

A plasticidade filosófica da linguagem dos direitos subjectivos

André Santos Campos

Working Paper

(Projecto: Post-national Sovereignty: The European Union path towards a political identity (UEPI))

Índice

1. Plasticidade conceptual e disciplinar da linguagem dos direitos subjectivos
2. Os direitos subjectivos como direito público: elemento de cidadania ou de soberania?
3. A plasticidade dos direitos enquanto fundamentais
4. Desafios contemporâneos aos direitos: o caso da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

1. Plasticidade conceptual e disciplinar da linguagem dos direitos subjectivos

O mundo do direito engloba pilares fundamentais definitórios que extravasam o mero plano dos enunciados deontológicos objectivos, quer olhando para o que está do outro lado correlativo do mera norma, quer olhando para o que antecede o próprio nascimento da norma. Um desses pilares fundamentais consiste no tratamento dos direitos subjectivos.

Contudo, não é de todo fácil perceber o momento em que a linguagem dos direitos surge na História do pensamento ocidental. De facto, na jushistoriografia dos direitos há controvérsia quanto ao momento de origem dos direitos subjectivos precisamente porque por vezes os jushistoriadores em discussão não entendem por direito (subjectivo) a mesma realidade. Uma simples tipologia dos direitos é insuficiente para determinar a natureza específica de um direito subjectivo, em especial enquanto conceito distinto de qualquer outra categoria inserível numa noção ampla de “direito”. É provável até que a concepção de direito subjectivo seja impossível de se reduzir a qualquer univocidade capaz de ultrapassar barreiras históricas. Precisamente por haver tal risco, é necessário estabelecer desde logo algumas perspectivas conceptuais distintas acerca da natureza do direito subjectivo.

Por um lado, é comum a distinção entre “direitos activos” e “direitos passivos”¹, que surge com maior impacto nas discussões a propósito da origem da linguagem dos direitos. Neste sentido, os direitos activos (também chamados por D. D. Raphael de “direitos de acção” – *rights of action*) traduzem um âmbito de possibilidades exercíveis em acto dentro do qual impera a possibilidade de escolha de um controlo legítimo sobre algo ou alguém; os direitos passivos (também chamados por D. D. Raphael de “direitos reivindicativos” – *rights of recipience*)², por seu turno, traduzem quer uma capacidade de reivindicação da satisfação de um direito perante o detentor de uma obrigação, quer a capacidade de reivindicação perante uma autoridade do reconhecimento da legitimidade de um controlo exercível sobre algo ou alguém. É deambulando sobretudo nesta

¹ V., a título de exemplo, David Lyons, “The Correlativity of Rights and Duties”, *Nous*, 4, 1970, pp. 45-55.

² D. D. Raphael, *Political Theory and the Rights of Man*, Bloomington, 1967, pp. 54-67.

distinção que a discussão sobre a origem da linguagem dos direitos se bifurca: alguns autores, como Villey, Tuck, e Cranston³, colocam a ênfase na perspectiva activa de um direito, e no caso de Cranston a ênfase é de tal ordem que chega a afirmar que só se pode falar em direito no sentido de “direito de reivindicação” a partir do século XIX, tal sentido sendo desconhecido até para os filósofos da Modernidade anterior; outros autores, como Feinberg e Kriechbaum⁴, atribuem exclusividade ao sentido passivo de um direito, sustentando que um direito é sempre e só uma “reivindicação válida” (*valid claim*), e rejeitando a ideia de haver um conceito de direito relativo a um sujeito que seja anterior às formulações da pandectística alemã do século XIX, salvo enquanto capacidade de reivindicação de algo, e nunca enquanto controlo ou poder em exercício sobre algo.

Em rigor, porém, sempre que um direito subjectivo é definido como um género de “soberania” pessoal e uma “esfera neutral de escolha pessoal”⁵, com ênfase colocado na vertente activa, está aí inerente também uma capacidade de impor a outrem o reconhecimento do próprio espaço decisório pessoal que constitui um direito – um poder deontico –, pelo que um direito subjectivo como é concebido comumente envolve em simultâneo um sentido activo e um sentido negativo.

Esta é precisamente a conclusão a chegar se for atentada a já clássica tipologia dos direitos elaborada pelo sistema analítico de Wesley Hohfeld. Para este jurista norte-americano, um direito é um composto quasi-simbiótico de quatro incidentes distintos.⁶ Num domínio primário, os direitos são “privilégios” (*privileges*) ou “reivindicações” (*claims*). Um privilégio traduz a capacidade de exercer uma acção legítima e lícita conquanto não haja um dever de não exercer essa acção: *A* tem um privilégio a *X* se não tiver um dever de não-*X*. Uma reivindicação, por seu turno, traduz a capacidade de impor o exercício de um dever por parte de outrem, pelo que uma reivindicação é sempre um direito correlativo a um dever: *A* tem uma reivindicação quando pode exigir perante *B* o cumprimento (ou o reconhecimento) de *X*, conquanto *B* tenha um dever de *X*. Num domínio secundário, os direitos para Hohfeld são “poderes” (*powers*) e “imunidades” (*immunities*), e actuam directamente sobre os direitos do domínio primário. Um poder traduz a capacidade de alterar na esfera jurídica própria ou alheia os incidentes primários (privilégios e reivindicações) e os deveres de submissão: *A* tem um poder se puder alterar legítima e licitamente a esfera jurídica de *B*, impondo por exemplo novos deveres a *B* que não existiam antes do poder exercido por *A*. Uma imunidade, por seu turno, traduz a capacidade de não estar sujeito a um poder de outrem, ou seja, indica a imutabilidade da esfera jurídica própria perante quaisquer acções de outrem: *A* tem uma imunidade quando *B* não tem qualquer capacidade para alterar legítima e licitamente a esfera jurídica de *A*. O importante a fixar nesta compreensão dos quatro incidentes fundamentais de Hohfeld é que um direito juridicamente válido e completo é uma operação em rede de todos os quatro incidentes, pelo que não fará sentido atribuir maior importância a uma perspectiva activa ou passiva de um direito. Para Hohfeld, um direito de propriedade de *A* sobre *X*, por exemplo,

³ V. M. Villey, “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, *Archives de philosophie du droit*, 9, 1964, pp. 97-111; Richard Tuck, *Natural Rights Theories*, Oxford University Press, 1979; Maurice Cranston, *Human Rights Today*, London, 1962.

⁴ J. Feinberg, “Duties, Rights, and Claims”, *American Philosophical Quarterly*, 3, 1966, pp. 137-144; Feinberg, “The Nature and Value of Rights”, *Journal of Value Inquiry*, 4, 1970, pp. 243-257; Maximiliane Kriechbaum, *Actio, ius, und dominium in den Rechtslehren des 13. und 14. Jahrhunderts*, Ebelsbach, Aktiv Druck & Verlag, 1996.

⁵ Cf. H. L. A. Hart, “Are There Any Natural Rights?”, *Philosophical Review*, 64, 1955, pp. 175-191; e Jürgen Habermas, *Theory and Practice*, Boston, Polity Press, 1986.

⁶ Wesley Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Yale University Press, 1919.

acarreta o “privilégio” de usar e fruir de X , a “reivindicação” perante outros de se absterem de usar e fruir de X , o “poder” de alterar, transferir ou anular o seu privilégio e a sua reivindicação (por exemplo, através do empréstimo de X), e a “imunidade” perante outros de não serem alterados os seus privilégio, reivindicação, e poder, excepto pela execução de um acto ilícito. Um direito subjectivo é portanto uma estrutura complexa de relações, que acarreta a adopção simultânea de uma perspectiva activa e de uma perspectiva passiva.

A tradicional distinção entre “direitos positivos” e “direitos negativos” expande esta vertente relacional do direito subjectivo, uma vez que o contextualiza sempre numa correlação com um elemento normativo de direito. Esta dicotomia entre positividade e negatividade de um direito ressalta sobretudo da distinção, elaborada por Isaiah Berlin no contexto da Filosofia Política, entre liberdade positiva e liberdade negativa, designando a primeira a detenção dos meios necessários para se ser autónomo e “senhor de si mesmo” (*one’s own master*), e a segunda o gozo da ausência de interferências externas nas acções humanas.⁷ Esta distinção, traduzida numa linguagem de direitos, acarreta que o detentor de um direito positivo reivindique a provisão de meios necessários para a obtenção do seu fim endogenamente almejado, enquanto o detentor de um direito negativo reivindique a não interferência de outrem na sua pretensão: o correlativo do direito subjectivo será então uma exigência jurídica da feitura de alguma coisa ou da abstenção de alguma coisa, respectivamente.

Esta concepção de um direito subjectivo como correlativo de um elemento objectivo de normatividade jurídica encontra-se hoje bastante difundida, quer o correlativo se apresente como um dever jurídico, quer se apresente como um princípio de direito⁸. A sua aceitação implica sempre a consideração da natureza relativa de um direito subjectivo, o que, mesmo dentro do conjunto das teses defensoras da correlatividade dos direitos, acarreta diferentes interpretações do próprio conteúdo da correlação. As teses que enquadram um entendimento dos direitos subjectivos em termos de correlatividade tendem a não apresentar um tratamento unívoco do conteúdo desta correlação. Ora apresentam-na como (1) $X \rightarrow Y \vee Y \rightarrow X$, ou como (2) $X \rightarrow Y \wedge Y \rightarrow X$. A distinção é importante pois, no primeiro caso, permite que a correlatividade seja apenas um nome dado à busca de um conceito anterior e prioritário que sirva de causa e razão de ser ao de direito subjectivo – tipicamente (embora não exclusivamente), colocando o acento na prioridade conceptual de um dever jurídico⁹: a correlatividade dos direitos torna-se então um campo de discussão sobre que instituto jurídico tem prioridade conceptual e cronológica sobre o direito subjectivo. No segundo caso, permite que a correlatividade seja entendida como relação de inerência simultânea de propriedades a uma essência, em que um conceito não pode ser pensado sem a simultânea inerência do outro, sem que haja quaisquer prioridades conceptuais ou lógicas. Em ambos os casos, os direitos nunca são tidos por absolutos, isto é, como anteriores a qualquer instrumento jurídico e independentes de um fundamento conceptual alternativo de direito. Eles são sempre já poderes deonticos oponíveis a outrem, e por conseguinte já “direitos passivos” por natureza.

⁷ Isaiah Berlin, “Two Concepts of Liberty” [1958], in *The Proper Study of Mankind*, New York, Strauss and Giroux, 1998.

⁸ É Ronald Dworkin, no seu *Taking Rights Seriously* [1977], quem anuncia os direitos como correlativos de princípios e não tanto de deveres jurídicos. Robert Alexy, por outro lado, em *Theorie der Grundrecht* [1986], opera num conceito amplo de normatividade, distinguindo entre normas-princípio e normas-deveres, sustentando que os direitos são correlativos dos primeiros e não dos segundos.

⁹ É esta a percepção que se encontra, por exemplo, em Hans Kelsen, na sua *Reine Rechtslehre* [1934, 1.^a ed.].

Isto significa que a discussão doutrinária acerca da natureza do suporte fundacional do direito subjectivo, ora colocado como uma protecção da vontade individual, ora como uma protecção do interesse individual¹⁰, não é uma distinção entre direitos absolutos e direitos relativos, uma vez que mesmo o espaço neutro onde o titular do direito manifesta legitimamente a sua vontade é já um espaço deontico num contexto inter-humano – a sua oponibilidade significa a confluência das teses da correlatividade dos direitos quer com as “teorias da escolha”, quer com as “teorias do interesse”. Neste sentido, a distinção entre direitos activos e direitos passivos não parece ser tanto uma de oposição, mas de possível cumulação.

Estas distinções são importantes para a compreensão da falta de unanimidade na procura do momento fundacional da linguagem dos direitos subjectivos. Seguindo Michel Villey, o direito tomado como característica de uma pessoa ou sujeito é uma criação medieval que opera uma “mudança semântica” perante a tradição romana da natureza do direito. No direito romano clássico, o *jus* seria sobretudo uma fórmula de identificação constitutiva de um bem para os homens, *bonum et aequum* ou simplesmente útil (*utilis*)¹¹, pronunciada por um árbitro com legítima autoridade que baste a tornar tal fórmula num imperativo deontico secundado por uma força ritualística. O *jus* seria então mais um *dictum*, uma jurisdição, um estabelecimento estruturado por uma autoridade da exigência de conformidade das coisas a um modelo específico, e não tanto um atributo pessoal de *factum*, uma capacidade potente de se exercer em acto sobre algo. Pelo contrário, este exercício de actividade sobre algo físico cairia não na definição de *jus*, mas sim na de *dominium*, enquanto qualidade de controlo do *paterfamilias* sobre todos os componentes da sua casa (*domus*), incluindo edificios, terras, animais, dinheiro, filhos, escravos, etc. Logo, enquanto o direito característico de uma pessoa ou sujeito acarreta sempre para M. Villey um potencial exercível em acto de controlo sobre algo ou alguém, no direito romano não haveria então cabimento para tal noção, uma vez que esse potencial exercível em acto preencha o *dominium* e não o *jus*.¹² A aproximação do *jus* ao *dominium* efectivava-se sim no instituto processual da *actio* jurídica, enquanto capacidade de *factum* do cidadão (e, frequentemente, do *dominus*) de reivindicar em juízo oficial o *dictum* reconhecendo a legitimidade da sua condição (frequentemente, do seu *dominium*): o controlo sobre algo converter-se-ia em *jus* quando fosse “ditado” na conclusão de um processo judicial.¹³ Como para Michel Villey o *jus* característico de uma pessoa ou sujeito engloba sobretudo um sentido activo de feitura e não tanto um sentido processual de reivindicação, a descoberta do

¹⁰ A distinção entre “teorias da vontade” e “teorias do interesse” adquire maior relevo com a publicação do texto de H. L. A. Hart, “Legal Rights”, in H. L. A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 162-193, no qual opõe a sua ênfase no carácter de escolha dos direitos subjectivos à ênfase benthamiana no carácter do interesse pessoal. Esta dicotomia, porém, reflecte já algumas diferentes perspectivas da doutrina jurídica alemã do século XIX, nomeadamente Windscheid, que entende o direito subjectivo como “poder de vontade” ao seguir na esteira das formulações kantianas, e Ihering, que entende o direito subjectivo como “interesse juridicamente protegido”.

