

Os direitos humanos: última tentativa de salvação da teoria do direito subjetivo

Ana Maria D'Ávila Lopes

A teoria dos direitos do homem é, inegavelmente, uma conquista da modernidade. Os antigos, ensina Bobbio, quando faziam alguma referência ao Direito¹, nunca tomaram em consideração os “legitimados” a exigí-lo, mas os obrigados a cumpri-lo. Os primeiros códigos morais e jurídicos, desde os Dez Mandamentos até a Lei das Doze Tábuas, foram durante séculos conjuntos de regras que estabeleciam obrigações para os indivíduos, mas não direitos. Regras essencialmente imperativas, negativas ou positivas, que visavam obter comportamentos desejados ou evitar os não desejados, recorrendo a sanções celestes ou terrenas. A figura deontica originária, afirma o mestre italiano, era o dever, não o direito, “a função primária da lei é a de comprimir, não a de libertar; a de restringir, não a de ampliar, os espaços de liberdade; a de corrigir a árvore torta, não a de deixá-la crescer selvagememente”².

Questiona-se, porém, se essa concepção do Direito, apenas como dever e não como dever-direito, significa que, na Antigüidade, não se tinha consciência sobre a dignidade humana ou se esta não era respeitada. A resposta, evidentemente, é negativa. As referências que podem ser encontradas nos diversos documentos jurídico-ético-religiosos da época mostram muito claramente a enorme importância que a pessoa humana tinha.

Na verdade, o que acontece é que a moderna concepção sobre o Direito difere muito da que se tinha na Antigüidade.

Ana Maria D'Ávila Lopes é Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG e Professora de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da UPF-RS.

Verifica-se que o que se entendia por Direito, antes da Modernidade, não coincide com o que hoje entendemos com esse termo. A cultura humana tem mudado muito. Assim, a tradição jurídica anterior a essa época caracterizava-se por ser “realista”, na medida em que aceitava a possibilidade de conhecer a realidade, a coisa (*res*) em si, apreendida na sua essência por meio de nosso entendimento. O conhecimento do homem era definido pelo “encontro” do entendimento com as coisas, o que constituía a “idéia” ou “conceito”, o que significa que o entendimento em ação – entanto “conformado” com a coisa: objeto do conhecimento – de alguma maneira “adota” a forma da coisa conhecida. Essa adequação é o que Santo Tomás definiu como “verdade”. Porém, essa forma realista de aceder à realidade foi abandonada pelo pensamento moderno como consequência da teoria cartesiana do conhecimento. Com Descartes, a verdade das coisas não tem sua origem no encontro entre o entendimento e a realidade e sua correspondente adequação, mas em uma idéia, imamente a nosso pensamento, captada por meio da intuição, da qual não se pode duvidar por ser clara e distinta, e a partir da qual decorrem outras verdades. Como consequência da primazia da idéia sob a realidade, essa nova filosofia será denominada “idealista”, pois concebeu-se uma razão que possui em si mesma a verdade e a certeza das coisas. Essa nova filosofia, inaugurada por Descartes, será ainda mais radical com Kant, que defenderá a impossibilidade de conhecer a realidade como realmente é. As coisas não são mais objeto do conhecimento, mas as idéias que temos sobre elas, com o que, tanto o entendimento, quanto as coisas que conhecemos se subjetivizam.

Consequência dessa subjetivação é que surge a teoria do direito subjetivo. Assim, para a tradição jurídica moderna, o Direito é concebido como possuidor de uma dupla dimensão (“duas caras da mesma moeda”), isto é, o Direito é direito subjetivo (faculdade ou pretensão) e direito objetivo (norma).

Já para a tradição clássica realista, o Direito era algo totalmente diferente.

Gallego³ observa que, para alcançar a idéia clássica do Direito, é preciso antes analisar a idéia da justiça, cuja origem encontra-se na Grécia, e mais precisamente nos poemas homéricos, que constituem os documentos mais antigos da civilização grega. Neles encontramos referências à justiça sob o conceito de *themis*, entendido como a linha de demarcação entre barbárie e civilização. Essa idéia da justiça, como ordem da civilização humana, haveria de se estender com os filósofos chamados cosmológicos a toda a realidade universal.

Observa-se que, inicialmente, para os gregos a idéia da justiça estava associada à idéia da própria ordem universal, de tal forma que não cabia falar de uma ordem errada ou injusta, porque isso equivaleria a falar em uma não-ordem ou des-ordem. Todavia, é uma ordem – *dike* – concebida como o princípio objetivo inerente à natureza divina das coisas. O contrário é o excesso, ou a falta de medida, a *hybris*. Jaeger observa que, embora não todos os filósofos gregos tenham compartilhado essa visão, como é o caso dos sofistas, pode-se afirmar que foram a maioria⁴.

Já com Platão e Aristóteles a idéia da justiça perdeu sua identificação com a ordem cósmica para se associar à idéia de virtude especificamente humana (*dikaiosyne*). Assim, no diálogo *A República*, Platão descreveu a justiça – depois de analisadas a prudência, temperança e fortaleza – como a virtude que contém a cada homem dentro de seus limites. Fazendo um paralelismo entre o Estado e o homem, afirmará que Estado justo é aquele onde todos os seus membros (homens, mulheres, crianças, escravos, artesãos, magistrados, súditos) desempenham, na sociedade, um papel compatível com suas aptidões, sem interferir no trabalho dos outros, enquanto homem-justo é aquele que faz o que tem de fazer, sendo que o que tem de fazer é previamente determinado no momento da criação divina, quando

os homens ou são criados de ouro (sábios-governantes) ou de prata (guerreiros) ou de bronze e ferro (artesãos)⁵.

