

O PAPEL DO JUIZ NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS(*)

FÁBIO KONDER COMPARATO(**)

Proponho organizar minhas considerações sobre o tema desta aula em duas teses, vale dizer, proposições a serem demonstradas, tal como se fazia tradicionalmente nos exames de proficiência doutoral, nas Universidades do Velho Mundo. É claro que a defesa dessas teses, tendo em vista a matéria de que se trata, não é uma demonstração geométrica, mas sim a apresentação de razões justificativas, análoga aos arrazoados forenses, como convém a um professor de direito e antigo advogado, falando a magistrados.

Primeira tese: O sistema de direitos humanos está situado no ápice do ordenamento jurídico, e constitui a ponte de integração do direito interno ao direito internacional

O primeiro postulado da ciência jurídica é o de que a finalidade-função ou razão de ser do Direito é a proteção da dignidade humana, ou seja, da nossa condição de único ser no mundo, capaz de amar, descobrir a verdade e criar a beleza.

Ao recolherem dos norte-americanos a idéia central de que a *Constituição* é um ato de vontade coletiva, mais exatamente o instrumento de refundação, em novas bases, da sociedade política, os revolucionários franceses de 1789 afirmaram, solenemente, que as instituições da sociedade assim *constituída* tinham por finalidade precípua garantir a livre fruição dos direitos humanos. “Toda sociedade”, proclamou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão daquele ano, “na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição” (art. 16). A separação dos poderes, como precisou a ciência jurídica contemporânea, nada mais é do que uma *garantia institucional* dos direitos humanos, ou seja, uma forma de organização interna do Estado, destinada a impedir o abuso de poder, o qual, desde a república romana e a democracia grega, sempre foi considerado como a negação dos grandes valores da convivência humana.

(*) Aula proferida na Escola Paulista da Magistratura, em 22 de janeiro de 2001.

(**) Doutor *Honoris Causa* da Universidade de Coimbra, Doutor em Direito da Universidade de Paris e Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Lembrar essa idéia matriz do Estado constitucional é de suma importância no presente momento histórico, quando a civilização capitalista procura tornar o Direito uma simples técnica de organização eficiente da vida econômica, em proveito da classe empresarial. Nesse contexto, a finalidade do Estado reduz-se, tecnicamente, à tarefa de organizar, de modo seguro e eficiente, as atividades de mercado, e a Constituição tende a tornar-se um simples regulamento econômico-administrativo, mutável ao sabor dos interesses e conveniências dos grupos dominantes.

Felizmente, não é apenas essa globalização capitalista que está em curso no mundo contemporâneo. Ao lado dela, ou melhor, contra ela trabalha outra força histórica de unificação da humanidade: a consciência de que nada há de mais importante no mundo que a pessoa humana, e de que todos os homens, não importando a sua raça, o seu sexo, as suas condições patrimoniais, a sua nacionalidade ou a sua cultura, possuem essa mesma dignidade. Assim, se a sociedade capitalista obedece unicamente ao princípio do individualismo soberano, que é a lei do mais forte, a “sociedade universal do gênero humano”, já anunciada pela filosofia estoica há mais de vinte séculos, funda-se em princípio oposto: a comunhão solidária de todos, na construção de um mundo livre, justo e fraterno.

O sistema de direitos humanos está intimamente ligado a essa civilização comunitária, e tem hoje, por conseguinte, no capitalismo o seu mais temeroso inimigo.

O que importa dizer, antes de mais nada, do sistema de direitos humanos, é que ele representa o principal elemento de integração do direito interno ao direito internacional, representando assim o núcleo pré-constitutivo da mencionada “sociedade universal do gênero humano”.

Na verdade, o sistema integrado de direitos humanos, nacional e internacional, comporta dois níveis: o do direito positivo e o do direito suprapositivo.

No primeiro, situam-se os chamados *direitos fundamentais*, isto é, os direitos humanos declarados pelos Estados, seja internamente em suas Constituições, seja internacionalmente por via de tratados, pactos ou convenções. A integração ao ordenamento nacional dos direitos fundamentais, declarados em tratados ou convenções internacionais, tende hoje a generalizar-se. A Constituição brasileira de 1988, como sabido, seguiu essa tendência, com a disposição constante de seu art. 5º, § 2º.

No nível suprapositivo, encontramos os direitos humanos que ainda não chegaram a positivizar-se, mas que vigem, efetivamente, na consciência jurídica coletiva, nacional ou

internacional. Dois exemplos nos ajudam a entender em que consistem esses direitos.