¹¹ Assim, no *Digesto*, Ulpiano relembra a definição de Celso do direito como “a arte do bom e do equitativo” [*ius est ars boni et aequi*] e, na distinção entre direito público e privado, releva a importância da utilidade («publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.» [o direito público é o respeitante ao estado da coisa romana; o privado é o respeitante à utilidade dos singulares: pois há algumas coisas úteis em público, outras úteis em privado.] , *Digesto* 1.1.1.2).

¹² V. Michel Villey, “Les origines de la notion du droit subjectif” [1952], in Id., *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 221-50 ; e “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, cit.

¹³ Cf. M. Villey, “Le *jus in re* du droit romain classique au droit moderne”, *Conférences faites à l’Institut de Droit Romain en 1947*, Paris, 1950, pp. 187-225.

primeiro uso desse sentido de *jus* exige a delimitação do momento em que há assimilação do *jus* ao *dominium*.

Richard Tuck, embora acatando a distinção *dominium-actio-jus* no direito romano clássico, observa todavia que em tempos imperiais o *dominium* faz-se também qualidade de controlo do imperador sobre todos os componentes do seu império, incluindo os súbditos, e, ao efectuar-se o exercício em actividade desse *dominium* sobre os súbditos por formulações “ditas” de modelos deonticos, aí onde há *dominium publicum* há também *jus publicum*, e qualquer cedência deste *dominium* a autoridades hierarquicamente inferiores funciona como aquisição de *jus* por quem tem também *dominium*. Assim, apesar de distintos na origem, *jus* e *dominium* tendem a imputar-se a uma mesma entidade, muito embora não seja ainda possível qualificar o *jus* como o atributo próprio de uma pessoa ou sujeito.¹⁴ *Jus* e *dominium* interligam-se e confundem-se assim muitas vezes no direito romano imperial, nem sendo aliás incomum o tratamento da capacidade de iniciar uma acção judicial como *jus*, ou como *potestas* da reivindicação de algo. Como tal, Tuck admite a persistência adormecida de um sentido reivindicativo do *jus*-atributo pessoal até à Baixa Idade Média, mas, ao seguir Michel Villey dando primazia ao sentido “activo” desse *jus*, procura também o seu nascimento no ponto de assimilação completa do *jus* ao *dominium*.

Brian Tierney, por seu turno, não encontra tão precisa a linha que demarca o *jus* do *dominium* no direito romano, pintando-a sim ténue e intermitente: invoca em seu auxílio textos latinos de âmbito literário (como de Tito Lívio) e jurídico (como de Gaio), que chegam a confundir *jus* e *dominium* como “inerências de um mesmo sujeito”¹⁵, e relembra que nenhum historiador moderno do direito romano consegue dispensar o termo *direito* em sentido “subjectivo” da sua linguagem ao explicar os textos jurídicos clássicos. Nesta senda, afastar por completo uma noção subjectiva do *jus* no direito romano aparenta ser uma conclusão precipitada, muito embora Tierney reconheça não haver aí ainda qualquer concepção de uma ordem do direito enquanto estrutura de direitos individuais.

Haja ou não o reconhecimento de um sentido subjectivo de *jus* no direito romano, importa sobretudo realçar aí a inexistência de uma assimilação completa do *jus* ao *dominium* e à *actio*, a qual será exigível numa concepção moderna dos direitos individuais. A natureza do direito não é de todo predicativa da natureza do homem ou das restantes coisas particulares da ordem natural, muito embora orbite em redor das faculdades físicas dos organismos na forma do *jus-dikaion* ou do *jus-lex*. Para Ulpiano, por exemplo, a justa perfeição da natureza prescreve a todos os animais a possibilidade de realização do que a natureza de cada um pode fazer. O fazer, *fas*, envolve juridicidade, não enquanto é *jus* do feitor, mas enquanto se segue de uma ordenação da natureza cuja perfeição justifica uma invocação do *jus*. Logo, os peixes nadam e as aves voam não porque seja de seu direito próprio fazê-lo, mas porque ao fazê-lo cumprem as exigências da natureza perfeita e justa que integram. O tom estoíco aqui presente é indesmentível, na medida em que o Estoicismo harmoniza o primor de um determinismo cósmico com a averiguação de uma força inata a cada coisa de se preservar na sua própria existência, sem ter de identificar esta força de *fas* a um *jus* subjectivo. Desta maneira, as referências à natureza do *jus* romano englomeram a ordem justa da natureza ou o *dictum* prescritivo do *justum*, pelo que não se entende então o *jus* primariamente como um atributo comum à universalidade das coisas, mas sim como o

¹⁴ Cf. Tuck, *Natural Rights Theories*, cit., pp. 10-3.

¹⁵ Cfr. Brian Tierney, *The Idea of Natural Rights. Studies on natural rights, natural law, and church law, 1150-1625*, Grand Rapids, Eerdmans, 1997, pp. 17-8.

âmbito de presentificação e intervenção da razão, aberto apenas àqueles que nela participam inteligindo.

Esta perspectiva altera-se profundamente na Baixa Idade Média, quando uma qualidade pessoal de feitura do justo é apontada como uma característica do *jus*, apontamento este cuja proeminência muito deve à querela em torno da pobreza enquanto voto de fé cristão, entre franciscanos “espirituais” (os *fraticelli*) e “comunitaristas” durante o século XIII (os primeiros advogando uma renúncia total dos bens terrenos, os segundos advogando uma renúncia tão só pelos franciscanos à propriedade de bens terrenos) e entre a Ordem dos Frades Menores e o papa João XXII durante o século XIV (a primeira advogando a possibilidade de um uso justo por parte da Ordem de coisas consumíveis sob o *dominium* e *jus* de outrem, o segundo advogando que o uso em consumo de algo acarreta um seu *dominium* que é afinal um *jus* irrenunciável). Quando esta querela a propósito do valor da pobreza atinge o seu apogeu, com o *Opus nonaginta dierum* de William de Ockham refutando as teses do papa João XXII, o *jus* é já sem dúvida identificado não apenas como mero *dictum* mas também como *qualitas* de alguém para algo, o que leva alguns historiadores do direito a identificar aí o nascimento de uma perspectiva subjectiva do direito. O momento exacto em que *jus* se confunde com *dominium* e *actio*, enquanto potencial exercível em acto de controlar ou exigir o reconhecimento do controlo sobre algo ou alguém, permanece todavia ambíguo: uns encontram-no, talvez de maneira mais fundamentada, nas formulações da natureza do direito canónico por parte de juristas dos séculos XII e XIII compilados no *Decretum* de Graciano, outros na teologia de Jean Gerson, outros na doutrina do direito natural de Tomás de Aquino, outros no nominalismo tácito do *Opus nonaginta dierum* de William de Ockham, outros nas menções expressas de Suárez, outros no enquadramento moderno do direito por Grotius, outros nos fundamentos políticos de Hobbes, e outros ainda no pensamento político de Locke. Importa sobretudo fixar que a dada altura o *dominium* é já plenamente *jus*, enquanto controlo legítimo exercido em efectivo sobre algo ou alguém (*jus in re* ou *in personam*), e a *actio* integra o *dominium* na sua assimilação ao *jus* enquanto capacidade de exigir a outrem o exercício em efectivo de um controlo legítimo próprio sobre algo ou alguém (*jus ad rem* ou *ad personam*).

Assim, a determinada altura na transição da Idade Média para a Modernidade, os contornos separando o direito prescritivo e o direito-faculdade estão já bem salientes, uma objectividade do direito opondo-se a uma subjectividade do direito. Tal nota-se primeiro em Marsílio de Pádua – que não chega a sublinhar tanto uma qualidade de uma pessoa, mas sim mais uma característica do acto humano – mas principalmente em Francisco Suárez, para quem o *jus* é agora “faculdade”, capacidade de *fas*, poder. Mas este direito-faculdade não se confunde com uma mera possibilidade factual de acção: o direito torna-se a potência de feitura e a feitura mesma do que a razão identifica como justo; não é a capacidade nua do que pode a natureza física de cada ser, mas um poder de realização do que é conforme ao *jus-dikaion* e ao *jus-lex*, uma faculdade “moral”, segundo Suárez. É também neste mesmo sentido que Marsílio de Pádua menciona o poder (*potestas*) como motivador do acto humano que integra a noção de *jus*, e que William de Ockham define um direito subjectivo como “poder lícito” (*potestas licita*), isto é, enquanto *jus-potestas* pessoal que é sobretudo um poder de reivindicação de uma pessoa a um poder superior já instituído, o qual possibilita a existência mesma de um tal poder de reivindicação sempre conforme à razão.

Isto não significa, porém, que o direito subjectivo entendido como “faculdade moral” seja aqui um conceito especificamente moral, cuja prioridade e transcendência envolva uma dependência do direito e da política a quaisquer considerações de ordem

ética. Ao invés, Suárez, como exemplo maior desta menção explícita, menciona dois significados para o conceito de *Direito*, em que um é uma faculdade *moral* de um sujeito e o outro uma lei *jurídica*. A qualidade “moral” desta faculdade corresponde apenas à descrição de uma característica condicionante da própria noção de Direito enquanto faculdade subjectiva. O predicativo “moral”, aqui, não é superior ou alternativo ao Direito, mas referência à condição de justiça para todo e qualquer conceito de direito válido. Por conseguinte, mesmo nesta transição da Renascença para a Modernidade, os usos primários dos direitos subjectivos integram-se num contexto disciplinar de direito, e não de ética.

A filosofia moderna do século XVII, contudo, vem redimensionar os contornos dentro dos quais esta problemática se enquadrava. Por um lado, as inovações científicas e tecnológicas têm uma forte relação de reciprocidade com um centramento crescente no sujeito cognoscente. Não se trata aqui da adopção de uma visão antropocêntrica da Natureza, recuperada pelo Renascimento à tradição sofista e designando o homem como razão de ser, fim e medida de todas as coisas. Aliás, mesmo o pensamento antropológico do Renascimento sofrera já um concentrado empenho de desconstrução por parte de autores como Montaigne, e parece estar já superado por uma cosmologia nova que reconfigura toda a ideia do homem e do seu lugar na Natureza, ao ponto de nem Descartes, que pusera a realidade do indivíduo na indivisibilidade da substância pensante, chegar a tomar o homem como medida da criação de Deus¹⁶. Assim, se a cultura grega clássica estivera já impregnada de um cosmocentrismo pois era a partir do cosmos e em vista deste que se estruturava qualquer compreensão da realidade, a cultura medieval estivera perspectivada pelo olhar de Deus num teocentrismo, o Renascimento estivera imerso num antropocentrismo legitimador de tudo, pode dizer-se que na transição para a Modernidade do século XVII o homem se torna razão de ser primordial não da criação de Deus mas da própria busca do saber. Ocorre assim como que uma “desplatonização” dos paradigmas do conhecimento, ou melhor, uma subversão da transcendência medieval, uma vez que a justificação do que diz respeito ao humano no mundo não mais pode dar-se de cima para baixo, mas ao invés de baixo para cima.

No plano político, estes novos contornos de recentramentos forçam à busca de critérios de legitimação que absorvam todo o potencial deste sujeito cognoscente que é também um sujeito político. A procura por um fundamento individualista do âmbito político leva à necessidade de referência a um conceito que possa ser alimentado de critérios distintos de legitimidade política e que não seja simplesmente objectivo e normativo, mas enquanto centro de imputação do individual: uma faculdade, uma característica desse novo sujeito central. Daí que a noção de direito subjectivo seja então herdada de um contexto estritamente jurídico para invadir o âmbito filosófico-político, e até adquire, quando contextualizado num mundo de juridicidade apenas mediata, também um cunho ético. A linguagem dos direitos subjectivos ganha assim uma plasticidade disciplinar.