Aristóteles, menos abstrato que Platão, conceberá uma justiça mais realista, cuja definição, “virtud por la que cada uno tiene lo próprio, y según ley”⁶, mostra uma visão semelhante à que o homem comum teria dela. Os elementos que compõem a teoria aristotélica da justiça são:

a) legalidade: a justiça associa-se ao justo legal, porém se exige sempre que o conteúdo da lei produza e preserve a sociedade política e a felicidade de todos;

b) virtude: como para Platão, também para Aristóteles a justiça é uma virtude que inclui, pela sua vez, todas as outras;

c) alteridade: é uma das características mais importantes introduzidas por Aristóteles, que afirma que a justiça sempre faz referência ao “outro, (...) pero no es una

virtud absoluta y puramente individual; es relativa a un tercero, y esto es la que la hace que las más de las veces se la tenga por la más importante”⁷.

d) igualdade: idéia assimilada de Pitágoras, todavia a justiça não implica apenas uma igualdade aritmética, mas uma igualdade proporcional, distinguindo-se, a partir daí, a justiça comutativa ou retificadora, que implica uma igualdade aritmética e é a virtude do correto intercâmbio das coisas, podendo ser voluntária (como nos contratos) ou involuntária (como nos delitos); e uma justiça distributiva, que é a distribuição proporcional ao mérito de cada pessoa, de bens, recompensas, honras⁸.

Na tradição romana, por outro lado, a idéia da justiça como “dar a cada um o que é o seu” aparece já perfeitamente consolidada. Dessa maneira, o grande receptor e transmissor do pensamento grego, Cícero, definirá a justiça como “dar a cada um segundo os seus méritos”. Mas foi outra definição a que constituiu a mais importante contribuição do pensamento romano à teoria da justiça, a de Ulpiano, que definiu a justiça como “constante e perpétua vontade de

dar a cada um o seu direito” (*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*)⁹, definição que tem a virtude de equipar “o Direito” (*ius*) ao que é seu, ao devido; estabelecendo-se uma perfeita correspondência entre a definição de justiça e a idéia que a própria etimologia expressa, ou seja, da mesma forma que o *ius* encontra-se inserido na *IUSTITIA*, igualmente o Direito fica incorporado na mesma definição de justiça. Essa conexão entre justiça e Direito será encontrada em outras definições, mostrando a coerência conceitual do pensamento romano. O Direito, assim entendido, como íntima conexão da justiça, tornar-se-á uma verdadeira arte, como a definiu Celso, “arte do bom e do justo” (*ars boni et aequi*)¹⁰. Ambas definições, de Ulpiano e Celso, estão contidas na grande obra romana, o *Digesto*, que não é apenas um conjunto de definições doutrinárias, mas é a obra que reflete o verdadeiro desenvolvimento e alcance das possibilidades contidas nessas definições romanas, as que expressam não apenas a idéia essencial do Direito entendido como *iustum*, mas o Direito como a arte que permite encontrar esse justo. A ciência jurídica romana constitui, pois, constatação histórica da potência e virtualidade das definições como meios de expressão do entender jurídico da época¹¹.

Contudo, até finais da Idade Média, não existiu uma autêntica teoria sobre a justiça que soubesse aprofundar e sistematizar a riqueza das conseqüências implícitas das definições gregas e latinas, especialmente as referidas a Aristóteles e à Jurisprudência romana.

Foi só no século XIII, com Santo Tomás de Aquino, no seu tratado sobre a justiça que faz parte da sua grande obra *Summa Theologica*, que finalmente se conseguiu essa tão ansiada sistematização. Santo Tomás não recebeu apenas uma única tradição sobre a idéia da justiça, mas duas: a greco-romana e a cristã. Na tradição cristã, a justiça apresenta-se especialmente referida a Deus, sendo utilizada no sentido próximo de santidade, misericórdia. O homem justo

é aquele que aceita a vontade de Deus e obedece a sua vontade, é o homem que vive no amor de Deus. Trata-se, portanto, de uma justiça “salvadora”, “religiosa”. Santo Tomás não rejeita essa concepção da justiça, mas relaciona essa visão religiosa às contribuições da tradição greco-latina. Dessa maneira, no Tratado da Justiça – aproveitando a definição cristã clássica, que é a de Santo Agostinho: “a justiça é o amor que só serve a Deus”¹² – afirmará Santo Tomás que: “como en el amor de Deus está incluído el amor al prójimo, también en el servicio de Dios está incluído el que cada uno debe dar a los demás lo que les pertenece”¹³. Daí associará essa idéia à definição da justiça de Ulpiano, modificando-a para “adaptá-la” a uma forma “mais perfeita” de definição. A justiça será definida, então, não como um ato mas como um hábito, devido a toda virtude ser essencialmente um hábito: “justicia es el hábito según el cual uno con constante y perpetua voluntad da a cada uno su derecho”¹⁴. Assumida essa fórmula latina clássica, mostrará interesse no pensamento aristotélico e, por meio de uma metodologia clara, lógica e sistemática, irá analisar até o evidente, para discuti-lo e questioná-lo.

Uma vez definida a justiça, Santo Tomás irá decompor o conceito com o objetivo de estudar cada uma das características que os antigos tinham-lhe atribuído:

a) a justiça é uma virtude. Platão e Aristóteles já tinham afirmado isso. Porém, que é uma virtude? Santo Tomás responde que é aquilo que faz bom um ato humano e ao homem mesmo, “virtud humana es aquella que hace buenos el acto humano, y el hombre mismo; y esto es próprio de la justicia”¹⁵. Daí associa essa definição com a justiça e conclui que é próprio da justiça fazer um ato bom e tornar qualquer homem em um homem bom, aliás, vai mais longe nas suas conclusões e, coincidindo com os antigos, assevera que a justiça não é qualquer virtude, mas é a mais privilegiada de todas;

b) a justiça é alteridade. Não é justo quem conhece corretamente, mas quem obra cor-

retamente. Esse atuar, essa *praxis*, implica um destinatário bem preciso, distinto de quem pratica a justiça, ou seja, “o outro”. A própria essência da justiça exige que seja relativamente a outrem¹⁶;

c) a justiça é a virtude privilegiada entre todas, porque objetiva o bem alheio, daí seu caráter profundamente transitivo, comunicativo. É a partir da alteridade – a referência ao outro – que a justiça é concebida como a mais importante das virtudes, pois as outras estão referidas ao sujeito enquanto preocupado com o seu próprio bem, isto é, seu aperfeiçoamento próprio, o que não acontece com a justiça, porque é a virtude que se realiza só na medida em que se dirige ao “outro”;