Ao final da 2ª Guerra Mundial, quando a opinião pública começou a tomar conhecimento das atrocidades praticadas pelos regimes totalitários, europeus ou asiáticos, firmou-se a convicção de que a destruição deliberada de um grupo étnico, racial ou religioso, promovida por autoridades governamentais como política estatal, constituía um crime, cuja gravidade superava em muito o elenco tipológico dos delitos definidos nas diferentes leis nacionais, ou das violações tradicionais dos princípios do direito internacional. Foi com base nessa convicção generalizada, e não no fato de que os Estados responsáveis por essas atrocidades haviam perdido a guerra, que a decisão das potências vencedoras de criar o Tribunal de Nuremberg, e julgar como criminosas algumas das autoridades civis e militares do 3º *Reich*, foi aceita como perfeitamente legítima, ainda que contrária ao tradicional princípio *nullum crimen sine lege*. Em 1946, por duas vezes, a Assembléia Geral das Nações Unidas reafirmou “os princípios do direito internacional reconhecidos pelo estatuto do Tribunal de Nuremberg e pelo acórdão desse tribunal”. Assim, pois, antes mesmo da aprovação, em 12 de dezembro de 1948, da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, reconhecia-se a vigência internacional do direito dos povos à existência, e identificava-se no genocídio um crime contra a humanidade, ainda que a ação delituosa não fosse definida tipologicamente, nem as penalidades cominadas.

Um outro exemplo nos mostra como a consciência ética da dignidade humana acaba por criar uma responsabilidade estatal, ainda que formalmente contrária ao direito positivo.

Uma das práticas mais nefandas do regime militar que se impôs entre nós a partir do golpe de 1964 foi a dos desaparecimentos forçados (homicídio com ocultação de cadáver). Em 1980, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas criou um Grupo de Trabalho para Desaparecimentos Forçados, o qual registrou, até 1998, 45.000 casos. Em 18 de dezembro de 1992, a Assembléia Geral das Nações Unidas aprovou uma Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados.

Antes de deixarem o poder, porém, os governantes militares fizeram votar a Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979, a qual lhes concedeu, por via de uma falsa conexão, uma anistia por todos os crimes que haviam cometido desde os anos de preparação do golpe. Ademais, nos termos da legislação federal, qualquer pretensão indenizatória contra a União, com base nesses crimes, estaria prescrita em cinco anos.

Apesar disso, a pressão da opinião pública, tanto no País quanto no estrangeiro, acabou por conseguir fosse votada a Lei n. 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que reconheceu “como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979”, e atribuiu uma indenização aos cônjuges, companheiros ou familiares das vítimas. Ou seja, o direito à vida, pressuposto de todos os direitos, acabou por se impor entre nós, mesmo contra disposições expressas do direito positivo.

Os direitos humanos suprapositivos representam, pois, um fator de constante progresso ou aperfeiçoamento do direito interno ou internacional, na direção de uma mais adequada proteção da dignidade humana.

Ora, essa multiplicidade de níveis em matéria de direitos humanos acarreta, naturalmente, uma multiplicidade de conflitos normativos, que o sistema jurídico deve resolver. Vejamos quais as regras de solução, às quais deve recorrer a autoridade incumbida de fazer aplicar o direito em vigor.

Conflitos entre normas constitucionais e normas legais

É preciso distinguir, aqui, entre o conflito normativo real e o de simples aparência.

No primeiro caso, ocorre uma contradição insuperável entre uma norma constitucional de direitos humanos e uma norma legal, no plano do próprio enunciado normativo. A solução para esse conflito é, obviamente, o reconhecimento de que a norma legal não tem validade, pois ela infringe a Constituição.

No segundo caso, não existe essa contradição em tese entre os dois conteúdos normativos, mas a aplicação da lei, na hipótese do caso concreto, conduz a uma violação incontestável da norma constitucional.

É o que sucede, por exemplo, com a proibição de penas cruéis, determinada pelo art. 5º, XLVII, alínea *e*, da Constituição.