Verifica-se essa transformação desde logo em Grotius, cuja definição de direito ordena em definitivo para a Modernidade jurídico-filosófica a tabela conceptual a ser usada pelas gerações seguintes. Grotius ramifica o direito em três sentidos distintos. Numa primeira acepção, remonta para essa ideia da universalidade de um bem para os homens, mas realçando a vertente de negação dos seus opostos contrários presente em qualquer formulação de um tal bem, pelo que *jus* constitui-se assim na transparência daquilo que não é *injustum*, daquilo que repugna à “sociedade dos seres dotados de razão”. Numa segunda acepção, que parte já dessa identificação do injusto e, por

¹⁶ Descartes, *Principia Philosophiae*, III, 3, in *Oeuvres*, ed. Paul et Adam Tannery, vol. VIII-1, Paris, Vrin, p. 81.

inversão, do justo, *jus* remonta para uma concentração individual num sujeito com estatuto de pessoa, aí designando uma qualidade humana de poder assimilar ou fazer o justo (“qualidade moral”), à qual Grotius chama de *faculdade* (*facultas*), dando-lhe aliás uma certa primazia ao ponto de a considerar como *direito próprio ou estritamente dito* (*jus proprie aut stricte dictum*). A *faculdade*, por sua vez, ramifica-se igualmente em três sentidos distintos: o poder (*potestas*), enquanto controlo a exercer sobre o que se assume com o estatuto de pessoa, seja o próprio (*potestas in se*, poder sobre si mesmo, que é o ser-aí da liberdade) ou um outro (*potestas in alios*, poder sobre outrem); o domínio (*dominium*), que tanto pode significar um título de propriedade reconhecida por outrem, como também a mera posse legítima de uma coisa, mas sempre remetendo para uma relação de controlo a exercer sobre o que tenha o estatuto de coisa (*res*) não pessoal; e o crédito (*creditum*), enquanto contraponto pessoal de um vínculo debitório específico de outrem e exigível, débito este com um conteúdo não eficaz *erga omnes* (neste caso o seu contraponto mais provável seria um direito real, o reconhecimento do *dominium*, portanto) mas com um conteúdo e um destinatário bem identificados, podendo este exigir a efectivação daquele. Por fim, numa terceira acepção, *jus* remonta para a ideia de prescrição imperativa do justo, e designa então a lei. E se já na tradição pré-moderna a lei prescritiva deontica caracterizava um formato do *jus*, em Grotius mantém-se tal ocorrência: quando a prescrição é dotada de coercibilidade, isto é, quando à possibilidade do seu não acatamento se acresce a necessidade de um mal imposto, a sanção, então há aí *jus*, propriamente dito *voluntário* (*jus voluntarium*); quando a prescrição pelo contrário não tem qualquer coercibilidade, mas impõe-se apenas pelo valor de si mesma, brotando da razão aberta à consciência do homem, então há aí ainda *jus*, agora propriamente dito *natural* (*jus naturale*).

Que há de novo na formulação grotiana? A resposta encontra-se no elemento subjectivo do *jus*. Suárez definira o *jus* como “*faculdade moral*” face “à coisa sua” ou ao que se lhe deve: *dominium* e *creditum*, portanto. O direito não normativo em Suárez respeita apenas a relações reais ou obrigacionais, e não pessoais, o direito fecha-se à exigência de uma co-presença interpessoal, que é então já política e não jurídica – o *jus* da pessoa não é o poder próprio que a define na sua constituição natural, pelo que o poder político do governante não provém nem se institui a partir deste *ius-facultas moralis* de uma pessoa, que não inclui poder, o qual surge apenas numa comunidade e nunca num singular ou determinado¹⁷. Grotius vai portanto mais longe ao designar o seu *ius-facultas* não só como *dominium* e *creditum*, mas também como *potestas*, poder de si, irrelacionado, chamando-se então liberdade, ou relacionado com pessoas outras.

No âmbito político, Grotius distingue entre poder civil (*potestas civilis*) e poder supremo (*summa potestas*), definindo o primeiro como a *faculdade moral* de governar uma Cidade, e o segundo como o poder civil cujos actos não dependem de outrem. Atente-se na natureza do poder civil: uma “*faculdade moral*” do governante, tal como a segunda acepção de *jus* fora também uma *faculdade moral* de uma pessoa – o poder civil é portanto o *jus-facultas* do governante. Mas o governante não ocupa essa posição, não se faz dotado de um *jus-facultas* que seja poder civil, por mera nomeação prescritiva de Deus nem tão pouco em virtude da sua natureza mesma: pelo contrário, o poder civil dimana do centro de inferência do poder em si, isto é, da liberdade que é qualidade moral de uma pessoa, do *jus-facultas* de cada pessoa, portanto. É que a

¹⁷ «Hinc facile concluditur [...] potestatem hanc ex vi solius iuris naturae esse in hominum communitate. Probatur, quia est in hominibus [...] et non in singulis vel in aliquo determinate [...].» [Daqui facilmente se conclui [...] que este poder está na força do direito de natureza apenas na comunidade de homens. Prova-se por que está nos homens [...] e não no singular ou em algo determinado], Suárez, *De Legibus ac Deo Legislatore* III, III, 4, ed. Luciano Perena, vol. 5, Madrid, Consejo de Investigaciones Científicas, 1975, p. 24.

sociedade política não é um todo sobreposto e anterior aos homens, mas é instituída (*instituta*)¹⁸ para a salvaguarda da tranquilidade, e isto porque o *jus-facultas* pessoal não é tanto uma qualidade física, mas sim moral, um atributo que é próprio mas que pode ser afastado sem que o homem deixe de se perceber e entender enquanto homem – por outras palavras, é enfim transferível e alienável a outrem por motivos de segurança e protecção da violência. O poder civil que se considere supremo é o *jus-facultas* do governante que se constitui pela transferência ou alienação dos *jures-facultates* das pessoas tornando-se governadas na sua instituição política por cedência.¹⁹ O direito subjectivo é portanto em simultâneo conceito jurídico (integra a noção de direito), político (compõe o poder político) e ético (legítima por respeito a um valor de justiça quer a noção de direito onde está incluído, quer a sociedade política que se funda).

Toda esta dependência das noções primeiras de direito subjectivo face a uma concepção de justiça ou de “licitude natural”, isto é, toda esta limitação da noção de direito subjectivo a um plano ético-jurídico, é suplantada pela definição de Hobbes do que é um direito (*right*). Para Hobbes, um direito é um atributo de liberdade, aqui entendida num sentido negativo de ausência total de constrangimentos externos (mesmo de natureza moral) ao desempenho do que contribui para a sobrevivência própria – *right* não é sinónimo de correcção (*right*) ou de coisa justa, mas tão só de liberdade individual para agir. É a lei que, impondo deveres à acção humana, restringe esse espaço de liberdade física e natural do homem para qualquer tipo de acção que contribua para a sua sobrevivência. Neste caso, restringe o direito subjectivo natural de cada indivíduo para permitir a coexistência pacífica dos vários direitos subjectivos dos vários indivíduos que no seu estado natural se enfrentariam em competição permanente e violenta. Entre o direito-faculdade de Grotius e o direito-poder de Hobbes há portanto várias diferenças fundamentais: enquanto o direito pessoal em Hobbes é um poder de auto-preservação, em Grotius é sobretudo a faculdade de realização do honesto e do racional; e enquanto o direito em Hobbes é todo ele pessoal, e oposto à lei, originadora de obrigações que limitam o poder de auto-preservação, em Grotius o direito tem um tríplice significado, incluindo tanto o pessoal como a própria lei. Tal como em Grotius, o direito subjectivo hobbesiano é conceito fundador do momento político propriamente dito, mas já despido da sua componente moral de legitimação: é sobretudo um conceito antropológico que se expande para a política.

Autores como Spinoza, Pufendorf e Locke, contudo, alargam ainda mais o alcance disciplinar da linguagem dos direitos. Para Spinoza, os direitos são expressões em variantes diferenciadas da potência causal que define a sua concepção ampla de Natureza enquanto omni-inclusão de ser e existência (o *Deus, sive Natura* que é causa de si). Têm sobretudo manifestação na ordem dos indivíduos e operam como começo e fundamento da constituição do político, uma vez que permitem estabelecer uma conexão entre essa ordem causal (quer no âmbito do atributo extensão, quer no âmbito do atributo pensamento) em que consiste a Natureza e o momento político propriamente dito, já contextualizado por Hobbes como produção humana “artificial”. Os direitos são então para Spinoza “direitos de Natureza” no âmbito da individualidade, pelo que fornecem um suporte metafísico à construção do político – emergem afinal como ponte que alimenta de “naturalidade” o que por hábito é crido como puramente artificial. Apresentam-se portanto como conceitos metafísicos que interessam à política e ao direito, e não vice-versa.

¹⁸ «Sed civili societate ad tuendam publicam tranquillitatem instituta [...]», [Mas pela sociedade civil, instituída para a salvaguarda da tranquilidade pública], *De Jure Belli ac Pacis*, I, cap. IV, 2.

¹⁹ V. *De Jure Belli ac Pacis*, I, cap. III, 8; e cap. IV, 14, onde se fala num *ius imperandi* que se transfere (*tradat*) ou que se aliena (*alienat*), respectivamente.

Pufendorf, por seu turno, nega aos direitos centrados no âmbito da individualidade qualquer carácter fundacional. Na sua rejeição aberta das teorias de Hobbes, Velthuysen e Spinoza, onde sustenta que a liberdade para agir ou para possuir certa coisa não pode simplesmente ser chamada de direito sem que haja uma obrigação associada que lhe dê origem, Pufendorf acaba por tentar refrear a plasticidade do conceito remetendo-o sobretudo à sua dimensão ética. Com efeito, Pufendorf nega aos direitos qualquer prioridade conceptual sobre um domínio normativo, mas fá-los depender de uma normatividade racionalizável objectivamente. Neste sentido, pode dizer-se com alguma segurança que Pufendorf inaugura a tese da correlatividade dos direitos e deveres, numa vertente jusnaturalista que será acentuada mais tarde pela vertente juspositivista do utilitarismo de Bentham.²⁰ O que isto acarreta é a rejeição dos direitos como meras liberdades ou *dominia*, isto é, enquanto direitos activos exprimindo a soberania de alguém sobre a sua esfera de escolha e intervenção – os direitos só existem quando são reivindicações perante alguém sobre o qual impendem já determinadas obrigações.²¹ Daí que os direitos não sejam qualificativos da mera presença numa classe geral de “homem” ou numa expressão viva de “naturalidade”, mas ao invés instrumentos deonticos conferindo aos sujeitos a capacidade de activar o cumprimento de obrigações. Essas obrigações são, desde logo, definidas pela razão natural enquanto impressas por Deus na consciência humana, pelo que são enunciados normativos de Direito Natural. Por conseguinte, os direitos naturais em Pufendorf são desde logo correlativos deonticos de deveres *morais*, e só ulteriormente correlativos deonticos de deveres jurídico-políticos. Daí que, em estado de natureza puro de isolamento dos homens, não possa sequer falar-se de direitos (mesmo os de propriedade) uma vez que não há titulares de dever algum – ao invés, é a formação do primeiro pacto de sociedade que enforma o momento ético e, por inerência, também o conceito de direitos naturais. A legitimidade e a eventual limitação do espaço de descricionaridade da acção política constituída pelo segundo pacto ocorre sobretudo no domínio dos deveres e não dos direitos.

Locke, ao invés, parece conferir aos direitos imputáveis ao âmbito da individualidade o cariz moral já presente em Pufendorf, mas alimentado-os simultaneamente de uma natureza fundamentante e justificativa do próprio político que é antropológica na sua origem, tal como em Hobbes. Para Locke, os direitos são inerentes à própria condição do homem que é ser racional e livre – mas precisamente por serem características envolvendo racionalidade e liberdade, não podem ser confundidos com uma arbitrariedade absoluta para a acção ou para a detenção de algo, uma vez que são apenas válidos enquanto são usados na mesma medida por todos os homens. Logo, têm em simultâneo um carácter antropológico e ético. Daí que Locke possa conceber, ao contrário do que fizera Pufendorf, a existência de direitos já em pleno estado de natureza. Mas porque tais direitos precisam de ser garantidos para a preservação da própria consciência moral humana, eles exigem a formação de um poder político que os proteja e em simultâneo limitam esse poder político a não mais que a simples protecção dos direitos tidos por naturais ao homem.²² Os direitos são então fundamento do político, uma vez que são o motivo primordial por que o político é necessário de todo, e também limitações morais à esfera decisória do político, uma vez

²⁰ V. Pufendorf, *De Iure Naturae et Gentium*, III, V, 3, Lund, 1672, p. 321 (*The Law of Nature and Nations*, ed. Jean Barbeyrac, trans. Basil Kennet, London, 1749, p. 267). Quanto à introdução da “tese da correlatividade” por parte de Pufendorf, v. L. Krieger, *The Politics of Discretion. Pufendorf and the Acceptance of Natural Law*, Chicago, 1964, e Richard Tuck, *Natural Rights Theories*, pp. 156-161.

