ENZO L. DE CÓRDOVA

A UTOPIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender

FLORIANÓPOLIS – SC

2009

Universidade Federal de Santa Catarina

Centro de Ciências Jurídicas

Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “A utopia dos direitos fundamentais”, elaborada pelo acadêmico Enzo L. de Córdova e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo relacionados, obteve aprovação com nota _____, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, por meio da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 25/05/2009.

Prof. Dr. Airton Lisle Cerqueira Leite Seelaender

Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer

Prof. Dr. Luiz Henrique Cademartori

AGRADECIMENTOS

De maneira especial, cumpre-me carinhosamente agradecer a minha família e meus amigos, por todo o apoio que tanto ajudou na realização deste trabalho.

Também gostaria de registrar o nobre auxílio de meu orientador, cujos ensinamentos facilitaram o caminhar em direção a uma de minhas utopias – uma monografia sobre o que gosto.

Por fim, merecem agradecimento, ainda, os membros da banca examinadora, os quais prontamente aceitaram o convite para participação no trabalho.

EPÍGRAFE

“Ella [utopia] estaba en el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine, nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar.”

Eduardo Galeano

RESUMO

Este estudo diz respeito à utopia dos direitos fundamentais. Discorre-se sobre o termo utopia, objetivando esclarecer o sentido positivo do vocábulo, o qual é historicamente esquecido. Analisa-se também o instituto dos direitos fundamentais, especialmente no que tange à questão da efetividade destes direitos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Por fim, analisa-se a dimensão utópica destes direitos fundamentais, encarando-os como uma utopia de sentido positivo, a fim de concretizar uma interpretação emancipatória de tais direitos na atual conjuntura do País.

Palavras-chave: Utopia. Direitos Fundamentais. Efetividade. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 09

1. A UTOPIA 11

1.1. O necessário esclarecimento acerca da polissemia do vocábulo 11

1.2. O sentido positivo 13

1.2.1. Bloch 14

1.3. O sentido negativo 16

1.4. O legado histórico do termo 18

1.4.1. Platão 18

1.4.2. More 19

1.4.3. Campanella 22

1.4.4. Outros 24

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS 28

2.1. Uma "teoria geral" dos direitos fundamentais 29

2.1.1. Nomenclatura 30

2.1.2. Histórico 32

2.1.2.1. Dimensões 35

2.1.3. Conceito 38

2.1.4. Função 41

2.1.5. Considerações gerais 43

2.1.5.1. Garantias fundamentais 44

2.1.5.2. Inovações 45

2.1.6. O problema da interpretação 47

2.2. O princípio da máxima efetividade 48

2.2.1. Princípios 48

2.2.2. A máxima efetividade 49

2.3. A eficácia dos direitos fundamentais 51

2.3.1. Terminologia 52

2.3.1.1. Conceito 53

2.3.2. Art. 5º, § 1º, da CRFB/88 54

2.3.3. Considerações gerais 56

2.4. A questão da reserva do possível 59

3. A UTOPIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 65

3.1. Retornando ao conceito de utopia positiva 66

3.2. Direito e utopia 68

3.3. A dimensão utópica dos direitos fundamentais 71

3.4. A necessidade de uma interpretação emancipatória 75

3.4.1. Crise 78

3.4.2. Caminho 80

CONCLUSÕES 83

REFERÊNCIAS 85

INTRODUÇÃO

Trata-se o tema da relação entre as utopias os direitos fundamentais. Refere-se ao cotejo destes objetos, a fim de esclarecer como estes direitos veiculam, na verdade, uma utopia em sentido positivo. Sustenta-se que esta interpretação corresponde, essencialmente, à noção da plena eficácia destes direitos e do que esta representa para os destinatários das normas.

Desta maneira, a pesquisa será norteada pelo seguinte questionamento: é possível acabar – ou ao menos diminuir – a abrupta distância entre a utopia teórica dos direitos fundamentais arrolados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a prática diária do Estado de Direito brasileiro?

Para responder tal indagação, estabeleceu-se como objetivo geral justamente verificar a possibilidade de tal diminuição desta distância, e como realizar tal tarefa.

Outrossim, como objetivos específicos da pesquisa procurou-se:

- Evidenciar o sentido positivo do vocábulo utopia.

- Analisar a obscura questão da eficácia dos direitos fundamentais, enfrentando inclusive a questão da reserva do possível.

- Verificar a importância da dimensão utópica dos direitos fundamentais, demonstrando, a partir da utopia, a necessidade de uma **interpretação emancipatória** destes direitos.

Primeiramente, será realizado o aprofundamento sobre o termo utopia, objetivando esclarecer o sentido positivo do vocábulo, o qual é historicamente esquecido.

Após isso, examinar-se-á o instituto dos direitos fundamentais, especialmente a questão da efetividade destes direitos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Trata-se de discorrer sobre questões como o princípio da máxima efetividade e a

questão da reserva do possível.

Finalmente, será abordada a dimensão utópica destes direitos fundamentais, encarando-os como uma utopia de sentido positivo, a fim de propor uma interpretação emancipatória de tais direitos na atual conjuntura de crise do País.

1. A UTOPIA

O termo utopia refere-se – indubitavelmente – a um vocábulo polissêmico. Esta constatação, no entanto, não é fácil, diante de um alienante senso comum que insiste em tratar a palavra com um sentido único, negativo e inútil. A comprovação da assertiva encontra-se, hoje, na maneira como a expressão é academicamente trabalhada, ou na forma como é preceituada, por exemplo, nos dicionários dos mais variados idiomas.[1] Considera-se, assim, utopia tudo aquilo que é irrealizável, fantasioso; um sentido estreito, necessariamente ruim e abstrato. O adjetivo utópico, na mesma linha, é comumente relacionado a algo perigoso, impossível, inutilmente sonhador e definitivamente depreciativo.

Urge, conseqüentemente, esclarecer o sentido antagônico a este costumeiro, principalmente por se tratar do significado mais condizente com a origem do termo em questão. Para esta interpretação de cunho positivo, a utopia representa o sonho de um mundo ideal e perfeito que, muito embora seja momentaneamente inalcançável, é realizável. Trata-se de um caminho a ser seguido, e não de uma realidade a ser imposta. É, em outras palavras, um verdadeiro projeto de vida, a ser implementado com esperança.

1.1. O necessário esclarecimento acerca da polissemia do vocábulo

O filósofo alemão Ernst Bloch foi quem mais incisivamente defendeu a característica polissêmica do vocábulo utopia, muito embora historicamente diversos autores tenham abordado a palavra em questão, de maneira distinta e muitas vezes até antagônica. Com efeito, Bloch (2005a, 2005b, 2005c), na monumental obra “O Princípio Esperança”, discorre acerca das divergentes maneiras de se interpretar a utopia, além de elaborar um minucioso

---

[1] A exemplo desta constatação, cita-se, em nosso idioma: “**Utopia.** [Do gr. *ou*, 'não', + *-top(o)-* + *-ia:* 'de nenhum lugar'.] *S. f.* **1.** País imaginário, criação de Thomas Morus, escritor inglês (1480-1535), onde um governo, organizado da melhor maneira, proporciona ótimas condições de vida a um povo equilibrado e feliz. **2.** *P. ext.* Descrição ou representação de qualquer lugar ou situação ideais em que vigorem normas e/ou instituições políticas altamente aperfeiçoadas. **3.** *P. ext.* Projeto irrealizável; quimera; fantasia: 'a reeleição indefinida de Borges [Borges de Medeiros] ... chocava-se evidentemente com as garantias liberais do regime no caso concreto do Brasil, onde a legalidade norte-americana era um mito, a independência dos poderes uma irrisão, o desprendimento de George Washington uma *utopia*' (Afonso Arinos de Melo Franco, *Um Estadista da República*, II, pp. 563-564)” (HOLANDA, 1975, p. 1434-1435).

estudo sobre sonhos e desejos, enfim, sobre tudo aquilo que possui esperança. E para tanto, efetuou uma análise pormenorizada dos mais diversos trabalhos existentes sobre tais temas.

Já ao prefaciar sua obra, Bloch (2005a, p. 22) evidencia a existência dos sentidos positivo e negativo do termo ora tratado, o que fica claro com a seguinte passagem:

> É dessa maneira que o antecipatório age no campo da esperança. Portanto, esta *não é concebida apenas como afeto*, em oposição ao medo (pois também o medo consegue antecipar), mas *mais essencialmente como* ato de direção cognitiva (e, neste caso, o oposto não é o medo, mas a lembrança). A concepção e as idéias da intenção futura assim caracterizada são utópicas, mas não no sentido estreito desta palavra, definido apenas pelo que é ruim (fantasia emotivamente irrefletida, elucubração abstrata e gratuita), mas justamente no novo sentido sustentado do sonho para frente, da antecipação. Assim, portanto, a categoria do utópico possui, além do sentido habitual, justificadamente depreciativo, também um outro que de modo algum é necessariamente abstrato ou alheio ao mundo, mas sim inteiramente voltado para o mundo: o sentido de ultrapassar o curso natural dos acontecimentos.

Também quanto a tais concepções positiva e negativa da palavra utopia, já adiantando a principal característica de cada uma, o filósofo alemão (BLOCH, 2005a, p. 299) continua:

> Porém, o fato de o estado final ainda não estar posto nem no admirar-se menos aparente, nem diante e atrás de qualquer pré-aparência, ficou demonstrado no caso da utopia tanto negativa quanto positiva, no modo como ela surge nesse final e ainda não se tornou realidade nem mesmo no seu último, nem como utopia negativa do *pessimum* e seu nada nem como positiva do *optimum* e seu tudo.

Dessa maneira, esclarece-se a dúvida gerada pelo aludido senso comum alienante, de que por utopia se entenderia apenas o *nada*. Na verdade, o antagônico *tudo* de seu sentido positivo também poderia ser privilegiado. Enfim, já que a interpretação usual inclusive confunde o termo com o seu antônimo (como será demonstrado oportunamente), pode-se seguramente afirmar que, caso a utopia possuísse apenas um significado, este poderia tranqüilamente ser o do sentido positivo, a seguir descrito.

1.2. O sentido positivo

Inicialmente, necessário é o total esclarecimento do sentido positivo da palavra utopia. Importante entender esta como perfeitamente realizável e concreta. É, sim, o modelo de algo que não existe ainda; que poderá vir a existir, entretanto, se lutarmos por sua concretização. Trata-se da crítica da realidade, do posicionamento de mudança, de um projeto de vida, de uma maneira de ação. Deve ser a utopia tida como "realidade, como metodologia crítica, como instrumento de ação. O presente pertence aos pragmáticos. O futuro é dos utopistas" (HERKENHOFF, 2004, p. 18).

Tais constatações, para muitos, revelam-se como novidades. É difícil compreender este correto sentido positivo de um termo tão banalmente utilizado de maneira diversa.[2] Difícil também enxergar o quão importantes podem ser as utopias para o próprio desenvolvimento de uma sociedade. E tal função é essencial, como afirma Paulo Magalhães da Costa Coelho (2002, p. 153): "seu papel primordial não é ser a visão do mundo futuro, um arquétipo contemplado *a priori* por poucos; seu fundamental papel é ser a crítica do real e assim nos impulsionar para um futuro que será construído e não só pensado melhor."

Nessa linha de raciocínio, a utopia aparece não como mero devaneio, como faz parecer ser quem não compactua com este sentido positivo, mas sim como ação e finalidade coletivas, como transformação do mundo pela vontade e pela tomada de consciência do próprio homem. Trata-se da crítica do real – "uma análise prospectiva de futuros possíveis para a humanidade" (COELHO, 2002, p. 153).

---

[2] Paulo Magalhães da Costa Coelho (2002, p. 152-153) inicia sua exposição com o difundido conceito negativo do termo em questão para depois esclarecer como as utopias podem representar uma realidade, além de bem identificar uma das funções do vocábulo: "Utopia pode ser singelamente definida como um modelo ideal de sociedade, por meio do qual se possa contrastar a sociedade histórica e real, mas destinada à irrealização, a uma simples aspiração ou mesmo alienação das condições reais de existência. É mais ou menos assim que o nosso senso comum identifica a utopia, algo inatingível, uma esperança irreal, uma quimera, enfim. As quimeras, porém, seres híbridos e fantásticos, pertencentes ao imaginário mitológico, compõem-se de partes de animais perfeitamente identificáveis na natureza. Assim como nas quimeras é possível identificar uma parte do real, também nas utopias é possível tornar realidade um ideal de convivência humana. Ainda que um projeto seja utópico, sua tentativa de consecução sempre ferirá e transformará o real, tornando menos iníquas as condições de vida dos homens."

Importante, ainda, diferenciar a utopia do mito, conforme adverte João Baptista Herkenhoff (2004, p. 13-14). O mito, em uma de suas acepções,[3] objetiva esconder a verdade, alienar os homens. Trata-se de verdadeira fantasia solta, iludindo os homens com a única finalidade de compensar suas insatisfações. Muito diferente é a utopia, em seu sentido positivo e verdadeiro, que representa aquilo que não existe ainda, até que o homem lute por sua concretização, sendo que ela própria incentiva tal luta. É uma imaginação orientada e organizada, fazendo história ao servir de vetor das grandes Revoluções.

1.2.1. Bloch

É novamente Bloch (2005a, p. 144) quem realiza uma grande exaltação da concepção positiva do vocábulo utopia, aprofundando-o paradigmaticamente. Primeiro, ao relacionar o termo com o interesse revolucionário, com a percepção dos problemas vigentes e o reconhecimento, através de sonhos despertos, de como o mundo poderia melhorar. Depois, discorrendo acerca de um sentimento também aqui vital – a esperança:[4]

> Pois o olhar para a frente se torna tanto mais aguçado quanto mais claramente se torna consciente. Nesse olhar, o sonho quer ser plenamente

---

[3] Salienta-se que o vocábulo mito é também polissêmico. Utiliza-se, neste momento, a título de comparação e na esteira de Herkenhoff, a significação depreciativa, a qual é muitas vezes identificada com o sentido também negativo do termo utopia. Não obstante, o mito igualmente pode ser positivo, a exemplo justamente das grandes Revoluções citadas pelo referido autor, as quais sem dúvida apresentam, além do caráter utópico, a roupagem mítica.

[4] Também no que diz respeito a este sentimento, elucidadora é a seguinte passagem, a qual, ainda, introduz a relação entre o estudo das utopias e de duas doutrinas que com ela possuem estreita vinculação, a saber, o socialismo e o marxismo: "O ponto de contato entre sonho e vida, sem o qual o sonho produz apenas utopia abstrata e a vida, por seu turno, apenas trivialidade, apresenta-se na capacidade utópica colocada sobre os próprios pés, a qual está associada ao possível-real. Uma capacidade que, guiada pela tendência, supera o já existente não só na nossa natureza mas também no mundo exterior em processo como um todo. Com isso, aqui teria lugar o conceito de *utópico-concreto*, apenas aparentemente paradoxal, ou seja, um antecipatório que não se confunde com o sonhar utópico-abstrato, nem é direcionado pela imaturidade de um socialismo meramente utópico-abstrato. O que caracteriza o poder e a verdade do marxismo é justamente o fato de ele ter dissipado a nuvem que envolvia os sonhos para a frente sem ter apagado as colunas de fogo que neles ardiam, dando-lhes, ao contrário, força e concretude. [...] O conteúdo ativo da esperança, na qualidade de conscientemente esclarecido, cientemente explicado, é a função utópica positiva, enquanto o conteúdo histórico da esperança, evocado primeiramente em representações, investigado enciclopedicamente em juízos concretos, é a cultura humana na relação com o seu horizonte utópico-concreto" (BLOCH, 2005a. p. 145-146).

> claro; a intuição, correta, evidente. Só quando a razão toma a palavra, a esperança, na qual não há falsidade, recomeça a florescer. O próprio ainda-não-consciente deve se tornar *consciente* quanto ao seu ato, consciente de que é uma emergência, e *ciente* quanto ao conteúdo, ciente de que está emergindo. Chega-se assim ao ponto em que a esperança, esse autêntico afeto expectante no sonho para a frente, não surge mais como uma mera emoção autônoma, [...], mas de modo consciente-ciente como função utópica.

Segue Bloch (2005a, p. 221) com seus estudos, frisando o caráter ainda não manifestado da utopia, sua existência no futuro, o que está intrinsecamente relacionado com a necessidade de uma consciência concretamente antecipadora em quem a percebe, em quem a vive e a enxerga como possibilidade real. E quanto a este aspecto, enaltece o fato de que "a realidade não é completa sem a possibilidade real. [...]. *A utopia concreta situa-se no horizonte de toda realidade. A possibilidade real envolve até o fim as tendências-latências dialéticas abertas*." Horizonte este defendido por muitos, ao passar dos anos, e também atualmente, principalmente pelo escritor uruguaio (e, principalmente, latino-americano) Eduardo Galeano.[5] As idéias deste autor sintetizam perfeitamente a enorme importância das utopias e a própria razão de existir destas, as quais, encontrando-se no horizonte, sempre se afastam de nosso alcance; por mais que caminhemos, nunca as alcançaremos, servindo elas, portanto, exatamente para isto – para nos fazer caminhar.[6]

Este mesmo sentido positivo foi defendido em obras dos mais diversos campos do conhecimento. Com isso se formou um legado importante, porém esquecido, em torno do termo.

E ainda sobre esta utopia positiva e seu distanciamento no horizonte, oportuno salientar, na esteira de Bloch (2005a, p. 309), a relação entre teoria e práxis, existente em

---

[5] Idéias defendidas principalmente em congressos e mesas redondas, principalmente na ocasião do 5º Fórum Social Mundial, realizado em 2005, na cidade de Porto Alegre. Em tal oportunidade, Galeano comandou a mesa redonda intitulada "Utopia e Política", cotejando este instituto com o do sentido positivo do termo utopia e, habilmente, seguindo as teorias de Bloch para propagar esperança no conturbado momento político mundial hodierno.

[6] Além desta passagem baseada em Galeano, entre nós, Coelho (2002, p. 153) também ilustra este caminhar: "Não que seja a utopia ela mesma um motor que movimenta a história, mas ela é um vetor, um vetor axiológico que indica um caminho, uma direção."

todo campo do conhecimento. Trata-se de perceber a distância entre um e outro, sendo este inevitável afastamento da prática o que nos faz caminhar em direção à teoria, evoluindo, desenvolvendo-nos, do precário de hoje para um amanhã melhor. Assim, arremata o filósofo alemão:

> A utopia só trabalha em prol do presente a ser alcançado, e assim o presente, sendo a ausência de distanciamento intencionada para o fim, estará, no final, borrifado por todos os intervalos utópicos. Justamente porque a consciência utópica não se dá por satisfeita com o precariamente existente, justamente porque o telescópio de maior alcance é necessário para enxergar a verdadeira estrela "Terra", e o nome do telescópio é utopia concreta: justamente por isso a utopia não tem em vista um distanciamento eterno em relação ao objeto com o qual ela deseja antes coincidir como se não mais fosse um objeto estranho ao sujeito.

1.3. O sentido negativo

Especificamente, agora, com relação ao usual sentido negativo, sem a pretensão de imortalizar ou glorificar este ou aquele conceito, entende-se por utopia uma ficção inútil e perigosa, porquanto pode facilmente ser transformada no que se compreende por distopia,[7]

---

[7] Necessário frisar que não se pretende impor conceitos, o que seria absolutamente perigoso e incoerente com o que aqui se defende, pois é justamente a imposição do conceito negativo da utopia que ora se critica, e como é importante a elucidação de todos os sentidos de um vocábulo polissêmico. Salienta-se, ainda, que, para a devida compreensão de determinado conceito, seria relevante o aprofundamento da discussão dos momentos históricos em que estes são difundidos, o que se mostra inviável no presente momento. Entretanto, muitos são os que, inclusive, confundem utopia e distopia, tal fora o impacto das obras distópicas e a propaganda incutida no senso comum contemporâneo, a qual impôs uma forçada relação das utopias com os problemas dos sistemas anti-capitalistas do século XX. Esquecem estes de muitos pontos que simplificam absurdamente a discussão, sendo oportunas as críticas formuladas por Bloch às ironias de Huxley: "Porém, de forma totalmente reacionária acaba o quadro derradeiro, [...], fornecido por Aldous Huxley, [...], com o irônico título shakespeariano de Brave New World. Nele, o futuro é habitado unicamente por homens que agem por reflexo induzido, asseados, desprovidos de emoção, não sentimentais, subdivididos nos grupos reflexos dos robôs e dos líderes. Os indivíduos foram abolidos, a sociedade funciona como um mecanismo de comando, e a imagem idiota do desejo, que Huxley apresenta como sendo a dos comunistas ou dos fascistas, o que para ele supostamente dá no mesmo, é, por assim dizer, de uma comicidade gritante. Ele se desmancha de tal maneira em risadas que nem mesmo consegue distinguir entre capitalismo monopolista e socialização dos meios de produção. Desse modo, a burguesia liberal tornou-se incapaz de produzir um humor utópico; sua brincadeira acaba sempre em horror e tolice. Ou, como demonstra o agitador individual Huxley, é capaz apenas do assassinato da esperança e da antiutopia" (BLOCH, 2005a, p. 427).

expressão esta emblematicamente representada pelas principais obras de George Orwell (1979) e Aldous Huxley (1975) – ferozes críticas da tentativa de implementação e conseqüente desdobramento de sistemas anti-capitalistas.[8]

Jonathan Swift (1996), por sua vez, já em 1726, criticava as principais obras utópicas de sua época, através de uma narração fictícia da triste realidade desigual de seu tempo. Swift, intrinsecamente, escrevia imbuído dos mesmos interesses dos utópicos de sua época,[9] porém tão-somente descrevia a crítica de sua realidade sem propor outra.

