

TEORIA DA JUSTIÇA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ENFOQUE SOB AS TEORIAS QUE PROCURAM EXPLICAR OS FENÔMENOS JURÍDICOS E O PAPEL INTERPRETATIVO DO MAGISTRADO

Ana Paula Moraes Galvão*

RESUMO

O artigo analisa as principais teorias que fundamentam o direito, demonstrando como estas justificam e embasam os ideais de justiça e os direitos fundamentais, de forma a permitir uma melhor aceitação, compreensão e concretização destes temas, seja pela sociedade ou pelo Estado. Por fim, traz um breve histórico do papel do magistrado na hermenêutica, culminando na atual relevância deste neste cenário, já que lhe cabem a interpretação e a aplicação desses valores sociais. Frisa-se ainda a importância da sentença para garantir a eficácia daqueles ideais, independente do enfoque a ser adotado pelo intérprete, o qual poderia se basear em qualquer das teorias abordadas, pois o que realmente se visa é uma nova abordagem dos fenômenos jurídicos, um repensar os tradicionais institutos, buscando consolidar a justiça e os direitos fundamentais, garantindo a paz social e uma convivência ordenada.

Palavras-chave: Justiça. Direitos. Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo –, ele não poderá prescindir a luta. A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos.²

* Advogada, aluna do XVI Curso de preparação à Magistratura.

¹ IHERING, Rudolf van. **A luta pelo direito**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 27.

Um dos maiores objetivos do direito é a justiça. Com ela, se garante a paz social, uma convivência ordenada, evita-se conflitos. Para uma verdadeira manifestação do direito, alcançando um mínimo de justiça, parte-se de princípios e normas, os quais devem atribuir direitos e deveres aos cidadãos, membros da sociedade. É necessário que se procure definir as condutas aceitas e as proibidas, o que se deve ou não fazer, seja com base em uma idéia de justiça pré-existente, ou por uma convenção.

Ocorre que os cientistas do direito perdem-se em infinitas discussões quanto ao fundamento, à procedência, da idéia de justiça e dos direitos fundamentais. Como essas questões podem ser consideradas de grande relevância para se alcançar o objetivo mencionado, cabe uma análise mais minuciosa desses temas sob esse enfoque.

Até porque se pode afirmar que os direitos fundamentais, maior manifestação de justiça em um ordenamento jurídico, garantem uma segurança jurídica, seja por exigir do Estado uma prestação positiva, seja por servir de apoio contra arbitrariedades deste poder, e o seu embasamento permite uma maior aceitação pela comunidade e o seu respeito pelos detentores do poder estatal.

A ciência do direito, então, apesar de não ter uma solução única para estas questões, deve procurar, com a análise crítica dos conceitos propostos por cada teoria, alcançar um fundamento que possa ser mais completo de forma a ter, ao menos, um assentimento da maior parte da população.

Os magistrados, detentores do dever de aplicar o direito, têm a obrigação institucional de efetivar a justiça e, principalmente, os direitos fundamentais. Até porque cabe ao juiz demonstrar os contornos da lei, informando qual o real significado das normas jurídicas, ou seja, é quem realmente dita o direito. Fica patente, portanto, a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre estes temas.

2 UMA POSSÍVEL TEORIA DE JUSTIÇA: UMA APROXIMAÇÃO COM O ESTUDO DO DIREITO

Para iniciar este estudo, primeiramente é necessário estabelecer o que seria justiça, este ideal tão relevante para o Direito. Esta tarefa, entretanto, é um dos grandes desafios das ciências humanas. Na verdade, esse é um dos temas mais polêmicos, tanto para a filosofia, quanto para uma teoria geral do direito. Como Kelsen já afirmou,

Nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant – meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para as quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva: deverá apenas tentar perguntar melhor³.

Compreendendo o Direito como sendo a ciência que visa solucionar as lides, garantindo a paz social, este autor traz uma importante contribuição, pois parte da premissa que a justiça é um problema de resolução de conflitos ou valores, uma vez que não teria como determinar o que seria justo se não estivesse em evidência, no caso concreto, interesses ou valores contrapostos.

Partindo do ideal de Platão, no qual justiça se identifica com a felicidade, propõe-se uma metamorfose do conceito de uma felicidade subjetiva e individual (já que seria impossível agradar as duas partes envolvidas na lide por este critério) para se transformar na satisfação de necessidades socialmente aceitas, a fim de tornar-se um princípio social.

Desta feita, acredita ser imprescindível uma hierarquia de valores, para saber qual necessidade seria superior. Ocorre que, como o próprio autor percebeu, essa questão terá sempre o caráter de um juízo de valor subjetivo e relativo. Ele, então, parte para a análise da justiça como um problema de justificação do comportamento humano, percebendo-o novamente como um fenômeno social, alterável, portanto; e o centro do questionamento aqui passa a ser se os fins justificariam os meios e se haveria um fim absoluto, último, e justificável⁴.