²¹ *De Iure Naturae et Gentium*, IV, IV, 3-4, pp. 456-8 (*The Law of Nature and Nations*, pp. 365-7).

²² V. John Locke, *Second Treatise of Government*, VIII-IX, ed. Richard Cox, Arlington Heights, Harlan Davidson Inc., 1982, pp. 58-78.

que se o poder político for absoluto no sentido da ilimitação à violação dos direitos, ele perde a sua própria justificação e fundamento. Locke, por conseguinte, parece mediar os extremos morais e antropológicos de Pufendorf e Hobbes, redimensionando a plasticidade conceptual dos direitos. Eles são então direitos *do homem* com uma dimensão moral e política – e é esta concepção ampla da natureza dos direitos que transita para os séculos seguintes.

A história da origem da linguagem dos direitos subjectivos até finais do século XVII é ilustrativa, portanto, da sua plasticidade conceptual e disciplinar que caracterizará quer as discussões ulteriores sobre a sua natureza, quer as suas integrações nas experiências constitucionais europeias e norte-americanas.

2. Os direitos subjectivos como direito público: elemento de cidadania ou de soberania?

Independentemente do suporte ontológico que se lhes atribua – quer sejam tidos por naturais ou ficções jurídicas, poderes absolutos ou deônticos perante outrem, qualificativos de facto ou valores, mais ou menos pertencentes à política, ao direito (privado ou público), à ética, à antropologia, ou à metafísica –, a linguagem dos direitos conquistou uma predominância de tal maneira hegemónica nos discursos da ordem da *praxis* destas várias disciplinas a partir do pós- Segunda Guerra Mundial que muitos consideram-nos hoje já um “facto do mundo”²³. Esta invasão da linguagem dos direitos no próprio âmbito do senso comum não pressupõe necessariamente um consenso em torno da sua natureza nem sequer dos seus pilares justificativos (morais, jurídicos, políticos, etc.) – a sua proliferação como algo cuja observação histórica parece estar indissociada de uma ideia de progresso e de melhoria das condições de vida dos povos e dos indivíduos que beneficiam do seu gozo exercível²⁴ como que tendeu a imunizá-los perante a eventualidade da apresentação de alternativas à sua mera concepção. Conquistaram como que uma neutralidade crítica ou um estatuto de dogma que permite legitimar o desvio da discussão sobre os direitos desde o domínio do que são e de qual a sua natureza para o domínio de como se deve universalizar e assegurar o seu efectivo exercício e cumprimento²⁵. Mesmo as críticas mais recentes à manipulação da linguagem dos direitos assentam não tanto na discussão do que constitui o seu núcleo substancial, mas ao invés no uso indiscriminado da área e dos fins almejados na sua invocação – daí a acusação frequente de que o alargamento da tipologia dos direitos a novas gerações sucessivas de direitos constitui um *superavit* da linguagem dos direitos que desvaloriza os mais fundamentais (os de primeira geração), supostamente suportes não só para os restantes direitos mas também para todo o mundo sócio-político²⁶.

²³ É o caso de Richard Rorty, em “Human Rights, Rationality, and Sentimentality”, in S. Schute and S. Hurley (eds.), *On Human Rights*, The Oxford Amnesty Lectures-1993, NY, Basic Books, 1993, p. 134.

²⁴ Esta ideia dos direitos como construção histórica a partir de condições insatisfatórias parece comum tanto a Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990 (trad. *A Era dos Direitos*, Campus, Rio de Janeiro, 1992), como a Alan Dershowitz, *Rights from Wrongs*, Basic Books, NY, 2004.

²⁵ Neste sentido, cf. Bobbio, *A Era dos Direitos*; v. também as afirmações de Jacques Maritain, membro do “comité UNESCO para as bases teóricas dos direitos humanos”, a propósito do sentido de orientação dos trabalhos do comité: «we agree about the rights but on condition that no one asks us why» (Jacques Maritain, “Introduction”, in UNESCO, *Human Rights. Comments and Interpretations*, London, Allan Wingate, 1949, pp. 9-10).

²⁶ É o que sustenta Mary Ann Glendon, ao denunciar como a inflação da linguagem dos direitos “empobrece” os excursos morais e políticos: Mary Ann Glendon, *Rights Talk. The Empoverishment of Political Discourse*, NY, The Free Press, 1991.

Um dos motivos aparentes de uma tal dogmatização dos direitos subjectivos assenta precisamente na transição operada em inícios do século XVII desde a área específica do direito privado até à sua dimensão em sede de direito público (quanto à sua legitimação e exercício). Os direitos ficaram apegados desde então não necessariamente à condição de ser humano, não obstante parecer ser essa a justificação da DUDH de 1948, cuja universalidade pretende referir-se à espécie humana segundo qualificativos biológicos presumidos e a uma atemporalidade histórica, pelo que tal universalidade apresenta uma justificação moral sobretudo jusnaturalista que é insuficiente para explicar a imunização da concepção dos direitos à crítica; ao invés, ficaram apegados à condição de se ser parte integrante de uma comunidade política, isto é, adquiriram uma dimensão central no próprio mundo da actividade política enquanto designação jurídica (pública) de quem preenche um estatuto de participante (mesmo que indirecto, enquanto destinatário de mando institucional) numa organização sócio-política. Por outras palavras, os direitos pareceram associar-se de maneira relevante não à qualidade daqueles que são súbditos passivos de um poder político cuja legitimidade se encontra numa fonte alternativa, mas daqueles que são parte activa no próprio decurso do mando político, quer participando directamente nos processos decisórios, quer sendo eles mesmos a fonte directa da legitimidade do poder político, quer reivindicando directivas e deveres ao próprio poder político – é esse o estatuto conferido aos direitos no âmbito da cidadania.²⁷

É este indício da interpretação dos direitos como relevantes na esfera pública para operarem como pressupostos e não como consequências da boa cidadania que porventura conduz à sua disseminação quer em pleno século XVII, quer mais recentemente no pós- Segunda Guerra Mundial. A ideia de que o paradigma dos direitos consegue promover princípios éticos ou ficções reguladoras de protecção dos indivíduos no âmbito do alcance da participação dos mesmos na esfera pública enquanto cidadãos imuniza-os perante qualquer discussão acerca da sua natureza, pelo que são tidos como instrumentos da evolução histórica superando injustiças experienciadas no passado²⁴, de valia social equiparável por vezes ao desenvolvimento dos recursos tecnológicos na medicina, nas comunicações ou nos transportes²⁸. Este surgimento da linguagem dos direitos nas várias esferas da vida pública representaria assim aquilo a que Norberto Bobbio chamou de “era dos direitos”, a partir das guerras de religião do século XVII, que teriam levado a uma inversão da relação entre poder político e cidadão – esta inversão consistia na passagem da prioridade dos deveres dos súbditos à prioridade dos direitos dos cidadãos, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do detentor do poder político, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista contraposta à concepção organicista tradicional.²⁹ A plasticidade conceptual dos direitos conduzia assim a promoção da salvação individual comum aos discursos religiosos a uma esfera estritamente secular e civil³⁰, e fazia-o com recurso a um instrumento originariamente jurídico com o intuito de o alimentar com as características mais fortes do direito, como

²⁷ São indicadores deste apegamento dos direitos à cidadania o facto de a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão se referir à dupla condição do sujeito enquanto “homem” e “cidadão”, assim como o facto de a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 pressupor a pertença do homem a uma comunidade política na maior parte dos direitos que elenca.

²⁸ Cf., neste sentido, Carlos Santiago Nino, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 1.

²⁹ V. Bobbio, *A Era dos Direitos*, pp. 49-66.

³⁰ Cf. João Lopes Alves, “Direitos Humanos”, in J. L. Alves, *Ética & Contrato Social*, Lisboa, Edições Colibri, 2005, pp. 14-5.

a obrigatoriedade da rectidão, a certeza e previsibilidade, e eventualmente a ameaça da força.

Contudo, parece haver uma disparidade entre esta associação dos direitos subjectivos à cidadania e a maneira como a plasticidade conceptual da linguagem dos direitos efectivamente ocorre nos textos filosófico-políticos desta “era dos direitos”. É que à medida que o recentramento no sujeito cognoscente, típico do século XVII, torna em aporia qualquer transcendência cosmológica ou teológica dos fundamentos do poder político, passa a ser necessário um conceito que legitime esse poder a partir da sua formação individualista. A disseminação do método resolutivo-compositivo no âmbito das ciências naturais revela-se também determinante no âmbito jurídico-político: o poder político não mais pode ser justificado como dado de antemão na Natureza, mas tem de ser compreendido a partir dos meios da sua composição, isto é, dos elementos que o compõem e que dele são partes. Enquanto a mera dedução e a natureza do universal perdem estatuto metodológico nas ciências, dando lugar a um método científico sobretudo indutivo, assim também o político passa a ser pensado a partir da experiência do particular que compõe um todo em feitura. E é precisamente neste remontar do poder político a origens e a começos cujo conteúdo é resumido em relações entre particulares, isto é, no remontar do público a relações iniciais entre privados, que se legitima o recurso a instrumentos típicos do direito privado para explicar a própria formação e natureza do direito público – daí o recurso ao contrato como instrumento de formação do político e aos direitos como centros de efectivação da normatividade.

A linguagem dos direitos subjectivos no âmbito público surge em simultâneo com duas novas experiências conceptuais, em pleno século XVII – simultaneidade esta que não é mera coincidência, mas ao invés implica alguma necessidade recíproca. Desde logo, o surgimento do moderno Estado-nação, sobretudo a partir dos tratados de Westphalia de 1648³¹; e, nos discursos filosófico-políticos, o surgimento do conceito representativo de um poder político não arbitrário, mas enformado pela própria estrutura do Estado-nação, e aí legitimado para as acções que são de sua competência – o conceito de soberania. A soberania resume um poder absoluto do Estado, mas este poder absoluto não pode ser confundido com a arbitrariedade do mando. É verdade que nas teorias da soberania, desde a formulação inicial de Jean Bodin, o soberano não está vinculado a lei alguma, possui a capacidade de sancionar qualquer súbdito (até ao ponto de ter poder de vida ou de morte sobre os súbditos), é indivisível e limitado apenas por si próprio – mas ele só é o que é e pode o que pode porque é formado a partir da própria necessidade daqueles que criam a sua própria submissão. A condição humana antes e fora do Estado é sempre avaliada como necessitante da criação de um momento absoluto que supere ou amenize a incerteza dos contingentes através de uma imagem comum de necessidade. O que há de absoluto no Estado só o é porque legitimado pelos que nele participam – ora como constituintes individuais, ora como súbditos do seu mando.

A plasticidade do conceito de direito subjectivo advém mais da necessidade de buscar um fundamento de legitimidade para a sociedade política que não seja teológico nem comunitarista, do que propriamente para a protecção ou salvação dos indivíduos no âmbito das suas relações civis e políticas. É o surgimento do conceito moderno de soberania associado a um Estado-nação que carece desse fortalecimento conceptual do direito subjectivo no âmbito político. É evidente que tal se reflecte numa melhoria das condições de exercício da cidadania. Mas se de facto houvesse uma associação conceptual intensa entre direitos e cidadania na origem desta “era dos direitos”, decerto

³¹ Quanto à chamada “Paz de Westphalia”, v. o detalhado trabalho historiográfico de D. Croxton e A. Tischer, *The Peace of Westphalia: A Historical Dictionary*, London, Greenwood Press, 2002.

seria mais frequente a preferência pela democracia por parte dos usuários primários da linguagem dos direitos no plano filosófico-político – se, como diz Bobbio, a “era dos direitos” altera o ângulo de primazia das relações entre indivíduo e Estado em favor do primeiro, o próprio poder político teria de ser concebido não só como modelo de protecção do cidadão mas também como espaço de efectivação dos direitos dos e pelos cidadãos. Por outro lado, se a soberania e o Estado-nação estão associados desde a sua origem conceptual à linguagem dos direitos, o mesmo já não ocorre com a noção de cidadania – basta atentar na experiência pública da cidadania romana clássica, a qual nunca careceu de uma qualquer percepção de direitos subjectivos para se entender como estatuto de participação numa estrutura de poder político.

A conexão íntima entre direitos e soberania é notória em grande parte dos autores modernos. Grotius, na sua obra maior, *De jure belli ac pacis*, procura estabelecer que há um direito de guerra se levado a cabo por uma autoridade política com legitimidade para tal, isto é, enquanto seja *jurídica*. E a sua juridicidade, neste caso, envolve a não prossecução de decisões e acções injustas, a produção de normas eficazes, e um poder moral herdado dos indivíduos seus cidadãos. Por outras palavras, a própria concepção de um direito de guerra depende de uma justificação remontável aos direitos subjectivos enquanto núcleos de legitimação e sustentação do Estado. Hobbes, por seu turno, faz a autoridade e a força do soberano depender dos direitos que lhe são transferidos pelos indivíduos, o que significa que só há poder soberano porque ele é alimentado pelos direitos individuais. Se essa soberania é entendida como absolutismo, quaisquer excessos prejudiciais aos cidadãos operam como um preço a pagar por ser preferível viver sob o Estado constituído do que viver sem qualquer Estado – porém, mesmo em Hobbes os direitos naturais não chegam a ser totalmente cedidos³², não só por a própria natureza humana segundo a concepção hobbesiana não o permitir, mas também porque uma soberania que se entenda absoluta no sentido de estar ausente de impedimentos a fazer o que queira (como puro arbítrio) pode ser concebida como capaz de anular as suas próprias fontes de poder (como tendo um direito-poder de matar todos os seus cidadãos), o que acarreta assumir o seu potencial auto-destruidor. A transferência dos direitos naturais operada pelo pacto fundador do Estado não é total não só para benefício dos indivíduos que o compõem, mas por necessidade mesma da preservação do Estado soberano.