d) a justiça é vontade. Não se é justo nem por pensamento nem por intenção, mas atuando, obrando, dando. O princípio próximo de um ato é a “potência apetitiva”, entendida como vontade, que é própria do ser racional¹⁷;

e) a justiça refere-se a atos externos: a partir da análise de uma citação de Cícero: “la esencia de la justicia radica en que la sociedad de los hombres y la vida comunitaria se rijan por ella... Luego la justicia es sólo aquello que dice en relación a otros”¹⁸; Santo Tomás afirmará que, na medida em que a justiça exige diversidade de pessoas, isto é, a partir desse caráter social é que se pode encontrar a especificidade de sua matéria, que são “los actos externos y el uso de las cosas”¹⁹. O que significa que o incomunicável ou o não-comunicado não pode ser matéria da justiça;

f) a justiça é objetiva. A justiça é determinada, objetivada, porque se refere a uma ação ou coisa externa e não ao próprio sujeito. Leciona Santo Tomás que:

“(...) la materia de la justicia es la operación exterior, siempre que esa acción o la cosa sobre la que se ejecuta, guardem la debida proporción con la otra persona. Así, el medio de la justicia consiste en una cierta proporción de igualdad de una cosa exterior con

una persona exterior...Por eso, el medio de la justicia es objetivo”²⁰.

Precisamente, a objetividade é a característica da justiça mais importante para nosso tema. Toda virtude é o justo médio estabelecido pela razão (*medium rationis*), assim a temperança é a virtude que prescreve moderação nas comidas. Só que o justo médio, na temperança, só pode ser estabelecido em relação a cada sujeito em particular, pois o que pode ser excessivo para um, pode não o ser para outro, por isso é que se afirma que a temperança é subjetiva. Contudo, isso não acontece no caso da justiça, pois o justo médio, ainda que estabelecido pela razão, não se estabelece a partir do sujeito, mas da ação ou da coisa externa (*medium rei*). Pode-se, então, afirmar que a justiça, além de ser um *medium rationis* como toda virtude, é uma igualdade de coisa a coisa - *rei ad rem* - e essa é uma característica própria apenas dela²¹.

A idéia da coisa - *res* - é, sem dúvida, a idéia chave para entender o Direito na sua acepção clássica, ainda sendo uma palavra latina praticamente intraduzível, na medida em que seu significado abrange uma infinidade de sentidos.

As coisas em si não são direitos, são coisas, porém se constituem direitos quando são colocadas em relação de igualdade entre as pessoas, passando assim de “coisas” a “coisas justas” ou Direito. Santo Isidoro, muitos séculos antes, tinha já afirmado que “Iura (los derechos) son las cosas que posemos justamente y no son de otra persona”²², o Direito são as coisas corporais ou incorporais, não consideradas em si mesmas, mas enquanto devidas a outrem segundo uma igualdade.

Santo Tomás magistralmente afirmará:

“las otras virtudes morales se refieren a las pasiones; y la rectificación de las mismas sólo puede darse tomando como punto de comparación al mismo hombre que sufre tales pasiones... Por tanto en esas virtudes el medio es sólo de razón y respecto a nosotros mismos... En cambio la materia de la

justicia es la operación exterior, en cuanto la misma acción, o una cosa sobre la que se ejecuta, guardan la debida proporción con la otra persona. Por tanto el medio de la justicia consiste en cierta proporción de igualdad de una cosa exterior con una persona exterior”²³.

Não obstante, a contribuição mais importante de Santo Tomás à teoria da justiça é a afirmação categórica de que o objeto da justiça é o Direito. A primeira vista, parece uma afirmação evidente, que não diz nada que durante toda a Idade Média não tivesse sido dito. Contudo, analisando essa afirmação, concluir-se-á o seguinte: Santo Tomás tinha concebido a justiça como um hábito, o que implica uma ação, só que não se trata de qualquer ação, mas unicamente a que tem como objeto o Direito, entendendo-se por tal o “dar a cada um o que é seu”, isto é, dar a cada um o que lhe corresponde, o justo. Daí, conclui-se que, se a justiça é a ação que incide sobre o Direito, necessariamente o pressupõe, ou seja, o Direito precede à justiça, porque, se não existisse o Direito, a justiça não poderia tê-lo como objeto²⁴.

Outro elemento importante será a idéia do débito, isto é, a concepção do homem como originariamente devedor. Santo Tomás observa que “por la creación empieza primeramente el ser creado a tener algo suyo, en el origen de todo no está la justicia, ni el débito, sino la pura gratuidad... aunque en cierto sentido dé a cada cual lo que se le deba, no por eso es Dios deudor”²⁵. É o homem, para Santo Tomás, quem deve tudo, porque tudo lhe tem sido dado, inclusive a capacidade de fazer suas todas as coisas. O homem, concebido como um sujeito racional e livre, é consciente de ser um devedor, mas em sentido religioso, porque a dívida é para com Deus, porque Ele é quem nos deu tudo, até as coisas mais básicas, como a vida ou a integridade física. Essa idéia de débito pressupõe o ato de criação e a busca da perfeição, na medida em que todos devem procurar aperfeiçoar-se, para o qual é necessá-

rio que todos os seus semelhantes o ajudem, isto é, procurem dar-lhe aquilo que lhe faz falta. Dessa concepção decorre a idéia de que o devido é a raiz da justiça, porque será a justiça a que permitirá “igualar” as pessoas. Deve-se algo a alguém, porque esse algo é o que lhe pertence, o que lhe é seu por justiça, é o que a ele lhe falta e o que a mim me sobra. O objeto da justiça, por isso, está determinado pelo que em si é justo, isto é, pelo Direito. De fato, a justiça é objetiva porque seu objeto, o Direito, é objetivo, na medida em que alguém é justo (ação) quando se dá o devido ao outro, sendo que o devido (seu Direito) é o que lhe pertence²⁶, o *medium rei*. A justiça, lembre-se, distingue-se das outras virtudes por não ser apenas um *medium rationis*, mas também um *medium rei*. O Direito é, então, o justo, a coisa justa e é esse precisamente o sentido básico de Direito para Santo Tomás.