Extrai-se, neste sentido negativo, a passagem inicial da principal obra de Huxley (1975, p. 5), declarado pelo filósofo ucraniano Nicolas Berdiaeff:

> As utopias parecem ser bem mais realizáveis do que se poderia acreditar antigamente. E nós nos encontramos atualmente diante de uma questão angustiante de maneira bastante diversa: como evitar a sua realização definitiva? [...] As utopias são realizáveis. A vida caminha em direção às utopias. E começa um novo século, talvez um século em que os intelectuais e a classe cultivada sonharão com os meios de evitar as utopias e retornar a uma sociedade não-utópica, menos "perfeita" e mais livre.

É este o sentido imposto em nosso senso comum. As referidas obras, aliadas ao declínio dos sistemas anti-capitalistas do século passado, incutiram o sentimento de que as utopias são construídas apenas assim, negativamente, o que absolutamente não condiz com a verdade,[10] consoante salientado anteriormente e conforme se verá a seguir.

---

[8] Afinal, não se trata de mera coincidência o fato das principais obras utópicas defenderem mundos ideais em que o sistema capitalista não mais vigorava, já que foi este o principal causador dos malefícios tanto criticados por utópicos como More (2007) e Campanella (2005).

[9] Swift, sem dúvidas, diferencia-se neste campo anti-utópico. Apresentava um posicionamento político forte, criticando as mazelas de sua época. Apesar das grandes ironias para com o pensamento utópico, em verdade, seu sentimento em muito com este pode ser identificado. O autor irlandês, não obstante sua obra, detinha o vetor da esperança, consoante o próprio epitáfio que para si escreveu: "Aqui jaz o corpo de Jonathan Swift, doutor em teologia e deão desta catedral, onde a colérica indignação não poderá mais dilacerar-lhe o coração. Segue, passante e imita, se puderes, esse que se consumiu até o extremo pela causa da Liberdade" (SWIFT, 1996, p. 10).

[10] Cabível aqui, novamente, a crítica de Bloch contida na passagem da nota anterior, acrescentando-se que, de maneira simplificada, as utopias negativas deveriam ser tratadas tão-somente como distopias, pois são as características destas equivocadamente empregadas para definir as utopias, decorrendo daí a denominação de utopias negativas, o que inclusive seria contraditório, literalmente, ao se considerando a significação do vocábulo que ora intenta se esclarecer.

1.4. O legado histórico do termo

Superada a discussão dos sentidos positivo e negativo, agora quanto ao legado da palavra utopia,[11] necessário primeiramente discorrer acerca das principais obras utópicas existentes, para depois tratar das demais, não tão difundidas quanto àquelas.[12]

O primeiro mais contundente projeto de um Estado ideal fora realizado ainda na Grécia antiga, por Platão, através de sua obra "A República" (PLATÃO, 2007). Esta "foi a primeira ordem utopizante, muito antes de existir um romance de Estado da liberdade" (BLOCH, 2005b, p. 78).

1.4.1. Platão

O filósofo grego discorre acerca de um Estado ideal, através de diálogos envolvendo a argumentação de Sócrates – o qual descreve as características de tal lugar. É definitivamente uma obra paradigmática. Nesse sentido, Bloch (2005b, p. 41) assevera que "Platão escreveu a primeira obra detalhada sobre o melhor Estado, a República, e esse escrito é tão refletido quanto reacionário."

Platão, ateniense e discípulo de Sócrates, narra, em sua República, todos os seus ideais sobre política, filosofia e direito, trabalhando, através da argumentação, seu conceito de justiça, o qual sustentaria tal Estado ideal. É a partir deste filósofo que efetivamente surge a idéia de utopia, comumente relacionada ao adjetivo platônico.

Esclarece o filósofo a existência de dois universos distintos: o mundo das idéias e o

---

[11] Salienta-se que o legado ora proposto versa basicamente acerca das principais obras e ideais utópicos positivos, em razão destas corresponderem às verdadeiras utopias, conforme referido à nota anterior, acrescentando-se, também, que é o sentido positivo do vocábulo que verdadeiramente interessa para o prosseguimento do presente trabalho.

[12] Necessário também esclarecer que não há como, aqui, aprofundar as verdadeiras raízes das obras utópicas, mormente se considerando que são rodeadas por diversas polêmicas. Analisa-se precipuamente as obras em si, o que representaram para suas épocas e o quanto exercem influência até hoje. Não se trata de tentar identificar as reais crenças de cada autor, até porque constatar-se-ia que muitos deles eram intimamente vinculados à Igreja, o que por si só, especialmente em suas épocas, destoava dos marcos revolucionários que seus escritos acabaram se transformando.

mundo sensível. Este é a prática; aquele, a teoria. Seu mundo das idéias é a própria utopia, naturalmente em sua acepção positiva. O mundo sensível, no qual vivemos, seria uma cópia imperfeita da utopia, podendo ser percebida uma latente tentativa de identificação entre os dois mundos, uma busca do mundo sensível para o mundo das idéias, o caminhar da desorganização para a República, do hoje para o amanhã, do agora para a utopia.

É com o sábio grego, portanto, que se inicia o legado do sentido positivo do termo utopia:

> - Compreendo. Referes-te à cidade que edificamos há pouco na nossa exposição, àquela que está fundada só em palavras, pois creio bem que não se encontra em parte alguma da terra. - Mas talvez haja um modelo no céu, para quem quiser contemplá-la e, contemplando-a, fundar uma para si mesmo. De resto, nada importa que a cidade exista em qualquer lugar, ou venha a existir, porquanto é pelas suas normas, e pelas de mais nenhuma outra, que ele pautará o seu comportamento (PLATÃO, 2007, p. 292).

Tal diálogo, inclusive, demonstra o próprio sentido da utopia positiva, a qual acabara de nascer, mesmo sem esta nomenclatura.

1.4.2. More

Seguindo esta concepção positiva, com tal sentido o vocábulo ora abordado foi formulado, na paradigmática obra intitulada “A condição ótima do Estado ou da nova ilha Utopia”, ou simplesmente “A Utopia”, de Thomas More (2007). A idéia sugerida por tal expressão já há séculos era trabalhada por diversos pensadores; foi este inglês, entretanto, pioneiro[13] ao utilizar as expressões gregas *u* e *topos* para designar sua ilha perfeita, o reflexo de uma sociedade ideal. Também semanticamente o termo utopia possui mais de uma interpretação, podendo ser considerado como o “não lugar”, na junção dos radicais gregos acima referidos, ou ainda como o “lugar feliz”, caso seja interpretado como decorrente da dicção, também grega, *eutopos*.

Especificamente sobre tal obra de Thomas More, surgida no ano de 1516, trata-se de

[13] Bloch esclarece (2005a, p. 24): “Aí ao menos surgiu, com todos os senões, a *palavra* utopia, formulada por Tomás Morus, ainda que o *conceito* de utopia, muito mais abrangente em termos filosóficos, não tivesse ainda ocorrido.”

um verdadeiro marco utópico, idealizado por quem depois se tornaria chanceler inglês, com fortes ligações com a Igreja católica – More foi inclusive santificado no ano de 1935. Há mesmo quem considere o inglês um precursor do comunismo, visão embasada em passagens como esta:

> Ora, a igualdade é, segundo penso, impossível, pois, enquanto cada um tiver a posse individual e absoluta dos bens, enquanto um indivíduo se arrogar diversos títulos e direitos para chamar a si tudo quanto pode, de modo a que um pequeno número de indivíduos dividam entre si toda a riqueza, por maior que seja a abundância e a prosperidade, a maior parte do povo viverá na miséria e na indigência (MORE, 2007, p. 49).

Muitas outras polêmicas e contradições ainda envolvem o autor e a referida obra; a importância desta, no entanto, ultrapassa tais fatos. Diversas também são as interpretações que a envolvem. Há quem defenda ser uma verdadeira sátira criticando as condições sociais da Inglaterra, ao passo que muitos enxergam na Utopia a proposta de um Estado ideal – sendo, inclusive, este o sentido que remete ao lado positivo do termo aqui abordado. Quentin Skinner (1996, p. 280), especialmente, consegue sintetizar de maneira imparcial a relevância da obra:

> Agora deve estar evidente que o ponto de partida da reflexão de Morus é o mesmo de muitos outros humanistas. Ele acredita que uma das tarefas mais urgentes da teoria social consiste em descobrir as causas principais da injustiça e da miséria. E acredita, como Erasmo e os pensadores "republicanos" que se seguirão, que esses males são causados, antes de mais nada, pelo abuso da propriedade privada – pelas "riquezas e seu filho, o Orgulho". Mas o que é singular na *Utopia* de Morus é, simplesmente, que ele extrai as conseqüências de sua descoberta com um rigor que nenhum de seus contemporâneos igualou. Se a propriedade privada constitui a origem do mal-estar em que vivemos, e se nossa ambição básica está em instituir uma boa sociedade, parece inegável, a Morus, que a propriedade privada terá de ser suprimida. Isso significa que, quando apresenta sua descrição do comunismo utopiano, no livro segundo, devemos considerar que está propondo uma solução – e a única possível – aos males sociais que descreveu no livro primeiro. E isso por sua vez sugere que, ao dar à *Utopia* o título de "a melhor forma de República", Morus com certeza acreditava exatamente no que dizia.

Dividida em duas partes, a Utopia inicia-se com um longo diálogo, no qual o personagem Rafael Hitlodeu revela a existência de diferentes povos ao redor do globo. A

discussão pauta-se sobre temas importantes, tais como escravidão, modos de produção, pena de morte, enfim, aqui More, através de Hitlodeu, evidencia suas idéias mais radicais. Já em um segundo momento, o mesmo personagem descreve pormenorizadamente o povo com o qual recentemente havia convivido, o povo da ilha Utopia. Trata-se de um resumo de como esta é nos âmbitos geográfico, político, econômico e social.

Paulatinamente, More aumenta a complexidade das matérias de seus relatos. Discorre sobre o conceito de justiça, a legitimidade para guerras, a felicidade e os bens de valor econômico, sendo que, quanto a estes, é enfático ao afirmar sentenças no sentido de que "a natureza não deu ao ouro e à prata virtude, cuja falta tenha inconvenientes para o homem, e foi a loucura humana que lhes deu tão grande valor, pela sua raridade" (MORE, 2007, p. 71). Critica, assim, a nobreza e a monarquia de sua época, pregando, ainda, ser "de uma insensatez espantosa os que se têm em alta conta por causa de sua nobreza, uma vez que foi o acaso que os fez descendentes de antepassados cuja linhagem foi outrora considerada rica [...]" (MORE, 2007, p. 78).

O autor (MORE, 2007, p. 110-111) continua com os pormenores de seu Estado ideal, concluindo ser o dinheiro o maior dos males, o verdadeiro problema de todas as nações, elaborando assertivas e indagações que realmente justificam a alcunha do autor de precursor do comunismo, ou de, no mínimo, grande crítico do sistema capitalista:

> Ora, que justiça haverá quando um rico ourives, um usurário, em suma, aqueles que nada fazem, ou que apenas produzem o desnecessário e supérfluo, têm uma vida agradável e boa, no ócio ou numa tarefa fácil, enquanto os pobres trabalhadores, carroceiros, ferreiros, carpinteiros e lavradores, se esforçam, de um modo que os animais de carga não suportariam, executando, no entanto, um trabalho tão útil que sem ele a comunidade nem um ano se agüentaria, tendo uma vida tão dura, tão miserável, que a condição das bestas de carga parece, em comparação melhor e mais feliz?

Estas são indignações de um típico utópico no sentido positivo, de alguém que consegue enxergar os problemas do presente e acreditar na mudança para o futuro. Alguém que ainda não perdeu a esperança, que critica as desigualdades vigentes e esboça um

amanhã melhor.

As palavras de Bloch (2005b, p. 74) são precisas:

> Malgrado todas as suas impurezas, a *Utopia* é e continua sendo o primeiro retrato mais recente de sonhos de ideais democrático-comunistas. No seio de forças capitalistas apenas incipientes, antecipava-se um mundo futuro e mais que futuro: tanto o da democracia formal, que desencadeia o capitalismo, quanto o da democracia humana concreta e material que o elimina. Pela primeira vez, combinou-se a democracia em sentido humano, no sentido da *liberdade pública e tolerância*, com a economia coletiva (facilmente ameaçada pela burocracia e mesmo pelo clericalismo). Diferentemente de todos os sonhos coletivistas anteriores ao Estado ideal, em Thomas Morus a liberdade está inscrita no coletivo e a democracia autêntica, concreta, humana, torna-se seu conteúdo. Esse conteúdo faz da *Utopia*, em seções substanciais, uma espécie de obra liberal de memória e reflexão do socialismo e comunismo.

Enfim, não obstante as diversas incongruências que envolvem sua principal obra, consoante bem salientado na passagem acima, vital é compreender a Utopia como um verdadeiro marco histórico, como um dos mais importantes escritos acerca do sentido positivo do vocábulo ora discutido.

1.4.3. Campanella

Algumas décadas após a principal obra de More, o dominicano Tommaso Campanella (2005), ao ano de 1623, publica sua principal obra: "*Civitas Solis*" (A Cidade do Sol). Nesta, descrevendo de maneira pormenorizada a vida dos que lá habitam, o autor idealiza um diálogo entre o Grão-Mestre dos Hospitalários e um almirante genovês, o qual teria estado na utópica cidade que intitula a obra. Trata-se de uma cidade perfeita, tal qual a ilha Utopia de More e a República de Platão, não obstante a existência de grandes diferenças entre tais escritos.

Divergências estas que, segundo Bloch, são diametralmente opostas, em determinados momentos, quando se realiza a comparação entre a Utopia (utopia da liberdade social) e a Cidade do Sol (utopia da ordem social). Afinal, "em lugar da liberdade, como em Morus, soa agora a música da ordem, com senhores e supervisores" (BLOCH,

2005b, p. 78). Campanella meticulosamente projeta um reino rigoroso, baseado nas grandes potências de sua época, no sistema político de tais nações, uma vez que acreditava ser, através delas, maior a possibilidade de concretizar seu reino perfeito. Enfim, não que o autor defendesse a impossibilidade de existência de um Estado socialmente livre, como More; pensava ser mais palpável, entretanto, a consolidação da ordem, de uma perfeita organização cujo desenvolvimento e fiel obediência a perpetuasse no tempo – antes o todo ao individual.

Mais importante que discorrer sobre as enormes peculiaridades da cidade de Campanella é perceber a leitura que o autor fazia de sua própria obra. O dominicano já possuía a idéia da utopia positiva e concreta,[14] sendo que imaginava sim a efetivação de seu reino, a partir da caminhada, anteriormente abordada, que separa teoria e prática. E o início desse caminhar é justamente ilustrado por Campanella, ressalvando elucidativamente que, "à primeira dificuldade, segundo a qual não se pode alcançar exatamente a idéia de uma tal república, está, pois, respondido que nem por isso se escreveu inutilmente, porque o que se

---

[14] "Mas, respondendo primeiro em geral, existe em nosso favor o exemplo de Thomas More, mártir recente, que escreveu a sua república *Utopia*, imaginária, exemplo no qual encontramos as instituições da nossa. Platão, igualmente, apresentou uma idéia da república que, embora não possa, como dizem os teólogos, ser posta integralmente em prática na natureza corrupta, teria podido, contudo, subsistir no estado de inocência, isto é, justamente aquele ao qual Cristo nos faz voltar. Aristóteles, por sua vez, instituiu a sua república. E assim muitos outros filósofos. Paralelamente, os príncipes promulgam leis que consideram ótimas, não porque imaginem que ninguém as transgredirá, mas porque julgam tornar felizes os que as observam. E São Tomaz [*sic*] ensina que os religiosos não são forçados, sob pena de pecado, a observar tudo o que é prescrito na regra, mas apenas as coisas mais essenciais, embora fossem mais felizes se a observassem toda: devem viver de acordo com a regra, isto é, adaptar sua vida à regra, tão comodamente quanto possível. Moisés promulgou leis dadas por Deus e instituiu uma ótima republica: enquanto os hebreus viveram pelas normas da mesma, floresceram; quando deixaram de observar suas leis, decaíram. E assim os retóricos, que estabelecem as ótimas regras de um bom discurso, isento de qualquer defeito. Assim os filósofos, que imaginam um poema sem nenhum senão, se bem que nenhum poeta se tenha livrado disso. Assim os teólogos, que descrevem a vida dos santos, embora nenhum ou muito poucos a imitem. Qual é, pois, a nação capaz de imitar a vida de Cristo, sem pecado? E, por isso, os Evangelhos terão sido escritos inutilmente? Jamais, e sim para que nos esforcemos por nos aproximarmos deles tanto quanto possível. Cristo estabeleceu uma república excelentíssima, isenta de todo pecado, que apenas os apóstolos observaram integralmente, depois passou do povo ao clero e, afinal, exclusivamente aos monges, sendo que, entre estes, persevera em alguns, ao passo que, em outros, vês muito poucos institutos que se conservam em harmonia com a mesma" (CAMPANELLA, 2005, p. 84-85).

propõe é apenas um exemplo que deve ser imitado tanto quanto possível" (CAMPANELLA, 2005, p. 88).

1.4.4. Outros

Com a Cidade do Sol, fecha-se a "trilogia" das principais obras utópicas deixadas em nosso legado filosófico. Principais para se aprofundar no presente momento, já que muito se escreveu acerca do vocábulo em questão, ou ao menos utilizando-o ainda que inconscientemente. Há, também, utopias nos mais diversos campos do conhecimento (BLOCH, 2005b), podendo-se encontrá-la no radicalismo do estóico Caio Blóssio, com seu "Reino do Sol", nos sistemas sociais de São Tomas de Aquino, Santo Agostinho e Joaquim de Fiore (considerado o maior utopista da Idade Média), na "Nova Atlântida" – o projeto científico de Francis Bacon.[15] Bloch (2005b, p. 28-29) ressalta também a importância do filósofo alemão Johann Fichte, o qual também vivia imbuído do espírito utópico de mudança, conforme bem se observa por suas palavras:

> *Simplesmente não consigo imaginar a situação atual da humanidade como algo que poderia permanecer como está, simplesmente não consigo imaginá-la como sendo seu destino cabal e final. Nesse caso, tudo seria sonho e ilusão; não teria valido a pena viver e participar desse jogo sempre recorrente, infrutífero e sem sentido. Somente na medida em que consigo conceber essa condição como sendo meio para algo melhor, como ponto de transição para algo superior e mais perfeito, ela se reveste de valor para mim. Não é por causa dela própria, mas por causa de algo melhor que ela prepara que sou capaz de suportá-la. (Fichte, Die Bestimmung des Menschen – A determinação do homem).*

---

[15] Bacon bem poderia enquadrar-se na linha de Platão, More e Campanella. Neste sentido, promoveu uma verdadeira fábula em que residia a perfeição, como demonstra e explica a informação ao leitor de William Rawley, secretário particular de Francis Bacon: "Esta fábula Milorde concebeu-a com o propósito de apresentar um modelo ou a descrição de um colégio instituído para a interpretação da natureza e produção de grandes e maravilhosas obras para o benefício do homem, sob o nome de Casa de Salomão ou Colégio dos Trabalhos dos Seis Dias. E apenas aí Sua Senhoria avançou, até o término dessa parte. Certamente o modelo é mais vasto e mais grandioso do que se possa ser imitado em todas as coisas. Contudo, em sua maior parte, está ao alcance do poder dos homens. Nesta fábula pensou também Sua Senhoria em um corpo de leis ou no melhor dos Estados, ou em uma comunidade exemplar. Mas, prevendo tratar-se de empresa prolongada, desviou-o seu desejo de compilar a *História Natural*, colocada muitos graus antes desta obra" (BACON, 1973, p. 241).