Em sentido pouco dissimilar, para Pufendorf os direitos subjectivos são correlativos simultâneos das leis de Direito Natural, as quais legitimam e colocam de antemão limites aos dois pactos de instituição do governo estadual. Locke, igualmente, concebe os direitos dos indivíduos como limites ao poder estadual, mas em simultâneo assume que a razão por que há Estado de todo e por que ele acaba por se tornar necessário consiste em assegurar a protecção desses mesmos direitos individuais que o antecedem – o Estado é um potencial violador de direitos dos cidadãos, e por isso o alcance do seu poder deve ser limitado, mas por inerência ele só existe e é necessário porque a protecção desses mesmos direitos só consegue ser assegurada por meio da sua efectiva constituição.

Mesmo Rousseau, que entende a vontade geral como inteiramente soberana e sem limitação para além de si própria, concebe os direitos dos cidadãos como

³² O “estado de natureza” hobbesiano caduca quando o “estado de sociedade” constitui um poder, em realização da lei natural impondo a paz como condição da sobrevivência de cada homem. Mas isso não acarreta que esses homens *cedam* a inteireza do seu direito natural na transição para fora do estado de natureza, como muitos parecem entender. Hobbes mantém, ao invés, algum direito intransferível mesmo no “estado de sociedade”, como o direito de resistência aos comandos impondo contradições ao instinto de conservação. Cf. *Leviathan*, XIV, in *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury* [EW], vol. III, ed. W. Molesworth, London, John Bohn, 1839, p. 120; e XXI, EW, vol. III, p. 204.

integrantes dessa soberania popular. É o princípio de igualdade estabelecido pelo pacto instituidor – igualdade de sujeição de todos às mesmas obrigações e do gozo por todos dos mesmos direitos – que faz com que os direitos se concebam como instrumentos intrínsecos à própria vontade geral, que é condição *a priori* da legitimidade do poder civil.³³ A ausência de direitos dos cidadãos (e iguais) acarreta a perda de soberania de um poder civil, na medida em que tal poder permite um desequilíbrio nos encargos e nos favorecimentos distribuídos entre os cidadãos, fazendo assim com que nem todos os cidadãos obedeçam ao poder civil por submissão apenas à sua própria vontade, isto é, com que se submetam a uma vontade que não a geral. Um tal poder civil que se não assume como vontade geral em exercício não é verdadeiramente soberano, uma vez que não cumpre o critério fundacional apriorístico de tender para a utilidade pública sem favorecimentos de uns em detrimento de outros. Os direitos funcionam então como manifestações do princípio da igualdade que compõe a vontade geral – e se a soberania, segundo Rousseau, não é outra coisa senão o exercício da vontade geral que se representa continuamente a si mesma³⁴, não há soberania sem direitos, nem direitos sem soberania.

Montesquieu é porventura o moderno que expressa de maneira mais intensa esta relação do direito subjectivo tomado num sentido activo de qualidade pessoal de liberdade com a soberania, em especial num Estado popular. Com efeito, faz depender os institutos jurídicos da esfera privada aos institutos de direito público, os quais por sua vez são apenas legitimamente populares em termos políticos porque dependem também da vigência desses mesmos institutos jurídicos da esfera privada. Assim, a liberdade de um cidadão só o é porque é parte da própria liberdade da soberania – se entendida em linguagem de direitos, só há direito subjectivo quando ele é *parte* da soberania popular. Daí a liberdade individual não poder ser vendida ou cedida por mero arbítrio privado, uma vez que, sendo ela elemento preponderante da soberania popular, a sua volatilidade espelharia uma instabilidade do próprio poder soberano.³⁵

Num certo sentido, é esta associação íntima e sempre implícita entre direitos e soberania que penetra pelo século XIX adentro e ajuda a explicar a profunda crise por que a ideia de Estado acaba por passar, quer sob uma crítica à sua existência última (na versão marxista), quer sob uma redução a um seu minimalismo (na versão liberal). Talvez por isso mesmo é que as doutrinas que colocam em causa a razoabilidade do instrumento jurídico dos direitos subjectivos no âmbito do direito público são as mesmas que perigam a permanência do Estado soberano (como no marxismo), e que ao invés as doutrinas que propõem uma ideia de Estado acima de qualquer outra realização humana (como em Hegel) fazem-no para explicar a soberania em termos que superam a protecção dos direitos individuais. Ademais, a ideia de limitação do Estado por instrumentos que operam também (e porventura primariamente) como justificação desse mesmo Estado fica cada vez mais acentuada pelo processo que decorre a partir de finais do século XVIII na Europa e na América do Norte de constitucionalização do direitos subjectivos, que são agora tratados como direitos fundamentais. Adquirem então os direitos subjectivos uma nova dimensão jurídica que assume todo o seu potencial de penetração em várias áreas e com um carácter abrangente de fundamentação.

³³ V. J.-J. Rousseau, *Du Contrat Social*, II, IV, in *Oeuvres Complètes*, v. III, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1966.

³⁴ *Du Contrat Social*, II, I.

³⁵ «La liberté de chaque citoyen est une partie de la liberté politique. Cette qualité, dans l'État populaire, est même une partie de la souveraineté. Vendre sa qualité de citoyen est une acte de telle extravagance, qu'on ne peut pas la supposer dans un homme.», Montesquieu, *L'Esprit des Loix*, XV, cap. 2; «la qualité de citoyen [...] emportoit avec elle la souveraine puissance.», *Ibid.*, XXIII, cap. 6 (in *Oeuvres Complètes*, Paris, Seuil, 1980).

3. A plasticidade dos direitos enquanto fundamentais

Apesar de tudo, parece haver uma ligação entre os direitos subjectivos concebidos como instrumentos de legitimação da soberania estadual e o problema da natureza dos direitos pensado dentro de um jogo de prioridades conceptuais entre o subjectivo deontico e a normatividade objectiva. Na tradição jusnaturalista setecentista, os direitos são postos como qualidades inerentes à condição natural de homem, numa concepção hipotética que o coloca antes da sua condição social de cidadão, pelo que em geral têm prioridade lógica e cronológica sobre os deveres jurídicos (aqui entendidos como deveres jurídicos positivados). Esta fonte jusnaturalista dos direitos relevantes para o domínio público faz com que estejam desde o início apegados a um paradigma do direito estritamente deontológico, isto é, os direitos constituem a base para a criação do justo a ser expressado em função de leis deonticas determináveis pela razão. É esta a ideia subjacente à maior parte dos teóricos dos direitos subjectivos durante a Modernidade e às declarações de direitos do homem que começam a proliferar a partir de finais do século XVIII.

Contudo, a transição dos finais do século XVIII para os inícios do século XIX vê surgir algumas alterações relevantes a esta predominância dos direitos naturais enquanto elementos prioritários perante o direito positivo (sobretudo legalista), em reacção notória às experiências conceptuais reveladas pelo direito nas experiências das revoluções americana e francesa. A primeira destas alterações é revelada pelo conservadorismo britânico estimulado em reacção à Revolução Francesa, mormente pelos trabalhos de Edmund Burke. Segundo Burke, a relação de mando que dá conteúdo à política não está disponível a ser manipulada pelo homem, pelo que as sociedades políticas e os regimes que os constituem não são objectos de escolha por parte do entendimento humano. Ao invés, os homens só são concebidos como já imersos em comunidades, não porque o social preceda necessariamente qualquer desconstrução das suas partes ao jeito aristotélico do *zoon politikon*, mas porque o homem está constituído por natureza a ser um “animal religioso”, isto é, um animal cujos instintos e razão impelem ao reconhecimento de uma entidade superior. Por conseguinte, a relação do homem com a comunidade política é uma de emersão histórica – o homem é já alguém disposto para a cidadania por determinação prévia da tradição histórica especificamente política donde nasce. A relação dos homens com a natureza é sempre mediada pela tradição – não é a natureza que confere ao homem qualidades adequadas à constituição do político, mas o homem tem qualidades de adequação à política porque herda os produtos da tradição passada, e é isso que constitui a sua natureza. A ideia de que há direitos individuais tão só em virtude do preenchimento da condição da individualidade ou da humanidade estabelece uma relação directa entre o titular do direito e uma concepção a-histórica de natureza, quando a natureza para o homem tem de ser sempre histórica. Daí a acusação de Burke de que tais “direitos naturais” não são senão “metaphysic rights” – não há uma rejeição clara dos direitos subjectivos, mas tão só daqueles entendidos como prioritários face à comunidade política, e assim subversivos dos direitos legitimados pela tradição.³⁶ O que equivale a afirmar que são direitos tão só aqueles determinados historicamente pela comunidade política em que são enunciados – os direitos, a haver, apenas são legítimos enquanto produtos da relação de mando político desenrolada pela tradição.

³⁶ V. Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France*, ed. J. C. D. Clark, Stanford, Stanford University Press, 2001, pp. 217 – 221.

Também com um cunho claro de historicismo, muito embora no ponto exactamente oposto do espectro político, uma segunda alteração na predominância dos direitos surge em especial com o materialismo dialéctico de Marx. Segundo Marx, a noção de direito subjectivo não passa de uma ficção delineada em função dos interesses do homem burguês, com o intuito de cimentar uma ruptura ontológica através das relações desequilibradas de produção e de solidificar as posições dos que participam nos dois lados dessas relações. Essa ficção consegue secundar com a força associada à linguagem jurídica uma visão do homem que se define apenas perante si próprio e na sua relação com os meios de produção directamente ao seu alcance. Daí a acusação de os direitos suporem cada homem como “mónada isolada, virada sobre si própria”, isto é, desligado de uma relação de produção que decorra por modo em comum com outro e estabelecadora de identidade recíproca. O direito de propriedade surge então como paradigma de protecção de relações inter-humanas de exploração, em detrimento de uma realização material da liberdade só possível numa socialização integral. Os direitos dão assim inamovibilidade a uma exigência primária de exclusão do outro, e consagram a imunidade ideológica de um atomismo jurídico que entrava a progressão histórica material em direcção à socialização integral do homem com o outro.³⁷ Logo, quer a versão jusnaturalista que os concebe precedendo qualquer mando político, quer a versão que os concebe delineados em auxílio de enunciados normativos sedimentados pela tradição, constituem entraves à constituição de uma sociedade em que o comum é o oposto de uma mera colecção de isolamentos.

Por fim, uma terceira alteração na predominância dos direitos surge com o desvio desta linguagem dos direitos subjectivos da mera referência a uma classe mais ou menos ampla de “natureza”. Por outras palavras, os direitos passam a ser concebidos fora de uma tradição jusnaturalista propriamente dita e são explicados apenas em função do seu papel instrumental no mundo do direito positivo. É Jeremy Bentham quem apresenta tal versão juspositivista e, de origem, utilitarista dos direitos subjectivos, quando denuncia a concepção dos direitos naturais como “nonsense upon stilts”.³⁸ A Bentham preocupa sobretudo a força jurídica que as diferentes Declarações de direitos surgidas em finais do século XVIII (mais especificamente, as francesas) pretendem fornecer a construções ideais de fraca correspondência factual e a meras afirmações de princípios morais. O direito, segundo Bentham, advém de uma autoridade soberana e consiste num enunciado de mando secundado pela força, conquanto estabeleça condições de satisfação da sua utilidade perante os seus destinatários. Logo, os direitos subjectivos só são verdadeiramente jurídicos (quer no âmbito privado, quer no âmbito público) quando são referentes correlativos de um qualquer enunciado (explícito ou implícito) de mando político secundado pela força³⁹ – Bentham inaugura a ideia da correlatividade entre direitos e deveres no campo específico do direito positivo. Por conseguinte, os direitos são determinados em função da anterioridade conceptual e lógica dos deveres emitidos pelos soberanos, pelo que não podem ser anteriores às sociedades políticas de direito – os direitos pressupõem formações políticas pois sem elas o direito (enquanto normativo) não é sequer pensável, sendo então um contra-senso que direitos supostamente anteriores ao político só sejam anunciados como jurídicos por

³⁷ V. Karl Marx, *Zur Judenfrage*, in Karl Marx – Friedrich Engels, *Gesamtausgabe*, Günter Heyden und Anatoli Jegorow (dirs.), Berlin, Dietz Verlag, Bd. I, 1982, p. 157.