Não devem confundir as referências encontradas nos textos de Santo Tomás quando manifesta que o direito apresenta-se como um poder do sujeito. Segundo Iglesias²⁷, a idéia de poder da tradição clássica não se confunde com a idéia de faculdade presente na Modernidade. A idéia de poder de Santo Tomás não é a de um poder-exigir do indivíduo (direito subjetivo), mas de um poder em exercício presente, isto é, traduzido em uma efetiva ação exterior e, portanto, objetivável, mensurável. Não é algo que depende da vontade ou do interesse do sujeito, enquanto protegido pelo ordenamento, mas um poder que é ação (*actum*) e cujo exercício é obrigado, devido²⁸. Não se trata, pois, de uma qualidade inerente à pessoa, mas de uma atribuição da ordem social para seu efetivo exercício.

Por outro lado, a respeito do papel da lei, Santo Tomás nega sua identificação com o Direito,

“La norma es una regla o medida del derecho. Del mismo modo que cuando se ejecuta una obra artística, se sigue un cierto modelo preexistente en la mente del artista, que le sirve como

norma o guía del arte; igualmente cuando se ejercita la justicia, ésta sigue un modelo preexistente en la mente, que es una cierta norma de prudencia. Y cuando el modelo está escrito, se llama ‘ley’ ”²⁹.

A lei é o modelo ao qual o Direito se conforma ou se adapta. A lei é por natureza genérica, estabelece o Direito ou o justo de forma universal, enquanto o Direito é, por definição, a coisa concreta, quantificada e medida, precisamente, pela lei-regra. O Direito é, assim, o *iustum* concreto. Por outras palavras, a lei é a regra e medida da justiça que permite estabelecer o *iustum* concreto, o Direito.

A mais importante contribuição da tradição clássica sobre a justiça, então, é a afirmação do caráter objetivo do Direito, ou seja, a afirmação de que o justo não radica no sujeito mas em algo externo a ele, isto é, na ação externa ou na coisa. Precisamente, é essa objetividade que permite quantificar, medir o Direito, e por isso afirma-se que o Direito se apresenta como uma proporção ou adequação de pessoas ou coisas, na busca da igualdade. Santo Tomás insistirá em que o Direito é um débito em si, mas um débito a partir de uma igualdade. O Direito é o justo porque é o *medium* entre o excesso ou a falta do devido, é a proporção ou igualdade entre a coisa e o ato exterior a respeito da pessoa para a qual dirige-se a coisa ou a ação externa.

O Direito, na tradição clássica, consistia na determinação dessa objetividade. Quando era difícil determinar o Direito ou o justo, chamava-se um “especialista”, ao juiz, que tinha a importante missão de dizer o Direito (o justo) no caso concreto: *iurisdictio*.

Indaga-se, então, a partir de que momento o Direito perde essa objetividade e adquire um sentido subjetivo, isto é, a partir de que momento a determinação do Direito (do justo) translada-se de uma coisa exterior a uma qualidade inerente ao próprio sujeito.

O século XIV marca o fim da Idade Média e o início do pensamento moderno, é um

período histórico caracterizado por uma profunda crise em todas as instâncias. Na filosofia, surge uma nova escola: os nominalistas que, conscientes da época de ruptura e inovação que viviam, autodenominaram-se os *moderni* em contraposição aos *antiqui*, isto é, em relação aos seguidores de Santo Tomás. A figura mais representativa é o franciscano Guilherme de Ockham, conhecido como o “príncipe dos nominalistas”³⁰.

Na obra *Opus nonaginta dierum* de Ockham, conhecido também como o “príncipe dos espirituais”, encontramos a primeira elaboração doutrinal da nova idéia do Direito, ou seja, do direito subjetivo. É uma obra polêmica escrita contra o Papado a propósito da disputa sobre a pobreza franciscana. Os franciscanos espirituais defendiam que, pelo voto de pobreza, só deveriam ter o uso das coisas, sem apropriar-se delas. Pretendiam, assim, poder usar as coisas de que precisavam, mas sem nenhuma classe de direito sobre elas. Observa-se, facilmente, como essa pretensão era incoerente dentro da tradição clássica, que associava o Direito ao uso justo da coisa – noção que fazia parte da argumentação do Papado –, sendo que todo uso da coisa devia ser juridicamente correto ou justo. Para poder defender o simples uso de fato da coisa, dever-se-ia separar a coisa do Direito, o Direito deveria ser alguma coisa diferente da coisa usada justamente. A partir dessa necessidade teórica para a fundamentação da sua pretensão, Ockham desenvolveu a filosofia nominalista, caracterizada por negar a existência real dos universais. Precisamente, denominou-se nominalismo por reduzir os universais a simples *nomina* ou palavras. Na concepção anterior aos espirituais, defendia-se que as palavras (*in significando*) e os conceitos (*in repraesentando*) serviam não apenas para designar uma pluralidade de seres, criando uma classe universal, mas que esses signos lingüísticos tinham uma existência real própria. O nominalismo não rejeita o universal enquanto palavra mas sim enquanto realidade “extramental” (*in essen-*

do). Contrariamente, a filosofia que afirma a existência do universal como realidade “extramental” denomina-se *realismo*, precisamente por afirmar a existência do universal. Cabe ainda distinguir dentro do realismo duas posições: os que afirmam que o universal tem existência *fora* dos indivíduos, e os que defendem que o universal existe apenas *no* indivíduo. Na primeira posição, está o platonismo enquanto na segunda encontramos a tradição aristotélico-tomista.

O nominalismo não nega as essências, mas afirma que essas são unicamente individuais. Por meio disso, pretendeu-se salvar a simplicidade dos seres individuais e sua unidade essencial, os que desaparecem quando tenta-se atribuir realidade aos comuns. Cada coisa é o que é em si mesma e não por algo que a faça diferente do comum. Nega-se, conseqüentemente, os gêneros e as espécies como realidades, a sua diferença é apenas no âmbito da extensão. Por outras palavras, reconhece-se que os individuais podem ser classificados só que essa classificação não constitui ordem alguma; uma visão claramente contrária à greco-romana, que proclamou a existência de uma ordem imanente do universo. O universo do nominalismo atomiza-se, conseqüência buscada deliberadamente, porque é dessa forma que se irá outorgar maior liberdade e onipotência a Deus. Trata-se de “salvar” a Deus da necessidade de criar as coisas segundo umas idéias ou essências previamente existentes.

