

A Justiça e os Direitos Fundamentais do Homem (De Rousseau aos Tempos Atuais)

Áurea Pimentel Pereira

Desembargadora do TJ/RJ e membro do Conselho de Vitaliciamento

A Justiça, por Ulpiano definida como a “*constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere*”, pelos grandes Pensadores, foi sempre tida como uma virtude política.

Assim a concebia Aristóteles, que a via mesmo como a maior das virtudes, na qual todas as outras estariam compreendidas, cuja existência se pressuporia “entre homens cujas relações mútuas são governadas pela lei” e cujo objetivo principal seria, afinal, o de “preservar, para a sociedade política a felicidade e os elementos que a compõem (**Ética a Nicômaco**, Livro V, Capítulo I, tradução de Leonel Vellandro e Gerd Bornheim, *apud Os Pensadores*, Vol. IV, páginas 322, 323 e 330).

Também Montesquieu definia a Justiça como uma virtude que, na sua visão, se traduziria no amor às leis do país (**L’Esprit des Lois**).

Para Rousseau - que via no justo um sentido universal, emanado da razão - somente as leis e as convenções é que seriam capazes de “unir os direitos aos deveres e conduzir a justiça ao seu objetivo” (**O Contrato Social**, Livro Segundo, Capítulo VI, tradução de Lourdes Santos Machado, *apud Os Pensadores*, Vol. XXIV, p. 59 e 60).

De acordo com o pensamento iluminado de Rousseau, haveria mesmo “no fundo das almas um princípio inato de justiça e de virtude, conforme o qual, apesar das nossas próprias máximas,

julgamos as nossas ações e as de outrem como boas ou más” (**A Profissão de Fé do Vigário de Savoia**, tradução de J.Cruz Costa, *apud O Pensamento Vivo de Rousseau*, apresentado por Romain Rolland, p.153/154).

O primado da Justiça, quando da solução dos conflitos de direitos e a própria afirmação da existência destes, sempre foi, na história da humanidade, a grande preocupação dos povos.

Iluminada pelas idéias dos grandes Pensadores, surgiu, então, a teoria do direito natural, (*iusnaturalismo*), a explicar a existência de direitos comuns a todos os homens, (*ius naturae*), como inerentes à própria natureza humana, como tais, merecedores de respeito.

Segundo a doutrina do *iusnaturalismo* - que depois cedeu passo ao *iuspositivismo* - os direitos são inerentes à própria condição do homem que, de acordo com a teoria rousseuniana, nasceu livre e Titular de direitos, dos quais, desde logo, passou a ter a fruição.

Para Jellineck, contudo, os direitos cujo gozo pelo homem em sociedade foi assegurado seriam, na verdade, frutos de concessão do Estado, que se autolimitaria para garantir, a cada um, a possibilidade de seu exercício.

Da idéia da limitação do exercício do poder pelo Estado, foi precursor Montesquieu, em sua obra **L'Esprit des Lois**, ao conceber um sistema de freios e contra-pesos, através do qual “*le pouvoir arrê le pouvoir*”.

Dentre os direitos fundamentais, o mais importante, em todos os tempos, sempre foi o da liberdade.

De acordo com a teoria de J.J.Rousseau, o homem, que nasceu livre, teria, posteriormente, evoluído de um estado de liberdade natural para o de uma liberdade convencional, fruto de um verdadeiro pacto social (**O Contrato Social**).

Para Rousseau, portanto, a liberdade, direito fundamental do homem, não se originaria propriamente da natureza, resultando, antes, o seu gozo e fruição, de um pacto social, segundo o qual: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral e recebemos, enquanto corpo,

cada membro, como parte indivisível do todo” (Obra citada, Livro Primeiro, Cap. VI, p. 39).