³ KELSEN, Hans. **O que é justiça: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 1.

⁴ Cf. KELSEN. Op. cit., p. 1-12.

Apesar da dificuldade de um consenso sobre o tema, o certo é que a ciência jurídica se preocupa fundamentalmente com a teoria da justiça. Afinal, se o direito se baseia essencialmente na proposição de um dever-ser, por ser uma ciência normativa, devem-se questionar quais os ideais visados na norma, torna-se necessário determinar quais são seus valores fundamentais. Conforme Del Vecchio, com propriedade, afirma “a noção de justo é a pedra angular de todo edifício jurídico”.⁵

Frise-se que há diversas formas de ver o direito, seja como ciência, como ordenamento, direito subjetivo, etc. Ocorre que um dos mais importantes focos é a teoria que o considera como exigência da justiça. Os latinos, conforme Montoro salienta, distinguiram o justo (*jus*) da lei (*lex*)⁶. Para eles, o direito seria aquilo que era devido por justiça a cada um ou à comunidade (“dar a cada um o seu direito”).

Nem todos, entretanto, concordam com esta identificação. Os positivistas, teóricos que consideram o direito como o conjunto de normas estatuídas pelo Estado, ou seja, o ordenamento em vigor, reduzia, por exemplo, o direito a uma imposição das forças sociais, sendo a justiça um elemento estranho à sua formação e, conseqüentemente, à sua validade.

Para que se possa, então, refutar ou aceitar cada uma dessas teorias, precisa-se aprofundar o conceito de justiça. Dentre as múltiplas significações desta, as duas mais fundamentais para referida ciência são: uma subjetiva (justiça como qualidade subjetiva do indivíduo) e uma objetiva (exigência, princípio superior, da vida social).

Atualmente, a tendência é considerar a justiça um conceito análogo. Em sentido direto e próprio, significa virtude, vontade constante de dar, a cada um, o que lhe pertence (assemelha-se à teoria subjetiva). A rigor, partindo deste conceito, só as ações humanas poderiam ser justas ou injustas. Por extensão, entretanto, a justiça aplica-se aos princípios da ordem social, pois só será justa se assegurar, a cada membro da sociedade, o seu direito (teoria objetiva). Portanto,

⁵ DEL VECCHIO, G. Justice, Droit, État. Sirey (Apud MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 126.

⁶ MONTORO. **Introdução à ciência do direito**. 25 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 123-124.

A justiça, como o direito, não é uma simples técnica da igualdade, da utilidade ou da ordem social. Muito mais do que isso, ela é virtude da convivência humana. E significa, fundamentalmente, uma atividade subjetiva de respeito à dignidade de todos os homens.⁷

A justiça, em sua acepção subjetiva, entretanto, apresenta três significados de extensão diferentes, quais sejam: um sentido latíssimo; o lato; e o próprio ou estrito. De acordo com o primeiro, a justiça seria a virtude em geral, o conjunto de todas as virtudes. Esta acepção é encontrada na Bíblia, defendida pela filosofia estoica, etc.; e o justo seria o virtuoso, significando santidade.

Pelo sentido lato, acepção menos ampla, aquela seria apenas virtudes de relação e convivência humana, é o conjunto de “virtudes sociais”. A justiça faria parte das quatro virtudes cardeais (prudência, temperança e coragem completariam o quadro, mas estas poderiam ser exercitadas isoladamente, enquanto aquela pressupõe a existência de outras pessoas).

O sentido estrito, por fim, defende que a justiça é uma virtude com objeto especial. Segundo São Tomás, *apud* Montoro, “a essência da justiça consiste em dar a outrem o que lhe é devido, segundo uma igualdade”.⁸ Portanto, para se encaixar neste conceito, necessário três elementos, os quais são considerados características essenciais para os defensores desse sentido estrito: dar a outrem (que supõe a alteridade ou pluralidade de pessoas); o que lhe é devido (deve existir o devido, que será obrigatório ou exigível); segundo uma igualdade.

A alteridade justifica-se pela disposição permanente de respeitar a pessoa do próximo. Afinal, “ninguém pode ser justo ou injusto para consigo mesmo⁹”. A segunda nota que caracteriza a justiça é a obrigatoriedade, dar o devido. Ocorre que há dois tipos de débitos: um dever moral (não pode ser imposto por lei ou exigido pelo interessado) e outro rigoroso imposto legalmente.

Quando o respeito por um dever é necessário para o bem comum, torna-se necessário que a lei o proteja, tornando-o exigível (atributividade). A igualdade, por fim, se relaciona com a quantidade, equivalência com esta (receber e dar algo equivalente). Há quem defenda ainda que a igualdade poderia ser dividida em igualdade simples ou absoluta (equivalência de objetos, possível na relação de

⁷ MONTORO, Op. cit., p. 126.

