

A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTRASSENSE DA EFETIVAÇÃO: A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

THE POSITIVIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE EFFECTIVE NONSENSE: THE CRISIS OF LEGAL POSITIVISM AND THE ROLE OF THE JUDICIARY

*Karina Pereira Benhossi*¹

<http://lattes.cnpq.br/8422258752882441>

*Zulmar Fachin*²

<http://lattes.cnpq.br/8640721822545057>

RESUMO: Este artigo se propõe a discutir o positivismo jurídico na sociedade contemporânea e a ausência da efetivação dos direitos fundamentais positivados no ordenamento jurídico. Parte da premissa de que tais direitos, por estarem positivados, deveriam por consequência serem respeitados. Todavia, diante da constante evolução que a sociedade hodierna vivencia, inúmeras e complexas questões surgem nesse contexto, dificultando mais uma vez a concretização dos direitos fundamentais e o respeito à dignidade da pessoa humana. Por tais razões, salienta-se a importância de se obter meios eficazes e soluções plausíveis para a superação desse obstáculo. Nesse sentido, o Poder Judiciário, embora não tenha como missão a criação da norma, possui papel relevante na solução das mais complexas questões, sobretudo na tarefa de concretizar os direitos fundamentais, tão imprescindíveis para a evolução do direito e da própria sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo; Direitos Fundamentais; Poder Judiciário.

ABSTRACT: This paper aims to discuss the legal positivism in contemporary society and the absence of effectuation of fundamental rights positivized on the legal order. It assumes that such rights, being positivized, consequently should be respected. However, given the constant evolution that today's society goes through, countless and complex issues arise in this context, once again making difficult the implementation of the fundamental rights and the respect to the dignity of the human person. For these reasons, is emphasized the importance of obtaining effective means and plausible solutions to overcome this obstacle. In this sense, the judiciary, although it has no mission to create the standard, has a relevant role in the solution of the most complex issues, particularly in the task to fulfill the fundamental rights, so indispensable to the evolution of law and society itself.

¹ Mestranda em Direito pelo Centro Universitário de Maringá – CESUMAR. Graduada em Direito pela mesma instituição. Advogada. Endereço eletrônico: <karinapb12@hotmail.com.com >

² Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná – UFPR; Docente de Direito Constitucional no Mestrado do Centro Universitário de Maringá – CESUMAR e na Universidade Estadual de Londrina; Membro da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Presidente do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Endereço eletrônico: <zulmarfachin@uol.com.br>.

KEY WORDS: Positivism; Fundamental Rights; Judiciary.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea vive um período de profundas e significativas mudanças sociais e econômicas. Embora a história já tenha se encarregado de balizar os acontecimentos e positivizar as normas necessárias diante dos anseios e sofrimentos das gerações anteriores, infere-se que o processo de evolução encontra-se em constante mutação e, mesmo tendo um sistema normativo de regras escritas e impostas, muito precisa ser feito para poder de fato efetivar os direitos fundamentais que clamam por respeito.

Pretende-se, dessa forma, esclarecer o quão se mostra importante refletir sobre o positivismo jurídico atual, qual sua contribuição para a sociedade contemporânea e o quanto pode estar defasado em função das novas tendências sociais.

Na busca de se deparar com uma solução para o problema da efetivação dos direitos fundamentais, haja vista ser algo notório e extremamente importante para a sociedade, propõe-se analisar o papel do Poder Judiciário e sua direta influência para a concretização de tais direitos, bem como para a promoção da dignidade da pessoa humana, garantias sem as quais não se cogita sequer a sobrevivência humana.

Mediante o estudo da sistemática positivista e sua contribuição no ordenamento jurídico, buscar-se-á chegar a resposta da indagação acerca do porquê direitos e garantias fundamentais são constantemente violados, bem como a possibilidade de solucionar tal impasse por meio da força normativa que tem o peso das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no uso de suas atribuições coadunadas com o direito natural, o direito positivo e a hermenêutica.

Saliente-se que o Poder Judiciário, além de forte influência na condução das questões mais complexas vivenciadas pela sociedade, tem o poder e o dever de zelar pela Constituição, portando-se sempre à luz da observância dos princípios constitucionais, o que o faz mantenedor da solução e pacificação da ordem jurídica.

Em função de tais premissas, é que se pretende lançar a reflexão do quanto se faz importante a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais e os eventuais problemas que possam barrar o progresso do direito que deve acompanhar os anseios sociais, bem como propiciar o alcance do bem-estar e desenvolvimento da sociedade.

1 O POSITIVISMO JURÍDICO

Diante de várias correntes que embasam o estudo do Direito, importante admitir que cada qual possui sua validade, seus fundamentos, críticas e defensores, sendo necessário tratar cautelosamente a defesa de qualquer concepção, diante dos fundamentos que sustentam a validade de cada uma.

O positivismo jurídico, fortemente discutido, influi de maneira significativa nos ordenamentos jurídicos, ratificando a ideia de norma posta e rechaçando questões relacionadas à metafísica.

Em breves considerações, há de se construir uma percepção de que o positivismo jurídico, embora possua grande força normativa e seja essencialmente coercitivo, não acompanha a crescente evolução social e jurídica suportada pela sociedade. Além disso, necessário se faz discutir o resultado da aplicação do positivismo nos dias atuais.