A utopia também é muito notada no período posterior à Revolução Industrial, diante das graves crises e desigualdades geradas por tal época,[16] conforme observado nas críticas e nas cooperativas de Robert Owen, nos falanstérios de Charles Fourier, na "Viagem à Icária" de Étienne Cabet, em Saint-Simon, nas anarquias de Proudhon e Bakunin. E evidentemente em Karl Marx,[17] o qual, segundo Bloch (2005a, p. 141), teria elevado a utopia ao nível de uma ciência:[18]

> O marxismo sobretudo foi o pioneiro em proporcionar ao mundo um conceito de saber que não tem mais como referência essencial aquilo que foi ou existiu, mas a tendência do que é ascendente. Ele introduz o futuro na nossa abordagem teórica e prática da realidade. Esse conhecimento da tendência é necessário para rememorar, interpretar e revelar as mensagens que até o não-mais-consciente e o existente podem continuar nos enviando, além de ser necessário para reafirmar sua eterna vigência. Dessa maneira,

---

[16] Já foi dito que as utopias podem ser tidas como verdadeiros vetores das grandes Revoluções. E neste sentido, Bloch (2005a, p. 97) justifica a grande era revolucionária que se aproximava, logicamente relacionada com as mazelas daquele momento histórico, geradas especialmente pela forte impulsão do sistema capitalista, conforme se depreende da seguinte passagem: "É antes de tudo o interesse revolucionário, com seu conhecimento de como está ruim o mundo e seu reconhecimento do quanto ele poderia ser bom como um outro mundo, que necessita do sonho desperto da melhoria do mundo: ele fixa na sua teoria e sua práxis de modo totalmente a-heurístico, totalmente apropriado ao tema."

[17] Aqui, não obstante sua formação anti-utopista, Karl Popper, ao criticar o historicismo, analisa Marx, cotejando-o com Platão e elaborando uma interessante passagem, muito embora seja afastada da presente discussão: "Platão e Marx são dois exemplos representativos dessa aliança. Platão, pessimista, entendeu que toda – ou quase toda – mudança é decadência; essa, para ele, a lei do desenvolvimento histórico. Fiel a essa idéia, sua diretriz utópica procura impedir a mudança de qualquer tipo, sendo o que hoje denominaríamos estática. Marx, de outra parte, era otimista e, possivelmente (à semelhança de Spencer), adepto da teoria moral historicista. Nesses termos, sua diretriz utópica orientava-se no sentido de uma sociedade em desenvolvimento ou 'dinâmica', e não no de uma sociedade estagnada. Predisse ele e esforçou-se por favorecer um desenvolvimento que culminasse na Utopia ideal, desconhecedora de coerção política ou econômica: desaparecido o Estado, cada pessoa prestaria livre cooperação, na medida de suas capacidades, e teria satisfeitas todas as suas necessidades" (POPPER, 1980, p. 58).

[18] Marx, além disso, também ajudou a limpar o conceito de utopia, ao menos naquele momento histórico: "Até agora, todavia, apenas no caso das utopias sociais era natural que elas fossem utópicas: primeiro porque são denominadas assim e segundo porque a expressão *castelo no ar* foi utilizada geralmente em conexão com elas, e não apenas com as mais abstratas dentre elas. O que fez com que o conceito de utopia, como já foi observado, fosse exageradamente reduzido (ou seja, restringido a romances que falam de um Estado ideal) e adquirisse justamente aquela modalidade abstrata (pelo caráter preponderantemente abstrato desses romances) que só foi superada quando o socialismo elevou essas utopias ao nível de uma ciência" (BLOCH, 2005a, p. 24).

> o marxismo resgatou o núcleo racional da utopia e o da dialética da tendência, ainda de cunho idealista, trazendo-os para o concreto.

Já ao final do século XIX, Edward Bellamy ("*Looking Backward*") e William Morris ("*News From Nowhere*")[19] perpetuaram a criação de sistemas utópicos, cabendo citar também H. G. Wells ("*A Modern Utopia*").[20] Nessa linha, no século XX, o sociólogo e filósofo alemão, naturalizado estadunidense, Herbert Marcuse, também foi de suma importância. E seguiu a utopia seu caminho diversificado, nas artes, na música, na religião, em Fausto – na literatura de Goethe. Até mesmo na Bíblia e em Moisés, na busca da Terra Prometida, é notada a marcante presença da utopia. O dramaturgo e poeta alemão Bertold Brecht, por seu turno, também possuía o verdadeiro espírito utópico em suas peças, poesias e passagens.[21]

Atualmente, o discurso utópico continua vivo ainda nas mais variadas áreas. Exemplo nacional é o da filósofa Marilena Chauí, para quem a utopia não é um programa de

---

[19] Ou "Notícias de lugar nenhum" (MORRIS, 2002), também pode ser considerado um clássico das utopias, ao lado das já discutidas obras de Platão, More e Campanella. Também conhecida como *Uma Época de Tranqüilidade*, o livro ilustra uma hipotética Inglaterra no início do século XX, demonstrando os ideais socialistas do autor.

[20] Salienta-se que o referido escritor britânico também ficou conhecido por obras distópicas; sua veia socialista, contudo, permite considerá-lo como um utópico em sentido positivo, acrescentando-se, ainda, que, aqui, enfatiza-se o legado histórico do sentido positivo do termo utopia. Com efeito, "A construção do mundo" bem revela esta ambigüidade do autor entre utopia e distopia, mas sua conclusão ilustra a esperança típica da utopia positiva: "Nesses museus industriais pode-se observar, ver o espírito educado do homem em triunfo contra a estúpida brutalidade e a rapacidade do antigo capitão de indústria. E isso é um dentre os muitos sinais significativos que estão a anunciar o mundo organizado e previdente de amanhã. E nesse sentido marcharemos cada vez mais rapidamente, à proporção que cresça o número de pessoas informadas do que está acontecendo e elas lancem a sua influência na balança, do lado do controle científico e contra o sistema da 'livre' conquista do lucro. Firmemente, à medida que a unidade do mundo organizar-se, toda a vida industrial do planeta se elevará até o nível, e mesmo acima do nível, hoje indicado por esse Museu da Horseferry Road" (WELLS, 1956, p. 356).

[21] Como exemplo, citam-se os seguintes trechos de poema, referido por Bloch: "Não é preciso que a terra fique do jeito que está. Pesquisem até entender, como fazê-la mudar" (BLOCH, 2005b, p. 299). E ainda: "Vistes o habitual, o que continuamente ocorre. Rogamo-vos, porém: Estranhai o que não parece estranho! Considerai inexplicável o que é comum! É o habitual que deve causar-vos admiração. Considerai a regra um abuso. E onde o abuso reconhecestes, buscai corrigi-lo!" (BLOCH, 2005a, p. 403).

ação. A utopia não morreu. A utopia é um projeto de vida.[22] O já referido Eduardo Galeano,[23] e, ainda, a Macondo dos "Cem Anos de Solidão" de Gabriel García Márquez (2003), também podem ser tidos como grandes exemplos, sendo igualmente digna de nota a literatura nacional de Mário Quintana.[24] Enfim, da Grécia antiga aos tempos hodiernos e futuros, a utopia sempre esteve e para sempre estará muito mais presente do que sempre se imaginou, e em um sentido muito diferente do que sempre se defendeu.

Efetuadas tais observações, necessário agora entender como a presente discussão pode ser aplicada ao direito, esclarecendo-se em que área jurídica a utopia positiva pode efetivamente fazer a diferença para melhor e, evidentemente, como iniciar esta utópica mudança, no sentido positivo - logicamente.

---

[22] Foram estas as sentenças finais da palestra proferida por Chauí, intitulada "Utopia", realizada na Reunião da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), em sua 58ª edição, no ano de 2006, em Florianópolis-SC (informação verbal).

[23] Apesar de grande defensor das utopias, Galeano esclarece a dificuldade das grandes mudanças sociais em tempos como os atuais. Não são todos que desejam as utopias, não mudar ainda é interessante para uma minoria egoísta. É o que se depreende, principalmente, de sua maior obra, "As Veias Abertas da América Latina": "Nestas terras, o que assistimos não é a infância selvagem do capitalismo, mas a sua cruenta decrepitude. *O subdesenvolvimento não é uma etapa do desenvolvimento. É a sua conseqüência*. O subdesenvolvimento da América Latina provém do desenvolvimento alheio e continua a eliminá-lo. Impotente pela sua função de servidão internacional, moribundo desde que nasceu, o sistema tem pés de barro. Postula a si próprio como destino e gostaria de confundir-se com a eternidade. Toda memória é subversiva porque é diferente. Todo projeto de futuro também. Obrigam *zumbi* a comer sem sal: o sal, perigoso, poderia despertá-lo. O sistema encontra seu paradigma na imutável sociedade das formigas. Por isto se dá mal com a história dos homens, cada ato de destruição encontra sua resposta – cedo ou tarde – num ato de criação" (GALEANO, 2002, p. 307).

[24] "Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas" (QUINTANA, 1997, p. 36).

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Realizada a necessária discussão acerca do vocábulo utopia, inicia-se agora o cotejo de tal termo com o direito. Nessa linha, o estudo dos direitos fundamentais é privilegiado por diversos motivos, destacando-se dois.

Primeiro, pelo fato destas normas serem o verdadeiro âmago das constituições – trata-se do principal ramo do direito. Sua própria nomenclatura justifica sua importância, sua grande relevância para a lide diária de qualquer cidadão, em qualquer lugar, a qualquer tempo.[25] Indubitavelmente são hoje os direitos fundamentais o tema central não só do constitucionalismo contemporâneo, mas do direito como um todo, seja pela reflexão que estes exigem dos próprios conceitos de justiça e cidadania, seja pela dificuldade de sua afirmação ao longo de todo o legado humano.[26] Enfim, são os direitos fundamentais especialmente primordiais, verdadeiros pilares de refundação do Estado moderno – símbolos de qualquer constituição, inclusive da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Em segundo lugar, pela inegável carga utópica que carregam. Sem a menor dúvida, o conteúdo dos direitos fundamentais representa um plano teórico extremamente distanciado da realidade. Trata-se do horizonte a ser perseguido, do exemplo a ser alcançado, do objetivo a ser buscado. E esta característica, como já anotado, faz destes direitos verdadeiras utopias positivas, mormente em se considerando a permanente

[25] Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 25) apresenta sua obra "A eficácia dos direitos fundamentais" com a importância deste instituto: "Que os direitos fundamentais constituem construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade bem o demonstra a trajetória que levou à sua gradativa consagração no direito internacional e constitucional. Praticamente, não há mais Estado que não tenha aderido a algum dos principais pactos internacionais (ainda que regionais) sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições."

[26] Nessa linha, João dos Passos Martins Neto (2003, p. 09) sintetiza a apresentação de sua obra "Direitos Fundamentais. Conceito, função e tipos" afirmando que, "em reação ao colonialismo britânico na América do Norte e ao absolutismo monárquico na França, à lógica excludente do *laissez-faire laissez-passer* e, finalmente, aos horrores da guerra e do totalitarismo, os direitos do homem afirmaram-se historicamente ao longo dos últimos três séculos, em sua dimensão liberal, democrática e social, como um valor incontrastável da civilização ocidental, condensando o sentido objetivo da idéia de justiça perseguida desde tempos imemoriais."

realidade do País, a qual revela um abrupto abismo entre a teoria e a prática, entre a lei e a realidade e, evidentemente, entre ricos e pobres.

E em decorrência de tais fatores, impõe-se examinar a utopia a partir do seu sentido positivo, sem o que se incorreria em uma absurda caracterização dos direitos fundamentais como inúteis e fantasiosos. O que se defende e irá ser trabalhado é justamente a percepção dos direitos fundamentais como utopias positivas, a fim de limpar sua imagem arranhada em razão de uma discussão muito em voga: a questão de sua eficácia.

Isto porque infelizmente hoje não se consegue caminhar do percebido na prática para o disposto na teoria. Os direitos fundamentais, quando não desconhecidos,[27] são desacreditados justamente por aqueles que deveriam neles crer – os seus destinatários. Incontestáveis juridicamente, tais direitos esvaziam-se para a maior parte da sociedade brasileira, em razão da insuficiente interpretação formal que recebem. Assim, urgente é uma nova maneira de compreendê-los, cujo início perpassa pelo entendimento da dimensão utópica positiva dos direitos fundamentais.

Dessa maneira, necessário será, inicialmente o estudo de uma "teoria geral" destes direitos – não obstante a vasta divergência sobre o assunto, questionando-se inclusive a viabilidade de definição de uma teoria geral –, bem como da questão da efetividade e da eficácia, além de uma breve porém vital passagem pela discussão da reserva do possível. São matérias afetas à referida utopia dos direitos fundamentais, a fim de elucidar a real eficácia destes e de como verdadeiramente alcançá-la.

2.1. Uma "teoria geral" dos direitos fundamentais

Primeiramente, cabe reafirmar a importância dos direitos fundamentais não só em nosso País, mas no âmbito mundial. Relacionam-se com o próprio progresso da

---

[27] Justamente já com o propósito de evitar tal descaso, preceitua o art. 205, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2008): "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho."

humanidade, com o próprio exercício da cidadania de cada um. E merece ainda mais destaque no caso nacional, diante do já referido abismo entre ricos e pobres, entre lei e realidade.

A problemática dos direitos fundamentais em nosso País, dessa maneira, atravessa inúmeros desafios, enormes discussões, vitais inclusive para o próprio desenvolvimento da cidadania de nossos pares, da própria sociedade como um todo.

Antes de mais nada, contudo, necessário anotar que será utilizada uma concepção ampla de direitos fundamentais, “a partir das premissas enunciadas por Robert Alexy, que fala em um direito fundamental como um todo” (SARLET, 2007, p. 312). Além disso, é este instituto dos direitos fundamentais, especificamente na CRFB/88, o objeto da presente discussão.

Na seqüência, importante é, inicialmente, a elucidação da denominação dos direitos fundamentais, a qual por si só já causa, se não divergências, no mínimo importantes ressalvas.

2.1.1. Nomenclatura

No que tange à nomenclatura dos direitos fundamentais, são estes amplamente tratados por direitos humanos, direitos humanos fundamentais, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, direitos subjetivos pétreos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos individuais, dentre tantas outras expressões.

Adotar-se-á aqui, conforme já se tem feito, inclusive, tão-somente a expressão direitos fundamentais, por ser mais fiel ao atual direito constitucional positivo do País. Prova disso é a utilização da inovadora[28] locução “Direitos e Garantias Fundamentais” na epígrafe do Título II da CRFB/88, abrangendo este termo as demais espécies de direitos

---

[28] “No que diz com o uso da expressão 'direitos fundamentais', cumpre lembrar que o Constituinte se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, rompendo, de tal sorte, com toda uma tradição em nosso direito constitucional positivo” (SARLET, 2007, p. 34).

fundamentais, tais como os direitos e deveres individuais, ou os direitos sociais, por exemplo.

Também ressalte-se que a aqui utilizada expressão é a que melhor se coaduna com a própria "evolução dos dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado (democrático e social) de Direito, até mesmo em nível do direito internacional" (SARLET, 2007, p. 34-35), revelando-se a mais abrangente, principalmente em razão de as demais denominações referirem-se, principalmente, a espécies do gênero direitos fundamentais.

Cabe salientar, ainda, as distinções, convencionadas por muitos, entre direitos fundamentais e direitos humanos.[29] Apesar de muitas vezes utilizados como sinônimos, é preferível encarar o termo direitos fundamentais para "aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado." A expressão direitos humanos, por sua vez, seria mais utilizada no âmbito do direito internacional, já que seria correspondente às "posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos" (SARLET, 2007, p. 35-36).

Além das ressalvas de Ingo Sarlet, José Afonso da Silva também auxilia na elucidação da nomenclatura dos direitos fundamentais:

> *Direitos fundamentais do homem* constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, *no nível do direito positivo*, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma

[29] Com efeito, é o que refere Ingo Sarlet (2007, p. 38), ao citar Antonio-Enrique Pérez Luño: "Neste contexto, de acordo com o ensinamento do conceituado jurista hispânico Pérez Luño, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo "direitos humanos" se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito."

> convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do *homem*, não como o macho da espécie, mas no sentido de *pessoa humana*. *Direitos fundamentais do homem* significa *direitos fundamentais da pessoa humana* ou *direitos fundamentais*. É com esse conteúdo que a expressão *direitos fundamentais* encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como *direitos fundamentais da pessoa humana*, expressamente, no art. 17 (SILVA, 2006, p. 178).

Esclarecida, em linhas gerais, a questão da nomenclatura, prossegue-se no desenvolvimento de uma teoria geral dos direitos fundamentais, sendo oportuna, neste momento, a análise do legado histórico do instituto ora discutido.

2.1.2. Histórico

Somente a partir da compreensão de toda a luta para o reconhecimento dos direitos fundamentais e, principalmente, da proteção da dignidade da pessoa humana, nas mais variadas ordens constitucionais, é que se pode entender a relevância do instituto, e a necessidade de elevá-lo. Não se trata apenas da história dos direitos fundamentais, mas da "própria história da limitação do poder" que "desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional" (SARLET, 2007, p. 43).

Assim, primeiramente, frisa-se que tal história dos direitos fundamentais e do início de sua positivação nas primeiras Constituições, relacionada à evolução do Estado Liberal para o moderno Estado Social e Democrático de Direito, está inegavelmente ligada à problemática das gerações destes direitos, as quais serão oportunamente abordadas de maneira específica, sob a denominação de dimensões.

Antes, consoante descreve o jurista alemão Klaus Stern (*apud* SARLET, 2007, p. 44), pode-se destacar três etapas do desenvolvimento dos direitos fundamentais,[30] sendo a

---

[30] José Afonso da Silva, por sua vez, sintetiza o desenvolvimento dos direitos fundamentais da seguinte maneira: "As *condições reais* ou *históricas* (objetivas ou materiais), em relação às declarações do século XVIII, manifestaram-se na contradição entre o regime da monarquia absoluta, estagnadora, petrificada e degenerada, e uma sociedade nova tendente à expansão

primeira, uma verdadeira "pré-história, que se estende até o século XVI", seguida por "uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem" e, por último, "a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos."

Com relação ao período referido como "pré-histórico", trata-se de séculos de lutas e de posterior influência de doutrinas jusnaturalistas esparsas, orientando uma limitação do poder, especialmente a partir do século XVI.[31] A partir de então, os processos revolucionários do século XVIII potencializaram o desenvolvimento dos direitos fundamentais, em uma época de pleno desenvolvimento das teorias contratualistas, do

---

comercial e cultural, [...]. As *condições subjetivas* ou *ideais* ou *lógicas* consistiram precisamente nas fontes de inspiração filosófica anotadas pela doutrina francesa: (1) O *pensamento cristão*, [...]; (2) *A doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII*, [...]; (3) *Pensamento iluminista*, com suas idéias sobre a ordem natural, sua exaltação às liberdades inglesas e sua crença nos valores individuais do homem acima dos valores sociais, firmando o *individualismo* que exala dessas primeiras declarações dos direitos do homem. Todos esses fundamentos foram sendo superados pelo processo histórico-dialético das condições econômicas, que deram nascimento a novas relações objetivas com o desenvolvimento industrial e o aparecimento de um proletariado amplo sujeito ao domínio da burguesia capitalista. Essas novas condições materiais da sociedade teriam que fundamentar a origem de outros direitos fundamentais – *os direitos econômicos e sociais* – e concomitantemente a transformação do conteúdo dos que serviam à burguesia em sua luta contra o absolutismo. Daí também sobreviriam novas doutrinas sociais, postulando a transformação da sociedade no sentido da realização ampla e concreta desses direitos. Essas novas fontes de inspiração dos direitos fundamentais são: (1) o *Manifesto Comunista* e as *doutrinas marxistas*, [...]; (2) a *doutrina social da Igreja*, a partir do Papa Leão XIII, [...]; (3) o *intervencionismo estatal*, [...]" (SILVA, 2006, p. 172-175).

[31] Salienta-se que não se pode, todavia, considerar a experiência inglesa, com sua série de declarações de direitos do século XVII, como marco inicial dos direitos fundamentais, conforme aponta Sarlet (2007, p. 51): "Em que pese sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como o marco inicial, isto é, como o nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o Parlamento, carecendo, portanto, da necessária supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais. Ressalte-se, por oportuno, que esta fundamentalização não se confunde com a fundamentalidade em sentido formal, inerente à condição de direitos consagrados nas Constituições escritas (em sentido formal)."

processo de laicização do direito natural e de consolidação dos ideias iluministas. Decisivo, em tal período, foi John Locke, por “reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, este, por sua vez, baseado no contrato social.” Locke, desta forma, desenvolveu “as bases do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal” (SARLET, 2007, p. 47-48).

Posteriormente, outros teóricos também foram incisivos, como Jean-Jacques Rousseau, na França, Tomas Paine, na América, e Immanuel Kant, na Alemanha, sendo inclusive a partir destes que “culminou o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo, tendo sido Paine quem na sua obra popularizou a expressão 'direitos do homem' no lugar do termo 'direitos naturais'”[32] (SARLET, 2007, p. 48).

Sustentado a partir de tais ideais, pode-se afirmar que o paradigma da paternidade dos direitos fundamentais orbita entre a estadunidense Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, e a francesa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Tais documentos marcam “a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais” (SARLET, 2007, p. 51). São ambas importantíssimas para o legado dos direitos fundamentais, não cabendo aqui mensurar aquela que mais exerceu influência em detrimento da outra; ambas foram paradigmáticas, cada qual com suas peculiaridades.

