta da premência de materializar direitos, implica em perceber que seu ponto de partida não pode se limitar ao sujeito imaginado pela concepção liberal oitocentista porque o direito contemporâneo não pode prescindir de ter em conta novos contextos resultantes das imensas transformações ocorridas no século XX e em curso neste século XXI.

Palavras-chave: Cidadania e direitos fundamentais; implementação de direitos, direitos humanos.

Abstract: A conception of citizenship historically situated only acquires heuristic potential if recognizes real individuals in their material conditions of life and the defense of their fundamental rights in the condition of human rights of all humanity and not only as formal promises but as factors that demand to be fulfilled. So, understanding the juridical phenomenon, in a perspective that takes into account the urgency of materializing rights, implies realizing that its starting point can not be limited to the subject imagined by the liberal nineteenth century conception because contemporary law can not ignore new Contexts resulting from the immense transformations that occurred in the twentieth century and in the course of this twenty-first century.

Keywords: Citizenship and fundamental rights; rights implementation; human rights.

INTRODUÇÃO

Para um exame do direito e da cidadania, por um viés da materialização de suas metas programáticas de desenvolvimento inclusivo, há que se enfrentar a questão do hiato

¹ Trabalho proposto para a Linha temática n°. 1 (“Defensa de los derechos fundamentales y derechos humanos”) do I SINDA – *1st. International Symposium about current Law*, na Universidad de Santiago de Compostela.

² Mestre e Doutor em Direito. Doutor em Filosofia. Professor na Universidade Federal da Paraíba, Brasil - UFPB, lecionando na graduação e na pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito e em Filosofia. Coordena o DINTER em direito entre UFPB e UFPI e o Projeto CAPES-AULP entre a UFPB e a Universidade Nacional Eduardo Mondlane, em Moçambique, do qual esse artigo é um dos resultados da investigação em andamento.

entre as promessas formais contidas nos textos dirigentes e as demandas por sua concretização. O exame dessa tensão é o **objeto** do presente artigo.

A estratégia de abordagem desse objeto se dará pela busca de responder ao seguinte **problema**: por quais motivos a visão liberal-individualista, expressão política do normativismo abstrato, tenta limitar as reivindicações acerca de justiça, cidadania e direitos fundamentais, apenas ao terreno das garantias individuais?

A **hipótese** de partida, trabalhada ao longo do texto, busca enfrentar o desafio de repor os termos da relação entre modelos universalistas do direito e o reconhecimento das singularidades de que depende sua concretização. Para tanto, discute a tese específica pela qual conceber os Direitos Humanos, como dotados de caráter universalista – não levando em conta que sua concretização tem interdependência com as especificidades de cada sociedade e de cada cultura –, é não olhar o fenômeno jurídico como uma construção social, pelo que, não constitui uma sólida compreensão histórica e intercultural do direito ignorar como as diversas formas de relações sociais criam suas próprias formas de relações jurídicas.

Do ponto de vista metodológico, opta-se por uma abordagem descritiva, examinando o direito como efetivamente é e não como deveria ser - o que é típico, em filosofia, das abordagens prescritivas. Com isso busca-se evitar cair na falácia naturalista, cuja percepção deve-se, antes de todos, ao Hume do "Tratado da natureza humana"³ ou, num outro campo de referências, ao Engels da carta para Lassale, quando aquele afirma que "a ciência descreve fatos".⁴

Mas diga-se que, nesse terreno fazemos tão somente uma opção metodológica pela abordagem descritiva. Isso não olvida que outros campos de referência, a exemplo de NAGEL (1961, p. 47 ss.) falam em juízos de valor caracterizadores e avaliativos, distinguindo ciência daquelas outras esferas que chama de normativa.

Também não se pode ignorar, em sede de ressalvas metodológicas, que a abordagem descritiva não visa obscurecer que o direito lida com prescrição de conduta. No entanto há de se distinguir o dever-ser da norma enquanto expectativa de comportamento daquela outra expectativa (no campo da pura utopia), acerca de como a algo pode vir a ser numa sociabilidade futura.