As conseqüências éticas do nominalismo são verdadeiramente revolucionárias. A realidade moral torna-se contingente, arbitrária. Esse voluntarismo, ainda que tenha suas raízes no pensamento de Escoto, não tinha sido tão radical, porque havia colocado o decálogo como limite à interpretação da vontade divina. Com Ockham, esse limite cai, afirmando-se que Deus não manda as coisas porque são boas, mas são boas porque é Deus quem as manda, a vontade divina perde qualquer limite, tornando-se totalmente onipotente. O mal é definido como fazer o contrário ao que se tinha obri-

gação de fazer³¹. Surge uma concepção do dever tipicamente moral, desconhecida na tradição clássica. A moral é entendida como o cumprimento de uma série de normas. A vontade deixa de ter como objeto o próprio bem para passar a estar submetida a outra vontade que a intima a fazer uma ou outra coisa, ou torna-se uma vontade que se autodetermina sem mais critérios dos que ela mesma se impõe. Nada mais contrário ao realismo ético da tradição clássica em que o bem é fixado pela razão.

As conseqüências do voluntarismo de Ockham, segundo Gallego³², no Direito são muitas. O Direito natural, por exemplo, fica reduzido a um positivismo teónimo, isto é, o direito natural manda o que Deus quer que se faça e proíbe o que Deus proíbe. Perdem-se as estruturas metafísicas da realidade. Não é mais possível falar de um verdadeiro Direito natural, de coisas e relações justas em si mesmas, por sua própria natureza, pois tudo depende de uma vontade dispositiva e não mais da própria ordem do universo.

Contudo, a conseqüência mais importante do voluntarismo, para nosso tema, é que Ockham utilizou esses argumentos para definir o Direito como *potestas* ou *facultas*. Assim, na medida em que os únicos sujeitos são os entes singulares, não existe outra alternativa que não seja reduzir o Direito às prerrogativas desses sujeitos. As normas não regulam realidades, porque são o produto de uma vontade específica. O direito-potestade é entendido como domínio, isto é, como poder especial de indicar e defender, ter e dispor de coisas, ainda que temporariamente. O direito é definido como o poder lícito de usar uma coisa da qual ninguém deve ser privado contra sua vontade, exceto se tiver culpa ou existir alguma causa razoável que assim o justifique. O direito e o domínio no nominalismo confundem-se erroneamente.

Na tradição clássica, pelo contrário, o domínio distinguiu-se claramente do Direito, sendo entendido como um atributo do

homem, enquanto ser inteligente e livre. Assim, o homem difere dos animais porque goza de domínio sobre seus atos. O domínio tem seu fundamento não só na vontade, mas também na razão, de forma tal que, para ser verdadeiramente humano, moral, deve-se também ser racional. Por isso, constitui um atributo humano inato, não podendo ser confundido com o Direito, pelo contrário, o domínio é sua condição necessária. É porque somos donos, *domini*, de nós mesmos, e das coisas, é que podemos ser titulares de direitos, ser sujeitos das relações jurídicas.

A noção de poder (*dominium*) não é em si mesma jurídica, mas pode chegar a sê-lo quando se configura como coisa justa.

A doutrina medieval, porém, confundiu a noção romana de domínio (*dominium*) com a noção de propriedade (*proprietat*). A propriedade, para os romanos, não tinha o significado que hoje lhe é atribuída, mas se identificava com a própria coisa, por isso era classificada como “coisa corpórea”, a diferença, por exemplo, do uso e do usufruto, classificados como “coisas incorpóreas”³³. O problema basicamente radica em que na ciência jurídica romana é freqüente a ausência de definições explícitas, o que provoca diversas contradições. Bártolo (no século XIV) foi o primeiro em definir a propriedade (“*Qui ergo est dominium? Est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi in lege prohibeatur*”)³⁴. Observe-se, porém, duas coisas importantes. A primeira é a identificação entre propriedade e domínio, e a segunda é que se define a propriedade como coisa corpórea. São duas observações que mostram a falta de clareza conceitual.

O nominalismo, porém, não apenas confundirá os dois conceitos, *dominium* e direito, mas situará o primeiro unicamente na vontade, limitado só por ele ou por outra vontade. O Direito torna-se, assim, um simples jogo de forças e coações. Hobbes, Rousseau, Kant e todos os modernos teóricos do Direito não poderão concebê-lo de outra forma.

Indaga-se, dentro dessa nova concepção, como harmonizar os direitos-potestades de

todos, isto é, como possibilitar a coexistência pacífica dos homens. A resposta aparece na forma da teoria do “estado de natureza”, que inicialmente serve também para justificar o poder absoluto do Estado. Segundo o pensamento hobbesiano, no estado de natureza todos lutam contra todos, fazendo imperativa a necessidade da criação do Estado, perante o qual os indivíduos cederão seus direitos (naturais), em troca de outros (civis). Para Locke, a diferença de Hobbes, a criação do Estado não é uma necessidade imperiosa, mas decorre da própria vontade dos homens. Por isso, a maioria tem o direito de participar do Estado e de tomar decisões, só que Locke não estabelecerá nenhum limite para o poder político³⁵. Rousseau tentará resolver o problema introduzindo, além da teoria do pacto social, a idéia da vontade geral, que não necessariamente coincidirá com a vontade de todos ou da maioria. A vontade geral tem como objetivo defender o interesse comum, e não o da maioria, que pode ser apenas a soma de interesses particulares. Kant, por outro lado, cairá no formalismo ao separar o Direito da ética. O Direito não apenas corresponde a ações externas, mas a sua motivação será também externa. A atividade jurídica não deve apoiar-se na consciência, mas no exclusivo caráter coativo do direito. Direito e faculdade de coagir serão, para Kant, o mesmo³⁶. As bases para o moderno positivismo, ao reduzir Kant o direito natural a pura forma *a priori*, sem conteúdo, encontram-se nessa forma de conceber o Direito.