³⁸ V. Jeremy Bentham, *Nonsense Upon Stilts*, in Jeremy Bentham, *Rights, Representation and Reform. Nonsense Upon Stilts and Other Writings on the French Revolution*, The Collected Works of Jeremy Bentham, ed. Philip Schofield, Catherine Pease-Watkin and Cyprian Blamires, Oxford, Clarendon Press, 2002, p. 330.

³⁹ V. Jeremy Bentham, *A General View of a Complete Code of Laws*, in *Works*, ed. John Bowring, New York, Russel and Russel, 1962, vol. III, p. 181.

corpos legislativos já constituídos como políticos. Daí que os direitos subjectivos só tenham relevância jurídica (e não apenas entendidos como obstáculos a medidas quantitativas de aferição da utilidade, isto é, como mecanismos de controlo e de submissão da moralidade utilitarista) quando estão apegados a eventuais sanções pelo seu incumprimento, uma vez que só enquanto deonticos podem constringer a acção dos corpos legislativos e dos cidadãos – e, se deonticos, não são senão contrapartes de deveres já em vigor⁴⁰.

O que estas três alterações têm em comum resume-se afinal no redimensionar da relação entre os direitos subjectivos e a soberania. No caso da crítica marxista, as razões que justificam o derrube da ideia de direitos para a construção de uma sociedade em que a liberdade se efective pela ligação material ao outro, e não por uma ruptura ontológica que os aparte definitivamente, são as mesmas razões que justificam o derrube da ideia de Estado uma vez assegurado o controlo das superestruturas pela classe do proletariado. Da mesma maneira que os direitos cristalizam as posições das diferentes classes em relações de produção desequilibradas, assim também o Estado corporiza um mecanismo de submissão empedernido numa estrutura de autoridade que impede a comunhão final entre os cidadãos. Logo, a extinção da ideia dos direitos subjectivos conecta-se na sua raiz com a necessidade de extinção do Estado, uma vez esgotado todo o seu potencial de inversão das relações de produção através da ditadura do proletariado. A crítica aos direitos não é senão um elemento da crítica à soberania.

Por outro lado, Burke e Bentham têm em comum a predominância atribuída ao momento da convicção de obrigatoriedade brotando dos enunciados performativos dos soberanos. No caso de Burke, os direitos valem enquanto são ditados por um soberano cuja legitimidade esteja fundada na sua inscrição na história de um povo – na tradição de uma comunidade política, portanto. No caso de Bentham, os direitos valem enquanto correlativos subjectivos das prescrições deonticas emergindo do exercício de uma soberania cuja legitimidade esteja fundada na prossecução de uma força ao serviço de um princípio de utilidade. Os direitos não são então princípios imputáveis à experiência de sujeitos que limitem *a priori* a soberania, e que justifiquem o surgimento desta mesma soberania para sua protecção e garantia – são, ao invés, quando muito, institutos jurídicos criados por um soberano para orientar a sua própria acção perante a comunidade, e para reforçar o seu poder e a sua autoridade no seio dessa mesma comunidade.

Estas diferentes perspectivas da relação entre direitos e soberania acabam por espelhar a seu jeito a diferença de conteúdos entre experiências da relação dos direitos com a soberania na transição dos séculos XVIII para XIX – mais especificamente, a diferença entre experiências distintas de assimilação da linguagem dos direitos na limitação da acção dos governos, o que equivale a afirmar entre experiências constitucionais de direitos fundamentais. Neste sentido, a experiência constitucional norte-americana apresenta variações notórias em comparação com as experiências constitucionais europeias do século XIX, em especial a alemã.

A experiência constitucional norte-americana parece ser profundamente influenciada pelas doutrinas que concebem os direitos como inerências dos sujeitos, anteriores à comunidade política, os quais permanecem efêmeros sem a criação de um poder de mando efectivo e incontestável que os proteja. O Estado é criado com vista à protecção desses mesmos direitos – mas, enquanto é um poder superior ao das partes (individuais ou colectivas) que o compõem, é também capaz de violar materialmente esses mesmos direitos, pelo que esses núcleos subjectivos de direito são formuláveis

⁴⁰ V. Jeremy Bentham, *Anarchical Fallacies*, in Jeremy Waldron (ed.), *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London, Methuen, 1987, p. 73.

também como limites à acção dos governos. Por outras palavras, o Estado não pode ser senão limitado para protecção dos direitos, e ele só existe enquanto limitado precisamente para protecção desses direitos. A inspiração é sem dúvida lockeana, e está bem patente nos enunciados da Declaração de Direitos do Estado da Virgínia de 1776, onde se diz expressamente serem os direitos “the basis and foundation of government”⁴¹

É evidente que a limitação do poder político como critério para a sua legitimação, quer moral quer social (em virtude da sua aceitação reforçada por parte daqueles que constituem a base dessa legitimação), havia já sido enunciada em experiências históricas anteriores, nomeadamente a inglesa, que por meio da *Magna Carta Libertatem* e da *Bill of Rights* de 1689 havia já traçado limites de actuação dos poderes públicos para além dos quais estes não poderiam ir, tendo assim deveres objectivos de não intervenção em certas áreas. Porém, esses limites característicos da *rule of law* inglesa não têm uma base necessariamente individualista de protecção e legitimação do poder político – eles são primariamente momentos normativos auto-impostos pelos poderes públicos perante os indivíduos ou as classes seus componentes, e não deveres apenas criados em função de direitos que lhes preexistem e que se lhes impõem. A ideia da limitação dos poderes públicos em virtude tão só da efectivação da linguagem dos direitos é algo que surge apenas com a experiência constitucional norte-americana, e em alguns momentos da francesa. A Constituição dos Estados Unidos da América é elaborada com o intuito de estruturar o Estado mais forte – contudo, tal força não se mede em termos absolutos, mas só na medida teleológica da própria existência do Estado, isto é, a Constituição tem como intuito estruturar o Estado cuja capacidade de protecção e salvaguarda dos direitos subjectivos que o fundam e legitimam seja a mais forte possível.⁴² Isto ajuda a explicar por que razão chega a haver uma desconfiança em relação ao conceito de soberania enquanto conteúdo da Constituição norte-americana⁴³ (uma vez que a soberania chega a ser entendida nesta tradição jusnaturalista e liberal como força absoluta de poder fazer tudo aquilo que esteja materialmente ao alcance de um poder estadual, muito embora desde o início a ideia de soberania não esteja necessariamente apegada à de absolutismo), e também por que razão o texto original da Constituição não contém um catálogo de direitos dos cidadãos a proteger⁴⁴ (pois se são os direitos que vinculam e determinam o conteúdo da Constituição, sendo-lhe superiores em força deontica, eles têm de ser elencados apenas fora do texto constitucional, em declarações que se lhe imponham ou em emendas que

⁴¹ V. “*The Virginia Declaration of Rights – 12th of June, 1776*”, consultável como apêndice in Robert D. Gogoglione Sr., *Essays on Foundations of American Constitutional Government*, Xlibris, 2010, pp. 447-51.

⁴² Esta ideia dos direitos como justificação do constitucionalismo, já encontrada de maneira implícita na Declaração de Direitos da Virgínia, encontra-se explícita numa declaração dos habitantes de Concord, M.A., de 21 de Outubro de 1776, a caminho da Convenção: «First because we conceive that a constitution in its proper idea intends a system of principles established to secure the subject in the possession and enjoyment of their rights and privileges, against any encroachments of the governing part.» (reproduzida em Jack N. Racove, *Declaring Rights. A Brief History with Documents*, Boston, M.A., Palgrave Macmillan, 1998, p. 74).

⁴³ São já célebres as palavras do justice James Wilson de que «to this Constitution of the United States the term “sovereignty” is totally unknown» (em *Chisholm v. Georgia*, 2 U.S., p. 419, 1792, cit. em Chester James Antleau, *Our Two Centuries of Law and Life, 1775-1975*, Buffalo, NY, William S. Hein, 2001, p. 18). A tese de Wilson é a de que os Estados não são soberanos perante os cidadãos porque é o povo que se mantém soberano, e não o poder constituído (daí a Constituição começar por “We, the People”, e não por “We, the States”) – a noção de soberania aqui em jogo é a sinónima de poder absoluto legitimamente ilimitado sobre os cidadãos.

⁴⁴ Semelhante estrutura apresenta a actual constituição francesa, de 1958, cuja menção a direitos fundamentais surge apenas no preâmbulo do texto.

clarifiquem o poder de intervenção do Estado na sua relação com os cidadãos). No fundo, todos os alicerces do edifício constitucional que mantêm a experiência federal norte-americana de pé enquanto Estado-nação são formados pela linguagem dos direitos subjectivos tal qual ela é trazida para a dimensão jurídico-política nos autores seiscentistas – inclusivamente, a variação assimilada pelo senso comum (e pouco rigorosa, como já dito) de que essa linguagem está mais associada ao estatuto do homem-cidadão, isto é, à ideia de cidadania do que à ideia de soberania.

Em sentido oposto parece ir a experiência constitucional alemã do século XIX, que abraça uma noção de soberania e de limitação dos poderes públicos, muito embora não as legitime ou justifique por meio de uma prevalência de direitos inerentes aos sujeitos políticos subordinados ao Estado. Não chega a haver uma rejeição da linguagem dos direitos entre a doutrina jurídica alemã, nem tão pouco uma perda da sua dimensão jurídica no âmbito das relações inter-humanas regidas pelo direito privado. Ao invés, os direitos enquanto poderes deontológicos originários de fonte puramente subjectiva não têm uma dimensão constitucional relevante quer no âmbito da fundamentação da estrutura dos poderes públicos, quer no âmbito da justificação da própria existência de um Estado soberano. Os direitos, em especial na primeira metade do século XIX, são sobretudo aí princípios de direito objectivo que delimitam a esfera de intervenção do Estado, e que não têm precedentes conceptuais no plano da subjectividade que os causem e operem como sua razão de ser – igualmente, na medida em que a soberania estadual se desenrola pela efectivação do mando político institucional, a sua esfera de intervenção, definida por determinação histórica ou de maneira imanente pela própria organização política, limita-se sem a invocação de um correlativo subjectivo simultâneo. Os direitos surgem então no âmbito do direito público enquanto consequências necessárias da normatividade delimitadora da acção das instituições – neste sentido, a garantia da protecção dos direitos surge apenas de maneira mediata como efeito da pretensão imediata pelo Estado de eficiência por auto-definição de tarefas, não havendo assim uma grande diferença conceptual entre a relevância dos direitos neste âmbito constitucional alemão do século XIX e nos primeiros passos do constitucionalismo inglês. Os direitos intervinham como instrumentos técnicos de clarificação do que o Estado não podia fazer – eram enunciados do que não poderia tornar-se necessário, ou seja, de deveres de não intervenção, sem qualquer exigência explícita associada de protecção estadual positiva. Assim, os direitos encontravam o seu fundamento e medida na lei, em inversão da experiência norte-americana pela qual a lei encontrava o seu fundamento e medida nos direitos.

Estas diferentes experiências de intervenção da linguagem dos direitos em pleno direito constitucional permitem estabelecer dois planos distintos na relação dos direitos com a soberania definida pelas constituições. De um lado, os direitos como verdadeiros direitos subjectivos: o que há de soberano nas determinações de uma constituição é fornecido inteiramente por uma colecção *a priori* de sujeitos que a dotam de legitimidade e lhe impõem a finalidade única de garantir a protecção desses sujeitos – daí eles serem *direitos*, isto é, núcleos individuais que se tornam empedernidos com a objectividade normativa do Estado, deixando de ser efémeros e criando a própria capacidade de o Estado ser capaz de *direito*. De outro lado, os direitos como normas de direito objectivo: o que há de subjectivo na normatividade pública é simplesmente o ponto de referência onde se desenrolará a acção potencial que fica limitada aos destinatários da norma (neste caso, as instituições políticas e o legislador) – os direitos são então mecanismos de desenvolvimento da aplicação de normas jurídicas de limitação dos poderes públicos, e não mais. Da perspectiva da arrumação institucional,

estes dois planos distintos representam dois modelos antagónicos de atribuição de força normativa aos direitos: no primeiro, a garantia de protecção dos direitos deve ser a finalidade primordial na prevenção e resolução de conflitos onde o gozo e o exercício desses direitos possam ser questionados, pelo que a protecção institucional ocorre sobretudo num livre acesso ao poder judicial; no segundo, a protecção dos direitos ocorre na maior eficácia da auto-limitação legislativa, pelo que é no poder executivo e na procura da menor falibilidade do poder legislativo parlamentar que os direitos adquirem sustentação jurídica⁴⁵.

Uma tal divisão do estatuto dos direitos no âmbito do direito público apenas fica definitivamente arredada no post-1945, quando ocorre uma relação unificadora entre os direitos como elementos subjectivos do conceito de direito e os direitos como princípios normativos de reservas para com o Estado, em reacção à incapacidade do modelo objectivo de auto-limitação de prevenir e impedir algum tipo de legitimação política para o uso em massa da violência baseado em não mais que ódio e inimizade. Não obstante a reacção jurisfilosófica imediata parecer pretender um retorno às bases jusnaturalistas de entendimento do direito, por imputar (porventura, com rigor excessivo e desfasado) esta insuficiência da auto-limitação legalista a teses juspositivistas, não chega a ocorrer um predomínio do estatuto prioritário dos direitos subjectivos sobre o estatuto prioritário dos princípios de limitação do poder, mas ao invés como que uma fusão transformando os direitos em algo com dupla natureza na esfera pública.