⁸ Id. Ibid. p. 129.

⁹ MONTORO, Op. cit., p. 130.

trocas); e a proporcional ou relativa (cabível na distribuição de benefícios ou encargos numa sociedade).

Com tantas discussões sobre referidas características da justiça, os doutrinadores passaram a questionar uma igualdade fundamental dos homens.

Para eles, deveria haver uma igualdade essencial que justificasse tal atitude ser considerada justa ou não. Eles se baseiam no fato que todos os homens possuem a mesma natureza e uma dignidade fundamental. Com esta idéia, surgida principalmente com o cristianismo, foi proclamada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, determinando um respeito à dignidade fundamental do homem, o que deveria ser considerado a base da justiça.

Feitas essas considerações, e relevando as discussões inacabadas e opiniões em contrário, pode-se dividir a justiça, baseando-se nos conceitos trabalhados e segundo critérios de justiça subjetiva e objetiva, em justiça particular e justiça geral. A primeira poderia ainda ser realizada quando um particular entrega ao outro o que lhe é devido (conhecida como justiça comutativa); ou quando a sociedade entrega ao particular o bem que lhe cabe (justiça distributiva). Finalmente, na geral (também conhecida como social ou legal), as partes da sociedade (governantes e governados; grupos e indivíduos) garantem à comunidade os bens que lhe são correspondentes.

Sem dúvida, no estudo do direito, pode-se perceber a proteção de cada uma dessas justiças, seja pelas normas de direito público, seja pelas normas de direito privado, seja pelos princípios gerais do direito.

2.1 A JUSTIÇA: DIREITO NATURAL VERSUS DIREITO POSITIVO

Com estas noções, parte-se para a análise das teorias que buscam o fundamento da justiça. Kelsen com propriedade já afirmava:

Por esse motivo não é de admirar que as inúmeras teorias de justiça apresentadas desde tempos imemoriais até os dias de hoje se deixem

reduzir facilmente a dois tipos básicos: um metafísico-religioso e outro racionalista ou, melhor dizendo, pseudo-racionalista.¹⁰

Inicialmente, defendeu-se uma corrente que acreditava em uma razão absoluta, que provinha da natureza das coisas. A teoria do direito natural procura propor uma solução universal para o problema da justiça, indicando o que seria certo e errado nas relações humanas, pois defende a existência de um ordenamento ideal, fundado anteriormente e, assim, superior e imutável.

A base desta ideologia é que deve se distinguir a conduta natural – exigida pela natureza – e a antinatural – contrária à natureza e proibida por ela. Nesse contexto, Kelsen afirma que a natureza deveria ser considerada como um supremo legislador. Para ele

A doutrina do Direito natural pressupõe que o valor é imanente à realidade e que esse valor é absoluto, ou, o que dá no mesmo, que há uma vontade divina inerente à natureza. Apenas sob esse pressuposto é possível sustentar a doutrina de que o Direito pode ser deduzido da natureza e de que esse Direito é justiça absoluta.(...)

A doutrina do Direito natural é caracterizada por um dualismo fundamental de Direito positivo e Direito natural. Acima do Direito positivo, imperfeito, criado pelo homem, existe um Direito natural, perfeito (porque absolutamente justo), estabelecido por uma autoridade divina. Conseqüentemente, o Direito positivo é justificado e válido apenas na medida em que corresponda ao Direito natural. Se, porém, o Direito positivo é válido apenas na medida em que corresponda ao Direito natural; se é possível – como afirma a doutrina do Direito natural – descobrir as regras do Direito natural por meio de uma análise da natureza; se, como afirmam alguns autores, a lei da natureza é até mesmo evidente, então o Direito positivo é inteiramente supérfluo.¹¹

Apesar desse renomado doutrinador ser positivista, como se depreende de seus textos, ele traz uma noção bastante razoável da doutrina naturalista. Atualmente, entretanto, os defensores desta (conhecidos hoje como jusnaturalistas) afirmam que o direito, suas instituições sociais e seus conceitos (como o de justiça), estão em constante mudança, pois a própria natureza do homem é mutável.

Por outro lado, tem-se a teoria da justiça para a doutrina positivista, da qual o professor André Franco Montoro faz uma síntese interessante. Senão, veja-se:

¹⁰ Kelsen, Op.cit., p. 11.

¹¹ Id. Ibid., p. 141/142.