Não obstante essas ressalvas, a pretensão, aqui, é a de enfrentar o desdém com que se tenta caracterizar a reflexão sobre a premente questão da concretização dos direitos sociais, estratégia em geral levada a cabo pela apologia unilateral (e reducionista) dos direitos individuais, como prerrogativas que opõem o indivíduo contra a sociedade o que resulta tão somente em por em permanente contradição as justas reivindicações por cidadania e desenvolvimento, o que - no limite – age em reforço a visão pela qual a forma jurídica consiste apenas em formalizar pretensões descomprometidas com sua materialização.

Em outros termos, a reflexão do senso-comum liberal-individualista ocorre como se a concretização de uma geração de direitos estivesse em contradição (ou em relação hierárquica) com a outra e excluindo, da concepção do primeiro deles, qualquer elemento da chamada questão social. Esse erro sucede, entre vários motivos, por uma derivação de nossa hipótese inicial e que será objeto de nosso trabalho: por seu lugar social, os juristas,

³ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. São Paulo: UNESP/IOESP, 2001, p. 509, livro 3, parte I, 2ª seção, §27, *fine*.

⁴ Engels - em carta para Paul Lafargue, em 11/08/1884 - caracteriza a sua atitude e a de Marx sobre a questão com a seguinte afirmação: "Marx protestaria contra o 'ideal político-social e econômico' que vós lhes atribuíis. Quando se faz ciência não se elaboram 'ideais': elaboram-se resultados científicos. E quando, além de cientista, se é um homem de ação, combate-se para levar os ideais que se tem à prática. Quando se parte, pretendendo fazer ciência, de um 'ideal', não se a faz porque não se constrói ciência com posições *a priori*" (Engels, 1975, t. 1, p. 325-326).

em sua maioria, são – de certa forma e em variados níveis – refêns de ilusões referenciais, que se expressam na crença acerca do suposto caráter neutro do fenômeno jurídico e relevam que a forma jurídica se constitui numa estrutura de justificação de decisões, que visam neutralizar expectativas nem sempre prontas a serem atendidas.

Uma concepção historicamente situada, acerca do direito, só adquire potencial heurístico se e na medida em que reconhecer indivíduos reais, em suas condições materiais de vida. Assim, compreender o fenômeno jurídico, numa perspectiva que dê conta da premência de materializá-los, demanda perceber que seu ponto de partida não pode se limitar ao sujeito imaginado pela concepção liberal das revoluções do século XIX, porque o direito contemporâneo não pode prescindir desses novos contextos.

Para dar conta dessa abordagem, o trabalho, em sua **primeira e próxima parte**, examina a forma jurídica como campo social de permanente tensão entre sua percepção, como promessa formal, inserida em textos sem eficácia e as demandas por sua concretização.

Nesse modo unilateral de conceber a forma jurídica, a crítica externa ao direito, isto é, aquela que examina seus condicionantes sociais, ainda que acompanhada de uma crítica interna (aquela que leva em conta as características, pressupostos e constrangimentos da atividade dogmática), não teria a dignidade de uma ciência (ao menos, de uma ciência do direito), sendo tão só ideologia e jamais equiparada à crítica interna, isolada de seus condicionamentos e cujo mérito consistiria em lidar com os institutos dogmáticos, aceitando-os como dados prévios, isto é, pilares incondicionados de exame da forma jurídica e, supostamente por isso, mais apta a instaurar uma compreensão exata do seu objeto.

Na **segunda parte** se abordará (como desdobramento da primeira), tanto o direito quanto os direitos enquanto construções sociais e não como algo prévio, anterior e superior a própria sociabilidade humana, isso pela relevância de estabelecer um ponto de passagem, prenunciado já na primeira parte, para o exame das teorias que criticam os fundamentos desses direitos tomados como “naturais”, o que nos põe diante do dilema pelo qual (e através do qual) os consensos acerca do caráter e natureza desses direitos se esvaem quando se tem que lidar com os problemas de sua concretização.