Essa vontade geral - adverte Lourival Gomes Machado, em comentários feitos à obra de Rousseau - não resultaria da simples soma de vontades individuais, mas sim, em uma visão metafísica, da vontade gerada a partir do cômputo do que “há de comum em todas as vontades individuais”, capaz de representar o “substrato coletivo das consciências”, fruto do que Diderot, *in Enciclopédia* definiu como sendo “em cada indivíduo um ato puro de entendimento que raciocina no silêncio das paixões”. (*Ib. idem*, Livro Segundo, Cap. I, p. 49 e Cap. III, p. 52).

Assim, segundo a doutrina de Rousseau, através de um verdadeiro contrato social, assentado em uma vontade geral, o que se procurou tornar possível, foi, afinal, “uma forma de associação que defenda e proteja, contra toda força comum, a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, apenas obedeça a si próprio, e se conserve tão livre quanto antes”. (*Ib. idem*, Livro Primeiro, Cap. VI, p. 38).

Para Rousseau, a própria autoridade do Estado “não se justificaria, nem pela força, nem pela vontade de Deus, mas sim, pela Convenção” (Ob. cit., p. 32).

A idéia de que todos os homens nascem livres surgiu associada àquela outra da *igualdade*, em contraposição à teoria de Aristóteles expressada *in Política*, forte a proclamar que: “os homens em absoluto não são naturalmente iguais, mas nascem uns destinados à escravidão e outros, à dominação” (J. J. Rousseau, ob. cit. Livro Primeiro, Cap. II, p. 30).

Nos primeiros tempos da história da humanidade, a sociedade experimentou um período de anomia (ausência de normas legais). Só posteriormente foram, então, editadas leis reguladoras de direitos e obrigações - que - como frutos “de uma universalidade de vontades” - buscaram, então, conformar a vontade de todos à razão (Rousseau - ob. Cit. Livro Segundo, Cap. VI).

Com a idéia da liberdade, nasceu com o homem, concebida como direito natural, a igualdade, ambas a duras penas, através dos tempos, conquistadas e consolidadas como direitos fundamentais.

Tais direitos fundamentais - como assinalou o Professor Inocêncio Martins Coelho, em excelente palestra proferida em 1992, na OAB-DF - antes de serem objeto de inclusão em ordenamento jurídico “existiam apenas como simples idéias abstratas” que - como assinalou o douto constitucionalista, citando o magistério do jurista lusitano José Carlos Vieira de Andrade - “tanto podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares - perspectiva filosófica ou iusnaturalista - como podem ser considerados direitos de todos os homens (ou categorias de homens), em todos os lugares, num certo tempo - perspectiva universalista ou internacionalista; como, ainda, podem ser referidos aos direitos de certos homens (cidadãos), num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto - perspectiva estadual ou constitucional” (*apud Revista de Informação Legislativa*, Ano 29, n. 115, páginas 43/44).

Inspiradas no iluminismo europeu e depois nas idéias libertárias da revolução francesa e consolidadas na Declaração de Direitos, fruto da independência americana, surgiram as primeiras proclamações universais que, basicamente, enunciaram como direitos fundamentais do homem a liberdade, a igualdade, o direito à vida e à propriedade.

Da liberdade, como direito natural - de que todo homem é detentor - mesmo antes de tais proclamações universais, já haviam, todavia, cuidado os romanos, garantindo-lhe proteção, através dos interditos *de homine libero exhibendo* e de *liberis exhibendus*, destinados a restituir a liberdade ao homem livre (não-escravo), que estivesse sendo submetido a constrangimento, em sua liberdade de ir e vir.

A primeira Carta Política, que a respeito da liberdade pessoal - como direito individual a todo homem garantido - expressamente dispôs, foi a Magna Carta da Inglaterra - outorgada por João Sem Terra em 1215 - em cujo parágrafo 29 encontra-se inserida a seguinte proclamação:

“No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived

of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land..”

Embora erigida em direito fundamental, é certo, contudo, que a liberdade pessoal não constitui direito absoluto, subsumidos que estão seu gozo e fruição aos regramentos da lei, o que explica possa ser alguém de tal direito fundamental privado, se e quando haja praticado crime para o qual esteja prevista a aplicação de pena restritiva de liberdade.