A crueldade de uma pena não pode ser aferida unicamente em tese, como se o sentido ético dos modelos jurídicos fosse imutável historicamente, ou seja, que uma pena considerada não cruel no passado não pudesse ser sentida como desumana ou degradante no presente. É esse, de modo paradigmático, o caso da pena de morte. Durante milênios, ela foi cominada e aplicada, em todas as sociedades, para uma grande variedade de crimes. Aos poucos, o seu emprego foi sendo limitado aos crimes considerados mais graves, nota-

damente o homicídio. Hoje, a tendência universal é a da abolição, pura e simples, da pena capital, considerada cruel e abusiva em si mesma. Prova disto é a disposição constante do art. 4º, § 3º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, estatuinto que “não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”, bem como o fato de as Nações Unidas terem aprovado, em 1989, o Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, objetivando a abolição dessa pena.

Além disso, é preciso sempre distinguir entre a pena, abstratamente cominada na lei, e a forma de sua execução na prática.

É exatamente por isso que a Constituição emprega sabiamente, naquela disposição, um conceito jurídico indeterminado, dando ao Poder Judiciário a capacidade de aplicar a norma com a necessária prudência. Com efeito, faz sentido admitir-se que, quando a lei penal fala em cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, os Poderes Públicos possam, por exemplo, decidir, discricionariamente, que os condenados permanecerão vinte e quatro horas por dia em masmorras hermeticamente cerradas e desprovidas de iluminação?

Na verdade, a proibição constitucional de penas cruéis dirige-se a todos os órgãos do Estado e não apenas ao legislador. Viola também a Constituição o Poder Executivo que não providencia prisões decentes para o recolhimento de condenados, assim como o Judiciário que, ciente dessa omissão culposa do governo, torna-se cúmplice deste, ordenando o cumprimento cego e indiferenciado da norma legal.

Ademais, seria ilógico que no sistema de controle difuso da constitucionalidade das leis e atos jurídicos, próprio de nosso ordenamento jurídico, o juiz pudesse declarar a invalidade de uma lei, mas não tivesse competência para afastar a sua aplicação à lide em julgamento. Afinal, como reza o lugar-comum, quem pode o mais, pode o menos.

Aliás, a consideração integral do sistema de direitos humanos, para além do direito interno, conduz claramente à solução aqui recomendada. “Toda pessoa privada de sua liberdade”, dispõe o art. 10 do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de 1966, ratificado pelo nosso País, “deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”. Não havendo condições institucionais para que essa exigência seja cumprida, o juiz deverá ordenar que o condenado cumpra a pena privativa de liberdade em regime aberto, até que sejam providenciadas instalações carcerárias decentes.

Consideremos, agora, a outra possibilidade de conflito normativo em matéria de di-

reitos humanos, aquele que ocorre entre o direito internacional e o direito interno.

Conflito entre o direito internacional e o direito interno

Esta questão, ao contrário daquela referente à colisão entre norma constitucional e norma legal no caso concreto, que é praticamente ignorada pelos autores, tem sido assaz debatida na doutrina e nos tribunais, sobretudo em matéria de prisão civil do depositário infiel.

O art. 11 do já citado Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 dispõe que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”. Reafirmando essa proibição, a Convenção Americana de Direitos Humanos estatui em seu art. 7º, § 7º: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.” Ambos esses tratados internacionais foram ratificados pelo Brasil.

Ora, a Constituição de 1988, na seqüência das que a precederam, excepciona expressamente da proibição de prisão civil por dívidas o caso do depositário infiel (art. 5º, LXVII).

É óbvio que a regra de integração, constante do art. 5º, § 2º, exige que essa contradição normativa seja superada. Qual o critério adequado para solucionar o conflito?

Justamente porque nos encontramos diante de um sistema que integra, num mesmo ordenamento, direito interno e direito internacional, a solução para esse conflito de normas não pode ser encontrada com fundamento numa pretensa superioridade da Constituição sobre os tratados internacionais, ou vice-versa. O intérprete é obrigado a remontar ao princípio jurídico que legitima o sistema como um todo. E esse princípio supremo é, evidentemente, o da dignidade transcendente da pessoa humana.

Devemos, portanto, nos perguntar, qual das duas situações — o sacrifício da liberdade do depositário, ou o do interesse econômico do depositante — representa a solução que melhor respeita a dignidade humana. De modo geral, a liberdade é um valor mais elevado que o interesse econômico, pois este constitui o meio ou instrumento para a preservação daquele. Ademais, em nosso País, a mora do depositário em restituir o objeto cuja guarda lhe foi confiada ocorre, indefectivelmente, não no depósito mercantil, mas sim nas estipulações de alienação fiduciária em garantia, como pactos adjetos de contratos de financiamento bancário. É óbvio, em tais condições, que a norma que melhor respeita a

dignidade humana é a estabelecida nos mencionados tratados internacionais, proibindo a prisão civil do depositário infiel.