1. A FORMA JURÍDICA E A TENSÃO ENTRE FORMALIDADE E CONCRETIZAÇÃO

Como visto desde a introdução, a tarefa que se propõe, no presente texto, é a de criticar modelos que idealizam o direito, o afastam da vida social e tentam caracterizá-lo como uma esfera neutra e supostamente desinteressada quanto aos conflitos humanos com os quais lida, evidenciando-as como perspectiva ingênua ou como discurso ideológico claramente interessado em difundir uma imagem invertida do que de fato é a forma jurídica.

A objeção, geralmente levantada, que o direito é neutro em razão do princípio da imparcialidade do juiz, é uma falácia, visto que não se confunde uma coisa com outra. O exame racional de qualquer problema pede ponderação e não neutralidade, visto que ninguém, para julgar, abdica de crenças, formação e outros valores. É tola e absurda a pretensão de que o juiz seja imparcial, quando o legislador não o é, na medida em que a imparcialidade é só a forma, nunca o conteúdo do direito, pois não é ocioso lembrar que toda forma é sempre forma de um conteúdo.

Por outro lado, com a crescente afirmação do que se chama cultura dos direitos, ganha relevância teórica e prática, isto é, acadêmica e social, por um lado, a crescente afirmação de políticas públicas que visem a promovê-los e, por outro lado, as demandas dos mais diversos setores da sociedade por sua concretização, visto que, como antes mencionado, não basta a existência formal de direitos para que eles possam gozar de eficácia.

Esse quadro de referência conduz à necessidade de dialogarmos mesmo com as visões que criticam alguns dos fundamentos desses direitos, notadamente aquelas que promovem críticas às visões particularistas e individualistas acerca dos mesmos. Já há um consenso razoável entre os que defendem uma concepção de concretização do direito, no

sentido de que se lide, sem preconceitos, com os estudos que criticam o modelo liberal-individualista dos direitos humanos. Isso pelo fato de que, quando se busca debater sua concretização, muitas vezes o consenso supramencionado se esvai por razões diversas, sendo a principal delas aquela que reconhece tais direitos enquanto uma construção histórica, social, dependente do espaço, do tempo e da cultura.

Enfatiza-se, em razão dessa constatação, a premência de abordar a crítica à concepção de Direitos Humanos oriunda do contexto puramente liberal-individualista do início do século XIX, que, em razão da correlação política então existente, erigiu sua concepção de tais direitos, como garantias do indivíduo egoísta e em contradição permanente com os interesses da sociedade.

Essa discussão, igualmente, avulta em importância pelo fato – nem sempre percebido pelos que formulam modelos para uma teoria sobre fundamentação / justificação dos direitos humanos – de que a única forma de negar o caráter contextual, temporal, relativos, enfim, dos mesmos, obrigaria, teoricamente, a afirmá-los como dotados de um fundamento prévio, independentemente da história e acima dos humanos, portanto resgatando uma concepção oitocentista, pela qual esses direitos seriam um mero horizonte a ser eternamente buscado e não garantias concretas a demandarem efetivação aqui e agora.

Ademais, essa visão essencialista, na qual o modelo jusnaturalista se insere, (independentemente das boas-intenções de seus apologistas), imobiliza qualquer premência de reivindicações por uma cidadania material e esteriliza a idéia de progresso nas relações sociais, das quais a forma jurídica é uma das expressões, na medida em que têm em comum o fato de defender um fundamento anterior e superior para o direito existente, com o que se desobrigaria da tarefa de sua necessária justificação, como se passa a examinar.

Assim, trata-se de encetar, nessa secção, um exame da forma jurídica como campo social de permanente tensão entre sua percepção, como promessa formal, inserida em textos sem eficácia e as demandas por sua concretização.

A crença no direito e na razão, como fatores desvinculados da vontade política concreta (nem sempre representativa da vontade geral, mesmo que na maioria dos casos esta se limite à contagem circunstancial de cabeças) e não suposta ou pressuposta, sempre marcaram fortemente a herança liberal nesse campo, caracterizada enquanto mera apologia unilateral dos direitos de um ser humano egoísta e em oposição aberta a comunidade.