Uma teoria positivista do direito, diz Kelsen, não pretende sustentar que a justiça não exista ou que qualquer ordem jurídica positiva não possa ser julgada justa ou injusta. **Mas o positivismo jurídico pretende ocupar-se, apenas, com o sistema de normas do direito positivo; e, permanecendo rigorosamente dentro desse sistema, examinar a hierarquia e a correlação entre as diversas normas que o integram.**

Mas o próprio Kelsen admite, ao lado de “teoria pura do direito”, uma teoria de justiça e uma investigação sociológica do direito.¹² (grifou-se)

Hobbes, defendendo o direito positivo, alerta que:

Esta medida comum, dizem alguns, é a correta razão; eu concordaria com eles, se houvesse tal coisa, por descobrir ou conhecida *in rerum natura*. Mas, comumente, os que invocam a correta razão a decidir qualquer controvérsia referem-se à sua. Mas isto é certo, considerando que a correta razão é inexistente: a razão de algum ou de alguns homens deve ocupar o lugar dela; e esse ou esses homens são quem detém o poder soberano [...] e, conseqüentemente, as leis civis são para todos os sujeitos as medidas das suas ações, por meio das quais se determina se são certas ou erradas, profícuas ou improfícuas, virtuosas ou viciosas.¹³

Interessante a conclusão a que Kelsen chega sobre a teoria naturalista e como esta pode ser usada para embasar o direito positivo. Segundo ele,

As explicações precedentes demonstram que a doutrina do Direito natural, quer apresente seus resultados como deduções a partir de uma lei da natureza em termos de jurisprudência, quer como deduções a partir de uma lei da evolução em termos da sociologia ou da história, opera com um método logicamente errado, por meio do qual os juízos de valor mais contraditórios podem ser, e efetivamente foram, justificados. Do ponto de vista da ciência, isto é, do ponto de vista de uma busca da verdade, tal método é inteiramente destituído de valor. Mas, do ponto de vista da política, como um instrumento intelectual na luta pela realização de interesses, a doutrina do Direito natural pode ser considerada útil. Em seu diálogo, *As leis*, Platão distingue mentiras que são permissíveis e mentiras que não o são. Mentiras são permissíveis se forem úteis ao governo: assim, ao governo é permitido fazer o povo crer que apenas o homem justo pode ser feliz, mesmo que isso seja mentira. Pois se é uma mentira, é uma mentira útil: ela assegura a obediência à lei: “Nenhum legislador digno de seu sal poderia encontrar mentira mais útil que esta ou mais eficaz no persuadir todos os homens a agir com justiça”. Que a doutrina do Direito natural, como pretende, seja capaz de determinar de modo objetivo o que é

¹² MONTORO, Op. cit., p. 281.

¹³ KELSEN, Op. cit., p. 147.

justo, é uma mentira; mas quem a considera útil pode usá-la como uma mentira útil¹⁴.

Por fim, sem ter a audácia de querer esgotar o tema em comento, visto que muitas são as teorias e poucas as conclusões, necessárias trazer algumas considerações feitas por Hume. Em síntese, o seu livro *Tratado da natureza Humana*, critica a teoria da justiça sob o ângulo do Direito natural, mas sem defender diretamente o direito positivo. Como se pode verificar na suas conclusões:

Segue-se de tudo isso que não temos naturalmente nenhum motivo real ou universal para observar as leis da eqüidade, exceto a própria eqüidade e o mérito dessa observância; e, uma vez que nenhuma ação pode ser justa ou meritória se não surgir de algum motivo separado, existe aqui um evidente sofisma e um raciocínio circular. Portanto, a menos que admitamos que a natureza estabeleceu um sofisma, e o tornou necessário e inevitável, **temos que admitir que o senso de justiça e injustiça não deriva da natureza, surgindo antes artificialmente, embora necessariamente, da educação e das convenções humanas.(...)**

Para que ninguém se sinta ofendido, devo aqui observar que, quando nego que a justiça seja uma virtude natural, estou empregando a palavra *natural* como significado exclusivamente oposto de *artificial*. Em outra acepção da palavra, assim como nenhum princípio da mente humana é mais natural que um senso de virtude, assim também nenhuma virtude é mais natural que a justiça. O homem é uma espécie inventiva; e quando uma invenção é evidente e absolutamente necessária, é tão correto considerá-la natural quanto tudo que proceda imediatamente de princípios originais, sem a intervenção do pensamento ou reflexão. Embora as regras da justiça sejam *artificiais*, não são *arbitrárias*. Tampouco é impróprio utilizar a expressão *Leis Naturais* para caracterizá-las, se entendermos por natural aquilo que é comum a uma espécie qualquer, ou mesmo se restringirmos seu sentido apenas ao que é inseparável dessa espécie.¹⁵ (grifou-se).

Com isto, abarcou-se grande parte das opiniões defendidas pelos mais diversos mestres neste assunto. Segue-se para a análise dos direitos fundamentais, os quais são considerados essenciais para a noção de justiça dentro do Direito, mas que também são alvos das discussões entre os teóricos.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

¹⁴ Id Ibid. p. 175.