Ao encerrar a primeira parte desta exposição, seja-me permitido formular as seguintes recomendações aos Magistrados:

1. Como o sistema de direitos humanos situa-se no ápice do ordenamento jurídico, o juiz não deve julgar demanda alguma, antes de verificar a possível incidência, no caso, das normas desse sistema, ainda que não haja a esse respeito nenhuma alegação das partes.

2. Tratando-se de um sistema integrado de normas, nacionais e internacionais, deve o juiz, em atenção ao disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, certificar-se sempre da vigência dos tratados internacionais sobre direitos humanos, de que o Brasil é parte.

Segunda Tese: Para a correta aplicação do sistema de direitos humanos ao caso em julgamento, o juiz deve levar em consideração a diferente natureza das normas que o compõem

A grande distinção a ser feita, no conjunto das normas componentes do sistema de direitos humanos, é entre *princípios e regras*.⁽¹⁾

Para entender o sentido dessa distinção categorial, é preciso analisar a norma jurídica, decompondo-a em seus dois elementos constitutivos: o conteúdo e o campo de aplicação. O conteúdo corresponde ao enunciado normativo, ou seja, à proposição de dever-ser. O campo de aplicação é formado pelas situações da vida social, às quais a proposição normativa se refere.⁽²⁾

Ora, enquanto nas regras jurídicas o campo de aplicação é sempre delimitado, nos princípios ele nunca se define com precisão. O princípio representa, por conseguinte, o protótipo da norma aberta, aplicável a situações sociais que não podem nunca ser precisadas de antemão. E essa indeterminação de contornos dos princípios repercute, necessariamente, sobre o seu conteúdo normativo, que é sempre mais abstrato que o das regras jurídicas, cuja função precípua, aliás, consiste em concretizá-los.

Tomemos, por exemplo, o princípio inscrito no *caput* do art. 5º da Constituição: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A generalidade da norma é absoluta, não só quanto aos sujeitos (“todos”), como também no tocante ao atributo, que

(1) Sobre o sentido atual dos princípios jurídicos, veja-se o capítulo 8 da obra do Professor *Paulo Bonavides*, “Curso de Direito Constitucional”, São Paulo, Malheiros.

(2) Essa distinção foi originalmente feita pelo Prof. *Friedrich Müller*, em sua obra “*Juristische Methodik*”, Berlim, Duncker & Humblot, já traduzida para o francês com o título “*Discours de la méthode juridique*”, Paris, PUF.

vem sublinhado pela repetição enfática: “iguais, sem distinção de qualquer natureza”. É óbvio, por conseguinte, que nos encontramos, neste exemplo, diante de uma norma ilimitada quanto ao campo de sua aplicação e, por conseguinte, dotada de um teor de máxima abstração.

Pois bem, em hipóteses que tais, o constituinte (ou o legislador), temeroso sem dúvida da incerteza na aplicação do princípio pelos diferentes ramos do Estado, inclusive pelo próprio Judiciário, encarregado de dizer o direito em definitivo, costuma concretizar o conteúdo normativo em relação a algumas situações mais sensíveis à controvérsia, ou suscetíveis de elusão normativa. Assim, por exemplo, logo no primeiro inciso do art. 5º, superando a desigualdade de gênero que vigorou até o século XX em todos os países do mundo, a Constituição precisa que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. No inciso XLI, determina ao legislador que se estabeleça a punição de “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. No inciso seguinte, declara que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. No art. 12, § 2º, vem enunciada a regra de que “a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição”. No art. 7º, a Constituição estabelece ainda várias regras de igualdade nas relações de trabalho assalariado.

Ressalte-se, no entanto, que, apesar do seu elevado grau de abstração, os princípios são normas jurídicas e não simples recomendações programáticas, ou exortações políticas. Mais ainda: trata-se de normas jurídicas de eficácia plena e imediata, a dispensar a intermediação de regras concretizadoras. Provocado ou não pelas partes, o juiz está sempre autorizado a aplicar diretamente um princípio ao caso trazido ao seu julgamento, por força do disposto no § 1º do art. 5º da Constituição: “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O mandado de injunção, criado pelo art. 5º, LXXI da Constituição veio justamente dar ao titular de direitos fundamentais a possibilidade jurídica de impor judicialmente ao sujeito passivo, seja ele um órgão público ou uma pessoa privada, o cumprimento da norma constitucional mencionada.