Observe-se, pois, a evolução que o conceito nominalista de Direito sofreu. De ser concebido como um poder *do* indivíduo transformou-se, já no século XVIII, em um poder sobre o indivíduo. É um Direito concebido como criação do Estado, que exerce de forma justa seu poder por meio dele, da coação. Chegar-se-á a identificar Direito e Estado.

O indivíduo considerado desde essa perspectiva é, no seu estado natural, um ser isolado, não vinculado, em que sua liberda-

de e direitos colidem necessariamente com a liberdade e os direitos dos outros. O homem é concebido como um átomo que repele os outros. Só um poder superior poderá mantê-los unidos. O máximo ao que pode aspirar é a co-existir, mas não a conviver. O Estado será o encarregado de garantir e co-ordenar essa coexistência, usando para isso o Direito.

A partir daí, essa nova concepção subjetiva do Direito ir-se-á impor na ciência jurídica. A teoria do direito subjetivo continuará desenvolvendo-se, ainda que com algumas variações em relação ao tipo de “qualidade” subjetiva que implica. Assim, para Windscheid o direito subjetivo será uma vontade, enquanto para Ihering, um interesse do sujeito.

Não obstante essas diferenças conceituais, a doutrina é unânime ao afirmar que a teoria subjetiva surge só a partir da Modernidade, graças ao individualismo. Porém, não se deve confundir essa afirmação com a que alguns autores fazem em relação a que, para a tradição clássica, a dignidade humana não era tutelada pelo Direito. Definitivamente, é essa uma visão errada, pois, em inúmeros textos, das mais diferentes culturas, é possível encontrar referências claras da importância da proteção do homem e, sobretudo, do seu protagonismo na história da humanidade³⁷. Nesse sentido, por exemplo, no Digesto encontramos uma referência clara: “*hominum causa omne ius constitutum est*”³⁸ (todo direito tem sido constituído em consideração aos homens).

Sem discutir a importância do humanismo nem do individualismo, o certo é que colocar o direito no sujeito individual e não em uma coisa exterior supõe, além de ignorar séculos de tradição cultural, moralizar de um modo inadequado a realidade jurídica no que tem de mais específico: sua objetividade.

A nova concepção subjetiva do Direito decorrerá em sérias incoerências para o pensamento jurídico, como a possibilidade de conceber o Direito de um modo abstrato, for-

mal, visto que se criou o paradoxo de se conceder um poder de exigir (direito subjetivo) sem que exista uma coisa ou ação concreta. Hervanda lembra: “De ahí nace el sistema de derechos y libertades formales, en cuya virtud se entiende que el sujeto tiene verdadero derecho y verdadera libertad y no se impide su ejercicio, aunque se carezca de los bienes que hacen realmente operativos tales derechos y libertades”³⁹. Quando o direito passa a situar-se no sujeito e não na coisa, a *res*, esta tende inevitavelmente a diluir-se, dissolver-se, o que significa tornar o direito em “abstrato”, “formal”.

Outra consequência, que chega a ser, como afirma Gallego, um curioso fenômeno da linguagem⁴⁰, é a utilização do termo direito como equivalente a desejo ou aspiração, em que com a fórmula “eu tenho direito a...”, que é própria do direito subjetivo, o objeto desse “direito” pode corresponder a qualquer coisa, ainda que algumas vezes possam corresponder a aspirações inegavelmente legítimas, não por isso chegam a constituir direitos estatalmente reconhecidos.

Contudo, alguns juristas⁴¹, com a finalidade de manter a coerência da teoria jurídica, dentro dessa nova visão do Direito, definiram o direito subjetivo como a norma jurídica enquanto possuidora de conteúdo concreto individual, isto é, o direito subjetivo seria reduzido apenas a um reflexo da norma no sujeito. A norma não tornaria o direito subjetivo em algo objetivo, mas simplesmente o subsumiria.

Porém, é essa uma posição não coincidente com a maioria da doutrina, na medida em que, para salvaguardar a filosofia individualista do pensamento liberal, defende-se a tese de que o Direito possui duas dimensões: direito objetivo e direito subjetivo. Observe-se que essa fórmula serve também para justificar a primazia do Estado sobre o indivíduo, pois será este quem determinará que direitos subjetivos terá o indivíduo, o que constitui um paradoxo, já que os direitos subjetivos apareceram originariamente para proteger o indivíduo do Estado.

Não é correto, porém, associar a objetividade defendida pela tradição clássica a uma precisão matemática. A objetividade não está na norma, mas na realidade, nas coisas, que são contingentes. A objetividade da tradição clássica busca encontrar o que corresponde, o adequado, o justo, o Direito no caso concreto. Por isso que Celso tinha definido o Direito como arte, porque por meio da norma será possível encontrar o objetivamente justo.

Contudo, a objetividade, para a tradição clássica, não decorre da norma, e muito menos da imposição do poder político, mas da própria natureza do caso, até o extremo de se afirmar que a norma deverá ceder se não se adequar às exigências do caso concreto, nisso consiste precisamente a equidade. Sobretudo porque a norma é genérica e não absoluta. A norma é um ato de razão e portanto razoável, de forma tal que, se de sua aplicação decorre um absurdo, está-se na obrigação de ceder em benefício da justiça do caso concreto⁴².

O justo pode ser determinado segundo a natureza própria da coisa, isto é, segundo o “direito natural”; ou também por meio de um acordo, que pode ser privado ou público. No acordo privado, os particulares mutuamente acordarão o adequado; no segundo caso, a determinação do adequado será feita via lei pública, seja porque o povo todo concorda, ou porque o governante que os dirige e os representa assim o tem decidido. Este último caso chama-se “direito positivo”.