¹⁵ HUME, David. *Tratado da natureza humana*. São Paulo: Unesp, 2001. p. 523-525.

3.1 CONCEITO E DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De uma forma bem simplificada, e procurando trazer uma noção sobre o conteúdo destes, podem-se definir direitos fundamentais como “os indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecê-los formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes”¹⁶.

É válido lembrar que os direitos fundamentais não surgiram todos de uma única vez. Na realidade, com as mudanças sociais, foram surgindo novas necessidades e criando-se formas de garantir que estas fossem protegidas. Primeiramente, foram positivados na órbita internacional e, na medida em que iam sendo ratificados, foram sendo determinadas as suas gerações. Atualmente, fala-se em quatro dimensões, posição defendida principalmente por Paulo Bonavides¹⁷, ressaltante que esta divisão não é unânime.

Os direitos de primeira dimensão têm caráter negativo, visto que surgiram com o Estado liberal, sendo uma obrigação de abstenção estatal, limites ao seu poder de atuação. Estão incluídos nesta categoria os chamados direitos individuais e políticos (ex. proteção contra a privação arbitrária da liberdade, inviolabilidade do domicílio, liberdade de associação e de reunião, etc).

Os de segunda geração, provenientes do segundo momento do capitalismo (aprofundamento das relações entre capital e trabalho), correspondem aos direitos sociais, os quais têm caráter econômico e social. Estes “visam oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais”¹⁸, bem como pretendem propiciar os direitos sociais e, com isto, intentam melhorar as condições de vida e de trabalho da população.

São agora pretensões positivas, não mais proteções contra o Estado, mas direitos exigíveis do próprio, uma obrigação de fazer do Estado em benefício dos “menos favorecidos”.

Os de terceira dimensão, conhecidos como coletivos ou difusos, surgiram com a sociedade de massas pelos processos de urbanização e industrialização, e

¹⁶ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 7.ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção sinopses jurídicas; v. 17). p. 67.

¹⁷ PINHO, Op. cit., p. 70.

¹⁸ TAVARES, Op. Cit., p. 370.

correspondem aos direitos de fraternidade. Apenas recentemente foram tutelados, mas ainda demandam uma maior proteção jurídica, visto que exigem, antes de tudo, uma participação intensa e ativa do cidadão. São exemplos desses, os direitos do consumidor, o direito ambiental, a proteção ao idoso, etc.

Paulo Bonavides defende uma quarta geração de direitos fundamentais, criada pelo processo de globalização econômica e o afrouxamento da soberania do Estado nacional. Nesta categoria estariam incluídos os direitos das minorias, e estão compostos pelos direitos à democracia, ao pluralismo e à informação.

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS GRANDES TEORIAS

Várias são as teorias que procuram justificar o surgimento dos direitos fundamentais. Desta feita, necessária se faz a análise de cada uma destas propostas.

3.2.1 Direitos fundamentais para os naturalistas ou jusnaturalistas

De acordo com esta corrente, através de um processo de subjetivação dos direitos naturais, consegue-se construir uma teoria dos direitos do Homem. Tavares traça perfeitamente os contornos desta doutrina, cabendo, portanto, apenas reproduzir. Senão, veja-se:

Estas idéias compreendem o processo de positivação dos direitos humanos como a consagração normativa de exigências que são prévias à própria positivação, ou seja, o reconhecimento, no plano das normas jurídicas, de faculdades que correspondem ao Homem pelo simples fato de sê-lo, vale dizer, em virtude de sua própria natureza.

A positivação, desse ponto de vista, assume nítida natureza declaratória.

Em suma, o jusnaturalismo defende a existência de direitos naturais do indivíduo que são originários e inalienáveis, em função dos quais, e para sua segurança, concebe-se o Estado.

São direitos que, portanto, não incumbe ao Estado outorgar, mas sim reconhecer e aprovar formalmente.¹⁹

Para os adeptos desta teoria, não é necessário que estes direitos estejam positivados, incluídos em uma declaração ou código, para que sejam respeitados. Esses direitos devem apenas ser reconhecidos pela ordem jurídica e nunca taxativamente, mas enunciativamente, pois existiriam outros direitos implícitos.

É com base nisto, que criticam as demais teorias, pois, por estas não trazerem um fundamento para estes direitos, não teria como se chegar a outros que não os previamente determinados. Citam, inclusive, o §2º do art. 5º da Constituição Federal (“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...))”, como argumento para a existência de outros direitos que não apenas aqueles explicitados no documento em comento.

Eles não renegam, entretanto, a importância da positivação destes direitos. Para seus defensores, com este reconhecimento, ganhariam proteção e passariam a gozar de coercibilidade, pois, com isto, poderia o Estado restaurá-los quando violados, mesmo quando o violador fosse o próprio Estado, através de um órgão ou agente seu.