Por aí se vê quão aberrante da boa teoria jurídica é a decisão liminar do Supremo Tribunal Federal, tomada no julgamento do Mandado de Injunção n. 107, do Distrito Federal,⁽³⁾ pouco mais de um ano após a promulgação da Constituição, de que “o exercício

(3) Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 113, pág. 11.

(desse remédio jurídico) está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora”; e que o provimento jurisdicional demandado deve ser assimilado a uma simples declaração, por aquele tribunal, da inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional. O contra-senso é palmar: uma garantia de direitos fundamentais, criada para suprir a omissão legislativa, não se considera em vigor justamente por falta de lei regulamentar...

Vale a pena ainda ressaltar que essa eficácia direta e imediata dos princípios, não obstante o teor necessariamente abstrato de sua formulação normativa, autoriza o juiz a denegar vigência às regras legais que lhe pareçam contrariar o sentido de um princípio, mesmo quando tais regras tenham a seu favor um longo tempo de vigência incontestada. A sensibilidade jurídica pode se alterar com o passar dos anos e fazer aflorar uma incompatibilidade que no passado jamais foi sentida. É o que está em vias de suceder, por exemplo, com a norma constante do art. 295 do Código de Processo Penal, que garante o privilégio da prisão especial para nada menos do que 11 (onze) categorias de cidadãos.

Vejamos agora, tal como fizemos no tocante às diferentes fontes normativas dos direitos humanos, quais os conflitos que podem surgir entre dois ou mais princípios, ou entre princípios e regras.

Conflito entre princípios jurídicos fundamentais

Aqui, diferentemente do que ocorre em matéria de conflito de normas legais, não há revogação de um princípio por outro, mas apenas a preferência dada pelo juiz a um deles em detrimento do outro ou outros, no caso concreto.

Mas qual o critério que deve orientar o juiz nessa preferência? A meu ver, tal como preconizado na hipótese de colisão entre normas do direito interno e do direito internacional, o julgador deve remontar à fonte legitimadora do sistema como um todo, que é o valor supremo da dignidade humana.

Cuida-se, por exemplo, de saber se determinada lei, que autoriza para fins tributários a quebra do sigilo de contas bancárias, é compatível ou não com o sistema de direitos fundamentais. Há, de um lado, o princípio da liberdade da pessoa humana, dentro do qual se insere o direito à preservação da intimidade, e que, pela sua própria natureza, diz respeito tão-só à pessoa natural, não podendo ser estendido às pessoas jurídicas. De outro lado, entra necessariamente em consideração, no caso, o princípio da solidariedade, que conduz à obrigatória participação proporcional de todos, no ônus cívico de contribuir, pe-

cuniarmente, para o custeio das atividades estatais. Em outras palavras, a contraposição se estabelece, numa hipótese como essa, entre os indivíduos e a comunidade. Ao juiz cabe ponderar criteriosamente (os alemães falam em *Abwägung*, os anglófonos em *balancing*) todas as disposições da lei em questão, em seus efeitos diretos e indiretos, para ver qual dos dois princípios melhor preserva, no caso, o valor da dignidade humana.

Conflito entre princípios e regras

A questão é análoga àquela, já examinada, do conflito entre normas constitucionais e normas legais. Em ambas as hipóteses, é preciso distinguir entre o conflito real e o aparente.

Quando a colisão é real e inarredável, como sucede com a regra da prisão especial em confronto com o princípio fundamental da igualdade, a regra não tem validade, pois os princípios situam-se, como foi assinalado, no ápice da pirâmide normativa.

Muitas vezes, porém, os conflitos entre princípios e regras são meramente aparentes: embora determinadas regras, quando abstratamente consideradas, não sejam contrárias às disposições constantes dos princípios, a sua aplicação pode ser afastada, no caso concreto, se ela importar em inquestionável violação do princípio.

