Justiça e direitos humanos

Maria Berenice Dias[1]

Sumário: 1. O direito e suas gerações; 2. A Justiça frente aos direitos humanos.

O mundo está cada vez menor. Os efeitos da globalização e a evolução tecnológica permitem saber instantaneamente o que ocorre em qualquer lugar.

Este planeta, agora já tão pequeno, vive em plena "era dos direitos", para usar expressão de Norberto Bobbio[2]. Nunca se falou tanto em direitos fundamentais, direitos humanos, universalização de direitos.

Por tudo que se diz, por tudo que se proclama e defende, se deveria estar vivendo na época de maior plenitude do indivíduo, aureolado por uma gama de direitos e garantias. O Estado dotado de mecanismos ágeis e eficazes para garantir ao ser humano viver em um estado democrático de direito. As instituições sociais imbuídas da necessidade de preservar o cidadão e a própria sociedade. Todos participando do processo de "humanização da humanidade".

Cada um assumindo uma postura de agentes ativos para a concreção da "liberdade" e da "igualdade" por meio da "fraternidade" ou "solidariedade". Essas três palavras-chaves não serviram somente de lema à Revolução Francesa, pois identificam as gerações dos direitos tal como vêm sendo desdobrados.

1. **O direito e suas gerações**

Em 26 de agosto de 1789, na França, foi editada a mais famosa declaração de direitos, a denominada “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. O movimento feminista logrou substituir dita nomenclatura para “Direitos Humanos”. O uso da expressão “declaração” evidencia que os direitos enunciados não são criados ou instituídos, são meramente “declarados”, por se tratar de direitos preexistentes, que derivam da própria natureza humana. Daí serem direitos naturais, abstratos e universais.

O núcleo dos direitos fundamentais, chamados em um primeiro momento de direitos individuais, configura a primeira geração de direitos. Têm como tônica a preservação da liberdade individual. Caracterizam-se como imposição de limites ao Estado, gerando simples obrigação de não-fazer. Buscam libertar todos e cada um do absolutismo de um ou de alguns sobre todos. Originariamente, no plano político, surgiram para livrar o povo do absolutismo do monarca e seus agentes. A liberdade individual irrestrita, só pode ser limitada pela lei, expressão da vontade geral, exclusivamente em função do interesse comum. Daí serem identificados os direitos da primeira geração com a busca da liberdade.

Os direitos econômicos, sociais e culturais, positivados a partir da Constituição de Weimar, de 1919, são tidos como de segunda geração. Cobram atitudes positivas do Estado, verdadeiras obrigações de fazer, com a finalidade de promover a igualdade. Não a mera igualdade formal de todos frente à lei, mas igualdade material de oportunidades, ações e resultados entre partes ou categorias sociais desiguais. Visa proteger e favorecer juridicamente os hipossuficientes em relações sociais específicas. Tais direitos parciais garantem uma prestação diferenciada do Estado a determinados indivíduos, a fim de promover a igualdade social, buscando igualar os desiguais. Voltada para as relações sociais, em que a desigualdade se acentua por um fator econômico, físico ou de

qualquer outra natureza, a segunda geração identifica-se com o direito à igualdade.

Os direitos de terceira geração sobrevieram à Segunda Guerra Mundial, reagindo aos extermínios em massa da humanidade praticados na primeira metade do Século XX tanto por regimes totalitários (stalinismo, nazismo) como democráticos (destruição de cidades indefesas, até por bombas atômicas). Na medida em que o gênero humano se mostrou técnica e moralmente capaz de se autodestruir, voltaram-se os olhos às relações sociais em geral, não para garantir indivíduo contra indivíduo, mas a humanidade contra a própria humanidade. Tal suscitou a solidariedade de todos os indivíduos e categorias da sociedade diante de uma possível extinção da humanidade, seja gradativamente, por degradação dos meios necessários à vida humana, seja sumariamente, pela abrupta supressão das condições de sobrevivência.