O que o direito à liberdade efetivamente assegura ao homem - lembra J. Cretella Jr. - é, em rigorosa harmonia com o que dispõe a lei, conduta que consiste “em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem”, como por exemplo, o exercício dos direitos naturais de cada homem, que tem por limites apenas aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos” (**Elementos de Direito Constitucional**, p. 204).

Vale registrar que o conceito de liberdade como direito fundamental, inicialmente limitado à idéia da liberdade pessoal, com o evoluir dos tempos, ganhou nova dimensão, abrangendo, modernamente, verdadeira gama de liberdades públicas, a saber: a liberdade de pensamento, de consciência e crença, e seus desdobramentos, compreensivos, dentre outras, da liberdade de informação; de associação, de comunicação, de reunião, de exercício profissional e de culto.

O princípio da igualdade - cujas raízes encontraram solo fértil nas idéias avançadas de Rousseau e Voltaire, inspiradoras dos ideais libertários da revolução francesa - existe para garantir, a todos os homens, tratamento isonômico diante da lei.

Dito princípio, todavia, sempre exigiu, dos doutos, reflexão, a recomendar, muitas vezes, sua aplicação, ***cum grano salis***, associada à idéia de que, na realidade, a igualdade - que, como valor eterno e universal, se espera ver sempre respeitada - é, na realidade, uma *igualdade formal*, que “consiste no direito de todo cidadão de não ser desigualado pela lei, senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos, não vedados pelo orde-

namento constitucional.” (Celso Ribeiro Bastos - **Curso de Direito Constitucional**, p. 179/180).

Essa igualdade formal, capaz de garantir tratamento isonômico, pressupõe, portanto, cidadãos que se encontrem em condições rigorosamente iguais, a afastar toda e qualquer possibilidade de se dispensar tratamento igualitário a desiguais, o que não seria, afinal, igualdade real, mas sim, desigualdade flagrante (Ruy Barbosa).

A propósito, aliás, judiciosa é a advertência de José Afonso da Silva, firme a proclamar que, via da aplicação do princípio da igualdade, o que se visa, antes de tudo, a realizar é: “a justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições socialmente desiguais” (**Poder Constituinte e Poder Popular**, p.126).

A desigualdade de direitos e deveres existente entre os homens em sociedade, sempre preocupou os grandes pensadores.

Tal preocupação assaltou Rousseau em seu “Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens”, tendo sido, assim, lapidarmente, registrada:

*“Concebo, na espécie humana, dois tipos de desigualdade: uma que chamo de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades de espírito e da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens.” (Obra citada, tradução de Lourdes Santos Machado, p. 241, apud **Os Pensadores**, Edit. Abril Cultural, 1973).*

A igualdade, como direito fundamental do homem e a liberdade, com a mesma característica de direito fundamental historicamente consagrada, pela vez primeira foram objeto de uma proclamação universal, com a *Declaração de Direitos de Virginia* de 1776, e, em seguida, com a *Declaration des Droits de L’Homme et du Citoyen*, proclamação mais tarde repetida por ocasião da

Declaração Mundial dos Direitos dos Homens, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 1948.

O direito à vida - que constitui para o homem aquele bem maior - erigido em direito inviolável, como tal merecedor do Estado de toda proteção, tem, na verdade, - como anota J. Cretella Júnior - dois sentidos, envolvendo “o direito a continuar vivo, embora se esteja com saúde, e o direito de subsistência; o primeiro ligado à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência; o segundo, ligado ao direito de prover a própria existência mediante trabalho honesto” (Ob. cit., p. 203).

Para a garantia da fruição de tal direito, há que se exigir do Estado uma conduta positiva, consistente em atos e medidas capazes de, efetivamente, proporcionar a todo cidadão, de um lado, segurança, para a preservação da própria vida, contra violência externa, e, de outro lado, a possibilidade de recolher, através do trabalho, os meios necessários à própria subsistência.