A necessidade de construção de um campo autônomo para exame do direito, não pode ser uma objeção para não refletir sobre as contribuições de outros saberes ao universo de compreensão do jurídico, visto que muitas das observações dos críticos da forma jurídica, ou seja, das assim chamadas - ainda que mal denominadas - teorias sobre o direito implicam, na maior parte dos casos, uma teoria cujo eixo central é de um olhar sociológico acerca da forma jurídica, o que não significa subestimar qualquer análise formal do direito.

Como já fora chamado atenção por um autor ao qual não se pode acusar de veleidades esquerdizantes⁵, não há que se ignorar uma questão material, qual seja, o menor potencial heurístico (como se aponta neste trabalho) e por isso mesmo uma menor aptidão em suas pretensões de elevar a legitimidade desse discurso de controle social que é do

⁵ BOBBIO, N. Marx e a teoria do direito. In: **Nem com Marx, nem contra Marx**. São Paulo: UNESP, 2004, especialmente as páginas 213 e 219, nas quais Bobbio defende (p. 213) que “existem cinco potenciais teorias do direito em Marx” (direito como instrumento de domínio; direito como ideologia; direito como potencial de emancipação – aos moldes da escola de Frankfurt; teoria do direito enquanto formulação do “melhor direito”, aos moldes de Bloch e, por fim, o direito como meio de legitimação do poder – o que de certa forma se assemelha a primeira teoria). Na p. 215 evidencia-se a formulação de que “em Marx existe uma teoria sociológica do direito *in nuce*”, isto é, “uma teoria do que considera o direito em função da sociedade e das relações subjacentes” e que define o direito não em razão da forma e sim de seu conteúdo e funções – como se isso fosse um defeito e não um mérito, visto que “toda forma é forma de um determinado conteúdo” - como lembra o filósofo de Trièr, em um texto de juventude.

direito, de uma teoria que se preocupasse apenas com o caráter puramente formal das “promessas” jurídicas e ignorasse a necessidade de sua concretização.

Os críticos da forma jurídica, ou mesmo especificamente, dos Direitos Humanos, como promessas formais e abstratas (sob o pretexto que essa é a garantia de sua universalização), ainda que questionem esse caráter **puramente** formal - e sem que, com isso, subestimem a necessidade de formalização – não têm por obrigação intelectual (quer seja por delimitação de suas pesquisas, por falta de interesse e até mesmo por “limites de horizonte”) a elaboração de uma teoria do direito. Podem inclusive, sem prejuízo da elaboração teórico-jurídica, até mesmo empreender a formulação da superação dessa esfera parcial da sociabilidade humana.

Tanto do ponto de vista jurídico quanto filosófico é justificável, em nosso ver, a crítica de princípio a essa forma de ver o direito e, por via reflexa, o programa de Direitos Humanos enquanto garantia formal e destituído de qualquer demanda por sua concretização, derivados das revoluções do século XVIII. Mas, o que essa crítica significaria? Uma renúncia ou recusa a qualquer reivindicação acerca do direito? A resposta a essa questão é pela negativa.

A crítica que aqui se formula ao caráter abstrato do direito, do qual o trato ao problema teórico e prático da propriedade é expressão, situa-se no terreno no qual as reivindicações humanas, sob a capa jurídica, se concretizam e por elas são determinadas. Tal crítica só deixa claro o fato de que a forma jurídica, quando regula sobre liberdade e igualdade na sociedade moderna, nada mais faz do que evidenciar os problemas do caráter interessado dos negócios humanos, mostrando o direito como terreno de regulação dessas mesmas relações, sem olvidar que isso não o impede de incidir sobre outros elementos da vida social.

A declaração dos direitos do homem e do cidadão, aprovada pela Convenção Nacional, em 1793 e afixada no lugar de suas reuniões, o documento mais radical para aquela época e que prescrevia em seus dois primeiros artigos que os homens [era essa a fórmula de então] tinham direito, naturais (*sic*) e imprescritíveis, à igualdade, liberdade, segurança e propriedade é atingida e, portanto, está subsumida a uma determinada concepção de direitos humanos. E isso não identifica a crítica das abstrações do direito às daqueles que criticavam a declaração, não pelo que ela tinha de limites. Burke, por exemplo, que considerava a declaração francesa insípida e a via como fragmentos de papel exaltando supostos direitos.