Essa concepção vale ressaltar, não é universalmente aceita. Bobbio²⁰, inclusive, encontra quatro razões para não considerar um fundamento absoluto para os direitos fundamentais. A primeira seria que, por ser uma expressão vaga, é impossível se ter uma noção precisa do que seriam, não dando para visualizar seus contornos de uma forma nítida.

A segunda razão é que o rol de direitos se modifica constantemente com as mudanças das condições históricas, sendo assim, não existiriam direitos humanos por natureza, pois o que parece fundamental em uma determinada época e em uma civilização, não o é em outras épocas e culturas. Seriam, portanto, mal definidos e variáveis. Ademais, a classe dos direitos do homem seria também heterogênea, ou seja, existem pretensões muito diversas e, por vezes, até incompatíveis, não podendo haver uma mesma razão para justificá-los.

¹⁹ Id Ibid.,p. 358.

²⁰ Op. cit., p. 17-22.

Deveria haver, então, não uma única razão, mas boas razões para defendê-los e, quando em conflito, se exigiria uma escolha motivada e, em alguns casos, até restringir sua aplicabilidade. Por fim, como outra motivação para a não aceitação, ele aborda a antinomia entre os direitos de primeira geração, que garantem uma liberdade frente ao Estado e exigem um não fazer deste, e os de segunda, que dão poderes ao mesmo e exigem um fazer dele. Para ele, o desenvolvimento de ambos não poderia se realizar paralelamente, pois a integral realização de um impediria a do outro.

Este renomado autor ainda relembra que, historicamente, “a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles”. E complementa, “o fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras”²¹.

3.2.2 Direitos fundamentais para os positivistas

Para os positivistas, que identificam o Direito com a lei posta, é inconcebível uma norma válida anterior ao Direito. Sendo assim, a corrente naturalista é tida como metafísica, desconecta a essa ciência jurídica. Nas palavras de Tavares,

Para os positivistas, os direitos naturais não integram propriamente o Direito, consistindo sim em uma categoria de regras morais, filosóficas ou ideológicas que, no máximo, influenciam o Direito. Só quando a este incorporadas é que – pela visão positivista – podem-se considerar regras cogentes.

Partindo de tais premissas concebe-se a posituação não mais com cunho declaratório, mas como ato de criação e, pois, *constitutivo*(...).²²

Para estes estudiosos, os “direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados (...)”²³. Antes

²¹ BOBBIO, Op. cit., p. 22.

²² TAVARES, Op. cit., p. 358.

²³ SARLET, Ingo **A eficácia dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 35.

disto, seriam apenas regras morais, já que não poderiam ser exigidos ou garantidos juridicamente, seriam aspirações ideais, o nome direito serviria apenas para atribuir um “título de nobreza”²⁴. A principal crítica que sofrem é justamente por na Constituição existir a previsão de outros direitos que não apenas aqueles estabelecidos (implícitos).

Apesar da proposta deste estudo ser principalmente sob a ótica destas duas principais correntes de pensamento, é importante mostrar que, no caso dos direitos humanos, há também outras concepções que merecem uma ponderação.

3.2.3 Direitos fundamentais para a teoria realista

Este grupo critica as duas teorias anteriores. Discordam do efeito declaratório da positivação proposto pelos jusnaturalistas, bem como não admitem que esta seja a razão da sua constituição. Para eles, a positivação não é o princípio nem o fim do processo, mas apenas uma condição para desenvolver técnicas para a proteção dos direitos fundamentais.

Segundo os seus defensores, as condições sociais determinariam o sentido real das liberdades e dos direitos, pois com isto se pode garantir a proteção destes. PECES-BARBA afirma que:

Toda norma de direito positivo realmente existente necessita dos tribunais de justiça para que seu titular possa acudir na necessidade de proteção no caso de desconhecimento por um terceiro. Os direitos fundamentais não são uma exceção a essa regra. Se um direito fundamental não pode ser alegado, pretendendo sua proteção, pode-se dizer que não existe.²⁵

Pérez Luño, ademais, sintetiza esta teoria com perfeição. Senão, veja-se:

Enquanto o jusnaturalismo situa o problema da positivação dos direitos humanos no plano filosófico e o positivismo no jurídico, para o realismo se

²⁴ BOBBIO, Noberto. Op. cit. pág. 9.

²⁵ PERCES-BARBA (Apud TAVARES, André R.), Op. Cit. p. 359.

insere no terreno político, ainda que também, como se verificou, outorgue uma importância decisiva às garantias jurídico-processuais de tais direitos.²⁶

Sendo assim, percebe-se que, nesta teoria, o papel do Judiciário ganha muita relevância, já que é a quem cabe garantir estes direitos.

