

EDITORIAL

EFETIVIDADE OU INEFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos humanos e, em seguida, os direitos fundamentais nunca desfrutaram de tanta consideração nem de tamanha visibilidade como nos últimos tempos. Tais direitos passaram a ser ruidosamente proclamados, e também reivindicados por todos os povos e culturas, nos quatro cantos do mundo.

O jurista italiano Norberto Bobbio chegou a qualificar este nosso tempo de “a era dos direitos”. Mas, será que os direitos humanos fundamentais, tão prestigiados nas Cartas, nas Convenções e nos tratados gozam do mesmo prestígio quando se trata de sua eficácia/efetividade no plano concreto?

A efetividade dos direitos do homem é o grande desafio, teórico e prático, da ciência jurídica no momento atual, quando os direitos fundamentais são identificados com a ideia de democracia e com os fundamentos do próprio processo civilizatório nesta quadra da humanidade.

Parece, no entanto, que a eficácia/efetividade concreta dos direitos humanos fundamentais enfrenta três grandes espécies de problema: (1) um problema teórico, (2) um problema técnico-jurídico e, finalmente (3) um problema político.

O problema teórico diz respeito ao reconhecimento dos direitos humanos fundamentais, pois, assegurados formalmente em constituições, tratados e convenções internacionais, eles podem traduzir apenas uma “aparência” de direito.

Tal significa dizer que o conhecimento dos direitos humanos fundamentais não se esgota no conhecimento das suas formas legais ou legislativas, formas estas que se dão a conhecer pela simples leitura e exegese dos textos jurídicos positivos. O conhecimento completo dessa realidade que denominamos “direitos humanos fundamentais” implica algo mais, implica a investigação da sua “essência material” ou histórica, escondida por trás da “aparência” formal das cartas e dos tratados.

Isso convoca aquele velho dilema kantiano entre o *phenomeno* e o *noumeno*. O primeiro refere-se às manifestações exteriores e visíveis (sensíveis) da realidade, isto é, o fenômeno é “aquilo que aparece”, que é imediatamente percebido pelo homem através de suas atividades sensoriais; o segundo (*noumeno*) seria a essência da coisa percebida, quer dizer, a verdade que se encontra tanto no fenômeno (aparência) quanto na realidade concreta (essência).

E os instrumentos de que dispõe o homem para a investigação da essência material das coisas são o pensamento e a ação prática. Assim, o reconhecimento dos direitos humanos não depende apenas da catalogação deles nas constituições e nos tratados, mas, isto sim, depende de uma práxis que permita compreender as conexões desses direitos numa totalidade histórica, reconhecendo-os dentro de um processo de efetivação concreta onde o agir humano é decisivo para a compreensão dos direitos do homem.

O problema técnico-jurídico reside no fato de que o positivismo jurídico costuma identificar o fenômeno da efetividade com o atributo da aplicabilidade da norma jurídica. Assim, a efetividade é o que resulta da simples “coincidência entre o dever-ser normativo e o ser da realidade”¹, vale dizer, é o que resulta da simples aplicação da norma aos casos concretos. Essa concepção do fenômeno da efetividade é apenas parcialmente verdadeira, pois, a aplicabilidade é de fato um momento da efetivação da norma, mas não implica automaticamente a própria efetividade do direito.

Para o adequado enfrentamento desse problema, sobretudo no campo dos direitos fundamentais, é necessário partir de uma distinção técnica entre eficácia jurídica e eficácia geral da norma. A primeira refere-se à suscetibilidade da norma para ser aplicada e surtir os efeitos desejados num determinado caso; a segunda está relacionada ao atributo ou qualidade da norma que é realmente aplicada, e que surte os efeitos esperados, de maneira generalizada, isto é, em relação aos casos concretos em geral. Apenas neste último caso, em que há de fato uma eficácia geral ou eficácia social da norma, é que se deve falar numa *efetividade*.

Tal significa dizer que uma norma jurídica pode ser eficaz no caso ocorrente, mas não exibir uma efetividade geral nos demais casos. Logo, conclui-se também que as normas jurídicas podem ter uma “eficácia pontual” e uma “ineficácia geral”. Em tema de direitos fundamentais, a aplicação de uma norma num caso individual pode estabelecer sua eficácia naquele caso concreto (eficácia jurídica) sem que, com isso, se possa falar, evidentemente, numa efetividade geral dos direitos fundamentais.

O terceiro problema é uma questão política. A efetividade dos direitos fundamentais está diretamente vinculada ao problema do custeio desses direitos, especialmente os direitos humanos de “prestação positiva”, isto é, os direitos

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, p. 319.

socioeconômicos e culturais que exigem do Estado o investimento necessário à sua concretização.

Isto significa que a efetividade dos direitos humanos depende de decisões essencialmente políticas quanto à forma de custeio e às fontes de recursos, o que remete para questões relacionadas ao papel, aos objetivos e até mesmo ao modelo de Estado.

Como a crise fiscal do Estado capitalista é crônica, pois, é inerente a esse tipo de Estado, a inversão de recursos no atendimento de direitos básicos da população (direitos humanos) passa a ser uma decisão política dramática em que o jogo das forças econômicas delimitará o caráter mais ou menos distributivo das ações estatais.

Em resumo, a questão da efetividade/inefetividade dos direitos humanos fundamentais será sempre definida no campo da luta social em que as questões teóricas, técnico-jurídicas e políticas jogam um papel decisivo. O problema é saber se a cultura jurídica positivista propicia a consciência e os mecanismos de intervenção prática nesse processo dialético de afirmação/negação dos direitos do homem.

São essas questões que o número atual da Revista de Direito Alternativo (Neda/Unesp) pretendeu enfrentar a partir das importantes contribuições dos nossos articulistas que assinam trabalhos realmente instigantes, indispensáveis àqueles que se lançam na tarefa histórica (e por vezes heróica) de assegurar a concretização dos direitos humanos fundamentais.

Boa leitura!

ANTÔNIO ALBERTO MACHADO

Editor Chefe