A diferença básica entre direito positivo e natural é que este último “está”, enquanto o positivo é um direito “posto”. Para a tradição clássica, a objetividade do direito natural reside no reconhecimento do homem de algo que é, que constitui uma exigência da realidade; entretanto, a objetividade do direito positivo possui um caráter contingente, porque é produto de um acordo, de uma convenção, com o limite de ter que respeitar a lei natural, porque os homens não podem tornar justo algo que naturalmente não o é. Por isso o direito natural é

comum a todos os homens, é universal, enquanto o direito positivo muda em função dos diferentes povos e épocas.

No entanto, o conceito clássico do direito como “o seu” transformou-se no conceito moderno de “o meu”, do devido ao outro ao que me é devido, do bem-estar do outro, a meu próprio bem-estar. Perdeu-se, assim, o caráter social do direito. Esquece-se, como Santo Tomás afirmava, que não se é justo por exigir o que se nos deve, mas por cumprir com nossas obrigações. É a partir do cumprimento das nossas obrigações que se constrói uma sociedade justa e não por exigir o que o Estado determina o que se nos é devido. Hoje, fala-se mais em direitos do que em deveres, vive-se em uma sociedade em que a cultura das pessoas se reduz a impor suas próprias exigências na forma de direitos, sem mais critério do que sua vontade ou interesse próprio, no final, o importante é fazer parte de um grupo com suficiente poder político para que as exigências reivindicadas se tornem “direitos”. O principal problema é que o Estado muitas vezes cede e confere os “direitos” exigidos sem garantir mecanismos de proteção, o que os torna ineficazes, conduzindo o sistema jurídico ao mais puro formalismo.

Não se propõe, entretanto, afirmar que o Direito é exclusivamente dever, como foi a posição defendida por Duguit⁴³, porque seria novamente colocar no sujeito o centro em torno do qual gira o Direito, ainda que não seja na posição de exigir, como o proposto pelos defensores do direito subjetivo, mas no sentido de cumprir com o que se lhe deve à sociedade. O direito, para a tradição clássica, não é nem um nem o outro. O direito está fora do sujeito, não é nem o poder-exigir nem o dever-cumprir, mas o devido, o justo, segundo o caso concreto, determinado dentro de uma determinada sociedade. Da mesma forma que se afirma que o homem é um ser social, afirma-se que o Direito é produto da “sua” sociedade. O Direito é criado para solucionar os conflitos. Para a tradição clássica resultaria, nesse sentido,

contraditória a teoria do conflito de direitos, porque o direito é a solução de conflitos, é o resultado de encontrar o justo. O único tipo de conflito aceito é o de interesses ou vontades, nunca de direitos. A objetividade do direito determina que cada parte receba o que lhe é devido e não o que exige.

A moderna forma de ver o Direito como direito subjetivo é a que cria os conflitos entre os direitos, porque, na medida em que o Direito se identifica com a exigência do indivíduo, torna-se impossível outorgar a primazia de um acima do outro. Outro erro atual é considerar o direito como “frente”, “contra” o outro, quando para a tradição clássica o direito enlaça os indivíduos. Lembre-se a etimologia do termo *ius*, que significa juntar, enlaçar, não colocar contra ou enfrentar. A moderna visão do direito isola o indivíduo na medida em que coloca os semelhantes como possíveis inimigos, invasores do que “é meu”.

Autores⁴⁴ que negam a visão do direito da tradição clássica argumentam que existem vários textos (incluindo a própria *Summa Theologica* e o *Digesto*) nos quais podem ser encontradas referências claras do Direito como direito subjetivo. Gallego refuta tal afirmação, demonstrando que o que existe é um erro de tradução. Assim, a atual tradução de *iure aedificare* é “direito a edificar”, quando na verdade a tradução correta seria “edificar com direito”. O que acontece é que não somos capazes de conceber o direito nos parâmetros da tradição clássica, porque pertencemos à moderna⁴⁵. Gadamer é quem, melhor do que ninguém, chama a atenção para o fato de que toda compreensão se realiza a partir de uma determinada tradição⁴⁶.

A exaltação do individualismo – dos séculos XVII-XVIII – transformou a originária concepção do nominalismo sobre o direito subjetivo como *potestas* do sujeito em uma exaltação do Estado e do Direito como mecanismo de poder. O direito subjetivo continua presente na teoria jurídica, só que o sujeito apenas pode exigir o que o Estado, por meio da norma, o permite.

Essa visão do direito cria uma tensão dialética insalvável entre dois extremos: direito objetivo (Estado) e direito subjetivo (indivíduo). Kelsen⁴⁷, perfeitamente coerente, anota que o intento de manter simultaneamente as duas possibilidades introduz uma contradição de princípio na própria base da teoria jurídica. Admitir a teoria do direito subjetivo significa admitir um sistema ideológico determinado, o liberal-capitalista, o que seria contrário a uma teoria pura do direito⁴⁸.

Nesse contexto, a teoria dos direitos humanos surge como a última possibilidade de salvar a teoria do direito subjetivo, não apenas por constituir quiçá o único limite ao poder político, mas por proclamar sua existência independentemente da “vontade” estatal. Os problemas, porém, surgem quando se tenta fundamentá-los ou quando se percebe sua falta de eficácia, decorrente talvez pela falta, precisamente, de um poder político que os garanta.

A existência do direito subjetivo, ainda que continue fortemente presente na normatividade do *civil law*⁴⁹, está perdendo respaldo teórico, sobretudo porque a originária fundamentação liberalista tem perdido, nos últimos anos, qualquer credibilidade a partir da comprovação da total ineficácia e inutilidade de muitos direitos subjetivos, especialmente no âmbito do direito público (direitos públicos subjetivos), devido, precisamente, à comprovação de que de nada serve ter a faculdade (ou potestade) de reivindicar “direitos” se sua eficácia não está garantida pelo poder (Estado).

Como afirma Noleto, corremos o risco de cair em uma conversão do sujeito de direito em mito, distante do mundo real, a-histórico, com pouca ou nenhuma importância na ação e na condição humana para a fundamentação da ciência jurídica, dita realista⁵⁰.

Notas

¹ Com a finalidade de evitar confusões, distingue-se neste artigo *Direito* (ciência jurídica) e *direito* (direito subjetivo).