Quanto ao direito à propriedade, vale lembrar que já não exhibe atualmente os mesmos contornos concebidos nas primeiras declarações universais de direito, ou - como registra J. Cretella Jr., citando o magistério de Carlos de Medeiros Silva - os posteriormente fixados na época do liberalismo, tendo perdido muito de seu sentido individualista, em favor de uma função eminentemente social. (Obra citada, p. 208/210).

O conceito moderno de propriedade - pontifica Celso Ribeiro Bastos - afastou-se inteiramente da concepção clássica, que o tinha, originariamente, como “um direito abstrato de caráter perpétuo, que era usufruído independentemente do exercício deste direito”, prevalecendo, modernamente - prossegue o douto constitucionalista - como idéia central, a compatibilização da propriedade “com sua destinação social”. (Ob.cit., p. 209).

Atualmente, o direito à propriedade não é mais visto como um direito absoluto, podendo seu exercício ser objeto de restrições ou limitações sempre que sobrelevar o interesse público ou social, como sói acontecer nos casos de desapropriação por utili-

dade pública ou de premente necessidade, do uso da propriedade particular, pelo Estado, na hipótese de iminente perigo público.

Com o reconhecimento que se fez, através de tais declarações universais, de que o homem era titular de direitos, para a proteção daqueles direitos havidos como fundamentais, tornou-se necessária a criação de instrumentos destinados a garantir o seu exercício, o que se fez - nos países em que o respeito a tais direitos se encontra reconhecido, como é o caso do Brasil - através de “disposições assecuratórias, que são as que em defesa dos direitos limitam o poder” (Ruy Barbosa - **República: Teoria e Prática**).

Através de tais instrumentos de garantia, tornou-se possível, então, exigir do Estado uma limitação de poder, traduzida em verdadeiro *direito de abstenção*, em condições de ser imposto, se e quando caracterizado o desrespeito a direitos fundamentais, hipótese em que - como adverte Fernando Whitaker - será sempre possível a utilização de instrumentos de garantia para exigir do Estado *conduta positiva* (Autor citado - **O Sistema Constitucional Brasileiro**, p.146).

Tem-se, portanto, que, entrando em discussão direitos individuais ínsitos à própria cidadania, há de se exigir do Estado uma abstenção (conduta omissiva), de modo a proibir que o exercício de tais direitos possa ser obstaculizado.

Há direitos, porém, que para cujo gozo, não raro, é preciso se exigir do Estado uma conduta positiva, como é o caso dos direitos sociais cujo reconhecimento ou concessão necessitam de ser perseguidos.

No Estado Democrático de Direito, os direitos subjetivos públicos e os instrumentos destinados a assegurar o seu exercício, constituem garantias constitucionais.

Na Carta Política brasileira de 1988 - que restaurou no país o Estado Democrático de Direito - tais direitos foram, no longo elenco do artigo 5º, alinhados, ao lado da existência de instrumentos garantidores de seu exercício, vendo-se que no Preâmbulo da referida Carta, desde logo, teve o legislador constituinte a preocupação de proclamar: “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

O regime democrático - vale dizer a democracia (governo do povo para o povo) - tem se revelado o mais adequado para garantir ao homem, em sociedade, o exercício das liberdades públicas, através da conciliação do *Direito* com o *Poder*.

Tal conciliação ganha mais importância quando em conflito valores que se contrapõem, o que pode ocorrer, por exemplo, quando em confronto o interesse público com o interesse particular, hipótese em que a prevalência do primeiro deve ser reconhecida, presente a advertência de Rousseau de que a ordem social “é um direito sagrado que serve de base a todos os outros”. (**O Contrato Social**, Livro Primeiro, Capítulo I, *ib. idem* p. 28).

Se e quando caracterizado tal conflito - como observa Fernando Whitaker, com a autoridade de sempre - será importante ter presente que: “A finalidade do indivíduo não é o bem singular, mas o bem público, que possibilita a todos os elementos materiais e espirituais para a realização plena, e que é tutelado pelo Estado, com o qual, até certo ponto, se confunde” - tudo justificando, como adverte o douto constitucionalista, o sacrifício do “bem particular ao comum”. (Ob. cit., p.162).