Especificamente sobre a declaração da Virgínia, cabível afirmar que esta fora influenciada pelos direitos e liberdades já reconhecidos nas declarações inglesas do século

---

[32] Inspirando-se em Bobbio, diz Sarlet (2007, p. 48): “É o pensamento kantiano, [...], contudo, o marco conclusivo desta fase histórica dos direitos humanos. Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens. [...], Kant, inspirado em Rousseau, definiu a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento, concepção esta que fez escola no âmbito do pensamento político, filosófico e jurídico.”

XVII, salientando que “pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais”, apesar desta denominação de constitucional ter sido formalmente efetivada somente com o advento da Constituição de 1791 (SARLET, 2007, p. 52).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, por sua vez, surgiu em decorrência da Revolução Francesa, a qual instaurou a ordem burguesa em detrimento do antigo regime.[33] Também de forte cunho jusnaturalista, reconheceu a todos os seres humanos direitos naturais inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, apresentando grande conteúdo democrático e social que baliza inclusive a ação de poderes constituintes atuais.

Assim, percebe-se que tal evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais desencadeou a afirmação provisória da concepção liberal-burguesa do Estado de Direito, podendo, desta forma, começar a se falar em uma primeira dimensão (geração) de direitos fundamentais.

2.1.2.1. Dimensões

Com relação às dimensões, necessário primeiramente justificar a utilização desta expressão, ao invés da mais tradicional – gerações. Com efeito, sustenta-se que o reconhecimento de novos direitos fundamentais possui um caráter “cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão 'gerações' pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra” (SARLET, 2007, p. 54).

Desta forma, continuando com o legado dos direitos fundamentais, as referidas

---

[33] Neste, inclusive, já era observada uma doutrina das leis fundamentais, comprovando a grande tradição francesa, não obstante grandes ressalvas, conforme demonstra Airton Seelaender (2006, p. 211-212): “Posto que associável ao direito natural e marcada por intensa carga política, a teoria das 'leges fundamentales' destacava a relevância do direito positivo vigente. Definindo usualmente tais 'leges' como *meio de limitação do poder pelo direito positivo* e como *núcleo da estrutura institucional do Estado*, tal teoria preparou terreno, sem dúvida, para a concepção liberal de 'Constituição'. Não que se deva falar de uma continuidade linear entre a 'lex fundamentalis' e o conceito atual de “constituição” - há aqui muitas tensões, contradições e rupturas.”

Declarações de Direitos, com seu pensamento liberal-burguês, passam a influenciar o reconhecimento das primeiras Constituições escritas, marcadas pelo caráter individualista dos direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado. São, principalmente, direitos de liberdade, iniciando a positivação da tríade da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. É, portanto, a liberdade privilegiada nos direitos fundamentais de primeira dimensão, conforme salienta Paulo Bonavides (2005, p. 563-564):

> Os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão, por sua vez, correspondem aos direitos sociais, econômicos e culturais que dominaram o século XX. São conexos ao princípio da igualdade, servindo de resposta às mazelas geradas pelo impacto da industrialização, as quais geraram enormes movimentos reivindicatórios que anteciparam a doutrina socialista.[34] Ao contrário da conduta negativa que exigem do Estado os direitos de primeira dimensão, os da segunda possuem caráter positivo, "atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social." Caracterizam-se até hoje por conferirem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, "revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa" (SARLET, 2007, p. 56-57).

Por seu turno, os direitos fundamentais de terceira dimensão finalizam os princípios cardeais da Revolução Francesa. São os chamados direitos de fraternidade ou de solidariedade, os quais destinam-se, de maneira inovadora, à proteção de grupos, como a família, o povo, a nação (portanto de titularidade coletiva) – do próprio gênero humano.

---

[34] Nesse sentido, acerca dos direitos de segunda dimensão, assevera Bonavides (2005, p. 564): "Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula."

Dentre outras considerações,[35] esclarece Bonavides (2005, p. 569):

> Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. Os publicistas e juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante de coroamento de uma evolução de trezentos anos na esteira da concretização dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

A existência de direitos fundamentais de quarta dimensão, diferentemente dos vistos anteriormente, "ainda aguarda sua consagração na esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas", conforme defende Sarlet (2007, p. 60). Também cabe frisar que há quem defenda inclusive direitos fundamentais de até quinta e sexta dimensões; se nem sequer a quarta dimensão é amplamente aceita, todavia, não serão as possíveis demais gerações aqui analisadas.[36]

No constitucionalismo pátrio, Paulo Bonavides defende a existência da quarta dimensão, decorrente da globalização neoliberal. Não da faceta econômica deste fenômeno, a qual intentaria debilitar os laços de soberania nacional em proveito das hegemonias

[35] Nesta linha, Sarlet (2007, p. 58) comenta as causas do surgimento desta dimensão: "Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais."

[36] Importante salientar a lição de Pérez Luño, referida por Sarlet (2007, p. 63-64), sobre o problema de se aceitar novas dimensões, ou, aqui, novos direitos fundamentais: "No que diz com o reconhecimento de novos direitos fundamentais, impende apontar, a exemplo de Pérez Luño, para o risco de uma degradação dos direitos fundamentais, colocando em risco seu '*status* jurídico e científico', além do desprestígio de sua própria 'fundamentalidade'. Assim, fazem-se necessárias a observância de critérios rígidos e a máxima cautela para que seja preservada a efetiva relevância e prestígio destas reivindicações [...]."

supranacionais. Trata-se, aqui, da globalização política que "interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional." São, assim, direitos de quarta dimensão "o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima efetividade, para a qual parece o mundo inclinar-se [...]" (BONAVIDES, 2005, p. 571).

Enfim, "importante é, neste particular e neste contexto, a constatação de que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano" (SARLET, 2007, p. 63). Independentemente das dimensões, é esta a característica marcante destes direitos. A partir da segunda metade do século XVIII, comprova-se a sua primazia na ordem constitucional pelo próprio artigo 16 da Declaração Francesa de 1789, segundo o qual "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição." A partir deste momento, foram lançadas as bases para o surgimento das primeiras Constituições escritas, partidárias do liberalismo-burguês da época. Assim integram os direitos fundamentais, ao lado da organização do poder, do sistema de governo e da definição da forma do Estado, a verdadeira essência do Estado constitucional, constituindo, nesta linha, muito mais que parte da Constituição formal, caracterizando-se, portanto, como "elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as idéias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais" (SARLET, 2007, p. 69-70).

2.1.3. Conceito

No tocante ao conceito dos direitos fundamentais, importante inicialmente frisar que não há uma definição estática, imutável e absoluta destes direitos.[37] O que se costuma fazer

[37] Com efeito, esclarece Marcos Leite Garcia (2007): "Interessante ver essa questão com o estudo do Processo de formação do ideal ou da idéia dos Direitos Fundamentais, que é um processo que existe desde o início e que jamais deixará de existir uma vez que os Direitos Fundamentais não são um conceito estático, imutável ou absoluto e muito pelo contrário trata-se de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade, das novas tecnologias, e as novas necessidades de

é identificar pontos comuns que possam ser aplicados a eles, chegando-se a um conceito com o objetivo essencialmente didático.

Dessa maneira, João dos Passos Martins Neto desenvolve uma definição, a partir, primeiramente, do conceito da própria palavra direito, isoladamente, para concluir que se referem os direitos fundamentais, a direitos subjetivos – direito considerado como atributo pessoal. Sintetiza o autor ser direito subjetivo "a prerrogativa ou possibilidade, reconhecida a alguém e correlativa de um dever alheio suscetível de imposição coativa, de dispor como dono, dentro de certos limites, de um bem atribuído segundo uma norma jurídica positiva" (MARTINS NETO, 2003, p. 76). Prossegue analisando a característica da fundamentalidade, chegando ao conceito de direito fundamental como sendo, simplesmente, um direito subjetivo pétreo, ou seja, "sua singularidade consiste basicamente no caráter essencial para o homem e para a sociedade, determinável segundo o critério objetivo da rigidez constitucional absoluta" (MARTINS NETO, 2003, p. 122). Cabe lembrar, aqui, que a cláusula de rigidez absoluta para direitos fundamentais é prevista, no direito pátrio, no art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88, dispondo que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais"[38] (BRASIL, 2008).

José Afonso da Silva (2006, p. 178-179), por sua vez, preceitua:

> A expressão *direitos fundamentais do homem*, como também já deixamos delineado com base em Pérez Luño, não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas *limitação imposta pela soberania popular aos*

---

positivação para proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos."

[38] Importante salientar a grande relevância das cláusulas pétreas, consoante aponta Manuel Gonçalves Ferreira Filho, ao lembrar da doutrina de Carl Schmitt: "A razão de ser da 'cláusula pétrea' é resguardar aquilo que Carl Schmitt chamou de Constituição em sentido positivo, ou seja, a decisão do povo, pelo Poder Constituinte, 'sobre o modo e a forma da unidade política', não as normas secundárias, fruto de uma preocupação ocasional do legislador constituinte" (FERREIRA FILHO, 2007, p. 7). E esta forma de rigidez absoluta, assim, justamente possui ligação com o próprio fato de que a "relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais" (SARLET, 2007, p. 78).

> *poderes constituídos do Estado que dela dependem*. Ao situarmos sua fonte na soberania popular, estamos implicitamente definindo sua historicidade, que é precisamente o que lhes enriquece o conteúdo e os deve pôr em consonância com as relações econômicas e sociais de cada momento histórico. A Constituição, ao adotá-los na abrangência com que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no art. 1°: *Estado Democrático de Direito*. O fato de o direito positivo não lhes reconhecer toda a dimensão e amplitude popular em dado ordenamento (restou dar, na Constituição, conseqüências coerentes na ordem econômica) não lhes retira aquela perspectiva, porquanto, como dissemos acima, na expressão também se contêm princípios que resumem uma concepção do mundo que orienta e informa a luta popular para a conquista definitiva da efetividade desses direitos.

Outro conceito, ainda, é o formulado por Sarlet, o qual, desenvolvendo as idéias de Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, adequando-as à realidade do direito constitucional do País, chega a uma definição propositalmente aberta, a fim de possibilitar a permanente mutação de acordo com as necessidades do direito constitucional positivo.[39] Assim, conceitua o autor:

> Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo) (SARLET, 2007, p. 91).

---

[39] Da mesma maneira, Sarlet também faz referência aos conceitos de Alexy e de Pérez Luño, não revelando este último, tampouco, interesse em fornecer respostas às questões que o problema suscita: “Para R. Alexy, [...], os direitos fundamentais podem ser definidos como aquelas posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão relevantes, que seu reconhecimento ou não-reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição do legislador ordinário. [...]. Neste sentido, no que concerne à conceituação de direitos humanos, remetemos o leitor à prestigiada definição do jurista espanhol A. E. Pérez Luño, [...]. De acordo com a formulação do referido doutrinador, “os direitos humanos aparecem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional” (Derechos Humanos, p. 48). Ainda no que concerne à conceituação de Pérez Luño, importa frisar a circunstância de que esta abrange tanto a dimensão internacional (dos direitos humanos), quanto a nacional (dos direitos fundamentais), de acordo com a distinção que optamos por adotar para efeitos desta investigação.]” (SARLET, 2007, p. 91-92).

2.1.4. Função

Com relação à função dos direitos fundamentais, já foi visto que sua positivação fora iniciada com o objetivo principal de limitar o poder estatal. Além disso, cumpre notar que tais direitos atuam como "critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem constitucional." Transforma-se a própria Constituição, "de acordo com [...] Canotilho, em autêntica 'reserva de justiça', em parâmetro da legitimidade ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal."[40] Também passam a ser os direitos fundamentais considerados, neste contexto, como "elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico." Diante de tudo isto, são os direitos fundamentais a essência do Estado constitucional democrático (SARLET, 2007, p. 71-72).

Pode-se dizer, desta forma, que a relação dos direitos fundamentais com a idéia de democracia é muito forte.[41] Efetivamente, tais direitos podem ser considerados, ao mesmo tempo, "pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo," isto através do "reconhecimento do direito de

---

[40] Sarlet prossegue com as idéias de Canotilho (baseado este em Habermas), ao afirmar: "Segundo as palavras do conceituado jurista lusitano, 'o fundamento de validade da constituição (= legitimidade) é a dignidade do seu reconhecimento como ordem justa (Habermas) e a convicção, por parte da colectividade, da sua bondade intrínseca'" (SARLET, 2007, p. 71).

[41] Acrescenta Sarlet, também, a forte ligação dos direitos fundamentais com o princípio do Estado Constitucional da CRFB/88:"Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, *caput*, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição. Além de outros princípios expressamente positivados no Título I de nossa Carta (como, por exemplo, os da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, etc.), tal circunstância se manifesta particularmente pela previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais, que, além do rol dos direitos dos trabalhadores (arts. 7º a 11 da CF), inclui diversos direitos a prestações sociais por parte do Estado (arts. 6º e outros dispersos no texto constitucional). No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material" (SARLET, 2007, p. 73-74).

igualdade [...], de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação [...], na conformação da comunidade e do processo político", salientando, neste sentido, que "a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos [...] podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade." De outra maneira, cabe destacar a função decisiva dos direitos fundamentais em uma democracia, "como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela minoria no poder, salientando-se, portanto, ao lado da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia" (SARLET, 2007, p. 72-73).

Sob um enfoque diferente, sustenta-se uma verdadeira multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Isto em razão destes assumirem uma dupla perspectiva jurídica – uma objetiva e outra subjetiva. Conforme visto em outro momento, no desenrolar das diversas dimensões dos direitos fundamentais, estes há muito não se identificam apenas como direitos de defesa. Além destes, grupo dentro do qual se encaixam, entre outros, os direitos de liberdade e igualdade, há também os direitos a prestações. Estes podem assumir sentido amplo, "tais como os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento", ou sentido estrito, "representados pelos direitos sociais de natureza prestacional", já que as liberdades sociais que representam os direitos sociais possuem, evidentemente, caráter de direitos de defesa[42] (SARLET, 2007, p. 272).

---

[42] Aprofundando a discussão sobre direitos de defesa e direitos a prestações, Sarlet (2007. p. 299) continua, finalizando com a passagem de José Eduardo Faria, acerca da real função dos direitos prestacionais: "Já se assentou, neste contexto, que, enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais (portanto, o que está em causa aqui é precisamente a dimensão positiva, que não exclui uma faceta de cunho negativo) têm por objeto precípuo conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação e natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais. Assim sendo, é de acolher-se a preciosa lição de José E. Faria, para quem 'os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são,

João dos Passos Martins Neto (2003, p. 122) também discorre, após a síntese do conceito de direitos fundamentais como direitos subjetivos pétreos, acerca de algumas funções destes direitos, identificando-os como representantes de um efetivo Estado Material de Direito:

> Em função da sua condição privilegiada, os direitos fundamentais constituem, ao lado do princípio da separação dos poderes, elementos decisivos da distinção entre os Estado Absoluto e o Estado Limitado, este considerado tanto em sua feição de Estado Liberal como de Estado Social. Cumprem, pois, a função de estruturação do sistema político segundo uma lógica específica, a da restrição substantiva do poder, sobretudo em relação à função legislativa, e em todos os seus níveis. Um Estado de direitos fundamentais é, em conseqüência, um Estado Material de Direito, vale dizer, em que a produção jurídica não se encontra condicionada apenas à observância de regras de competência e procedimento, mas também ao respeito incondicional de conteúdos de regulação preestabelecidos, ainda que variáveis segundo as decisões de cada ordem constitucional.

2.1.5. Considerações gerais

Muito já se viu acerca do presente instituto, a partir da discussão acerca de sua nomenclatura, da sua construção histórica, do seu conceito e de sua função. Ainda mais considerações (além da questão da interpretação dos direitos fundamentais), mesmo que breves, todavia, são necessárias para o desenvolvimento do trabalho.

Assim, faz-se menção aos caracteres dos direitos fundamentais, expostos por José Afonso da Silva. Partiu o autor das concepções jusnaturalistas destes direitos, das quais é proveniente a tese de que os direitos fundamentais são inatos, absolutos, invioláveis e imprescritíveis. A partir daí, informa os seguintes caracteres:

> (1) *Historicidade*. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas; (2) *Inalienabilidade*. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer,

---

isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios'.”

> porque são indisponíveis; (3) *Imprescritibilidade*. O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a *exigibilidade* dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição; (4) *Irrenunciabilidade*. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados (SILVA, 2006, p. 181).

Outras considerações sobre algumas das características dos direitos fundamentais nos informa Ingo Sarlet. Para ele,

> três características consensualmente atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas (ao menos em parte) como extensivas ao título dos direitos fundamentais, nomeadamente seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente [...]. Neste contexto, cumpre salientar que o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos. O pluralismo da Constituição advém basicamente do seu caráter marcadamente compromissário, já que o Constituinte, na redação final dada ao texto, optou por acolher e conciliar posições e reivindicações nem sempre afinadas entre si, resultantes das fortes pressões políticas exercidas pelas diversas tendências envolvidas no processo Constituinte. [...]. De outra banda, ressalta na Constituição vigente o seu cunho programático e dirigente, [...]. Mesmo que fortemente mitigado no que concerne aos direitos fundamentais, de modo especial em face da redação do art. 5º, § 1º (ao que prevê a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais), não há como negar a subsistência de elementos programáticos e de uma dimensão diretiva também nesta seara [...] (SARLET, 2007, p. 77-78).

2.1.5.1. Garantias fundamentais

Justamente por terem as garantias fundamentais acepções que as possam distanciar do cotejo com as utopias, necessário um breve esclarecimento que aproxime aquelas destas. Isso parece necessário, inclusive, para que se compreenda a nomenclatura utilizada pela CRFB/88, com a expressão “Dos direitos e garantias fundamentais”, em seu Título II.

Há quem sustente que realmente existiria diferença entre direitos e garantias, sendo estas últimas necessárias para garantir que um direito reconhecido e declarado não seja violado. Seguindo esta linha de raciocínio, as disposições declaratórias do catálogo de direitos fundamentais seriam referentes a direitos, enquanto que as disposições assecuratórias seriam relacionadas às garantias. Contudo, tal diferenciação longe está de ser segura, já que "nem é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são *declaratórios* e as garantias *assecuratórias*, porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória" (SILVA, 2006, p. 186).

Apesar de tais ressalvas, José Afonso da Silva (2006, p. 188) divide as garantias (dos direitos) fundamentais em dois grupos, quais sejam, as garantias gerais, "destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos" (fundamentais), e as garantias constitucionais, "que consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria Constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos direitos fundamentais." Prossegue o autor ao salientar que estas últimas ainda se subdividem em garantias constitucionais gerais ("porque consubstanciam salvaguardas de um regime de respeito à pessoa humana em toda a sua dimensão") e garantias constitucionais especiais, as quais são prescrições constitucionais que estatuem "técnicas e mecanismos que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou de particulares, protegem a eficácia, a aplicabilidade e a inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial."

2.1.5.2. Inovações

Não obstante haver muito mais o que se destacar com relação às considerações gerais dos direitos fundamentais, em razão, repita-se, da grande importância deste instituto, encerra-se aqui – até para não aprofundar questões desconexas com o objeto do presente trabalho – com algumas das inovações observadas no catálogo dos direitos fundamentais da CRFB/88.

A disposição do art. 5º, § 1º, da CRFB/88 parece ter sido a inovação mais relevante. Trata tal dispositivo da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o que, em princípio, excluiria o cunho programático destas normas.[43] Além disto, a inclusão dos direitos fundamentais no rol das "cláusulas pétreas", conforme já salientado, a partir do art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88, demonstra o caráter especial e a primazia destas normas em nossa ordem constitucional.

Há que se frisar, também, a ampliação, de forma inédita, do catálogo dos direitos fundamentais na CRFB/88.[44] Prova disto é a coexistência de diversas dimensões distintas destes direitos, o que se coaduna com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e com os inúmeros tratados internacionais de direitos humanos, ou seja, caminha o constituinte em sintonia com o desenvolvimento atual dos direitos fundamentais em todo o mundo.

---

[43] Salienta-se que a polêmica sobre esta afirmação será devidamente discutida, em um momento oportuno.