É verdade que a DUDH de 1948, assim como a generalidade das convenções de direitos daí decorrentes no plano do direito internacional público, apresentam uma linguagem especialmente influenciada pelo entendimento dos direitos subjectivos como prioritários perante deveres de limitação dos poderes – porém, não só a maior parte dos direitos aí elencados pressupõe o homem já numa condição social de coexistência com um outro num contexto político, o que acarreta pensar a cidadania como no mínimo simultânea à condição de humano-titular-de-direitos, como também essas declarações e convenções são produzidas e aprovadas pelos próprios Estados, que assim lhe dão um cunho normativo de direito objectivo limitador das suas próprias esferas de acção. Os direitos não se tornam ideias anteriores cuja força normativa vigora sobre as constituições dos Estados reestruturados no pós-guerra, mas tornam-se eles mesmos a base componente dessas constituições. Tornam-se então verdadeiros *direitos constitucionais*, não mais acrescentados ou alternativos às constituições, mas integrando as próprias normas cuja obrigatoriedade enforma o fundamento de toda a constituição em que se incluem – daí serem, enquanto direitos constitucionais, também *direitos fundamentais*. A sua plasticidade joga-se agora inteiramente no âmbito do direito público: não são apenas instrumentos técnicos de limitação formal da intervenção jurídico-política do Estado (embora também o sejam), são também manifestações subjectivas conferindo autoridade normativa à constituição que garanta a sua protecção, e valores culturais (característica esta que os torna viáveis para uma reaquisição fortíssima da linguagem dos direitos por parte da ética e da filosofia moral) ampliando o domínio do constitucional para lá do mero formalismo do texto escrito⁴⁶, pelo que são enfim também elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica suportada por tal constituição⁴⁷.

⁴⁵ V., neste sentido, Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais. Teoria Geral*, Coimbra Editora, 2010, pp. 25-9.

⁴⁶ Ampliação denominada por Jorge Miranda como “constituição material”, com capacidade ir para lá da “constituição formal”: v. J. Miranda, *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978, pp. 303 ss.; e J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra Editora, 1998, pp. 7-12.

O que isto significa na relação entre a linguagem dos direitos e a noção de soberania é a sua fixação como verdadeira correlação, em que ambos são reciprocamente inerentes e simultâneos. Dá-se um equilíbrio constitucional definitivo entre legitimidade jurídico-política e soberania estadual, entre direitos fundamentais e soberania popular⁴⁸ – um Estado só é soberano enquanto é capaz de poder fazer tudo aquilo a que está legitimado por tarefas pensáveis como consequências lógicas de poderes normativos detidos pelos sujeitos que o compõem. Há aqui uma circularidade conceptual que não constitui aporia, mas justificação reflexiva: o Estado é soberano porque a sua constituição impõe-lhe limites de intervenção e tarefas específicas de realização, constituição essa que tem força normativa (e superior a quaisquer outras normas) enquanto inclui como suas normas mais fortes (isto é, estimuladoras no Estado e nos seus cidadãos da convicção de que são mais obrigatórias do que todas as outras) aquelas reveladoras⁴⁹ de poderes deonticos por todos aqueles que participam no poder constituinte suportando tal constituição. Da perspectiva do Estado que se pretende soberano, ele só o é se constitucional – e só é constitucional se se impuser regras limitando o que pode fazer e tarefas definindo o que é próprio da sua soberania fazer.⁵⁰

No fundo, ao invés de haver uma tensão ou conflito aberto entre direitos subjectivos e soberania estadual, como é habitual afirmar-se na perspectiva de critérios utilitaristas e na análise das causas de crises humanitárias envolvendo uma eventual comunidade internacional⁵¹, dá-se sim uma correlação que torna a linguagem dos direitos e o conceito de soberania interdependentes de maneira necessária. Em linguagem rawlsiana, dá-se como que um “reflective equilibrium” produzindo uma força normativa pública na classe dos direitos subjectivos não porque estes derivem da assunção de princípios ou concepções morais unívocas, mas porque constituem um padrão mínimo inerente ao desempenho das instituições políticas, isto é, porque delimitam o espaço de legitimidade (e, por conseguinte, de acção) de qualquer organização política.⁵²

⁴⁷ No mesmo sentido, no âmbito apenas da doutrina constitucional portuguesa mais recente, v., por exemplo, Luzia Cabral Pinto, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, Coimbra Editora, 1994, pp. 200 ss.; Jónatas Machado, *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*, Coimbra, 1996, pp. 78 ss.

⁴⁸ Cf. Werner Kägei, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, Druck von J Williger, 1945, pp. 166 ss., *apud* Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais*, pp. 26-7.

⁴⁹ A menção a uma transposição constitucional dos direitos como “revelação” opera aqui como alternativa com pretensões de neutralidade quanto à discussão de que elementos jurídicos têm prioridade sobre outros: não se pretende assumir que o texto constitucional apenas faz o “reconhecimento” de direitos (caso em que os direitos precederiam a constituição) nem que se apresenta para a “criação” de direitos (caso em que as normas constitucionais precederiam os direitos).

⁵⁰ Parece ser Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1959, pp. 12-5, quem de maneira mais intensa primeiro chama a atenção para o carácter normativo de uma constituição não ser afinal senão enunciados de *tarefas*.

⁵¹ V. Douglas Brommesson & Henrik Fernros, “The Decisive Choice? State Sovereignty or Human Rights”, *Paper presented at the annual meeting of the International Studies Association, San Diego, California, USA, March 22, 2006* (consultável online in http://www.allacademic.com/meta/p99901_index.html), onde se chega até a apresentar uma escala de diferentes tradições normativas de maior aproximação ao pólo dos direitos humanos ou de maior aproximação ao pólo contrário da soberania estadual.

⁵² Quanto à noção de “reflective equilibrium” em Rawls, v. John Rawls, *A Theory of Justice*, revised edition, Cambridge, Harvard University Press, 1999, pp. 43-6. Nas próprias palavras de Rawls, «basic human rights express a minimum standard of well-ordered political institutions for all peoples who belong, as members in good standing, to a just political society of peoples” (J. Rawls, *Collected Papers*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 552); «Human rights have these three roles: 1. They are a necessary condition of a regime’s legitimacy and of the decency of its legal order. 2. By being in place, they are also sufficient to exclude justified and forceful intervention by other peoples [...]. 3. They set a

O alcance deste equilíbrio entre direitos e soberania é tanto jurídico quanto filosófico-político, na medida em que tem uma intervenção prática na relação estabelecida constitucionalmente entre Estado e cidadãos, e uma intervenção teórica na definição do que constitui uma autoridade política legítima. De um lado, a perspectiva jurídica confere aos direitos subjectivos uma dupla natureza normativa no âmbito da sua jurisdicização (que não mais pode ser sustentada meramente como ideal a atingir, mas formando já o meio de realização da política estadual), quer enquanto poderes deonticos subjectivos associados à esfera da cidadania, quer enquanto deveres sujeitando o Estado à tarefa de protecção desses mesmos poderes deonticos. De outro lado, esses deveres jurídicos adquirem um cunho especificamente político na sua realização: eles constituem em simultâneo limites ao que as instituições estaduais podem fazer (obrigações de *non facere*), imposições de tarefas que as instituições estaduais têm de fazer (obrigações de *facere*, em que a feitura consiste no desenvolvimento dos mecanismos mais adequados de protecção dos direitos subjectivos), e critérios de legitimação política ou de preenchimento de um estatuto de soberania por parte das instituições estaduais.

A soberania, no âmbito deste equilíbrio constitutivo da dupla natureza da linguagem dos direitos no plano constitucional, não é já sinónima do absoluto alcance almejado pelo Estado que tudo pudesse sobre as suas partes em virtude de ser tomado como síntese dialéctica de efectivação de liberdade, ao jeito hegeliano, mas ao invés designa o próprio estatuto de legitimidade de uma organização política e justifica a sua coercibilidade na relação com os destinatários das suas decisões – e tanto a legitimidade como a justificação da coercibilidade definem-se não por uma capacidade ilimitada de tudo impor a quem se sujeita, mas precisamente pelo seu oposto, ou seja, pela limitação daquilo que cabe aos poderes públicos fazer. Essa redefinição da soberania, portanto, mais do que depender de um respeito a critérios morais apriorísticos, numa ilustração de uma subordinação da política à ética enquanto critério de legitimidade de uma instituição pública, passa afinal por um desenvolvimento de uma linguagem de direitos enquanto primariamente *jurídico-política* (e não tanto ética). O Estado dá-se como poder normativo impondo-se, e justifica essa sua capacidade de imposição não na sua coercibilidade ou no seu respeito imediato a critérios morais, mas na sua soberania, isto é, na necessidade da sua existência para desempenho de tarefas de perseverança dos direitos – é precisamente porque ele tem estas tarefas que existe, sendo a soberania a efectivação (pondo em existência e protegendo) dos direitos, ou seja, a feitura da sua própria legitimação através da sua participação activa na linguagem dos direitos.

A usurpação de tarefas que extravasam esta actividade de auto-legitimação representa uma quebra de legitimidade e da respectiva soberania.⁵³ Um Estado que não atribua viabilidade à linguagem dos direitos (quer não os reconhecendo na sua própria legitimação, quer reconhecendo-os mas tomando a sua soberania como capacidade de os remover e violar) não mais é um Estado soberano, mas tão só um poder suportado pela força, a qual tende a não ser inesgotável – esse poder político durará não mais do que o tempo necessário para o esgotamento da sua força. Estas são as consequências desta

limit on pluralism among peoples.» (Rawls, *Collected Papers*, p. 554).

⁵³ É neste sentido que as seguintes palavras de Benjamin Constant podem ser interpretadas: «Dès que le gouvernement sort de sa sphere, il devient un mal, et un mal incalculable; mais ce n'est point alors comme gouvernement, c'est comme usurpation qu'il est un mal. [...] il se rend singulièrement nuisible. Mais, nous le répétons, ce n'est pas en sa qualité de gouvernement. Il devient alors simplement une force qui peut être saisie par un seul individu et qui le serait par plusieurs, ou qui serait même répartie entre les mains de tous, qu'elle n'en serait pas plus légitime.», Constant, *De la liberté chez les modernes*, Paris, Pluriel, 1980, p. 567.

plasticidade da linguagem dos direitos quando adquire esta dupla natureza normativa no âmbito jurídico-constitucional.

Estas consequências decorrem independentemente dos vários géneros de normatividade jurídica desenrolando-se na linguagem dos direitos. Quer se tome os direitos como absolutos (isto é, prioritários e fundamentantes) perante a ordem jurídica constituída, ao jeito do constitucionalismo norte-americano, quer se os tome como correlativos de deveres, quer se os tome como correlativos de princípios, este equilíbrio entre direitos e soberania acaba por ser uma constante. Mesmo Dworkin, para quem “levar os direitos a sério” significa imunizá-los perante qualquer tentativa de afastamento por parte de uma maioria que se auto-defina como soberana, admite que os direitos são trunfos contra a maioria precisamente porque são eles a razão por que a regra da maioria pela qual a soberania se desenvolve existe de todo (*in the first place*) – ocorre mais uma vez uma circularidade do argumento: os direitos limitam a maioria, que por sua vez só é maioria porque há direitos, os quais só existem porque oponíveis a uma maioria, *etc.*

A multinormatividade deste duplo estatuto dos direitos assegura o desempenho da soberania num modelo a dois níveis de relação com os direitos: em primeiro lugar, os direitos aplicam-se primariamente aos Estados uma vez que as protecções a serem garantidas decorrem sobretudo por actividades legislativas estaduais; em segundo lugar, os Estados garantem mediatamente a protecção dos mesmos direitos por parte de outros Estados, através de colaborações em organizações internacionais ou por vias unilaterais⁵⁴. O compromisso com a linguagem dos direitos faz com que a soberania estadual não possa apenas resumir-se a uma conexão com os seus próprios cidadãos, mas tenha de ser universalizável em função das relações estabelecidas com outros Estados soberanos (que nesta perspectiva são soberanos porque dependem de uma linguagem dos direitos), pelo que cada Estado tem de integrar o mecanismo normativo dos direitos em toda e qualquer relação com cidadãos de outros Estados. As declarações e convenções internacionais de direitos cumprem então um papel também ele elástico: enquanto se assumem como ideal comum a atingir por uma multiplicidade de Estados, especificam-se sobretudo na sua jurisdicionalização ao definirem que Estados são soberanos e meritórios de integrar uma comunidade internacional composta por Estados soberanos ainda ao jeito do paradigma westphaliano. As declarações e convenções de direitos são então estruturas mediatamente normativas (e não apenas ideais éticos) estabelecendo critérios formais pelos quais os Estados avaliam a legitimidade política de outros Estados. Neste modelo a dois níveis de relação com os direitos, assegura-se que seja tanto mais legítimo o regime político cujo alicerce seja composto pela dupla natureza do direito subjectivo. A linguagem dos direitos é plástica o suficiente para incorporar qualquer critério preferido de legitimidade política de uma constituição (ético, jurídico, ou social), pelo que será mais legítima aquela em que o alcance e a eficácia da linguagem dos direitos seja maior na esfera pública.