Podemos ilustrar esse tipo de solução, imaginando o conflito entre, de um lado, o direito que tem o locador, ou o sublocador, de prédio de residência coletiva de despejar o locatário em mora do pagamento de alugueres, e, de outro lado, o direito à moradia do locatário insolvente, que não tem condições econômicas de se instalar em outro local de residência. A Emenda Constitucional n. 26 inseriu o direito à moradia no texto do art. 6º, onde são enumerados os direitos sociais, como expressões do princípio fundamental da solidariedade. É indisputável que o sacrifício do direito do locador à recuperação da posse direta do imóvel é muito menos atentatório à sua dignidade de pessoa, do que seria, para a pessoa do locatário, o não reconhecimento do direito fundamental de dispor de um teto sob o qual se abrigar.

É incabível alegar que, em tais situações, o Judiciário nada tem a fazer, pois os direitos sociais só se concretizam mediante a implementação de políticas públicas, que entram na competência exclusiva do Poder Executivo. A alegação é descabida, porque o que o titular do direito social violado pede ao juiz, no caso, não é obviamente a implementação de um programa de ação governamental, mas sim a satisfação de um interesse próprio da parte, fundado em direito fundamental. E isto o Judiciário não pode se recusar a dar ao jurisdicionado, sob pena de denegação de justiça.

Estabelecida assim a distinção entre princípios e regras, e discutidas, à luz dessa distinção, as soluções cabíveis para as hipóteses de conflitos normativos, nem por isso a função judicial de dar aplicação efetiva aos direitos humanos fica livre de dificuldades. Subsistirá, sempre, o problema maior da interpretação de disposições normativas vazadas em termos semanticamente imprecisos.

Já assinalei, a esse respeito, a dificuldade de se dar sentido prático à proibição constitucional de penas cruéis (art. 5º, XLVII, *e*). É um exemplo paradigmático de conceito indeterminado ou impreciso, segundo a terminologia alemã, ou de noção de conteúdo variável, como querem os doutrinadores de língua francesa.

No final do século XVIII, por ocasião das grandes revoluções burguesas que inauguraram a história contemporânea, o ideal largamente proclamado era suprimir o arbítrio do *ancien régime*, em que a lei nada mais representava do que a vontade do monarca (*quod placuit principi legis habet vigorem*, como sentenciou Ulpiano, áulico do imperador romano). Para tanto, impunha-se proibir ao magistrado qualquer liberdade exegética.

A grande justificativa ideológica, para isso, era a concepção de *J. J. Rousseau* de que só o povo é soberano, e que só ele, por conseguinte, teria o poder de editar a lei, enquanto expressão daquele princípio supremo, por ele denominado *vontade geral*⁽⁴⁾. Por via de consequência, só ao povo soberano competia a interpretação autêntica da lei. Afastava-se, com isto, a necessidade ou mesmo a conveniência de se constituir no Estado um corpo de juízes independentes, incumbidos de dizer o direito em última instância.

É claro que esse radicalismo da soberania popular não agradava nem um pouco à burguesia, em vias de se tornar classe dominante. Era indispensável que houvesse certeza na aplicação da lei em determinado sentido, quando mais não seja porque a economia capitalista é toda fundada em previsões e cálculos de produtividade e lucratividade. O efeito da aplicação das leis deveria ser previsível, o que supunha a univocidade das normas legais, com o emprego de termos técnicos previamente definidos pela ciência do direito, a modo de conceitos geométricos.

Nessa concepção, era indispensável estabelecer uma rígida separação entre os campos do direito e da moral, tarefa de que se desincumbiu a corrente doutrinária conhecida sob a denominação de positivismo jurídico, e que fora inaugurada já na primeira metade do

(4) A *volonté générale* de *Rousseau*, na verdade, não parece ser diversa daquela *recta ratio* que a filosofia estoica sempre considerou como a essência da lei: *est enim unum ius quo devincta est hominum societas et quod lex constituit una, quae lex est recta ratio impetrandi atque prohibendi*, disse Cícero no *De Legibus* (I, 15, 42).

século XIX pelo jurista inglês *John Austin*. Ao juiz, segundo essa teoria, não cabe julgar da justiça ou moralidade da solução legal, pois, no regime de separação de Poderes (essa a justificativa política) o magistrado não é legislador. Compete-lhe, apenas, obedecer ao ditado legal. Citavam-se, em apoio anacrônico a essa opinião, as considerações tiradas do *De Legibus* de Cícero (III, 1, 2):

“Do mesmo modo que as leis governam os magistrados (na acepção romana, isto é, os governantes dotados de poder — *potestas, imperium* — sobre o povo, o que incluía os juízes, mas não se limitava a eles), assim também o magistrado governa o povo, podendo dizer-se que o magistrado é a voz da lei, e a lei um magistrado sem voz (*vere dici potest, magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum*)”.