[44] Apesar do sentido positivo de tal fato, há que se ressalvar, de acordo com Sarlet (2007, p. 81-82), que a "amplitude do catálogo, em que pese seu cunho preponderantemente positivo, também revela ter suas fraquezas, porquanto no rol dos direitos fundamentais foram incluídas diversas posições jurídicas de "fundamentalidade" ao menos discutível, conduzindo – como se tem verificado ao longo dos anos – a um desprestígio do especial *status* gozado pelos direitos fundamentais, muito embora não seja a quantidade de direitos fundamentais uma das principais causas de sua falta de prestígio e efetividade. Além disso, em todos os capítulos, mas de modo especial no art. 5º e nos arts. 12 a 17, encontram-se diversos preceitos que, não obstante sua louvada finalidade (e aqui não se discute sua importância), não revelam as características de direitos fundamentais, mas, sim, de normas organizacionais (como é o caso do art. 14, § 3º, incs. I a VI, e §§ 4º a 8º) ou até mesmo de normas de natureza penal (art. 5º, incs. XLII e XLIII). Cuida-se, na maior parte, de dispositivos que poderiam ter sido remetidos ao legislador infraconstitucional ou mesmo enquadrados na parte orgânica da Constituição. Todavia, não há como deixar de outorgar às posições de fundamentalidade controversa a plenitude de sua força jurídica, peculiar – no mínimo – ao regime da fundamentalidade formal, já que a controvérsia sobre a fundamentalidade, nas hipóteses referidas, se restringe à dimensão material. Ademais, parece-nos insustentável outorgar aos poderes constituídos (mesmo à Jurisdição Constitucional) a atribuição de decidir sobre a verdadeira ou falsa fundamentalidade das posições consagradas como direitos fundamentais no Título II da nossa Constituição." Também cita-se, como crítica, "a falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, de modo especial no que diz com a terminologia utilizada," o que inclusive pode gerar problemas de interpretação. Salienta-se, por último, na CRFB/88, a falta de uma devida "sistematização, oriunda, provavelmente, de uma acomodação apressada das matérias, desacompanhada da necessária reflexão, gerada, entre outros fatores, pela pressão exercida sobre os Constituintes na época da elaboração da nossa Lei Fundamental" (SARLET, 2007, p. 81).

2.1.6. O problema da interpretação

Encerra-se esta proposta de uma teoria geral dos direitos fundamentais com o problema da interpretação deste instituto. Trata-se de questão fundamental, afinal, é exatamente uma nova maneira de interpretação dos direitos fundamentais que se defende no desenvolvimento do presente trabalho.

Neste momento, necessário é frisar as peculiaridades do processo interpretativo em si – da hermenêutica constitucional aplicada aos direitos fundamentais. Assim, sustenta-se que há tanto normas constitucionais que se interpretam quanto normas constitucionais que se concretizam. Aliás, é este o sentido dado a tal problemática pela Nova Hermenêutica:[45] interpretar é concretizar. Consoante lição do constitucionalista espanhol Javier Perez Royo (*apud* BONAVIDES, 2005, p. 579), sem interpretação (concretização) não há direito – não há direito que não exija ser interpretado (concretizado), especialmente quando este direito é fundamental.

Esclarece Bonavides (2005, p. 581) que

> toda interpretação dos direitos fundamentais vincula-se, de necessidade, a uma teoria dos direitos fundamentais; esta, por sua vez, a uma teoria da Constituição, e ambas [...] a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, consubstanciando uma ideologia, sem a qual aquelas doutrinas, em seu sentido político, jurídico e social mais profundo,

---

[45] Bonavides (2005, p. 591) traça a diferença entre a Velha e a Nova Hermenêutica: "Na Velha Hermenêutica, regida por um positivismo lógico-formal, há subsunção; na Nova Hermenêutica, inspirada por uma teoria material de valores, o que há é concretização; ali, a norma legal, aqui, a norma constitucional; uma interpretada, a outra concretizada." Também vale fazer referência, neste contexto, a um importante representante desta corrente, a saber, Konrad Hesse, conforme salientam Clèmerson Clève e Alexandre Freire (2002, p. 32). Segundo eles, para Hesse, "a leitura do texto normativo se dá, inicialmente, pela *pré-compreenssão* de seu sentido através do intérprete**.** O sentido apreendido das normas constitucionais possibilita ao intérprete uma otimização prático-normativa, concretizando a norma a partir de uma posição histórica específica. Conforme Konrad Hesse, a interpretação constitucional é concretização, e o ato de interpretar é condicionado à existência de passagens obscuras, que ocasionem dúvidas, reservando-se ao intérprete a determinação do conteúdo material da normativa constitucional. Neste sentido, a interpretação constitucional é imantada de criatividade, restando completo o conteúdo da norma com sua aplicação ao caso concreto. À criatividade exercida pelo intérprete vincula-se a normativa constitucional."

> ficariam de todo ininteligíveis. De tal concepção brota a contextura teórica que faz a legitimidade da Constituição e dos direitos fundamentais, traduzida numa tábua de valores, os valores da ordem democrática do Estado de Direito onde jaz a eficácia das regras constitucionais e repousa a estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, regido por uma teoria material da Constituição.

Enfim, de acordo com Eros Roberto Grau (2005, p. 163), "interpretar/aplicar é dar concreção [= concretizar] ao direito", operando "a inserção do direito na realidade". Trata-se de ir "do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [= do direito] no mundo do ser [= mundo da vida]." Concretizar "o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o particular."

Isso é relacionado com a questão da eficácia dos direitos fundamentais, mesmo porque a concretização corresponde justamente à aplicação, aos direitos fundamentais, "de uma certa diligência criativa, complementar e aditiva para lograr a completude e fazer a integração da norma na esfera da eficácia e juridicidade do próprio ordenamento" (BONAVIDES, 2005, p. 591).

2.2. O princípio da máxima efetividade

Seguindo a linha da concretização, imperativo neste momento é delinear alguns contornos acerca do princípio da máxima efetividade, a fim de preparar o terreno para a questão da eficácia dos direitos fundamentais e a seqüência do estudo.

Assim, antes de mais nada, importante é tecer alguns comentários sobre os princípios em geral, mesmo sabendo que a superficialidade aqui necessária não é condizente com a grande relevância deste instituto, na ordem constitucional pátria.

2.2.1. Princípios

De fato, formam os princípios o início de qualquer discussão jurídica. Pode-se afirmar que estes fundamentam o ordenamento jurídico. Paulo Bonavides desenvolve denso estudo acerca do assunto, descrevendo o legado deste instituto, principalmente na esteira de

Robert Alexy e Ronald Dworkin. Assim, Alexy (*apud* BONAVIDES, 2005, p. 277), ao estudar uma teoria material dos direitos fundamentais em bases normativas, instituiu a distinção entre regras e princípios, sendo ambos espécies do gênero norma, assemelhando-se, dessa maneira, à teoria de Dworkin. São ambos – os princípios e as regras – fundamentos para juízos concretos de dever. E especificamente sobre Dworkin (*apud* BONAVIDES, 2005, p. 281-283), suas teorias assemelham-se muito com as de Alexy, podendo-se inclusive afirmar que aquela serviu de inspiração para esta. E Dworkin inova, especialmente ao sugerir as bases para a hoje notória ponderação de princípios nas situações de conflito, discorrendo sobre a aplicação destes aos casos concretos.

Assim, observa-se que são tais autores estrangeiros que inspiram um novo paradigma constitucionalista, permitindo a leitura da CRFB/88 como um sistema aberto de regras e princípios. Estes, especificamente, são os mandamentos nucleares de nosso ordenamento, trata-se do "oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa" (BONAVIDES, 2005, p. 288).

Na lição de Gilberto Bercovici (2000, p. 96), "os princípios, assim, são ordenações que se irradiam e coordenam os sistemas de normas." Daí a sua importância. Acrescente-se, ainda, que toda e qualquer interpretação deve ser pautada nos princípios constitucionais, baseada nos objetivos do País, os quais são sintetizados pelos próprios princípios,[46] assumindo grande relevo, principalmente para o desenrolar do presente estudo, o princípio da máxima efetividade.

2.2.2. A máxima efetividade

Com efeito, não há como falar de princípios constitucionais e direitos fundamentais

---

[46] Neste sentido, Bercovici (2000, p. 98) conclui afirmando que "a compreensão da Constituição só tem sentido quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país. A opção escolhida pelo constituinte brasileiro é muito clara a favor da implementação de um Estado Democrático e Social, com fundamento na dignidade da pessoa humana e na superação das desigualdades regionais e sociais. Não pode ser outra a interpretação dada à Constituição de 1988."

sem mencionar o princípio da máxima efetividade. Trata-se da idéia de que às normas constitucionais, especialmente aos direitos fundamentais, deve-se conferir a maior eficácia possível em cada caso concreto.

Tal princípio representa a mudança da antes profunda raiz programática da ordem constitucional pátria para uma base muito mais carregada de eficácia e juridicidade. Consoante explica Peter Häberle (*apud* BONAVIDES, 2005, p. 596), a referida mudança iniciou-se com a doutrina de Georg Jellinek, a qual fixou "o começo da evolução no sentido de *tomarmos juridicamente* a sério os direitos fundamentais."[47]

Também relevante é a doutrina de Christian Starck (*apud* BONAVIDES, 2005, p. 596-598), o qual sustenta "que a maior das garantias constitucionais é aquela que produz os pressupostos fáticos para o pleno exercício da liberdade." E seguindo com as idéias de Häberle, defende este que a otimização e a plena efetivação dos direitos fundamentais vêm como fruto daqueles pressupostos para o pleno exercício da liberdade. Outrossim, Häberle, ao descrever a expansão do princípio da máxima efetividade, acaba por construir uma verdadeira teoria dos direitos fundamentais "fundada em sua efetividade", além de estabelecer "as premissas da intensa aplicação dos mesmos na Sociedade aberta onde se radicam." Finaliza com o pluralismo metódico, frisando que "a posição do intérprete dos direitos fundamentais que orienta os resultados hermenêuticos para a razão e a justiça ou para o bem comum, fazendo, assim, da interpretação constitucional a mola de concretização

---

[47] Além de inovar com a ponderação de princípios e sua aplicação aos casos concretos, aqui, Ronald Dworkin igualmente foi fundamental com sua obra "Levando os direitos a sério", consoante, por exemplo, a seguinte passagem, a qual é pertinente também para o prosseguimento do trabalho, com a nova maneira de interpretação dos direitos fundamentais: "A instituição requer um ato de fé por parte das minorias, porque o alcance de seus direitos será controverso sempre que forem direitos importantes, e porque os representantes da maioria agirão de acordo com suas próprias noções do que realmente são esses direitos. Sem dúvida, esses representantes irão discordar de muitas das reivindicações apresentadas pelas minorias. Isto torna ainda mais importante que eles tomem suas decisões com seriedade. Devem demonstrar que sabem o que são direitos e não devem trapacear quando examinam o conjunto das implicações da doutrina correspondente. O governo não irá restabelecer o respeito pelo direito se não conferir à lei alguma possibilidade de ser respeitada. Não será capaz de fazê-lo se negligenciar a única característica que distingue o direito da brutalidade organizada. Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério" (DWORKIN, 2002, p. 314).

atualizadora desse bem."

Ainda sobre o princípio da máxima efetividade, ressalte-se que este, como instrumento normativo da realidade social, deve sempre ser contido nos limites do princípio da razoabilidade. Também atente-se, neste contexto, para o fato de que as normas constitucionais são imperativas e devem ser claras, para a fácil identificação – por parte dos destinatários – das posições jurídicas em que se encontram. E justamente para amparar tais posições, nota-se a existência dos correspondentes instrumentos jurídicos para situações resguardadas (as clássicas ações junto ao Poder Judiciário) ou não, que nem por isso deixam de obter a merecida atenção – a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção suprem tal ocorrência.

Convém, finalmente, ressaltar que muito atreladas ao princípio da máxima efetividade estão as questões da eficácia dos direitos fundamentais e da reserva do possível, as quais serão a seguir analisadas.

2.3. A eficácia dos direitos fundamentais

Quando se propõe um novo enfoque para o instituto dos direitos fundamentais, significa que a imagem destes está no mínimo arranhada. De fato, não obstante a plena eficácia jurídica destes direitos na ordem constitucional pátria, o abismo facilmente notado entre a teoria e a prática, entre a lei e a realidade, ilustra uma grave e persistente crise em nosso País.

Antes desta análise central para o estudo, todavia, necessário é compreender que não é pelo fato dos direitos fundamentais lograrem pouca correspondência com a realidade social pátria que eles não possuam eficácia. Não se trata disto, frise-se antes de mais nada. Sua função não é a de espelhar a realidade, mas sim a de influenciá-la, a de educá-la.

Primeiro, então, será desenvolvida a problemática da eficácia dos direitos fundamentais; mais adiante, portanto, uma nova maneira de encará-los – e respeitá-los.[48]

---

[48] Juarez Freitas, ao prefaciar a obra "A eficácia dos direitos fundamentais", de Sarlet (2007, p. 19),

2.3.1. Terminologia

Com relação à terminologia, salienta-se, inicialmente, que a eficácia costuma ser vinculada à própria noção de aplicabilidade das normas jurídicas, sendo subdividida em eficácia jurídica e eficácia social, identificando-se, esta última, com o conceito de efetividade. Assim, uma primeira idéia acerca da eficácia dos direitos fundamentais demonstra que "qualquer preceito da Constituição (mesmo sendo de cunho programático) é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, consoante a normatividade que lhe tenha sido outorgada pelo Constituinte" (SARLET, 2007, p. 268).

Prosseguindo, José Afonso da Silva (*apud* SARLET, 2007, p. 247-248), foi um dos pioneiros a distinguir

> a eficácia social da norma (sua real obediência e aplicação no plano dos fatos) e a eficácia jurídica, que, segundo sustenta o ilustre publicista pátrio, "designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade". Constata-se, portanto, que, de acordo com esta concepção, a eficácia social se confunde com a noção de efetividade da norma.

---

salienta a importância do assunto ora abordado, já antecipando a questão da reserva do possível, e a relevância da caminhada em direção à consolidação dos direitos fundamentais: "A contínua marcha pelo reconhecimento dos direitos fundamentais é a mesma incessante caminhada no rumo da consolidação dos chamados Estados Democráticos. Neste prisma, os direitos humanos, à proporção em que se fazem reconhecidos, objetiva e positivamente, passam a robustecer o cimento indisponível do próprio Estado, o qual somente experimenta real sentido e autêntica legitimidade quando apto a viabilizar, mormente em situações-limite, a concretização ampliada da dignidade da pessoa. Com efeito, existe imbricação intensa entre o princípio da legitimidade e o resguardo jurídico da pessoa em sua essência, porque, está claro, os princípios fundamentais constituem-se mutuamente e jamais devem se eliminar. É dizer, a preocupação objetiva com a eficácia dos direitos fundamentais identifica-se com aquela de querer, verdadeiramente, respeitado o nosso Estatuto Fundamental, interpretando-o e, em simultânea medida, concretizando-o adequadamente. Destarte, em face da elevada hierarquia dos valores em tela, mister que toda a interpretação principialista dos direitos fundamentais tome na devida conta o imperativo de lhes conferir e outorgar a máxima aplicabilidade, pois de nada adianta que permaneçam como exortações abstratas ou construções fadadas ao limbo, quiçá numa falsa homenagem à suposta reserva do possível, que, às vezes, apenas revela a contumácia na resistência à inclusão de todos os seres humanos no chamado 'reino dos fins', isto é, no reino da dignidade, que veda qualquer 'reificação'."

Desta maneira, veremos, a seguir, que o problema central reside na questão da eficácia social, quando esta é confundida com a eficácia jurídica. Nesta linha de raciocínio, Luís Roberto Barroso (2006, p. 82-83), entende a eficácia social (efetividade) como a "realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social."

Já no que diz respeito à eficácia jurídica, esta relaciona-se à noção da aplicabilidade – e não efetividade – das normas jurídicas, "na medida em que a eficácia jurídica consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes" (SARLET, 2007, p. 248).

Eros Roberto Grau (2005, p. 323), muito embora possua tese divergente,[49] também resume a distinção de José Afonso da Silva:

> Cogitando de ambas, José Afonso da Silva afirma que "a *eficácia social* designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada"; "a *eficácia jurídica* da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados". Daí por que basta a *possibilidade* – não é necessária a *efetividade* – da geração de tais efeitos para que ocorra a *eficácia jurídica* da norma. E conclui José Afonso da Silva: "uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz".

2.3.1. Conceito

Assim sendo, frise-se que o conceito da eficácia jurídica é remetido à idéia da

---

[49] Conforme esclarece Sarlet, Grau "propõe uma revisão e reformulação da noção de eficácia e efetividade à luz da Constituição de 1988, partindo do pressuposto de que a decisão pela aplicação do Direito no caso concreto constitui, na verdade, uma decisão pela sua execução, isto é, pela sua efetivação. Para além dessa constatação, o referido autor tende a se afastar dos posicionamentos tradicionais adotados entre nós, quando advoga o ponto de vista de que a eficácia social (para utilizar a expressão habitual) não se situa no plano da aplicação da norma (como leciona José Afonso da Silva), mas que se manifesta – ou não – após o momento da aplicação, já que nada garante que as decisões – normas individuais de conduta – tomadas pelo Judiciário (como instância primordialmente incumbida do poder-dever de realizar o Direito, aplicando-o aos casos concretos) sejam efetivamente cumpridas pelos seus destinatários, tampouco garantindo que sejam realizados os fins buscados por elas" (SARLET, 2007, p. 249).

aplicabilidade, enquanto que a definição da eficácia social é correspondente à noção da efetividade.

Neste sentido, filiando-se à concepção clássica de José Afonso da Silva, e rebatendo, conseqüentemente, a tese de Eros Roberto Grau, Sarlet (2007, p. 249-250) formula seu conceito dos dois sentidos da eficácia, entendendo a faceta jurídica como sendo

> a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação. Inobstante (*sic*) reconheçamos a pertinência das críticas tecidas por Eros Roberto Grau, optamos pela adesão à concepção clássica da eficácia jurídica, já que não se pode esquecer que, independentemente de uma decisão em favor da aplicação do Direito – que apenas irá ocorrer em face dos casos concretos e na medida em que estes forem surgindo –, a norma jurídica vigente sempre será potencialmente aplicável e, por via de conseqüência, apta (ainda que em tese) a gerar efeitos. Na verdade, o que não se pode esquecer é que o problema da eficácia do Direito engloba tanto a eficácia jurídica, quanto a social. Ambas – a exemplo do que ocorre com a eficácia e a aplicabilidade – constituem aspectos diversos do mesmo fenômeno, já que situados em planos distintos (o do dever-ser e o do ser), mas que se encontram intimamente ligados entre si, na medida em que ambos servem e são indispensáveis à realização integral do Direito.

2.3.2. Art. 5º, § 1º, da CRFB/88

Diz o art. 5º, § 1º, da CRFB/88 que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 2008). Diante disto, apenas a título de referência, discute-se a questão das normas programáticas que versam sobre direitos fundamentais, se possuem ou não aplicação imediata. Sarlet apresenta as divergências, destacando a posição de Celso Bastos, o qual sustenta que os direitos fundamentais são, na medida do possível, diretamente aplicáveis, excetuando-se as seguintes situações: “quando a Constituição expressamente remete a concretização do direito fundamental ao legislador,” e “quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar a aplicabilidade,” ou seja, “no sentido de que não

possui a normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador" (BASTOS *apud* SARLET, 2007, p. 277).

Ainda com relação ao enorme dissídio doutrinário acerca das normas programáticas que tratam de direitos fundamentais, há quem defenda a inexistência, na CRFB/88, de normas programáticas, diante de seu próprio art. 5º, § 1º, e dos instrumentos processuais criados para combater omissões, como o Mandado de Injunção (art. 5º, inc. LXXI, da CF) – portanto, autêntico direito fundamental – e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, preceituada no art. 103, § 2º, da CF. Contudo, conforme sustenta Sarlet (2007. p. 278), a previsão constitucional destes instrumentos processuais "não tem, por si só, o condão de outorgar a todas as normas constitucionais a qualidade da aplicabilidade direta e a sua plenitude eficacial," são, muito pelo contrário, "justamente uma prova contundente de que existem normas na Constituição que dependem de interposição do legislador, constituindo tal circunstância a própria razão de ser dos instrumentos citados". Tais remédios constitucionais encontram-se, "isto sim, a serviço da aplicabilidade imediata, da eficácia e, portanto, também da efetividade das normas constitucionais."

Desta forma, portanto, importante atentar para a certeza da existência das normas programáticas que versam sobre direitos fundamentais – todas as normas constitucionais são dotadas de certo grau de eficácia e aplicabilidade (não efetividade).[50] E o art. 5º, § 1º, da CRFB/88, conforme ensina Sarlet, refere-se a

> norma de cunho inequivocadamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, entendimento este sustentado,

[50] Ademais, consoante afirma Sarlet (2007, p. 282), ao citar Flávia Piovesan, "sustentou-se acertadamente que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Além disso, há que dar razão aos que ressaltam o caráter dirigente e vinculante desta norma, no sentido de que esta, além do objetivo de 'assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos'."

> entre outros, no direito comparado, por Gomes Canotilho e compartilhado, entre nós, por Flávia Piovesan. [...]. Para além disso (e justamente por este motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais, [...]. Isto significa, em última análise, que, no concernente aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática [...] (SARLET, 2007, p. 284-286).

2.3.3. Considerações gerais

Finalizando a questão da eficácia dos direitos fundamentais, importa discorrer, ainda, especificamente acerca da eficácia dos direitos de defesa, bem como das peculiaridades da questão atinente à eficácia dos direitos fundamentais prestacionais como um todo.