O ponto de vista aqui defendido, no sentido da materialização das demandas por concretização dos direitos, é o de apontar a limitação desses direitos quando eles se restringem a exaltação do egoísmo, ao invés de apontar para a superação desses limites, através da afirmação social plena do humano. A visão liberal-individualista tenta, insistentemente, limitar as reivindicações dos direitos ao terreno das garantias puramente formais, sem efetividade, e a serem imoladas eternamente no “altar” da vida real.

Se olhada pelo contexto da negativa de fundamentos anteriores e superiores para o direito, a crítica ao formalismo jurídico abstrato proporciona consistência a uma reflexão acerca da materialização dos direitos, no sentido de possibilitar sua concretização para as amplas maiorias excluídas. Isso pelo fato de, muitas vezes ocultado, que a forma jurídica, em regra, atua numa dupla direção: a) universalizando apenas no âmbito formal os direitos para as maiorias e, b) consagrando direitos individuais que, na maioria dos casos, só uma minoria, dotada de poder econômico, desfruta. Ora, a ideia, tipicamente jusnaturalista – de que haveria certos direitos superiores e anteriores a qualquer ordem jurídica –, pode aparentemente fornecer um fundamento ao direito, mas deixa fora uma questão: quem define esse fundamento?

A crítica à concepção formalista dos direitos, mesmo para quem tem uma atitude cética em relação à forma jurídica e, por causa dela, questione-a enquanto manifestação de uma realidade alienada, não nega – antes, pelo contrário, pressupõe - sua operacionalidade e inevitabilidade histórica nas sociedades marcadas por conflitos distributivos. Por isso, no

âmbito da teoria do direito, por “coerção externa” não se deve entender apenas a coerção estatal – baionetas e polícia –, mas as condições de vida material. As primeiras, longe de constituírem o fundamento da sociedade, são apenas exteriorizações da sua própria divisão⁶. E é disso que se tratará na próxima secção.

2. O DIREITO E OS DIREITOS ENQUANTO CONSTRUÇÕES SOCIAIS.

É na concretização dos direitos que os chamados consensos jurídicos são postos à prova e se esvaem. Trata-se de saber por quais razões. Uma delas, posta já no desenvolvimento da hipótese defendida na introdução aponta para o fato de que tais direitos são dependente do espaço, do tempo e da cultura e a construção de consensos não é - e nem poderia ser, na medida em que contextual - uma virtude prévia do direito.

Ora, nas análises críticas do direito, qualquer que seja a perspectiva (cultural, política, sociológica, filosófica, etc.) o que chama a atenção é que, diferentemente das formas tradicionais de compreensão do jurídico, o que se busca é ver o fenômeno jurídico como parte do movimento real da história humana e não como dogmas elaborados de forma cerebrina, ou seja, afastada da vida social.

As visões mais tradicionalistas têm todas como ponto comum a afirmação do direito como resultante de valores “intrínsecos”, preestabelecidos em si e por si mesmo, acima e além de qualquer direito, situado antes mesmo e independente das necessidades concretas desse mundo.

Ocorre que uma concepção historicamente situada do direito só adquire potencial heurístico se e na medida em que “reconhecer os indivíduos reais, sua ação e suas condições materiais de vida, tanto as já existentes como as resultantes de sua ação, pressupostos só constatáveis por via empírica, o que não quer dizer que não possam ser abstraídos por necessidades metódicas”.

Compreender o fenômeno jurídico demanda perceber que o ponto de partida não pode se limitar ao indivíduo isolado, ou seja, o sujeito imaginado pela concepção liberal das revoluções burguesas do século XIX. Por isso que a célebre afirmação de Marx, pela qual “não há história do direito”, pode ser - equivocada ou de forma interessada - esgrimida para negar o caráter histórico do fenômeno jurídico.