Nesse momento os direitos humanos internacionalizaram-se. A soberania estatal restou delimitada por meio da criação de sistemas normativos supranacionais com o fim de preservar os direitos humanos e reconstruir paradigmas éticos para restaurar o respeito à dignidade da pessoa humana. Surgiram os direitos difusos de toda a humanidade. No processo de socialização do estado contemporâneo, a evolução do estado liberal para o estado social de direito fez imperiosa a conscientização de todos da indispensável participação ativa de cada um. Não mais cabe aguardar a iniciativa dos governantes ou delegar-lhes com exclusividade o encargo de assegurar a função social dos direitos humanos. É dever de todos e de cada um perante cada um e perante todos.

Com tal passo, cuja concreção ainda falta ser atingida, a evolução dos direitos humanos atinge o seu ápice, a sua plenitude subjetiva e objetiva. São direitos humanos plenos, de todos os sujeitos contra todos os sujeitos, para proteger tudo que condiciona a vida humana. Trata-se da fixação de valores ou bens humanos, como patrimônio da humanidade, que

garantam a existência com a dignidade que lhe é própria.

2. **A Justiça frente aos direitos humanos**

A sociedade organizada outorga a um Poder o encargo de fazer justiça, o que, no dizer de Mauro Cappelletti[3], não se trata de mera forma de acesso à justiça, mas acesso à ordem jurídica justa.

Ao questionar-se: o Poder Judiciário se desincumbe do dever de dar a cada um o que é seu? A resposta negativa se impõe. No próprio âmbito da jurisdição, os mais comezinhos direitos humanos são violados.

A lei não consegue acompanhar o acentuado desenvolvimento econômico, político e social dos dias de hoje. Não há condições de albergar todos os fatos sociais dignos de regramento. Os juízes precisam se conscientizar de que as regras legais não podem servir de limites à prestação jurisdicional. Ao que escapa da normatização ordinária, precisa encontrar uma resposta nos direitos fundamentais que cada vez mais vêm buscando guarida em sede constitucional. A Constituição Brasileira elegeu como seu dogma maior a dignidade da pessoa humana, calcado nos princípios da igualdade e liberdade.

Principalmente os vínculos interpessoais, muito mais sensíveis às mudanças sociais, não se comportam no âmbito da legislação tradicional. O surgimento de novos paradigmas leva à necessidade de rever os modelos preexistentes, impondo interpretações criativas. Mister reconhecer que a liberdade é um dos pilares do direito e que a igualdade está calcada muito mais no reconhecimento da existência das diferenças.

Precisam os juízes arrostar as novas realidades que lhes são postas. Atentar ao contexto histórico e cultural da sociedade, não olvidando que, por influência da religião, o Estado

sacralizou as relações afetivas, tornando o casamento uma instituição indissolúvel. Por isso o vínculo jurídico é mantido independente da vontade das partes, e só é deferida a separação mediante a identificação de um culpado, o qual, no entanto, não pode tomar a iniciativa do processo. Evidente a intenção de punir quem simplesmente quer se afastar do casamento.

O distanciamento da Igreja, a quebra da ideologia patriarcal decorrente da chamada revolução feminina, a liberação dos costumes, bem como o surgimento dos métodos contraceptivos e a evolução da engenharia genética, acabaram por redimensionar o próprio conceito de família. Não mais se identifica como família a relação entre um homem e uma mulher unidos pelos sagrados laços do matrimônio.

Rompidos os paradigmas da família, que se esteava na tríade casamento, sexo e reprodução, necessário reconhecer que é a presença do vínculo afetivo que identifica a entidade familiar. Nesse conceito plural, não só as chamadas uniões estáveis e as famílias monoparentais, mas também as relações homossexuais, hoje chamadas de relações homoafetivas, estão enlaçadas no âmbito do Direito de Família.

Assim, neste novo século, marcado por profundas transformações, é necessário pensar e repensar a relação entre o justo e o legal. Descabe buscar subsídios nas regras de direito posto, que não prevêem as situações novas. Sob o fundamento de inexistir previsão legal, o juiz não pode se omitir e simplesmente negar direitos.

Tendo como norte a necessidade de assegurar os direitos humanos dentro de toda a sua plenitude, subjetiva e objetiva, individual e social, é que a Justiça pode vencer a pecha – para não dizer a realidade – de ser um Poder incompetente e sacralizador de injustiças.

Publicado em 04/07/2007.

[1] Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

www.mariaberenice.com.br

[2] Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

[3] Cappelletti, Mauro. *Acesso à Justiça.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1888.