3.2.4 Direitos fundamentais para Bobbio: direitos históricos

Bobbio defende que a questão dos direitos fundamentais não pode ser resumida a uma teoria naturalista ou positivista. Para ele, não se deve buscar justificar esses direitos, como propõem cada uma delas, mas procurar protegê-los. Concorda com a proposta anterior de que não seria um problema filosófico, mas sim político. Neste aspecto, defende que os direitos humanos são direitos históricos.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.²⁷

E mais adiante, ele complementa:

[...] Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, *os vários fundamentos possíveis*. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais estes ou aquele direito pode ser realizado [...].²⁸

²⁶ PÉREZ LUÑO (Apud, TAVARES, André R.), Op. Cit., p. 359.

²⁷ BOBBIO, Op. Cit., p. 5.

²⁸ Id. Ibid., p. 24.

Para este ilustre autor, cada direito surgiu pelo momento histórico, pelas mudanças sociais e, principalmente, pelas lutas de classes. Como exemplo, cita-se que a liberdade religiosa foi o resultado das guerras de religião; as liberdades políticas e as sociais são frutos do nascimento, crescimento e amadurecimento dos movimentos dos trabalhadores, etc. É por esta razão que ele defende que mesmo ainda não totalmente positivados, já existe reclamos para a criação de direitos de uma quarta geração, como exemplo, para uma possível manipulação genética. Sua crítica a um fundamento absoluto já foi relatado em item anterior.

Feitas estas considerações, urge, então, tratar do papel do magistrado na efetivação desses dois valores tão essenciais – justiça e direitos fundamentais.

4 O PAPEL DO MAGISTRADO NA BUSCA PELA JUSTIÇA E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Independente da teoria adotada, o juiz tem papel fundamental na aplicação da justiça e dos direitos humanos. Mesmo assim, foram criadas muitas técnicas para a hermenêutica, as quais serviriam de base para as decisões judiciais.

Caso se adote o jusnaturalismo, caberia ao magistrado interpretar a lei “natural”, e partindo dela, deve usar a razão para chegar a uma justiça social, reflexo de princípios universais daquela lei, válidos eternamente.

Vale frisar, entretanto, que esta não foi a posição que predominou historicamente. Por bastante tempo, os ordenamentos sofreram a influência das teorias positivistas, normatistas-legalistas. O primeiro modelo proposto pelos defensores desta teoria defendia que, ao intérprete do direito, só caberia reconstruir o pensamento ínsito da lei.

Não poderia criar nada, pois o direito já estaria feito e, portanto, o juiz deveria ser convertido em um “ser inanimado, que repetia as palavras da lei” (Montesquieu). Assentava-se em um modelo de regras aplicáveis pela subsunção, cabendo ao intérprete revelar o sentido da norma e fazê-la incidir no caso.

Obviamente, este modelo se tornou insuficiente, percebeu-se que, quando o magistrado interpreta o fato, acaba por construí-lo, pois não consegue ser neutro, tendo que decidir que partes das teorias suscitadas no caso são verdadeiras. Além

disso, o texto tem sutilezas, o significado das palavras pode variar pelo contexto, pelo uso, cabendo ao intérprete aplicar o que considera mais conforme, mais justo ao caso concreto.

E foi, então, que se vislumbrou mais nitidamente a diferença entre o legislador e o juiz, já que um procura imaginar situações e prever solução para casos futuros, abarcando pessoas indeterminadas; enquanto ao outro cabe decidir sobre casos e pessoas determinadas. Sendo assim, para que o direito possa cumprir o seu fim intrínseco, os estudiosos perceberam que o magistrado deveria se converter em um ativo diretor do litígio, pois a este caberia procurar a solução justa.

Com esta nova postura, o Judiciário ganhou força, pois poderia até mudar os rumos do ordenamento, acresceu-o também um papel político, já que, ao decidir os casos concretos, a repercussão delas teria impacto social.

Importante foi a contribuição de Kelsen²⁹ quanto ao tema, quando afirmava que não haveria uma única sentença justa baseada na interpretação de uma lei. Para ele, a teoria usual da interpretação se equivoca por acreditar que há apenas uma análise correta, uma única solução para o caso concreto.

Para ele, a norma seria um padrão, um limite, para a interpretação (como uma moldura na qual o juiz pode transitar). Com isto, se garantia uma maior discricionariedade ao magistrado, pois para dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, bastaria que ela fosse produzida dentro da moldura da norma geral (se tornando uma “norma individual”).

Prepondera atualmente um pós-positivismo, para o qual ao juiz cabe “proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto”³⁰. Com isto, ganharam força normativa os princípios, os quais passaram a ser considerados o primeiro passo para uma concretização dos valores sociais. Dentre eles, saliente-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, capaz de solucionar conflito de direitos fundamentais, segundo Humberto Ávila³¹.