Também, e com mais razão ainda, para os direitos fundamentais de defesa milita a presunção da aplicabilidade imediata do art. 5º, § 1º, da CRFB/88, além da máxima da maior eficácia possível, antes abordadas. Significa que tal dispositivo impõe ao Judiciário a aplicação dos direitos de defesa aos casos concretos, “viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficacial e, conseqüentemente, sua efetividade” (SARLET, 2007, p. 296). Ademais, ressalte-se também que a eficácia dos direitos de defesa não se esgota nesta “perspectiva jurídico-subjetiva ora referida. A plena justiciabilidade (como direitos subjetivos) desta categoria dos direitos fundamentais pode até assumir a condição de principal manifestação de sua eficácia jurídica” (SARLET, 2007, p. 296).

Finalmente, Sarlet informa, com respaldo em doutrina majoritária, as seguintes cargas eficaciais comuns a todas as normas definidoras de direitos fundamentais de cunho prestacional.

Primeiramente, estas cargas “acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental e, por via de conseqüência, sua desaplicação” (SARLET, 2007, p. 313).

Outra carga eficacial é a que contém determinações que vinculam o legislador, porquanto está este obrigado a concretizar programas, tarefas, fins e ordens, sempre na observância dos parâmetros preestabelecidos nos direitos fundamentais a prestações.[51]

Segue Sarlet informando as cargas eficaciais, frisando que as normas definidoras de “direitos fundamentais prestacionais de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais).” Isto porque “contêm princípios, diretrizes e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica” (SARLET, 2007, p. 314-315).

Também digno de referência, talvez pela divergência doutrinária, é o fato de os direitos fundamentais a prestações gerarem “sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva [...] em sentido amplo, não restrita à concepção de um direito subjetivo individual a determinada prestação estatal.”[52] Assim, mesmo “em se tratando de direitos fundamentais sociais de cunho prestacional e proclamados como normas dependentes de concretização, a sua perspectiva jurídico-objetiva assume especial relevo em relação à esfera subjetiva,” circunstância esta que, absolutamente, “não afeta sua fundamentalidade como tal, mas lhes outorga um caráter normativo diferenciado” (SARLET, 2007, p. 315-316).

Ainda no que diz respeito à eficácia dos direitos a prestações de cunho programático,

---

[51] Disto decorre “que se impõe a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais, isto é, caso contrários ao sentido dos princípios e regras contidos nas normas que os consagram” (SARLET, 2007, p. 314).

[52] “Neste particular, a doutrina nacional tem sustentado que em qualquer caso um direito fundamental que possa ser enquadrado nesta categoria gera, no mínimo, direito subjetivo no sentido negativo, já que sempre possibilita ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental. Cuida-se, neste particular, da assim denominada dimensão negativa dos direitos a prestações, à qual já se fez referência” (SARLET, 2007, p. 315).

“não se pode deixar de considerar a problemática dos direitos que já foram objeto de concretização pelo legislador.” Neste contexto, assume relevo um dos efeitos gerados por tais normas, a saber, a questão da proibição de retrocesso, tratando-se esta “de impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas,” o que, embora tenha aceitação de grande parte da doutrina pátria, tem causado grande polêmica, “ressaltando que, à medida que concretizado determinado direito social prestacional, este acaba por transformar-se, neste sentido, num típico direito de defesa” (SARLET, 2007, p. 316-317).

Especificamente sobre o princípio da proibição de retrocesso,[53] cumpre frisar a lição de Barroso (2006, p. 152-153), para quem a chamada *vedação do retrocesso* é princípio

> que não é expresso mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de idéias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação.

Por fim, salienta-se a importância da *proibição de retrocesso* para o cotejo dos direitos fundamentais com as utopias, já que se pode enxergar tal princípio como uma verdadeira escada rumo à utopia. Com a proibição de retrocesso, é garantida cada etapa do

[53] Após desenvolver a relação do princípio da proibição de retrocesso com a eficácia do direito fundamental à segurança jurídica, Sarlet, no artigo “A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro”, discorre sobre uma série de princípios e argumentos dos quais decorre a proibição de retrocesso, concluindo resultar esta também “diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de conseqüência, o artigo 5º, parágrafo 1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais [...] não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade” (SARLET, 2005, p. 142).

desenvolvimento, ou seja, o caminhar para a frente, para o futuro, sem o atraso de uma volta para o passado.

2.4. A questão da reserva do possível

Antes de encerrar o aprofundamento específico do instituto dos direitos fundamentais, a questão da reserva do possível assume grande relevância.[54]

E diretamente relacionada a esta problemática encontra-se a repercussão econômica dos direitos fundamentais sociais prestacionais, a qual é inegável. Também deve ser frisada a questão da disponibilidade do objeto, ou seja, "se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada [...], encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação" (SARLET, 2007, p. 303). Diante da reconhecida falência do Estado quanto à possibilidade de dispor totalmente de meios para a realização de suas obrigações, no que tange aos direitos fundamentais, tal "limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos" (SARLET, 2007, p. 303).

Em razão de tais circunstâncias, surge a problemática de uma "reserva do possível", a qual "abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma" (SARLET, 2007, p. 304) – leia-se, no caso, o Estado.

Assim, Sarlet (2007, p. 304) identifica uma dimensão tríplice da assim designada reserva do possível, abrangendo "a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a

---

[54] Apenas importante para a discussão, e não elemento integrante dos direitos fundamentais, consoante esclarece Sarlet (2007, p. 305): "Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais. A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental."

efetivação dos direitos fundamentais," bem como "a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras," e, já no que diz respeito a um "eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade."

Desta maneira, logo de início percebe-se que a questão da reserva do possível deve ser encarada com a devida precaução. Não deve jamais ser utilizada como barreira intransponível para a efetivação de direitos sociais, ou seja, como simples desculpa – conforme muitos entendimentos insinuam. De acordo com a ressalva de Sarlet (2007, p. 305), "há que questionar até que ponto estes aspectos têm o condão de efetivamente impedir a plena eficácia e realização destes direitos" fundamentais.

Neste particular, é fato que, conforme demonstra a aqui essencial problemática posta pelo custo dos direitos,[55] a crise de efetividade pela qual atravessa o instituto dos direitos fundamentais "está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais" (SARLET, 2007, p. 379). Dessa maneira, se escassos estão os recursos, maior deve ser a responsabilidade da deliberação sobre a sua destinação. Trata-se de conferir o merecido valor aos "princípios da moralidade e da eficiência, que direcionam a atuação da administração pública em geral," assumindo estes "um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a

[55] É esta a principal questão da obra de Flávio Galdino (GALDINO, 2005, p. 192), "Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos não nascem em árvores." O referido autor critica o modelo teórico da verificação da limitação dos recursos e sua orientação predominantemente normativista e redutora: "[...] partindo-se do texto da regra positivada [...], desde que o mesmo contenha previsão da prestação (o objetivo) e dos respectivos meios de consecução, e atribua um direito subjetivo ao indivíduo (ou mesmo à coletividade, na hipótese dos direitos difusos ou coletivos), entende-se criada uma situação jurídica sindicável pelo indivíduo, e, diante desta situação inteiramente configurada, têm-se as reservas materiais – *i.e.* As possibilidades econômicas e financeiras, como único limite à efetivação dos direitos. É comum dizer-se que a efetivação dos direitos econômicos e sociais – positivos por excelência – depende da 'reserva do possível' (*Vorbehalt des Möglichen*)."

efetividade dos direitos sociais" (SARLET, 2007, p. 381).

Segue Sarlet (2007, p. 381) com a questão da escassez, utilizando também a lição de Juarez Freitas para esclarecer que à problemática da reserva do possível, como condição de limite à efetivação judicial de direitos fundamentais, deve ser conferida especial atenção por parte dos órgãos estatais e agentes políticos, a fim de "maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível." E isto significa (e aqui está o amparo de Juarez Freitas)

> que se a reserva do possível há de ser encarada com reservas, também é certo que as limitações da reserva do possível não são, em si mesmas, uma falácia, como já se disse mais de uma vez entre nós. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a "reserva do possível" (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. Por outro lado, para além do fato de que o critério do mínimo existencial – como parâmetro do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações – por si só já contribui para a "produtividade" da reserva do possível, há que explorar outras alternativas disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de reduzir de modo expressivo, se não até mesmo neutralizar – no mínimo no que diz com as prestações básicas, o seu impacto.

Nota-se que a questão da *reserva do possível* está longe de ser pacificada, envolvendo teses nas mais variadas áreas jurídicas, afetando a própria problemática da separação dos poderes, da ingerência de um sobre o outro, etc.[56] Naturalmente, não há

[56] Com efeito, Sarlet (2007, p. 381-384) aponta algumas conclusões a respeito da problemática: "Neste contexto também assume relevo o já referido princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais [...] e que incide na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência, além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais. Isto significa, em apertadíssima síntese, que os responsáveis pela proteção e implementação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no

como aprofundar, aqui, no presente momento, tema tão relevante e polêmico como o controle judicial de políticas públicas. É certo que o Poder Judiciário não pode usurpar as funções dos Poderes Executivo e Legislativo, mas também não há como negar a possibilidade daquele assumir o papel destes nos casos excepcionais de descumprimento de encargos próprios que prejudiquem ainda mais a eficácia de direitos fundamentais.

Frise-se apenas a necessidade de ter a utopia em mente, à hora de discutir a plena efetivação destes direitos e as questões que envolvam a própria dignidade da pessoa humana (relacionada ao chamado mínimo existencial de sobrevivência do cidadão). No futuro de nossa sociedade, a partir desta caminhada em direção à utopia, não deveria haver espaço para entraves formais pautados em escusos interesses políticos – todos deveriam estar preocupados em maximizar a eficácia da CRFB/88.

A questão, na verdade, transita por duas faces. De um lado, a reserva do possível não pode servir de simples desculpa por parte da Administração Pública para desrespeitar o texto constitucional.[57] Por outro, ela pode ser utilizada como justificativa teórica para o que

---

que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade – no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do (s) direito(s) restringido (s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção do outro (s) – no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. [...]. Outra possibilidade, já referida, diz com o controle (que abrange o dever de aperfeiçoamento, resultante dos deveres de proteção) judicial das opções orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos em geral (inclusive da que dispõe sobre a responsabilidade fiscal), já que com isso se poderá, também, minimizar os efeitos da reserva do possível, notadamente no que diz com sua componente jurídica, tendo em conta a possibilidade (ainda que manuseada com saudável e necessária cautela) de redirecionar recursos (ou mesmo suplementá-los) no âmbito dos recursos disponíveis e, importa frisar, disponibilizáveis. Com efeito, o que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer possibilidade de intervenção neste plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais e, o que é mais grave, de caráter jusfundamental [...]. Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem 'governa' - pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais."

[57] Esta parece ser a faceta mais discutida, ou seja, é a partir desta constatação que se desenvolve a

aqui se defende, ou seja, é uma real constatação da distância entre teoria e prática – e assim, paradoxalmente, um verdadeiro alicerce da utopia. É hoje necessária, mas à medida que o País se desenvolva, evolua ou simplesmente caminhe, a reserva do possível terá de ser relegada a um segundo plano. Quanto mais "possíveis" forem as conquistas, menos elas precisarão ser "reservadas", naturalmente.

Enfim, Ana Paula de Barcellos bem resume o problema, atentando para a questão do mínimo existencial:

> Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BARCELLOS, 2002, p. 245-246).

O importante, portanto, é entender a reserva do possível como um problema, e não uma desculpa, e, menos ainda, uma solução. E problema este que envolve a eficácia dos direitos fundamentais e a arranhada imagem que estes carregam atualmente.

---

questão do controle judicial de políticas públicas. Isto porque o poder público detém a imagem, não sem razão, na maioria das vezes, do desvio, da manipulação de sua atividade financeira, a fim de criar obstáculos orçamentários artificiais no intuito de inviabilizar a própria reserva do possível, ou seja, a usa como um verdadeiro escudo, uma desculpa que, nestes casos, advém da sobreposição de interesses a ele mais rentáveis em detrimento de toda a sociedade, ficando, assim, impossibilitado de resguardar as condições materiais mínimas de existência dos cidadãos. Dessa maneira, portanto, a cláusula da reserva do possível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, para favorecimento de seus desejos pessoais, ainda mais em se tratando de prejudicialidade a direitos fundamentais da pessoa humana.

É este o novo rumo da discussão. Após a análise das utopias positivas e dos direitos fundamentais em si, necessário agora é o desafio de cotejar aquelas com estes, a fim de compreender e superar esta imagem negativa nada condizente com a eminência do instituto dos direitos fundamentais em nosso País.

3. A UTOPIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muito foi falado acerca da eficácia dos direitos fundamentais. Entretanto, apesar das inúmeras definições e considerações a este respeito, é visível que algo não está a funcionar na conjuntura atual do constitucionalismo pátrio.

Com efeito, nosso Estado social e democrático de Direito atravessa uma crise de efetividade e identidade sem precedentes, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. O abismo existente entre lei e realidade, entre ricos e pobres, é inegável. As leis não são vistas como expressão de direitos, nem de vontades e decisões públicas coletivas (CHAUÍ, 2003). O Poder Judiciário ainda aparece com ares misteriosos, divorciado do restante da sociedade – distanciado daqueles a quem deveria servir.[58] Consoante afirma Canotilho (*apud* SARLET, 2005, p. 129), "estamos a vivenciar um verdadeiro mal-estar constitucional e um pessimismo pós-moderno."

Contudo, é justamente este pessimismo que não pode prosperar. E aqui reside o início da problemática central – precisa-se agir com esperança, com otimismo. O distanciamento entre teoria e prática, lei e realidade, deve ser encarado de outra forma, é

---

[58] Friedrich Müller (2002, p. 573-574), em seu artigo "Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?", ilustra o grave momento do País: "O Brasil é estigmatizado amplamente pela exclusão primária. A própria Constituição está sob esta superestrutura, sob esse metacódigo. A práxis estatal, paraestatal e econômica ab-roga aos excluídos a dignidade humana e mesmo, na atuação do aparelho repressivo, a qualidade de seres humanos: negação das garantias jurídicas e processuais, perseguição física, "execução" sem acusação e processo, impunidade dos agentes da opressão e das chacinas. As pessoas são obrigadas como titulares de deveres, de um caso a outro, mas não são admitidas como titulares de direito lá onde têm necessidade disso. As normas (constitucionais) lhes aparecem quase que só 'nos seus efeitos limitadores da liberdade'; mas o acesso à proteção jurídica e às vias legais [*Rechtsweg*] existe para eles, assim como os direitos de participação política, praticamente só no papel. A Constituição não integra mais eficazmente a economia e a sociedade, a política e o direito; serve somente aos superintegrados. Ela não impõe mais o código direito/não-direito ao metacódigo inclusão/exclusão; o Estado está *sujeito* à economia, o direito aos imperativos da economia. O cúmulo do cinismo objetivo consiste então no fato de que "se identifica constantemente com subversão" a vontade de subintegrados, (sub)cidadãos, (sub)pessoas excluídas, de pretender os direitos de cidadania que lhes cabem segundo a lei e a Constituição. Tal realidade ainda não é ou já não é mais um "estado constitucional"; a Constituição exclui a si mesma, a saber, do nexo da legitimidade democrática."

isto que se propõe.

Assim, defendeu-se o sentido positivo do vocábulo utopia e desenvolveu-se o estudo do instituto dos direitos fundamentais para cotejar estes dois objetos do trabalho: os direitos fundamentais da CRFB/88 funcionam como uma utopia de sentido positivo.

Trata-se, dessa maneira, de enxergar nossos direitos fundamentais como objetivos a alcançar: uma verdadeira trilha que nos faça caminhar para a melhor direção, sem perder a esperança de "efetivamente efetivá-los".

Portanto, a essência do trabalho é justamente esclarecer a carga utópica positiva dos direitos fundamentais – o verdadeiro âmago da CRFB/88 – e demonstrar como tal constatação pode ser útil para o início de um novo tempo, em que esta nova maneira emancipatória de interpretação corresponda ao caminho em direção ao horizonte, ao plano ideal.

3.1. Retornando ao conceito de utopia positiva

Antes de mais nada, primordial é retornar à questão da utopia. Assim, recorde-se que necessitamos acrescentar à utopia a alcunha de positiva, porquanto está incutida em um senso comum alienante uma idéia errônea acerca do correto significado da palavra. Ademais, em razão do cotejo proposto entre a utopia e os direitos fundamentais, melhor mesmo que se acrescente o termo positivo para garantir que não se faça um julgamento equivocado do que se pretenda aqui promover.

Assim, frise-se que a utopia é sim perfeitamente realizável e concreta, caso lutemos por sua realização e concretização. É exatamente o que se deve fazer com os direitos fundamentais, o que falta na conjuntura atual de crise: não se está lutando o suficiente pela concretização deste instituto. Acomodamos com a plena eficácia jurídica, relegamos a eficácia social a um segundo plano.

Desta maneira, a percepção da dimensão utópica dos direitos fundamentais é o início

de um caminhar. Caminhar este já referido por Galeano, em direção ao horizonte – exatamente onde se encontram os direitos fundamentais.

Este é o grande vetor das utopias – este fazer caminhar, fazer desenvolver. Somente assim será efetivamente possível diminuir o abismo entre teoria e prática, entre lei e realidade. Consoante já salientado inicialmente, deve-se entender que este inevitável distanciamento (mas não abismal) é salutar, sendo o que nos faz evoluir, de um presente indesejável para um amanhã melhor. E a esperança, neste sentido, jamais deve ser perdida – o pessimismo trava este caminhar. Com efeito, retome-se a lição de Bloch (2005a, p. 77):

> Por isso, a esperança, este afeto expectante contrário à angústia e ao medo, é *a mais humana de todas as emoções e acessível apenas a seres humanos. Ela tem como referência, ao mesmo tempo, o horizonte mais amplo e mais claro*. Ela representa aquele *appetitus* no ânimo que não só o sujeito tem, mas no qual ele ainda consiste essencialmente, como sujeito não plenificado.

Prosseguindo nesta linha de raciocínio, restou perdida a vontade da mudança,[59] tão importante em tempos revolucionários e que esteve presente em muitos momentos do legado histórico dos direitos fundamentais. Parece-se que não há mais a vontade de Constituição,[60] a vontade de direitos fundamentais.[61] Estes, que seja relembrado, não foram

---

[59] "O desejo de ver as coisas melhorarem não adormece. Nunca nos livramos do desejo, ou então nos livramos apenas ilusoriamente. Seria mais cômodo esquecer esse anseio do que realizá-lo, mas para onde isso levaria hoje? Os desejos ainda assim não cessariam, ou se travestiriam em novos, ou até nós, os sem-desejo, seríamos os cadáveres que os maus pisariam no caminho para a sua vitória. Não é hora de desistir dos desejos. Os que sofrem privação sequer pensam nisso: eles sonham que seus desejos um dia serão realizados. Sonham com isso, como diz a expressão coloquial, dia e noite, portanto não só à noite. Isso também seria muito estranho, já que o dia é o momento em que a privação e o desejar mais se fazem presentes. Há sonhos diurnos em número suficiente, só não foram satisfatoriamente observados. Mesmo de olhos abertos, no seu íntimo a pessoa pode ver tudo colorido ou em forma de sonho" (BLOCH, 2005a, p. 79-80).

[60] Neste sentido, Konrad Hesse, na sua paradigmática obra "A Força Normativa da Constituição": "pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*)" (HESSE, 1991, p. 19).

[61] Sarlet, a partir de Hesse, formula: "Neste sentido, se – de acordo com a paradigmática afirmação de Hesse –, para a preservação e o fortalecimento da força normativa da Lei Fundamental se torna indispensável a existência de uma 'vontade de Constituição', também poderemos falar em uma vontade dos direitos fundamentais, ainda mais quando estes integram o núcleo essencial de

consolidados do dia para a noite, mas resultaram de lutas seculares até a sua efetivação. E este sentimento, todas estas vontades, infelizmente, não mais são percebidas. Esconde-se através do pessimismo, da desesperança, da acomodação, idéias tão aversas à utopia.

Portanto, deve-se urgentemente voltar a acreditar na mudança. O mundo não está finalizado, consoante lembra Bloch (2005a, p. 243), ao comentar Marx:

> A verdade, porém, é a de Marx, que se destaca de todas as filosofias surgidas até o momento, de que o que importa é transformar o mundo corretamente interpretado, o que significa justamente interpretado como estando num processo materialista-dialético, como inconcluso. Transformação do mundo transformável é a teoria-práxis do possível real realizável na linha de frente do mundo, do processo do mundo. E nessa ponta, o possível real, apátrida em qualquer filosofia estático-contemplativa, constitui-se no problema real do mundo como tal: ele é o idêntico ainda não ocorrido da manifestação e do ente real, enfim, da existência e da essência contidas nele.

Enfim, a tomada de consciência[62] é o primeiro passo. Consciência de que estamos em crise, e de que devemos levar a realidade para perto dos direitos fundamentais, e não rebaixar estes à realidade. Compreendendo-os como uma utopia positiva, possibilita-se, então, a urgente caminhada do presente degradante para um futuro de direitos fundamentais por todos respeitados.