Há, todavia, direitos, que, por constituírem valores eternos e universais, estão a exigir do Estado respeito e proteção. São os direitos fundamentais, representativos das liberdades públicas, das quais o homem, na sociedade, é titular.

Ditos direitos - a partir da concepção de Rousseau, que os viu garantidos por um verdadeiro pacto social - e ao depois, mercê da evolução que experimentaram através dos tempos, por ocasião das declarações universais de direito: de Virgínia (1776); da França (1789) e da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (1948), representam importantes conquistas para o exercício da cidadania.

Na Magna Carta brasileira de 1988, o legislador constituinte dos direitos fundamentais do homem cuidou, em extenso elenco, no qual fez questão de alinhar, como os mais importantes, dentre outros, os direitos à liberdade, à igualdade, à vida e à propriedade, desde logo criando os instrumentos garantidores do seu exercício.

É importante registrar, contudo, que o extenso elenco de direitos individuais e coletivos, no artigo 5º da Constituição Federal

de 1988 contidos, não é, na verdade, exaustivo, como foi deixado claro no § 2º do artigo citado, com o expresso registro que se fez de que, no referido elenco, devem ser havidos como incluídos, além daqueles direitos e garantias “outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais, em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

É importante, ainda, assinalar que, na referida Constituição, no mesmo dispositivo em que foram enunciados os direitos individuais e coletivos - então proclamados como direitos de todos, sem distinção de qualquer natureza - ampliou o legislador constituinte o elenco dos instrumentos legais, destinados a tornar efetivo o seu exercício, e isso se fez quando, ao lado dos anteriormente existentes, a saber: o *habeas corpus*, medida garantidora da liberdade de ir e vir, e o *mandado de segurança*, remédio heróico contra ato comissivo ou omissivo de autoridade, revestido de ilegalidade ou abuso de poder, violador de direito líquido e certo, - foram criados o *mandado de injunção* (destinado a tornar efetivo o gozo e fruição dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício se encontre, porventura, obstaculizado pela ausência de norma reguladora, cuja edição esteja sendo, pela autoridade competente, omitida) e, o *habeas data* (concebido para assegurar, ao cidadão, o direito incondicionado de ter acesso a informações pessoais existentes em registros, bancos de dados ou repartições públicas). Ao mesmo tempo deu-se nova roupagem à ação popular, garantindo-se, agora, ao cidadão, com maior amplitude, o controle da legalidade daqueles atos administrativos que forem considerados lesivos ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe; à moralidade administrativa; ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.

É certo que as liberdades públicas e as conquistas sociais, obtidas com a edição da Carta Política de 88, que restaurou no país o Estado Democrático de Direito, se revestem de enorme expressão, notadamente se e quando a todos os cidadãos estão sendo prometidos o gozo e a fruição de direitos tidos como fundamentais, a saber: o direito à liberdade, à igualdade, a uma existência

digna, a uma verdadeira justiça social, ao lado da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III).

É de se lamentar, todavia, que muitas das promessas solenemente feitas pelo legislador constituinte na referida Carta não se tenham, ainda, se tornado efetivas para a redução do verdadeiro abismo de desigualdades que separa os homens em sociedade, grave problema - aliás não só do Brasil - que os governos, por falta de vontade política, não puderam até os presentes dias solver.

Enquanto tal não ocorrer, isto é, enquanto não se instaurar efetivamente no país uma verdadeira justiça social, que J. Cretella Jr. prefere denominar de “justiça distributiva”, impossível será assegurar ao homem em sociedade, em toda sua amplitude, o efetivo gozo dos direitos fundamentais, prometidos no texto constitucional. Espera-se que no futuro, com o despertar das consciências, possa se concretizar, como preconiza Fernando Whitaker, “um processo integral, que conjugue as atribuições do poder, com a dignidade de cada um, e que seja capaz de encarnar um ideal político e social de largas dimensões, conduzindo o povo para a sua realização”. (Ob. cit., p.168). 