²⁹ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

³⁰ BARROSO, Luís Alberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios: Ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 134.

³¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. ed. Malheiros: São Paulo. 2006.

Hoje está clara a importância do juiz na aplicação do direito. Fala-se inclusive em um papel pró-ativo, em que, além de julgar, aplicando o direito posto, defenderia a Constituição e seus princípios fundamentais, mesmo na falta de uma legislação específica. Nos dizeres de Luiz Carlos Azevedo,

Neste passo, ao juiz não bastará apenas deduzir, observando rigorosamente os silogismos da lógica. Sem desprezar o emprego do raciocínio e do método no trabalho, a sua missão não se reduzirá a um mero exercício de técnica jurídica, porque o seu encargo se reveste de muito maior importância e seriedade e, por isso mesmo, se torna muito mais gratificante; pois ao juiz caberá a função de aproximar, tanto quanto possível, o direito da vida.³²

5 CONCLUSÃO

Como toda ciência social, os objetos do Direito são de tal forma complexos que uma única solução poderia parecer precária ou incompleta. Weber defendia que poderia haver tantas ciências quantos pontos de vista específicos pudessem ser atribuídos no exame de um problema, e defendia ainda que nada autorizava a acreditar que todos os pontos de vista possíveis já haviam sido esgotados. Este trabalho não visava colocar um “ponto final” nas discussões, definindo qual teoria era mais correta para se chegar a uma idéia mais concreta de justiça e dos direitos fundamentais. O que se propôs foi mostrar as várias facetas desses problemas, trazendo esses temas tão relevantes ao debate.

Com isto, pode-se perceber que o que realmente importa é que os operadores do direito busquem tornar o ideal da justiça, independente de qual for o adotado, uma realidade, bem como efetivem os direitos fundamentais. Até porque, como dito por Ihering, “o direito não é uma simples idéia, é uma força viva”. Precisa-se libertar o Direito desses conceitos pré-fixados, e procurar novas idéias que se integrem com o contexto social, que traga a paz. É necessário que os juristas tomem consciência de seu papel social, procurando questionar a ordem jurídica vigente,

³² Apud VIGO, Luis Vigo. **A interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. Tradução de Susana Elena Dalle Mura; revisão e notas de Alfredo de J. Flores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 10.

propondo novas soluções para a construção de uma sociedade melhor e mais justa. Até porque, conforme Roberto Lyra Filho, a tradicional visão do Direito como:

Simples sistema *normativo* tem falhado na consecução de seus objetivos últimos, que são a *justiça* e a *paz social* vivenciadas dentro de uma estrutura sócio-econômica que consagre, em termos concretos, a igualdade dos cidadãos, sem prejuízo de sua liberdade³³.

Por fim, como abordado, fundamental a importância do juiz já que a sentença é a concretização dos valores sociais. Ademais, a real eficácia que pode advir de sentenças dos magistrados para os direitos fundamentais e para os direitos humanos significaria, conseqüentemente, a consolidação do valor “justiça”, atingindo, assim, positivistas e naturalistas, respectivamente.

A THEORY OF JUSTICE AND FUNDAMENTAL RIGHTS: AN APPROACH OVER THE THEORIES THAT EXPLAIN THE JURIDICAL PHENOMENON AND THE INTERPRETATIVE ROLE OF THE JUDGE.

ABSTRACT

The article analyzes the main theories that base Law, demonstrating how they justify and found the ideals of justice and fundamental rights, in order to allow a better acceptance, comprehension and accomplishment of these themes, even by the society or the State. Finally, it brings a historical briefing of the judge's paper in hermeneutics, culminating in the current relevance of this, since it is one of their fundamental task the interpretation and the application of these social values. The importance of the judicial decision is still emphasized because it serves to guarantee the effectiveness of ideals mentioned, independent of the approach adopted by the interpreter, which could be based on any of the examined theories, since what really is aimed at accomplish is a new boarding of the legal phenomena, a rethink of the traditional institutes, intending to consolidate justice and fundamental rights, guaranteeing the social peace and an ordered coexistence.

Keywords: Justice. Rights. Fundamental.

³³ LYRA FILHO, Roberto. *Apud* MARQUE NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito:** Conceito, Objeto, Método. p. 11.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. ed. Malheiros: São Paulo. 2006.

BARROSO, Luís Alberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios: Ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Editora Ática, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos Direitos Humanos**. 2. ed. rev. São Paulo: Santuário, 2002.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. São Paulo: Editora Unesp, 2001.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 7. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 7. ed. rev, atual. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção sinopses jurídicas; v. 17).

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Guilherme Amorim Campos. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev., ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalistado século XIX às novas perspectivas. Tradução de Susana Elena Dalle Mura; revisão e notas de Alfredo de J. Flores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.