O que se procurou esconder, no entanto, é que o conceito de *lex*, aí empregado, era de natureza filosófica e não política: era a reta razão (*recta ratio*), inconfundível com a norma jurídica editada pela autoridade estatal.

Tornada classe dominante e substituta política do povo, a burguesia passou a controlar estreitamente o exercício do poder legislativo, e não tinha a menor intenção de permitir que as leis votadas pelos mal denominados representantes do povo pudessem ser julgadas segundo os perigosos critérios de justiça, legitimidade, ou mesmo razoabilidade.

Um só elemento destoava nesse novo quadro político: era justamente a Constituição, cuja razão de ser, como proclamou a Declaração de 1789, consistia em assegurar os direitos humanos e evitar o abuso de poder.

Mas a pureza teórica dessa concepção foi desde logo comprometida na prática. O paradigma de todas as Constituições, a norte-americana, foi promulgada, como se sabe, sem declaração de direitos fundamentais. O *bill of rights*, a ela acrescentado em 1791, veio redigido em estilo cerradamente técnico, de modo a se evitar, tanto quanto possível, o emprego de fórmulas de conteúdo moralizante, tal como as constantes da Declaração de Direitos de Virgínia.

Mas essa recusa do uso de termos de sentido vago, ou de claro conteúdo axiológico, não foi absoluta. A 5ª Emenda à Constituição norte-americana, por exemplo, ressuscitou a fórmula medieval inglesa do *due process of law*. Graças a ela, a Suprema Corte dos Estados Unidos pôde controlar a compatibilidade das leis editadas pelo Congresso, com

o interesse particular das classes dominantes na sociedade norte-americana, de início os proprietários rurais, depois os empresários industriais e os banqueiros. No famoso *Dred Scott case*, julgado em 1857, a Suprema Corte declarou inconstitucional o chamado *Compromisso de Missouri* de 1820, segundo o qual a prática da escravidão ficava proibida no território recém-adquirido da França, a Louisiana. Em 1905, no processo *Lochner v. New York*, uma lei deste Estado, que estabelecia um máximo de 60 horas semanais para o trabalho dos padeiros assalariados, foi invalidada por inconstitucionalidade. Na mesma época, a Suprema Corte julgava não abusivas as cláusulas dos chamados *yellow-dog contracts*, em que os patrões impunham aos seus empregados a obrigação de não se filiarem a nenhum sindicato. Em *Adkins v. Children's Hospital*, julgado em 1923, a lei federal que fixava um salário mínimo para mulheres e crianças trabalhadoras foi também declarada inconstitucional. Em todas essas decisões, o fundamento de decidir foi a cláusula de *due process law*, cuja vigência a 14ª Emenda estendeu também aos Estados, e que passou a ser interpretada substantivamente, ou seja, fora do processo judicial: ninguém poderia ser privado de seus bens ou direitos, sem o devido processo jurídico.⁽⁵⁾

Que dizer, então? As normas que contenham *standards*, ou conceitos jurídicos indeterminados, reintroduzem no direito moderno a arbitrariedade decisória, típica da era pré-constitucional?

De modo algum. O que elas fazem é atribuir ao Judiciário a delicada e importante função de julgar, de acordo com os grandes parâmetros de moralidade e justiça, estabelecidos pela consciência ética coletiva, e expressos no sistema vigente de direitos humanos. A arbitrariedade supõe o subjetivismo de julgamento, a fixação da vontade própria do julgador como critério supremo de decisão. Mas os direitos humanos, sobretudo aqueles já positivados no ordenamento interno ou internacional, denominados direitos fundamentais, constituem parâmetros objetivos de apreciação, que se impõem ao juiz, ainda quando contrariem a visão pessoal que este tenha do mundo, ou o interesse próprio da classe social a que ele se acha ligado, sociologicamente.

Ademais, as Constituições mais recentes, como a nossa de 1988, já consagram princípios fundamentais de natureza funcional ou finalística, a indicar os objetivos supremos da organização política. É o que se lê no art. 3º da Constituição brasileira, onde se indicam como objetivos fundamentais da República: “I — construir uma sociedade livre, justa e

(5) A tradução “devido processo legal”, que se encontra no art. 5º, LIV da nossa Constituição, é errada. *Law*, na fórmula inglesa, é direito e não lei. Aliás, seria absurdo que uma norma sobre a constitucionalidade de leis pudesse adotar como parâmetro de julgamento a própria legislação.

solidária; II — garantir o desenvolvimento nacional; III — erradicar a miséria e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Trata-se de imposições constitucionais, não de meras recomendações programáticas.