3.2. Direito e utopia

Apesar de parecer improvável o cotejo destas duas palavras, muitos dele trataram, mesmo que de maneira indireta, conforme será visto agora, mais especificamente no que se aproxima de nossa problemática central, ou seja, a relação entre a utopia, positiva, e, não

---

qualquer Constituição que mereça esta designação" (SARLET, 2007, p. 82-83). E, ainda, sobre esta vontade de Constituição, Bercovici (1999, p. 44), ao analisar as idéias de Hesse e aplicá-las na realidade pátria, afirma que "entre nós, infelizmente, essa 'vontade de Constituição' praticamente inexiste nos altos escalões da República, sejam do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário."

[62] "*O crítico pode, portanto, tomar como ponto de partida qualquer forma da consciência teórica e prática e, a partir das próprias formas da realidade existente, desenvolver a verdadeira realidade com seu dever-ser e seu fim último. (...) Ficará evidenciado, então, que o mundo há muito já possui o sonho de uma coisa, da qual ele só precisa possuir a consciência para possuí-la realmente.* (Marx, *Carta a Ruge*, 1843)" (BLOCH, 2005a, p. 193).

qualquer direito, mas um direito fundamental.

Inicialmente, entre nós, merece destaque a obra “Direito e Utopia”, de João Baptista Herkenhoff. Nesta, o autor, na esteira de Bloch e Pierre Furter, promove grande exaltação do vocábulo utopia,[63] relacionando-o ao Direito. Salienta Herkenhoff (2004, p. 17), especificamente acerta desta relação, que, “no direito, um papel decisivo está reservado ao pensamento utópico.” E isto porque, continua o autor, é a utopia que consegue, com sua força, afastar

> um Direito que apenas desempenha o papel de regulamentar a opressão; um Direito da desigualdade; um Direito injusto, porque, no processo da produção, privilegia o capital; um Direito que, consagrando essa distorção básica, faz com que dela decorra uma rede de distorções que maculam todos os institutos jurídicos. É a utopia que dá instrumentos para ver e construir, pela luta, o Direito do amanhã: o Direito de igualdade; o Direito das maiorias, aquele que beneficiará quem produz, o Direito dos que hoje são oprimidos; o Direito que proscreverá a exploração do homem pelo homem, o Direito fraterno, e não o Direito do lobo; o Direito que o povo vai escrever depois que conquistar o Poder, o Direito que nascerá das bases. Nesse Direito das maiorias, os sustentáculos do poder político serão outros, com uma nova estruturação do governo, com outras formas de representação (HERKENHOFF, 2004, p. 17-18).

Assim, utopia e Direito podem ser muito mais relacionados do que se parece. Apesar de aparentemente pretenderem se excluir, consoante lição de Coelho (2002, p. 154), já que a utopia radical almeja prescindir das leis e estas jamais querem parecer utópicas, a lei, todavia, “pode ser um modo de intervenção e de transformação da realidade, pode ser um vetor na construção de um programa utópico.”

Prosseguindo-se a discussão, conforme já salientado, importante é, neste cotejo

---

[63] “A primeira função do pensamento utópico, segundo Pierre Furter, é favorecer a crítica da realidade. Mas não se esgota aí seu fim: a utopia é também uma forma de ação. Porque dão seu dinamismo à filosofia política, as utopias, conforme observou Ernst Bloch propõem aos homens os meios para proverem seu destino à luz de uma visão global do desenvolvimento histórico. Por isso, segundo observou Bloch, o Princípio da Esperança anima o mundo. 'O que nos mantém em plena e ininterrupta ação construtiva, o que dá sentido à vida atual', disse Frei Fernando de Brito, do fundo de uma prisão, 'é que hoje e agora construímos o mundo de amanhã. E, dialeticamente, é esta atividade que faz com que a Esperança seja um objetivo realizável'” (HERKENHOFF, 2004, p. 16-17).

entre utopia e Direito, privilegiar a Constituição, por ser a própria razão de ser do atual Estado de Direito. Assim, continua Coelho (2002, p. 154), compactuando do entendimento aqui proposto, ao citar as normas programáticas da Constituição como grande exemplo da utopia no Direito, sendo que tais normas não foram inseridas no texto constitucional "por mero diletantismo ideológico ou filosófico, mas sim para serem concretizados. São os vetores que apontam para o futuro." Dessa maneira, afirma o autor que "o programatismo liga a Constituição à utopia." E ressalte-se, também, "que esse componente utópico da Constituição nada tem de quimérico, mas de projeto possível e realizável de cidade (sociedade) ideal." Com efeito,

> a utopia inspiradora é, por assim dizer, decantada e filtrada pela realidade política e histórica, para ser transformada em discurso jurídico, em Constituição. Abstraídos os regramentos de pormenores e de regulamentação secundária, as lutas programáticas que se dão no seio do poder constituinte e que se transformam em normas constitucionais são vetores importantíssimos a demonstrar a vontade concreta de mudança social e o caráter, em certo sentido, utópico das Constituições. Ainda que nesse aspecto a utopia e a Constituição não retratem um mundo real e histórico, mas a um mundo ideal que, todavia, aspira a fecundar a realidade. O momento histórico no qual atua esse extraordinário fenômeno constituinte, que recria em outras bases uma nova aspiração de mundo, sobre as ruínas as ilusões superadas, convida ao sonho e à ousadia de tornar possível os sonhos utópicos. Nesse sentido, o poder constituinte destrói as velhas bases de um passado injusto, mas para avançar nas conquistas humanas. Não se trata apenas de negar uma velha ordem, mas como as utopias, procurar a construção de um mundo novo, justo e feliz (COELHO, 2002, p. 154-155).

Outrossim, convém aprofundar a relação, identificando o próprio Estado Democrático de Direito pátrio "como um ideal a ser alcançado, não como um sonho, mas como algo concreto a ser construído," de acordo com Carlos Alberto Cavalheiro (2002, p. 21). Prossegue o mesmo autor, relacionando os conceitos de Darcisio Corrêa e Gisele Citadino, considerando, assim a "utopia 'como um conjunto de idéias, representações, teorias, crenças e valores, voltados para a construção do projeto de um mundo novo'," e principalmente "solidário, 'onde os compromissos morais se constituam em normas universalmente válidas'," podendo-se entender, assim, a utopia "como 'metodologia crítica', como 'instrumento de ação'," porquanto "a dignidade humana não representa um valor

abstrato, mas autonomia ética dos homens concretos" (CAVALHEIRO, 2002, p. 21-22). Logo, a Constituição "não representa apenas o conjunto das regras máximas que legitimam o uso do poder, tem também uma função de horizonte de possibilidade para agir o Estado, num sentido ideal utópico a ser atingido, o que se constitui no substrato moral do Estado" (CAVALHEIRO, 2002, p. 17).

Enfim, é inegável a presença da utopia no Direito, mormente em se considerando a Constituição[64] e, conseqüentemente, os direitos fundamentais, os quais assumem papel especial, conforme será agora aprofundado.

3.3. A dimensão utópica dos direitos fundamentais

Finalmente no que tange à dimensão utópica dos direitos fundamentais, cumpre, primeiramente, retomar a discussão da distância (abismal, hoje) entre teoria – lei – e prática – realidade.

Para tanto, inicia-se a análise com Ferdinand Lassalle, o qual defendeu a coexistência de duas constituições em uma sociedade: uma real e efetiva, composta pelos fatores reais de poder que regiam a sociedade, e a outra, a escrita, consistente em uma mera "folha de papel", que camuflava esses mesmos fatores reais de poder. Assim, afirmava que uma Constituição escrita somente seria boa e duradoura quando "corresponder à

---

[64] Consoante se constata da seguinte passagem de Bloch (2005b, p. 41), ao dissertar sobre a pioneira obra de Platão e a característica refletida e reacionária desta, a utopia e o Direito evoluíram, em determinados momentos, quase de mãos dadas, com o pensamento utópico significando passado, em um primeiro momento, com as Constituições liberais e posteriormente as Constituições dirigentes de acentuado teor utópico para o futuro, tendo a dignidade e o desenvolvimento pleno como características marcantes. Com efeito, "já não se sonha vagamente até o fim, mas tampouco se anseia e se celebra tempos áureos originários. Em lugar da liberdade perdida (do tipo rústico ou exuberante), aparece a ordem não alcançada: o sonhar se consolida com seu conteúdo e se torna imperativo." Ainda neste contexto, digna de nota é a passagem de Cavalheiro (2002, p. 21), a partir da lição de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Morais, afirmando que "pressupõe o Estado Democrático de Direito brasileiro, ao impor um sentido utópico à Constituição, que existem valores a serem realizados pela ordem jurídica através de um agir estatal concreto. Isto é, 'teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *welfare state* neocapitalista –, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade'."

Constituição real e tiver as suas raízes nos fatores do poder que regem o país. Onde a Constituição escrita não corresponder à real, surge inevitavelmente um conflito" e, a qualquer momento, "a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá forçosamente perante a Constituição real, a das autênticas forças vitais do país" (LASSALLE, 1987, p. 55-56). Logo percebe-se a atualidade do discurso, inclusive para o constitucionalismo pátrio e, especificamente, para a problemática dos direitos fundamentais ora abordada.

Hesse, sem se afastar de Lassalle, também discorre sobre o assunto.[65] Segundo ele, com relação à "coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar" (HESSE, 1991, p. 10). É exatamente o que se defende aqui, entender a distância entre lei e realidade e a função da dimensão utópica dos direitos fundamentais como vetor de caminhada entre uma e outra, entre esta tensão intransponível. Caminhar até chegar, no futuro, ao que se entendia por direitos fundamentais hoje, sendo que, no momento em que se atingir o que hoje seja teoria, novos modelos serão necessários, justamente para nos fazer continuar a caminhar – trata-se isto de desenvolvimento. Sempre haverá a distância entre um e outro, mas a vontade de diminuí-la a padrões aceitáveis é o que nos faz melhorar.[66]

[65] Entre nós, neste sentido, merece destaque Cláudio Ari Mello (2004, p. 301): "A compreensão do modelo de democracia constitucional adotado pela Constituição Federal de 1988 depende de uma teoria constitucional que conjugue elementos de uma constituição ideal, onjeto da teoria geral do constitucionalismo, e elementos da constituição concreta, objeto de uma teoria constitucional concreta, adequada à vigente Constituição brasileira. A relação entre a constituição ideal e a constituição real deve ser necessariamente *dialética*. Por um lado, não se pode subsumir um determinado modelo concreto à fórmula universal; por outro, não deve o modelo concreto afastar-se tanto ou ignorar tão completamente a base conceitual ideal que deixe de ser uma concretização do conceito abstrato, ou que perca os elementos que permitem preservar a identidade constitucional mesmo na diferença. A dialética entre a constituição ideal e a constituição real pressupõe um movimento original de um povo consciente das suas circunstâncias históricas, políticas, sociais e culturais, que busca uma fórmula bem-sucedida de Estado para aplicar às suas instituições jurídico-políticas, respeitando o contexto interno" (MELLO, 2004, p. 301).

[66] Ainda com Hesse (1991, p. 18-19), neste contexto, "a norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. [...], a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida. Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada

Também neste sentido, Coelho (2002, p. 153), afirma que, se o pensamento utópico propõe muitas vezes esperanças improváveis que naturalmente remetem a uma quase certa frustração, “é preciso não perder de vista que ideal e real, conquanto não possam ser inteiramente identificados, podem ser aproximados. O ideal pode fecundar o real e transformá-lo.”

E segue-se com a dimensão utópica dos direitos fundamentais, consoante refere Sarlet (2007, p. 70), ao citar Klaus Stern, sobre cujas idéias “podemos afirmar que o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente.”

Primordial citar, neste momento, dois autores que abordam especificamente a questão da dimensão utópica dos direitos fundamentais.[67] No plano internacional, destaque

realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente [...]. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.” E conclui Hesse, com a passagem já referida da vontade de poder e, também, a vontade de Constituição.

[67] O próprio Sarlet também destaca a abordagem de Antonio-Enrique Pérez Luño e de José Eduardo Faria: “Ainda nesta quadra da exposição, convém destacar que os direitos fundamentais de modo geral, a despeito de sua dimensão jurídico-normativa, essencialmente vinculada ao fato de serem postulados de 'dever ser', possuem o que Pérez Luño denominou de 'irrenunciável dimensão utópica', visto que contêm um projeto emancipatório real e concreto. Entre nós, igualmente reconhecendo uma perspectiva utópica e promocional dos direitos fundamentais, José Eduardo Faria, partindo da concepção de utopia como 'horizonte de sentido', sustenta que a luta pela universalização e efetivação dos direitos fundamentais implica a formulação, implementação e execução de programas emancipatórios, que, por sua vez, pressupõe uma extensão da cidadania do plano meramente político-institucional para os planos econômico, social, cultural e familiar, assegurando-se o direito dos indivíduos de influir nos destinos da coletividade” (SARLET, 2007, p. 386). Juarez Freitas também sugere o que aqui é proposto, ao prefaciar a obra de Sarlet: “Por tudo, neste momento em que redirecionamos o olhar, em tons comemorativos e inquietantes, para a Declaração Universal de 1948, urge que tenhamos a convicção – fortalecida pela leitura deste trabalho – de que a igualdade em dignidade e direitos segue, mais do que nunca, como algo a ser edificado. Trata-se, sem dúvida, de uma meta suprema, que consiste em alcançarmos, corajosamente e sem escapismos, uma lídima maioridade civilizatória, na qual devemos seguir depositando nossas melhores esperanças. Em outras palavras, a eficácia dos direitos fundamentais apresenta-se como o mais inadiável e portentoso dos desafios, em especial para os que assimilaram a cidadania como direito a ter direitos (H. Arendt), mas, acima de tudo, como o direito a ter direitos intangíveis.” Nesta conjuntura, espera-se que a presente obra “sirva para

para Antonio-Enrique Pérez Luño, o qual denominou o que tem-se aqui defendido como irrenunciável dimensão utópica dos direitos fundamentais, consoante nota de seu aluno, Marcos Leite Garcia (2007):

> Na defesa da divisão dos direitos fundamentais em gerações, diz o professor Pérez Luño [...]: "Uma concepção geracional dos direitos humanos implica, em suma, reconhecer que o catálogo das liberdades nunca será obra fechada e acabada". Segue o professor da Universidade de Sevilha: "Uma sociedade livre e democrática devera mostrar-se sempre sensível e aberta ao aparecimento de novas necessidades, que fundamentem novos direitos". E sobre a fase em que eles ainda não são positivados diz que "Enquanto esses direitos não tenham sido reconhecidos pelo ordenamento jurídico nacional e/ou internacional, atuaram como categorias reivindicativas, pré-normativas e axiológicas". Exatamente essa será a dimensão do processo de formação do ideal dos direitos que é constante e inacabado em nome da dignidade do ser humano e da "irrenunciável dimensão utópica" [...] dos direitos fundamentais que dá legitimidade aos mesmos.

Dignas de notas são as idéias de José Eduardo Faria, em sua obra "O direito na economia globalizada", referindo-se ao atual estágio do sistema capitalista neoliberal as mazelas por este geradas, especialmente em um País periférico como o nosso. Discorre o autor sobre a presença dos direitos fundamentais, nomeadamente os sociais, no constitucionalismo pátrio contemporâneo, entendendo estes como "um instrumento de ação política ou um projeto de transformação dotado de um certo compontente 'utópico'." E logo adverte Faria que se trata da utopia aqui defendida, em seu sentido positivo, "como direção na qual se pode caminhar mas da qual o processo histórico não se aproxima necessariamente," e "não em seu sentido mais vulgar ou comum, isto é, como algo irrealizável, uma quimera ou uma fantasia." É exatamente o que ora se defende, até de maneira exaustiva. Faria é incisivo, escorando-se na também não menos relevante e aqui coincidente lição de Boaventura Santos:

---

despertar ou fomentar as consciências para a grandeza e para a urgência do referido desafio de guarnecer e viabilizar, expansivamente, os direitos fundamentais, no intuito de, vez por todas, lançarmos os alicerces dinâmicos de um milênio sem a crueldade e o inusitado barbarismo que foram lamentáveis tônicas e constantes no ciclo que ora finda. Um novo milênio em que se conquiste o pleno florescimento de nossa fundamental dignidade, aquela que, quando respeitada, faz, de todos e de cada um, os verdadeiros e únicos legitimadores do Direito Positivo. Enfim, um milênio no qual possamos nos sentir em casa, ainda neste mundo" (SARLET, 2007, p. 21-22).

> É neste sentido que o "direito social" tem sido ultimamente formulado e desenvolvido: como uma tentativa de "construção de mundos impossíveis destinada a iluminar a formação e a conquista de mundos possíveis". Nas palavras do autor desta definição, a utopia é duplamente relativa. "Por um lado, é uma chamada de atenção para o que não existe como parte integrante, mas silenciada, do que existe; pertence à época pelo modo como se aporta dela; por outro lado, a utopia é sempre desigualmente utópica, na medida em que a imaginação do novo é composta em parte por novas combinações e novas escalas do que existe". Originando-se nas condições históricas e materiais em que se encontram os segmentos sociais excluídos e marginalizados, a utopia assim entendida é "a metáfora de uma hipercarência formulada ao nível a que não pode ser satisfeita". O mais importante, nela, não é o que diz sobre os valores a serem realizados no futuro, porém, "a arqueologia virtual do presente que a torna possível; paradoxalmente, o que é importante nela é o que nela não é utopia". Como elemento constitutivo da realidade presente, a utopia se traduz em objetivos históricos e recebe dessa perspectiva concreta sua eficácia simbólica. O possível será então concebido como a transição rumo a uma meta ainda não possível, mas finalmente factível. Ao postular a factibilidade da utopia, o presente não é senão uma ordem provisória que apenas tem valor enquanto ante-sala do futuro". Enquanto "horizonte de sentido", portanto, o "direito social" partiria de onde se manifestam e de onde costumam ser identificadas as limitações estruturais do processo de generalização das formas de produção, atuação e acumulação impostas pela "economia-mundo", revelando assim a "outra face" da transnacionalização dos mercados de insumo, produção, finanças e consumo (FARIA, 2004, p. 283-284).

Enfim, tais elucidativas passagens reafirmam o ora defendido, o caminhar da dimensão utópica dos direitos fundamentais. A CRFB/88, neles, incorpora a utopia e a converte em direito. Finalmente, em outras palavras, antes de aprofundar este caminhar, importante enxergar que estes direitos fundamentais estão dispostos em um plano ideal, em uma república, ou ilha, ou cidade, nos chamando a sempre caminhar esperançosamente para perto de si.

3.4. A necessidade de uma interpretação emancipatória

Inicialmente, debateu-se exaustivamente acerca do sentido positivo do termo utopia. Depois, também à exaustão discorreu-se sobre os direitos fundamentais no direito constitucional pátrio. Agora, coteja-se estes dois objetos para, finalmente, aprofundar a importância de tal relação. Mais que importância, há a necessidade desta comunicação para uma interpretação emancipatória.

Neste sentido, deve-se urgentemente fugir do atual estágio de marasmo e alienação tão condizentes com o pessimismo percebido na sociedade civil do País, no que diz respeito aos direitos fundamentais. Como sustenta Friedrich Müller, "não se deve esperar pacientemente pela evolução da sociedade civil."[68] Parafraseando-se Hannah Arendt (1990), deve-se, sim, retomar o tesouro perdido de tantas Revoluções, de tantos movimentos revolucionários que foram necessários para a positivação dos direitos fundamentais, assim como os que serão para a sua concretização, para a interpretação emancipatória do caminhar em sua direção. O ser humano já sofreu muito para conseguir conquistar os direitos fundamentais e, também em razão disto, de absolutamente de maneira alguma se deve retroceder, ou deixar de evoluir (o que daria no mesmo) – trata-se, em última análise, da efetivação da própria cidadania.

Com efeito, esta nova interpretação dos direitos fundamentais, este enfoque emancipatório comprometido com a transformação de toda a sociedade civil, adquire pleno sentido quando assumida a dimensão utópica ora defendida, a qual confere o papel de instrumento de refundação da sociedade à CRFB/88, "onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim horizonte aberto e estruturado e onde a interpretação faz surgir o sentido" (STRECK, 1999, p. 15).

Dessa maneira, o abismo entre teoria e prática, lei e realidade, poderia diminuir, através de uma permanente vinculação do aplicador do direito à luta pela concretização dos direitos fundamentais, através do caminhar utópico. Evidentemente com as devidas ressalvas, algo semelhante já se mostrou possível no passado, conforme ensina John

---

[68] E, deste ponto, prossegue Müller: "muito pelo contrário, essa evolução deve ser provocada na direção correta por meio de atividades legais como movimentos de cidadania [*Bürgerinitiativen*], grupos de proteção jurídica e autoproteção e por ações individuais legais como procedimentos-piloto e processos-modelo – *e. g.* contra tentativas de manter a impunidade. Os juristas com mandato e competência para tal fim estão aqui objetivamente no papel de uma vanguarda social e deveriam assumir esse papel corajosamente; tanto mais, quanto justamente no Brasil os juristas, especialmente os advogados exerceram desde o séc. XX uma influência progressista. Eles são simultaneamente precursores de uma consciência pública mais ampla da força vinculante da Constituição e das leis; situados em posição de destaque, cabe-lhes a tarefa de atuar no sentido de uma melhor comunicação na ciência, na práxis e na política jurídica, em nível nacional e também além das fronteiras do país" (MÜLLER, 2002, p. 593).