Isso porque ver o sujeito de direito como indivíduo – é assim na concepção liberal – e não como resultado histórico, constitui-se num erro metodológico de imaginar uma suposta produção desse indivíduo fora da coletividade. Não se constitui, numa sólida compreensão do âmbito jurídico, àquelas que ignoram (ou ocultam), como as diversas formas de relações de produção criam suas próprias formas de relações jurídicas e que, por via reflexa, também ignoram a possibilidade de o direito se expressar como direito da força e mais: que tal forma não apenas se coaduna com um Estado de Direito como não lhe é conflitiva.

O fato de, no âmbito da produção acadêmica sobre teoria geral, sociologia e filosofia do direito, e, por que não, no ensino dos direitos humanos, não se ter utilizado todas as possibilidades do pensamento crítico, aponta para a necessidade de que, também no nosso campo de estudos e de prática, tais derivações sejam exploradas ao máximo, sem posições preconcebidas, mas também sem preconceitos que busquem legitimar o banimento nas faculdades de direito das vertentes mais expressivas de nossa cultura.

Trata-se de um erro se, em função de dogmas prévios, deixar de aproveitar, como o faz a economia, a sociologia e outros campos do saber – as contribuições de autores fora do âmbito jurídico (sociólogos, filósofos, historiadores), para a formulação de outros olhares sobre o direito. Em qualquer das ocasiões nas quais o jurista tenha de se defrontar, inclusive no âmbito dos chamados Direitos Humanos, com problemas que envolvam interesses

⁶ MARX, K.; ENGELS, F. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 462. A implicação dessa argumentação para o campo jurídico foi desenvolvida pormenorizadamente em sede de tese doutoral em direito. Ver: FEITOSA, Enoque. **O discurso jurídico como justificação**. Recife: EDUFPE, 2008, p. 37-38 e *passim*.

materiais e em situações que demandavam o uso do raciocínio judicial, não há como não se ter de combinar a desmistificação da forma jurídica com o desvelar de seus mecanismos (refinados) de justificação interna, isto é, fazer teoria do direito e teoria sobre o direito, para não cair na cilada teórica (e ideológica), pela qual o direito se justifica por si mesmo e independente da sociedade a qual regula. Isso nos conduz ao problema final (e este é um ponto essencial): O que o direito busca justificar?

Se a resposta consistisse em afirmar que o direito visa a justificar suas próprias decisões, ela levaria a um paradoxo, pelo qual ao direito incumbiria justificar o que já está decidido! E, ainda que parcialmente o direito faça isso, é preciso que se diga que ele justifica o poder, que assim busca se legitimar e, portanto, justifica a dominação, algo que, em sede de conclusão da presente exposição, a ideologia jurídica não admite, disfarçando o direito sob o manto de *topos* retóricos vagos e genéricos e que podem ser manejados conforme as conveniências dos utentes e não como categoria claramente definida e com âmbito de aplicação clarificado.

Disso é exemplo conceitos tais como justiça, bem comum e paz social, valores anistóricos e cujo papel é apenas viabilizar persuasivamente a forma jurídica.

A luta pelos Direitos Humanos é a luta por sua concretização, é a luta para garantir os instrumentos de promoção da sociabilidade e não do isolamento e do egoísmo. Ser livre é ser plenamente senhor de si e isso só é possível em sociedade que promova a vida em plenitude.

Por outro lado, a liberdade é uma palavra muito nobre para, em seu nome, se sancionar as misérias deste mundo. Como já se mostrou com agudeza, ninguém luta contra a liberdade em geral, no máximo se luta contra a liberdade dos outros, a fim de se garantir um modelo egoístico de sociedade.

E é em razão disso que a experiência humana vivenciou os mais diversos tipos de liberdade, só que algumas como prerrogativas particulares. Trata-se, portanto, de ampliá-las ao máximo, tornando-as não meras declarações formais, mas parte da vida concreta da sociabilidade humana.