Tomemos, por exemplo, a norma do art. 5º, inciso XXIV, que manda seja atribuído ao expropriado uma *justa* indenização. Juízes e tribunais, como sabido, vem recusando-se a dar a esse qualificativo o seu evidente sentido ético, preferindo refugiar-se no critério falsamente objetivo do valor venal da coisa expropriada. Com isto, acabam por submeter-se à estimativa dos peritos avaliadores, como se se tratasse de decidir uma questão de fato e não de direito.

Ora, de um lado, não pode o juiz desatender ao imperativo constitucional de usar do poder de julgar para construir uma sociedade mais livre, *justa* e solidária, bem como de colaborar para reduzir as desigualdades sociais, como determina o art. 3º. De outro lado, a Constituição impõe a todo proprietário o dever fundamental de cumprir a função social inerente a esse direito (art. 5º, XXIII).

Se assim é, para que o juiz fixe nas desapropriações uma indenização justa, como manda a Constituição, deve ele considerar, em seu julgamento, antes a pessoa do proprietário do que a coisa expropriada. Se o proprietário não deu a esta a sua obrigatória destinação social, não pode ser premiado com uma indenização correspondente ao preço que obteria, se decidisse vender o bem no mercado.

Se, diferentemente, a coisa expropriada é, por hipótese, a pequena casa de residência de um modesto assalariado, ou de um aposentado de poucos recursos, o juiz não pode deixar de considerar toda a extensão do dano pessoal causado pela expropriação, quando, por exemplo, o expropriado não tem como adquirir, com o montante do valor venal da coisa, outra casa onde morar em condições semelhantes às daquela que lhe foi tirada. Assim sendo, o dever constitucional de uma justa indenização obriga o juiz, neste caso, a fixá-la em valor acima do preço de mercado da coisa expropriada.

Com isto, ao concluir esta segunda parte de minha exposição, permito-me fazer aos juízes as seguintes recomendações:

1. Os juízes não podem ignorar que todas as normas relativas a direitos humanos, inclusive as normas de princípio, são de aplicação direta e imediata, nos precisos termos do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Por conseguinte, quando estiver convencido de que um princípio constitucional incide sobre a matéria trazida ao seu julgamento,

o juiz deve aplicá-lo, sem necessidade de pedido da parte.

2. Ao verificar que a aplicação de determinada regra legal ao caso submetido a julgamento acarreta clara violação de um princípio fundamental de direitos humanos, muito embora a regra não seja inconstitucional em tese, o juiz deve afastar a aplicação da lei na hipótese, tendo em vista a supremacia dos princípios sobre as regras, o que acarreta a necessidade lógica de se interpretarem estas em função da norma de princípio.

3. Na eventual colisão entre dois princípios para a solução da lide, o juiz deve preferir aquele cuja aplicação ao caso representa maior respeito à dignidade humana.

4. No exercício da função jurisdicional, os magistrados, como todos os demais agentes públicos, devem orientar-se pelos objetivos supremos de nossa organização política, expressos no art. 3º da Constituição Federal, os quais expressam os grandes valores de liberdade, igualdade e solidariedade, em função dos quais constituiu-se, progressivamente, o sistema de direitos humanos.

5. As normas jurídicas que contêm *standards*, ou termos de sentido valorativo, abrem ao magistrado a possibilidade de adequar tecnicamente as suas decisões a esses objetivos fundamentais do Estado brasileiro, submetendo as leis ao espírito da Constituição, bem como os interesses próprios de cada classe ou grupo social à supremacia do bem comum.

6. O juiz não pode, sob o falso argumento de que não é um órgão político, recusar-se a apreciar eticamente as lides submetidas ao seu julgamento. A finalidade última do ato de julgar consiste em fazer justiça, não em aplicar cegamente as normas do direito positivo. Ora, a justiça, como advertiu a sabedoria clássica, consiste em dar a cada um o que é seu. O que pertence essencialmente a cada indivíduo, pela sua própria natureza, é a dignidade de pessoa humana, supremo valor ético. Uma decisão judicial que negue, no caso concreto, a dignidade humana é imoral e, portanto, juridicamente insustentável.