4. Desafios contemporâneos aos direitos: o caso da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Dentre os vários desafios que hodiernamente se colocam à linguagem dos direitos (desde a eventual adequação de novas gerações de direitos ainda por criar que façam face a problemas aduzidos de novas circunstâncias históricas, como a crise

⁵⁴ Cf. Charles R. Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 106-122.

ambiental ou o terrorismo global⁵⁵, passando pela exigência de alargamento da linguagem dos direitos para lá do indivíduo-cidadão até abarcar também grupos, empresas ou comunidades culturais⁵⁶, e passando igualmente pela necessidade de reformulação da linguagem dos direitos por parte das novas esquerdas que intentam um derrube da soberania por meios conceptuais que não fazem senão justificá-la⁵⁷), porventura o mais relevante é aquele que força o pluralismo das fontes de direito num mundo globalizado a ir para lá não só do paradigma formal do estadualismo soberano, mas também para lá do mero alcance e competência dos Estados-nações nas suas relações mútuas. É que se a linguagem dos direitos está, desde o momento da sua primeira transição para o âmbito público até aos constitucionalismos contemporâneos, associada conceptualmente à noção de soberania estadual, numa afectação da soberania que a torna não em sinónimo de poder absoluto mas em conceito político de legitimação, pode colocar-se com bastante pertinência a questão de saber qual o impacto, a função ou mesmo a necessidade de inserir uma linguagem dos direitos em esferas de normatividade jurídica que escapam às tarefas e às competências dos ordenamentos jurídicos estaduais.

Essas fontes extra-estaduais de direito vão para lá desse modelo a dois níveis de protecção dos direitos subjectivos no domínio público, uma vez que não só se estabelecem como normas com força de obrigatoriedade (não apenas morais, mas secundadas também por algum carácter sancionatório implícito) não estaduais, mas também como normas com força de obrigatoriedade não tanto internacionais (entre nações) mas sim “internacionalidades” (entre agentes de diferentes nacionalidades). Alguns exemplos relevantes são elencáveis nas regras por autoridades independentes supranacionais, nas linhas de orientação de organismos internacionais (como as orientações da OCDE sobre dados pessoais, por exemplo), nos modelos contratuais uniformes criados por sujeitos de direito internacional, nas regras de normalização técnica (como os “shake hands” no âmbito das telecomunicações, por exemplo), nas regras automáticas de confiança (como sucede nas relações entre utilizadores da internet), nos códigos de conduta internacionais de iniciativa privada desenvolvidos por grupos de empresas de um mesmo sector⁵⁸, nos tribunais independentes de arbitragem, assim como nos surgimentos embrionários de um Direito Penal Internacional (o qual passa para instâncias extra-estaduais aquela primeira grande justificação clássica da existência e necessidade do Estado soberano, o de poder de vida e morte sobre os seus cidadãos). Assim, se o que atribui legitimidade a um sistema jurídico de índole estadual e inter-estadual corresponde a construções constitucionais cujas bases são formadas pela linguagem de direitos subjectivos, dois problemas surgem desde logo perante esta pluralidade contemporânea de níveis de juridicidade: por um lado, qual o seu grau de legitimidade, uma vez que se situam fora do alcance conceptual da soberania; por outro lado, qual a capacidade de se implementar aí uma linguagem dos direitos subjectivos, uma vez que esta está associada ao Estado soberano e essas fontes de direito extra-

⁵⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Estado de Direito*, Lisboa, Gradiva, 1999, pp. 43-5; e J. Lopes Alves, “Direitos Humanos”, pp. 31-2.

⁵⁶ Cf. Charles Taylor, “Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights”, in Joanne Bauer e Daniel A. Bell (eds.), *The East Asian Challenge for Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 125 e 143-4.

⁵⁷ Cf. Costas Douzinas, *The End of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2000, pp. 379-380.

⁵⁸ Sigo aqui ponto por ponto o elenco e os exemplos dispostos por Stefano Rodotà, “Un código per l’Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale”, in *Codici. Una riflessione di fine milenio*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 548 ss.; e por António Manuel Hespanha, *O Caleidoscópio do Direito*, Lisboa, Almedina, 2009, pp. 443-6.

estadual pretendem subsistir precisamente explorando as insuficiências do alcance das tarefas do Estado soberano.

A questão é complexa e extravasa o intuito do presente texto, mas ela impõe-se como um forte desafio jurídico-político ao próprio potencial de plasticidade da linguagem dos direitos. E, num certo sentido, quaisquer centros decisórios políticos imputáveis como fontes de direito que pretendam abordar a linguagem dos direitos sem se resumirem eles mesmos a instituições simplesmente estaduais ou internacionais têm de enfrentar hoje em dia este problema, e admitir uma eventual necessidade de alargar ainda mais esta plasticidade conceptual (e porventura também disciplinar) da linguagem dos direitos. Os casos mais flagrantes de tais centros decisórios são os que produzem normas regionais com um cunho historicamente muito específico que não os torna super-Estados nem meras organizações entre Estados – presentemente, o caso mais complexo e vivo é sem dúvida o da União Europeia. E, na sua tentativa de assimilar uma linguagem dos direitos explícita no direito comunitário, a elaboração e aprovação da Carta dos Direitos Fundamentais é um exemplo óbvio de quão aceso permanece este problema da pluralidade das fontes de direito face à maior ou menor plasticidade dos direitos subjectivos.

Desde os primeiros momentos de discussão acerca de qual a sua natureza e finalidade, os trabalhos preparatórios da Carta enveredam por vários caminhos e denotam diferentes intenções, incluindo desde logo a limitação da esfera de alcance do poder das instituições comunitárias, assim como a protecção dos cidadãos perante a União Europeia, o desenvolvimento de uma identidade comunitária ou de uma identidade cultural homogénea, a resposta a novos desafios extra-estaduais, ou a legitimação do direito comunitário. A extensão da Carta ao campo pragmático do direito comunitário é contudo bem menos dispersa nas suas ambições: ela opera sobretudo como parâmetro de validade e critério de interpretação de todo o direito comunitário, regulando quer as actuações das instituições europeias, quer as actuações das instâncias estaduais de aplicação do direito comunitário. O reconhecimento da cidadania por um Estado-membro equivalerá a uma cidadania europeia para efeitos de aplicação da Carta, pelo que qualquer “cidadão europeu” não só será titular dos direitos ali dispostos, como poderá invocá-los perante as respectivas autoridades estaduais sem qualquer necessidade de um acto estadual explícito de recepção, embora tais direitos sejam apenas directamente exequíveis quando a actividade dos Estados se enquadre no contexto de matérias comunitárias.⁵⁹

Ademais, a Carta acaba por atribuir um fundamento mais sólido à pretensão de primazia por parte do direito comunitário diante dos direitos estaduais. Embora se assuma como uma declaração de direitos que se não impõe directamente como supra-declaração diante das constituições estaduais, a verdade é que ela pretende trazer uma concepção jurídica de legitimidade a um direito que se pode impor a direitos estaduais. Esta ocorrência é especialmente relevante no âmbito da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que consegue aplicar directamente o direito comunitário mesmo para lá da vontade dos Estados – as jurisprudências estaduais recebem acriticamente a influência jurisprudencial do TJUE, e acabam por submetê-las às correntes decisórias desta. Eis como o primado do direito comunitário se vai impondo nas relações entre instâncias judiciais europeias e estaduais, e por conseguinte também o primado mediato da Carta dos Direitos Fundamentais sobre as aplicações jurisprudenciais das constituições estaduais – desta perspectiva, a Carta opera, mais do que como veículo de limitação das instâncias comunitárias ou de protecção da cidadania

⁵⁹ Cf. J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 4.ª ed., Coimbra, 2009, pp. 39-46.

européia, sobretudo como factor de sustentação de uma legitimidade proto-soberana perante as jurisdições estaduais.

A Carta pretende afinal contribuir para a resolução dos já muito discutidos problemas do défice democrático e da dispersão de nacionalismos. Para a supressão do primeiro, intenta assimilar uma linguagem dos direitos em tudo similar à dos *direitos fundamentais*, pelo que semeia um constitucionalismo implícito cuja democraticidade resida no estabelecimento de uma relação directa entre instâncias comunitárias e cidadãos (na esperança de que a normatividade jurídica derivada dessas instâncias tenha uma maior aceitabilidade social), assim também rompendo não só as mediações dos órgãos estaduais mas igualmente o maior poder de influência de *lobbies* e interesses corporativos nos espaços europeus.⁶⁰ Para a superação do segundo, intenta adoptar com efeitos vinculativos um conjunto de valores comuns aos vários povos compondo a União Europeia que por seu turno superem a ausência de antepassados, língua, religião, princípios de governo, maneiras de ser e usos comuns – todos elementos característicos de um povo unido, justificativos da formação de um poder político comum, desde o início das experiências federalistas liberais.⁶¹ Por outras palavras, a Carta intenta criar um nível quasi-constitucional de direitos *fundamentais* aplicáveis nas relações jurídicas comunitárias, ou seja, reúne todas as características de um constitucionalismo baseado em direitos fundamentais⁶² (com tudo o que isso acarreta, tal como a associação da linguagem dos direitos a uma concepção legitimadora de soberania, assim como a um duplo estatuto – subjectivo e objectivo – dos direitos no âmbito público).

A experiência da elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assim enquadrada na história da plasticidade conceptual e disciplinar da linguagem dos direitos, acaba no fundo por retratar não mais que a imitação a nível comunitário dos processos de legitimação do poder político ocorrendo nos Estados-nações soberanos desde o século XVII. Ao invés de procurar responder aos desafios da necessidade de eventuais novas gerações de direitos ou da necessidade de resposta a novas esferas extra-estaduais de normatividade jurídica, acaba por seguir o paradigma do Estado-nação soberano, ou melhor, do mais complexo “Estado-nações” contemporâneo – na imitação da experiência estadual, parece burocratizar-se e tenta constitucionalizar-se; na imitação da experiência nacionalista, procura estabelecer um contexto histórico e cultural conjunto na invocação das formulações modernas das declarações de direitos. Por conseguinte, esta sua representação dos modelos estaduais de legitimação pelos direitos subjectivos narra a busca da projecção de uma imagem de soberania – e fá-lo não ao nível de uma soberania pós-nacional, nem supra-nacional, nem extra-nacional, mas apenas quasi-nacional por actuação hiper-nacional. A resposta da União Europeia às novas fontes extra-estaduais de normatividade jurídica por meio da linguagem dos direitos subjectivos fica assim reduzida por limitação própria – ao reduzir o seu modelo de legitimação aos mesmos mecanismos conceptuais de legitimação estadual de soberania, a sua capacidade de aumentar o alcance dos direitos subjectivos tirando partido da sua plasticidade originária fica diminuída exactamente pelos mesmos motivos por que ela se encontra já diminuída na esfera estadual.

⁶⁰ Cf. Miguel Poiars Maduro, “O *superavit* democrático europeu”, *Análise Social*, vol. XXXVI, n.ºs 158-9, 2001, pp. 119-152.

⁶¹ São essas as principais características apontadas por John Jay para justificar a presença de um “povo unido” americano: «[...] one united people, a people descended from the same ancestors, speaking the same language, professing the same religion, attached to the same principles of government, very similar in their manners and customs» (J. Jay, *The Federalist*, no. 2, in Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist*, ed. Terence Ball, Cambridge University Press, 2003, p. 6).

⁶² Cf. Miguel Poiars Maduro, *A constituição plural: constitucionalismo e União Europeia*, S. João do Estoril, Principia, 2006..

O que a experiência da Carta dos Direitos Fundamentais demonstra é que os maiores desafios à plasticidade da linguagem dos direitos permanecem ainda por resolver. E, para lá deste modelo do Estado-nação soberano moderno, novas construções jurídico-políticas só lhes podem responder aumentando o grau de plasticidade dessa linguagem, e não imitando as suas utilizações prévias. Logo, ao contrário da consideração de Richard Rorty de que os direitos são hoje “um facto da vida”, e ao contrário da consideração de Norberto Bobbio de que o problema da “era dos direitos” não mais é o da sua natureza mas o da sua implementação, o que por este meio se comprova é que, ao invés, novas dimensões de juridicidade acarretam uma rediscussão da natureza dos direitos subjectivos, o que passa pela necessidade de refundamentar a sua plasticidade. Em última análise, talvez tal exija um retorno à plasticidade conceptual e disciplinar da linguagem dos direitos consoante revelada no século XVII, fazendo-a alcançar não só o jurídico e o político, mas também o ético, o sociológico, o antropológico, o histórico, e, eventualmente, o metafísico.