Perceber esses elementos ideológicos, que permeiam o âmbito jurídico (e que visam a justificar, em última instância, a manutenção do *status quo*), não significa necessariamente adesão a uma atitude de negação imediata do direito e sim uma antevisão de que o fundamento da concepção crítica acerca do âmbito jurídico sustenta-se num marco teórico que privilegia a ação humana como práxis social e nela inclui o direito como categoria inserida na História, na medida em que lida com valores tidos como assentes por um grupo social e cujo cumprimento não se dá mais apenas pela convicção e sim por exigibilidade estatal, dado que valorar é dado ontológico - logo, essencial - do ser humano⁷.

A própria admissão do direito de apropriação privada das riquezas socialmente produzidas, como algo inerente ao ser humano, e não como resultado de um movimento que, ao tempo em que abolia as relações feudais, criou outra forma de relação, nubla uma apreciação adequada, isto é, histórica, do direito enquanto movimento expressivo da dinâmica da totalidade social.

O que se evidencia, então, no caso, é a antinomia da inserção, sem nenhuma mediação, da apropriação de riquezas sem nenhuma função social como se fosse um direito oponível *erga omnes*, para aqui se usar uma expressão cara aos juristas, e se ignora o fato – jurídico e social, com rebatimento na concepção que se defende de direitos humanos – de que, se se entende que toda transgressão contra a propriedade é um roubo, não seria um

⁷ Mas, como assinala Agnes Heller - observação, aliás, ignorada por boa parte dos que iniciam uma pretensa abordagem ontológica do direito – por ‘essência humana’ não se pode entender o que, supostamente, ‘sempre esteve presente na humanidade’, mas a realização ‘gradual e contínua’ das possibilidades imanentes da humanidade. HELLER, Agnes. **O cotidiano e a história**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977, p. 4-15.

roubo toda apropriação privada? Acaso minha propriedade não exclui a todo terceiro desta propriedade? Com isso, não lesiono, por consequência, o direito de propriedade de outrem?

E é esse o aspecto fundamental de nossa análise, que aqui toma um aspecto concreto do âmbito jurídico: seu uso como discurso de justificação do poder e da solução controlada de conflitos, equilibrando coerção e consentimento.

É óbvio que essa crítica à concepção oitocentista de Direitos Humanos, como meras garantias formais, visa, sem rodeios, inviabilizar o discurso liberal-individualista de justificação não-social do direito desse direito, fonte fundamental de aprofundamento de desigualdades sociais.

Com isso, o sustentáculo de boa parte das idéias, que fazem parte do senso comum jurídico e do compêndio de ilusões que ele constitui, estaria solapado pela base. No entanto, os que cindem, de um lado, a crítica social e a separam da concepção idealista que têm sobre o jurídico, acabam por se tornarem presa dessa visão parcial e acrítica do direito, não conseguindo superar esse compêndio de ilusões que constituem o chamado senso comum teórico dos juristas.

E não conseguem porque se está preso às crenças acerca do suposto caráter neutro do fenômeno jurídico ou porque se espera do direito uma racionalidade essencialista e previamente constituída, que a forma jurídica, como estrutura de justificação de decisões, que visam a neutralizar expectativas, nem sempre prontas a serem atendidas, não pode oferecer.

Em outros termos, essas teorias permanecem, ao mesmo tempo, sujeitas aos ataques tanto dos que estão “de fora” quanto os “de dentro” do discurso jurídico, visto que para ambos, de uma forma popular ou teórica, a autoridade legal tem de sempre se justificar. Mas é de se atentar ao fato relevante de que essas justificações recorrem de imediato à razão ou à vontade para ser avaliada. Assim, não é surpreendente que a academia reproduza a tensão entre os valores fundamentais da ordem jurídica e que, como lembra um estudioso americano, “suas debilidades são apenas um reflexo da incoerência que está no centro do Estado de direito” (KAHN, 2001, p. 38).

Essas ilusões de referência também se sustentam em termos vagos e genéricos, truísmos pouco discutidos e em favor dos quais há pouca simpatia de vê-los questionados, a exemplo da expressão direito legítimo. Assim, em relação aos direitos humanos, como fato social, o jurista nada mais faz que a justificação *ex post facto* dos mesmos, quando também importaria mais entendê-lo em suas condicionantes.