French.[69] A abismal distância entre a CLT e o mundo real somente adquiriu contornos aceitáveis a partir da tomada de "consciência legal" por parte dos trabalhadores, a partir do momento em que eles demandaram por justiça. Assim, as leis trabalhistas "tornaram-se 'reais' nos locais de trabalho somente na medida em que os trabalhadores lutaram para transformar a lei de um ideal imaginário em uma realidade futura possível" (FRENCH, 2001, p. 10).

Esta é a proposta, a tomada de consciência dos cidadãos, da sociedade civil, através da percepção da dimensão utópica dos direitos fundamentais, rumo a um futuro melhor e realizável.[70] Para tanto, a reinvenção dos conceitos de cidadania e democracia também são inevitáveis. E possíveis. Neste sentido, Roberto Mangabeira Unger discorre exatamente sobre esta metamorfose social, através da reinvenção do direito como um todo e da defesa de um novo sentido para prática democrática.[71] Assim também sugere Peter Häberle (1997,

---

[69] Tal autor, acerca da chamada "tomada de consciência legal", aprofunda o exemplo da Consolidação das Leis do Trabalho à época de sua criação, na Era Vargas: "esta perspectiva comparativa nos permite entender melhor o tipo de processo de elaboração de leis exemplificado pela CLT. Em um sistema social e legal que minimiza a distância entre a lei e a realidade, é possível imaginar uma lei hipotética que promete 20% de melhoria e satisfaz 80% do que é pleiteado. Em um sistema como no Brasil, ao contrário, em que a distância entre a lei e a realidade é maximizada, uma lei como a CLT pode prometer 80% de melhoria e, no entanto, entregar somente 20%. ainda que o resultado fosse o mesmo, a diferença entre esses dois enfoques em relação à natureza da elaboração de leis influenciaria decisivamente não apenas o modo como as pessoas percebem a lei (sua 'consciência legal'), mas também como moldam suas ações e seu discurso em resposta a ela" (FRENCH, 2001, p. 26/27).

[70] Até porque, consoante adverte Grau, a CRFB/88, sozinha, não irá impulsionar a mudança: "A nova Constituição produziu impacto, globalmente considerado, bastante rico, ainda que extremamente contraditório, sobre a sociedade brasileira. De um lado, paulatinamente vai se desnudando a evidência de que ela (a Constituição formal) não basta para superar as distorções sociais da nossa realidade – a Constituição, isoladamente considerada, não desencadeia nenhum processo de mudança social" (GRAU, 2005, p. 327-328).

[71] "Outras idéias, contudo, aparecem no caminho. Essas idéias tratam mais amplamente da natureza do direito, e da relação do direito com formas de vida em sociedade e com sistemas de pensamento social. Ao longo das últimas várias gerações, quatro famílias desse gênero moldaram, com força variável, nossa visão do que podemos fazer com o direito e o pensamento jurídico: a crença de que a indeterminação ou a maleabilidade da doutrina jurídica é o problema central do raciocínio jurídico, [...]; a tentativa (de teóricos como Kelsen e H. L. A. Hart) de distinguir nitidamente a representação analítica do direito da prática interior da doutrina jurídica, e assim escapar da mistura de teoria e ideologia; a visão funcionalista do direito como a manifestação visível ou a ferramenta adequada de exigências práticas e funcionais da vida em sociedade; e a concepção historicista ou culturalista do direito como a manifestação externa da formação e da

p. 14), o qual defende uma “democratização da interpretação constitucional,” sendo “impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo.” Trata-se, portanto, de cada cidadão entender o seu papel e afastar o pessimismo da presente crise para implementar a esperança da caminhada do amanhã.

3.4.1. Crise

Já se falou que o momento não é de prosperidade. O lado positivo disto, então, é que em muito se pode melhorar. O entendimento da crise como grande oportunidade de mudança é o primeiro passo da caminhada utópica rumo à concretização dos direitos fundamentais.

Infelizmente, basta sair à rua para a constatação do delicado momento da ordem constitucional pátria. Conforme disserta Cármen Lúcia Antunes Rocha, “com um documento fundamental do Direito estabelecendo um sistema tão completo de direitos e garantias do homem e do cidadão é de se perguntar como vão esses direitos fundamentais no Brasil” (ROCHA, 1996, p. 52). A resposta, evidentemente, é que não vão bem. E isto, esclarece a autora, não em razão da Constituição em si, já que esta “não faz milagres. [...]. Milagre faz o cidadão ativo e participativo a torná-la viva e respeitada. O Brasil não carece de Constituição, mas tem enorme carência de cidadania” (ROCHA, 1996, p. 52). Esta é a idéia central – cidadania. E continua Rocha (1996, p. 52-53), demonstrando a (há muito tempo) atual conjuntura de crise:

> O poder no Brasil sempre se estruturou à margem do cidadão. Na verdade, não é que o povo seja marginal ao poder estatal brasileiro. Esse é que nunca quis “se misturar” com o povo e faz a sua própria história à margem daquele. Planos, projetos, órgãos estatais, nada funciona em termos de direitos fundamentais enquanto a adesão do povo ao projeto político cidadão, respeitador e respeitante aos direitos fundamentais dos brasileiros,

---

vida de um povo, de acordo com a qual cada ordem jurídica representa o modelo de uma existência nacional distinta. Devemos nos desfazer dessas abordagens porque cada uma delas, maculadas por ilusão, nos afastam da descoberta e oportunidade transformadora. Reprimindo o entendimento do possível, todas desviam nosso entendimento do real – das sociedades existentes e seu direito estabelecido, e do que o pensamento jurídico é e do que pode vir a ser” (UNGER, 2004, p. 148-149).

> de todos os brasileiros. O poder público no Brasil tem sido, tradicional e infelizmente, muito pouco poder público, muito pouco do povo. Ele é exercido não pelo povo ou em seu nome e interesse, mas por uns poucos grupos que o dominam desde os primórdios, em seu nome e em seu próprio e único interesse. [...]. O fantástico descompasso entre uma Constituição contra a qual alguns insurgem ao argumento exatamente de que "reconhece e assegura" direitos "demais" e uma sociedade na qual se reconhecem violações constantes e gravíssimas dos direitos humanos tem causas diversas e uma história comum: a história de um Estado no qual o autoritarismo dominou e continua a porejar nas mais diferentes estruturas do poder. Do "guarda da esquina" ao ocupante do mais alto cargo político da organização, a distância do cidadão comum e a condição de um poder sem controle e acima de tudo – inclusive do Direito – todos os quadrantes da organização social e política brasileira são tocados por um arbítrio que não conhece ou faz por desconhecer os limites negativos e positivos que os direitos fundamentais do homem impõem. [...]. Sem o conhecimento e a certeza de seus direitos, as pessoas – especialmente aquelas de classes sociais mais pobres – desconfiam mais que confiam nos seus direitos fundamentais, os quais, aliás, consideram mais favor quando se lhes reconhecem que prerrogativas que lhes são devidas.

Enfim, o momento é delicado.[72] A distância entre teoria e prática é abismal. As análises conjunturais de Lassalle continuam atuais. Neste sentido, sob um olhar diferente mas não menos acertado do atual momento,[73] Garcia esclarece (2007)

> Por outra parte se a pretensão moral justificada é positivada, incluída como norma positiva, estaríamos diante de um direito fundamental. Se essa norma não é seguida da possibilidade de ser garantida judicialmente estaríamos

---

[72] Bercovici, em sua obra "Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo", fulmina, ao concluir: "Ou escolhemos a verdade do estado de exceção permanente a que estamos submetidos, e que muitos fingem que não enxergam, ignorando a realidade. Ou escolhemos a outra verdade, a do outro estado de exceção, a do estado de exceção a ser ainda instaurado, a do poder constituinte do povo em busca de sua efetiva e plena emancipação" (BERCOVICI, 2008, p. 344).

[73] Galdino também é digno de nota, ilustrando uma das facetas das raízes da crise, a partir da análise da doutrina de Hans Kelsen: "De outro lado, é preciso salientar que o país respirava (e, de certo modo, ainda respira) o normativismo de inspiração kelseniana. A recepção tardia, e porque não dizê-lo, anacrônica, de algumas idéias originais de HANS KELSEN, otimizada pelo *status* político autoritário experimentado pela história recente do país, permite a redução de todas as questões, ao menos no seio da produção jurídica, à norma (em especial à regra positivada). Sob este prisma, a questão se coloca para o operador jurídico é a de saber se uma norma prevê ou não um determinado direito, e em que extensão. A solução alvitrada pelo aludido operador não ultrapassa o plano estritamente normativo (por vezes em sua feição meramente literal), o que conduz, muitas vezes, à elaboração de "soluções" injustas ou incondizentes com a realidade concreta" (GALDINO, 2005, p. 187).

> diante de uma declaração ou uma mera carta de intenções. Para ser um direito fundamental tem de ser seguido de sua respectiva garantia. Assim estamos diante de um direito fundamental. Mas, porém se este direito fundamental não está de acordo com uma realidade social favorável para sua efetivação e o seu desenvolvimento, mesmo sendo uma pretensão moral justificada incluída como norma e tendo sua garantia, tais fatores contrários levam a não efetivação dos Direitos. Estaríamos diante de uns direitos fundamentais formais, formalmente constituídos ou ainda de direitos fundamentais meramente simbólicos que servem de álibi para manter o *status quo* e os interesses de uma minoria ou cultura socialmente dominante. Em contrapartida se os direitos fundamentais se desenvolvem de acordo com uma realidade social favorável, que os faz efetivos e desenvolvidos; estaríamos então diante de direitos fundamentais substancialmente efetivos. Evidentemente que as realidades complexas das chamadas sociedades dos países periféricos não são tão assim claro e escuro, mas podemos então dizer que temos momentos de direitos fundamentais substancialmente efetivos e, na maioria das vezes, estes estão escritos apenas em uma folha de papel, no dizer de Ferdinand Lassalle [...], e que na prática são os fatores reais de poder que nutrem a situação de sempre de desrespeito da cidadania.

É tempo, portanto, de mudança.

3.4.2. Caminho

Que se repita: é tempo de mudança.[74] Ao abordar a utopia, deseja-se promover a mudança para um amanhã melhor. E absolutamente não é diferente com o instituto dos direitos fundamentais da CRFB/88. Restou devidamente demonstrada a dimensão utópica destes direitos, e a relevância e possibilidade do caminhar utópico em busca do desenvolvimento de todos e de cada um, em busca da plena concretização do que é disposto pelas normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais.

A partir da percepção desta utopia, a descrença nos direitos fundamentais pátrios

---

[74] Frisando-se tal contexto, “o apelo por um Direito justo nada mais é do que a reafirmação de um “novo” Direito, um Direito insurgente, que, sem perder sua dimensão de universalidade, torna-se compatível com as necessidades de estruturas socioeconômicas dependentes e periféricas (como no caso da especificidade latino-americana), apta a transformar a reflexão crítico-dialética em vivência humanizadora incorporada pela práxis política “conscientização/emancipação”. Logo, proclamar a emergência de um “novo” Direito no contexto da América Latina e nos marcos de uma política pluralista, participativa e democrática, torna prioritário o reconhecimento de um projeto ético-político emancipador, viabilizador do florescimento de uma nova cultura jurídica” (WOLKMER, 1991, p. 144).

será superada, ampliando a legitimidade da CRFB/88 e contribuindo para sua maior eficácia – social, mais urgentemente. É enterrar o pessimismo com a pá da esperança. É, enfim, a interpretação emancipatória, o fortalecimento da legitimidade da ordem constitucional, da democracia e do Estado de Direito, da sociedade brasileira como um todo – da própria cidadania.

Já foi dito – cidadania, esta é a chave. De nada adianta o que aqui se propõe caso o cidadão não tome consciência do seu papel nesta interpretação emancipatória. Os direitos fundamentais funcionam para o cidadão e este, em todos os momentos, deve agir com respeito àqueles, deve respeitar seus próprios pares, deve aprender a tolerar. Pode-se, assim, "afirmar que o mundo social se apresenta como algo que sempre pode ser diferente, algo que pode ser melhorado, aperfeiçoado por meio da prática política e pelo desenvolvimento da tolerância" (CAVALHEIRO, 2002, p. 22). Na influência do pensamento revolucionário de Marx e Engels, a mudança promoverá uma cidadania na qual "o livre desenvolvimento de cada um é a condição para o livre desenvolvimento de todos" (BOYLE, 2004, p. 55).

Neste mesmo contexto, à fraternidade também deve ser conferida grande relevância. Trata-se da caminhada rumo ao amanhã melhor:

> É preciso lutar contra a proibição dos sonhos e a interdição das utopias que subliminarmente vazam no discurso pragmático da contemporaneidade. Mais do que eficiência e competência é preciso não perder a capacidade de ousar e contra todas as evidências do discurso alienante das pretensas unanimidades, apontar um caminho de um mundo novo, fraterno e sobretudo mais justo. Todos os operadores do direito, em particular, têm que resgatar o sentido utópico das Constituições e torná-lo possível. [...]. É o momento de se antecipar o futuro e não apenas antevê-lo, de saber ousar e tornar concreto o sonho dos homens. (COELHO, 2002, p. 155-156).

Enfim, é preciso permanecer com esperança.[75] Novamente, o pessimismo impede a evolução, emperra o desenvolvimento. Em razão disto, retomar Bloch e Galeano, aqui, é

[75] E na linha do filósofo alemão, Rocha (1996, p. 58), amparada em Paulo Mendes Campos, conclui: "A multiplicação das agressões contra os homens deflagra a mesma multiplicação das reações. A multiplicação das dores é também a multiplicação dos sonhos e das esperanças, como lembrado por Paulo Mendes Campos" (ROCHA, 1996, p. 58).

vital, reafirmar a relevância do caminho a ser por todos os cidadãos[76] trilhado em direção à utopia dos direitos fundamentais também o é.

Portanto, é, e sempre será, tempo de caminhar.

[76] Com efeito, "a efetividade ou a produção de efeitos sociais das normas jurídicas depende, fundamentalmente, da atuação dos cidadãos. Já não há como cuidar de cada geração de direitos fundamentais isoladamente, pois a certeza e eficácia de uns depende da eficácia dos demais. De uma maneira muito particular a eficácia social destes direitos depende da atuação dos cidadãos. [...]. Mas a cidadania que se irrompe neste últimos suspiros de século XX não tem o mesmo sentido que ostentou anteriormente. Ela, agora, se reporta ao princípio da solidariedade e passa a se constituir num direito-dever do homem para si mesmo e para o outro. Sem o conhecimento dos direitos fundamentais pelos cidadãos e o seu exercício por eles, a zelar pelo seu patrimônio jurídico e pelo patrimônio de todos, não há como se dotar de eficácia social, aquele elenco de direitos. [...] Mais que a "adesão social" incumbe ao cidadão o papel de agente promotor da eficácia social dos direitos fundamentais, a fim de que todos possam contar, efetivamente, com eles. Para tanto, não apenas cada cidadão isoladamente, mas a organização dos cidadãos na sociedade podem formular propostas novas para o exercício do princípio da solidariedade social. [...]. Não há cidadania sem solidariedade. Mas não há direito da solidão e do isolamento" (ROCHA, 1996, p. 57-58).

CONCLUSÕES

O início da caminhada deste trabalho foi o questionamento sobre a possibilidade de se acabar – ou ao menos diminuir – a abrupta distância entre a utopia teórica dos direitos fundamentais arrolados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a prática diária do Estado de Direito brasileiro.

Trata-se de questão relacionada não só ao campo do Direito, mas afeta também à própria sociedade brasileira, como tentou-se salientar ao longo da pesquisa. O desrespeito sistemático aos direitos fundamentais arranha a sua própria imagem social.

E este problema de eficácia dos direitos fundamentais, frise-se, diz respeito à efetividade destes direitos, ou seja, é relacionado com sua eficácia social. Assim, incontroverso é que o instituto dos direitos fundamentais da CRFB/88 atravessa momento de grande crise de efetividade.

Na tentativa de solucionar o problema inicial, buscou-se o aprofundamento da questão das utopias. E o próprio título do trabalho é provocante e elucidativo, no sentido de que, a partir dele, se imagina uma pesquisa a fim de criticar o instituto dos direitos fundamentais e seu hipotético desapego com a realidade pátria.

Entretanto, o que se comprova é justamente o contrário. Trata-se de uma exaltação da utopia, no sentido evidenciado ao longo da pesquisa, isto é, uma abordagem do sentido positivo do termo utopia, desta como caminho a ser trilhado, como guia prático para a concretização do dos direitos fundamentais.

Desta maneira, o que o título insinua faz confirmar o senso comum alienante do sentido negativo da utopia, da sua face quimérica, praticamente distópica, perigosamente pessimista. Também mostra a mencionada imagem arranhada de nossos direitos fundamentais.

Defendeu-se, portanto, uma interpretação emancipatória dos direitos fundamentais,

encarando-os como verdadeira utopia positiva. Com esta idéia de utopia viável, concretizável, pode-se responder que com esta interpretação é sim possível diminuir a abrupta distância entre teoria e prática dos direitos fundamentais em nosso País. E isto é urgente: conforme já delineado, é tempo de mudança.

Se o trabalho logrou êxito em promover esta mudança de abordagem, em influir na busca de um amanhã melhor, de direitos fundamentais efetivados à luz da esperança através da tomada de consciência cidadã de todos e de cada um, pode-se dizer então que o primeiro passo foi dado – uma utopia já restou realizada.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. Tradução de Fernando Dídimo Vieira. São Paulo: Ática, 1990.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023: Informação e Documentação – referências – elaboração**. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520: Informação e Documentação – citações em documentos – apresentação**. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724: Informação e Documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação**. Rio de Janeiro: ABNT, 2005.

BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza; Nova Atlântida**. Tradução de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Abril Cultural, 1973 (Os pensadores).

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n° 142, p. 35-51, abr./jun. 1999.

_____. O princípio da unidade da Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 145, p. 95-99, jan./mar. 2000.

_____. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BLOCH, Ernst. **O Princípio Esperança**. Tradução de Nélio Schneider. Vol. 1. Rio de

Janeiro: Contraponto, 2005.

_____. **O Princípio Esperança**. Tradução de Nélio Schneider. Vol. 2. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

_____. **O Princípio Esperança**. Tradução de Nélio Schneider. Vol. 3. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOYLE, David. **O Manifesto Comunista de Marx e Engels**. Tradução de Débora Landsberg. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planato.gov.br>. Acesso em: 07 dezembro 2008.

CAMPANELLA, Tommaso. **A Cidade do Sol**. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Martin Claret, 2005.

CAVALHEIRO, Carlos Alberto. Estado democrático de direito – uma utopia para além do estado de direito. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, nº 5, p. 11-24, 2002.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2003.

CLÈVE, Clèmerson M.; FREIRE, Alexandre R. S. Algumas notas sobre a colisão de direitos fundamentais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil**, Curitiba, p. 29-42, mar./ago. 2002.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. O poder constituinte e a construção das utopias: suas possibilidades e limites. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, nº 40, p. 137-156, jul./set. 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, nº 82, p. 01-08, dez./jan., 2007.

FRENCH, John. **Afogados em leis. A CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros**. Tradução de Paulo Fontes. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2001.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos. Direitos Não Nascem em Árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Tradução de Galeno de Freitas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

GARCIA, Marcos Leite. Uma proposta de visão integral do conceito dos direitos fundamentais, **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 46, 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site>. Acesso em: 27 outubro 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e Utopia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro:

Nova Fronteira, 1975.

HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. Tradução de Vidal de Oliveira e Lino Vallandro. São Paulo: Círculo do Livro, 1975.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição Política?** Tradução de Manoel Soares. São Paulo: Global, 1987.

MÁRQUEZ, Gabriel Garcia. **Cem anos de solidão**. Tradução de Eliane Sagury. Rio de Janeiro: Record, 2003.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: Conceito, Função e Tipos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MORRIS, William. **Notícias de lugar nenhum**. São Paulo: Perseu Abramo, 2002.

MORE, Thomas. **A Utopia**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 567-596.

ORWELL, George. **1984**. Tradução de Wilson Veloso. São Paulo: Editora Nacional, 1979.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007.

POPPER, Karl Raimund. **A miséria do historicismo**. Tradução de Octany S. Da Mota e Leônidas Hegenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1980.

QUINTANA, Mario. **Quintana de bolso – Rua dos Cataventos & outros poemas**. Seleção de Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a

instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista Trimestal de Direito Público**, São Paulo, v. 16, p. 39-58, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 3, nº 11, p. 111-156, out./dez. 2005.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis fundamentais. **Seqüência**, Florianópolis, nº 53, p. 197-232, dez. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SWIFT, Jonathan. **As viagens de Gulliver**. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito e o Futuro da Democracia**. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

WELLS, H. G. **A construção do mundo**. Tradução de Anisio Teixeira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1991.