² Bobbio, 1992, p. 56.

³ Gallego, 1996, p. 22.

⁴ Jaeger, 1982, p. 78.

⁵ Platão, 1991, p. 503.

⁶ Aristóteles, 1995, p. 202.

⁷ Idem, ibidem, p. 204.

⁸ Idem, ibidem, p. 210-15.

⁹ D.1,1,10.

¹⁰ D. 1,1,1.

¹¹ Gallego, 1996, p. 33.

¹² Santo Agostinho, Livro terceiro, cap. 7.

¹³ Santo Tomás, 1947-1960, II-II., q. 58, a. 1.º.

¹⁴ Idem, ibidem, II-II., q. 58, a. 1.º.

¹⁵ Idem, ibidem, II-II., q. 58, a. 3.º.

¹⁶ Idem, ibidem, II-II., q. 58, a. 2.º.

¹⁷ Idem, ibidem, II-II., q. 58, a. 4.º.

¹⁸ Idem, ibidem, II-II., q. 58, a. 9.º.

¹⁹ Idem, ibidem, II-II., q. 58, a. 9.º.

²⁰ Idem, ibidem, II-II., q. 58, a. 10.

²¹ Gallego, 1996, p. 40.

²² Santo Isidoro de Sevilla, 1951, p. 118.

²³ Idem, ibidem, II-II., q. 58, a. 10.

²⁴ Pieper, 1990, p. 90-91.

²⁵ Santo Tomás, 2, 28, 2.

²⁶ Idem, ibidem, II-II. q. 58, a. 11.

²⁷ Iglesias, 1991.

²⁸ Gallego, 1996, p. 54.

²⁹ Santo Tomás, 1947-1960, II-II., c. 57, a. 1.

³⁰ Reali, v. 1, 1990, p. 613.

³¹ Cfr. Reali, 1990, p. 597-663.

³² Gallego, 1996, p. 107.

³³ Cfr. Villey, 1987, p. 75-82.

³⁴ Apud Lopes, 1998, p. 117.

³⁵ Locke, 1990, p. 114.

³⁶ Kant, 1989, p. 39.

³⁷ Cfr. UNESCO, 1973.

³⁸ D. 1,5,2.

³⁹ Hervanda, 1991, p. 254.

⁴⁰ Gallego, 1996, p. 56.

⁴¹ Cfr. Kelsen, 1996. Ross, 1994.

⁴² Gallego, 1996, p. 58.

⁴³ Duguit, 1921, p. 13.

⁴⁴ Cfr. Urdanoz, v. 3, s.d. Millan Puelles, 1994. Folgado, 1960.

⁴⁵ Gallego, 1991, p. 92.

⁴⁶ Cfr. Gadamer, 1991.

⁴⁷ Kelsen, 1996, p. 117.

⁴⁸ Ainda que se discorde da posição assumida por um importante setor da doutrina, que afirma que foi o Direito que incentivou o surgimento do capitalismo (sobretudo, por meio da noção de direito subjetivo), não se pode negar que a burguesia aproveitou-se do Direito para seu fortalecimento. Cfr. Miaille, 1989.

⁴⁹ O Código Civil Brasileiro, por exemplo, estabelece no artigo 75: “A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura”.

⁵⁰ Noleto, 1998, p. 38.

Bibliografia

- ARISTÓTELES. *Moral, a Nicómaco*. Tradução por Patrício de Azcárate. Madri : Espasa-Calpe, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. São Paulo : Campus, 1994.
- DIGESTO. Lima : Pontificia Universidad Católica del Peru, 1990.
- DUGUIT, L. *Manual de derecho constitucional*. Madri : [s.n.], 1921.
- FOLGADO, A. *Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo: estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*. San Lorenzo del Escorial, 1960.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamanca : Sígueme, 1991.
- GALLEGO, Elio A. *Tradicción jurídica y derecho subjetivo*. Madri : Dykinson, 1996.
- HERVANDA, J. *Lecciones de filosofía del derecho*. 3. ed. Pamplona : Eunsa, 1991.
- HOBBS. *Leviatán*. 2. ed. tradução por Sánchez Sarto. México : Fondo de Cultura Económica, 1980.
- IGLESIAS, J. *El espíritu del derecho romano*. Madri : Cersa, 1991.
- JAEGER, W. *Alabanza a la ley*. Madri : CEC, 1982.
- KANT, E. *La metafísica de las costumbres*. Madri : Tecnos, 1989.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. 5. ed. São Paulo : Martin Fontes, 1996.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Madri : Alianza, 1990.
- LOPES, José Reynaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo : Malheiros, 1998.
- MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa : Estampa, 1989.
- MILLÁN PUEYES, A. Limitaciones de la libertad política. In: *Razón española*[S.l. : s.n.], jul./ago., 1994.
- NOLETO, Mauro Almeida. *Subjetividade jurídica: a titularidade de direitos em perspectiva emancipatória*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- PIEPER, J. *Las virtudes fundamentales*. 3. ed. Madri : Rialp, 1990.
- _____. *El descubrimiento de la verdad*. Madri : Rialp, 1974.
- PLATÃO. *Diálogos*. México : Porrúa, 1991.
- REALE, Giovanni, ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Vol. 1. São Paulo : Paulus, 1990.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. 5. ed. Buenos Aires : Eudeba, 1994.
- SANTO AGOSTINHO. *As confissões*. Livro terceiro. São Paulo : Edemeris, 1964.
- SANTO ISIDORO DE SEVILLA. *Las etimologías*. Madri : BAC, 1951.
- SANTO TOMÁS. *Summa theológica. Tratado da Justiça*. Madri : BAC, 1947-1960.
- UNESCO. *El derecho de ser hombre*. Salamanca : Sígueme, 1973.
- URDANOZ, T. *Introducción al tratado de la justicia de la suma teológica de Santo Tomás de Aquino*. V. 2. Madri : BAC, s.d.
- VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho en el mundo occidental*. Tradução por Mario de la Cueva. México : Centro de Estudios Filosóficos, 1962.
- VILLEY, Michel. *Le droit romain*. 8. ed. Paris : PUF, 1987.