Só que, para realizar tal intento, a pré-condição é, em relação ao âmbito jurídico, a de adotar a uma única atitude científica possível (embora os juristas reivindiquem para o seu saber um status de ciência, eles quase que não adotam a atitude que aqui se propõe): um ceticismo esclarecido, ou, mais simplesmente, um ceticismo metódico, que consiste em duvidar das obviedades e verdades estabelecidas e sagradas quanto ao direito, notadamente aquelas ditas eternas e imutáveis e que, não por coincidência, têm um papel regressivo, como se verá, logo em seguida e já em sede de conclusão.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto parece-nos científica e metodologicamente inviável se examinar as relações entre direito e da cidadania desconsiderando-se as demandas por sua concretização, isto é, e como já frisou-se ao início, suas metas programáticas de desenvolvimento inclusivo, o que significa dizer que há de se levar em contar o enfretamento do hiato entre as promessas formais contidas nos textos dirigentes e as demandas por sua concretização.

Isso implicou, ao longo do texto na necessidade de responder por quais motivos a visão liberal-individualista, em pleno século XXI, tenta limitar as reivindicações acerca de justiça, cidadania e direitos fundamentais, apenas ao terreno das garantias individuais, desconsiderando todo e qualquer elemento de questão social, no direito, deixando de por,

em termos que deem conta dos problemas contemporâneos, o reconhecimento dos problemas que apontam para a concretização.

Ora, conceber a efetividade dos direitos humanos e ignorar sua concretização é não olhar o fenômeno jurídico como uma construção social. Por isso, e para dar conta do problema proposto ao início, é que - ao longo do texto - se buscou enfrentar o desdém com que se tenta caracterizar a premente questão da concretização dos direitos sociais, estratégia em geral levada a cabo, como se viu ao longo do artigo, pela apologia unilateral dos direitos individuais (como se eles tivessem contradição com aqueles outros, sociais).

A limitação do trato individualista dos direitos é que eles são concebidos enquanto prerrogativas que oporiam o indivíduo contra a sociedade, com o que haveria uma permanente contradição as justas reivindicações por cidadania e desenvolvimento, o que - no limite - age em reforço a visão pela qual a forma jurídica consiste apenas em formalizar pretensões descomprometidas com sua materialização.

Em outros termos, a reflexão do senso-comum liberal-individualista ocorre como se a concretização de uma geração de direitos estivesse em contradição (ou em relação hierárquica) com a outra e excluindo, da concepção do primeiro deles, qualquer elemento da chamada questão social.

Esse erro sucede dado ao fato apontado no artigo pelo qual os juristas, em razão de seu lugar social, são, em sua maioria reféns da crença acerca do suposto caráter neutro do fenômeno jurídico e relevam que a forma jurídica se constitui numa estrutura de justificação de decisões, que visam neutralizar expectativas nem sempre prontas a serem atendidas.

Assim, uma concepção historicamente situada, acerca do direito, só adquire potencial heurístico se e na medida em que reconhecer indivíduos reais, em suas condições materiais de vida.

Compreender o fenômeno jurídico, numa perspectiva que dê conta da premência de materializá-los, demanda perceber que seu ponto de partida não pode se limitar ao sujeito imaginado pela concepção liberal, não podendo prescindir de novos contextos postos pelas novas realidades do século XXI.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, N. **Nem com Marx nem contra Marx**. São Paulo: UNESP, 2004.
- ENGELS, F. **Correspondence avec Lafargue**. Paris: Éditions Sociales, 1975.
- FEITOSA, Enoque. **O discurso jurídico como justificação**. Recife, EDUFPE, 2008.
- HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. São Paulo: UNESP/IOESP, 2001.
- KAHN, Paul. **El análisis cultural del derecho**: una reconstrucción de los estudios jurídicos. Madrid: Gedisa, 2001.
- MARX, K.; ENGELS, F. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007
- NAGEL, Ernest. **Problemas metodológicos de las ciencias sociales**. Barcelona: Paidós, 1961