Muitas questões envolvem o positivismo, sobretudo, o fato de que ele surgiu como uma forma de se opor ao direito natural. É possível se fazer uma analogia relacionando-se que o intento do direito positivo é buscar o que é útil, se ocupando com a sociedade real, enquanto o direito natural se pauta na idealização de uma sociedade perfeita, segundo concepções morais e não necessariamente jurídicas, o que equivale à uma busca utópica³.

Para a vertente positivista, determinado elemento é ou existe, porque está escrito, estritamente e formalmente previsto, seja na Constituição, em um código ou em um documento, não havendo espaço algum para discussões metafísicas, que são fortemente afastadas do contexto jurídico positivo. Nessa senda, oportuno a transcrição do entendimento de Ivan de Oliveira Silva acerca do direito positivo como sendo

[...] o conjunto de regras e princípios que regulam a vida do homem em sociedade e vigora em determinada época para um número de pessoas sujeitas a determinado poder estatal. Está ele fortemente vinculado à noção de lei escrita e vigente em determinado período histórico⁴.

Há que se considerar que “o mote central do Direito Positivo é a afirmação de que não há outro direito além daquele presente nas leis e no ordenamento jurídico estatal”⁵, o que faz corroborar a ideia de que se trata de uma imposição estritamente coercitiva, que vincula o aplicador do direito ao que se encontra escrito. Nesse sentido explana Hans Kelsen:

³ SILVA, Ivan de Oliveira. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 14.

⁴ SILVA, Ivan de Oliveira. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13.

⁵ SILVA, Ivan de Oliveira. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13.

O direito positivo é essencialmente ordem de coerção. Ao contrário das regras do Direito natural, as suas regras derivam da vontade arbitrária de uma autoridade humana e, por esse motivo, simplesmente por causa da natureza da sua fonte, elas não podem ter a qualidade da auto-evidência imediata⁶.

Na realidade, a norma positivada induz a segurança de se ter algo a ser rigorosamente cumprido. Essa função talvez seja a que mais favoreça a defesa da doutrina positivista, isto é, uma característica que resguarda a seriedade e aplicabilidade do que está previsto no ordenamento. Nessa perspectiva, assume Ivan de Oliveira Silva que

[...] o grande alvo do sistema normativo é a segurança jurídica, alcançada na medida em que a lei é austeramente cumprida nos exatos termos do que nela está expressa. Assim, o bem-estar social decorre da adequação dos casos concretos à exata medida da lei, vez que ela é a expressão máxima da ordem e segurança do Estado⁷.

Sob a ótica de se ter um sistema em que a segurança jurídica esteja presente em qualquer circunstância, reconhece-se a razão de uma doutrina embasada na positivação da norma. Nessa perspectiva, válidos são os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

O positivismo jurídico, na verdade, não foi apenas uma tendência científica, mas também esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa. [...]

A exigência de uma nova sistematização do Direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos. [...]

A tarefa do jurista circunscreveu-se, a partir daí, cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de unificação construtiva dos juízos argumentativos e do esclarecimento dos seus fundamentos⁸.

De outro giro, é preciso salientar o significado frio da norma positivada, que impede a possibilidade de moldar seu sentido e efeitos para se ajustar ao caso concreto, permitindo o alcance da justiça. Em consonância, ressalta Welligton Pacheco Barros:

O Direito é a norma pura sem mescla de qualquer valoração. O Direito é a lei que emana do poder constituído e não importa a forma de sua

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 559.

⁷ SILVA, Ivan de Oliveira. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 14.

⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 32.

constituição. Ao intérprete não é dado discutir a justeza ou injusteza do dogma legal. Seu dever é o de aplicá-lo numa operação matemática: se A é, B deve ser. O Estado é a fonte única do Direito que, após criado, tem vida própria e prescinde de outras ciências para continuar existindo. E, com estes princípios, Kelsen criou a Teoria Pura do Direito, que influenciou vários sistemas jurídicos detentores de um Estado tutelador da vida social, inclusive o nosso⁹.

Não há como não mencionar a extremada influencia do positivismo kelsiano para os aplicadores do Direito do século XX, que legitimou o poder do Estado e reforçou a aplicação da lei escrita sob o pretexto de regular a sociedade conforme a vontade de uma autoridade. Tal situação pode ser delineada ao relembrar o episódio triste vivenciado pelo regime nazista, onde inúmeras atrocidades foram cometidas, além de ofensas contra a dignidade da pessoa humana, que massacraram milhares de pessoas, não obstante o amparo no regime jurídico normativo instaurado na Alemanha. Assim, ao evidenciar a aplicação de uma lei que por vezes pode não estar apta a atender as necessidades de determinado momento da história, passa-se a encarar uma defasagem no atendimento da justiça, no respeito aos indivíduos, bem como no acompanhamento da evolução social.

Acerca do positivismo jurídico, salienta Michel Villey que

apesar do sucesso desta espantosa filosofia nas esferas acadêmicas, é impossível extrair o direito de uma ciência que zomba do Bem e do Mal. As doutrinas positivistas só aparentemente os ignoram: mascaram seus princípios. Tanto quanto as teorias do Contrato Social e da Escola do natural, são *ideologias*¹⁰.

O positivismo, na ânsia de elaborar uma ciência desprovida de juízos de valor, que fosse exata e adequada para a solução de qualquer fato ocorrido na sociedade, olvidou-se de questões importantes, que são fundamentais para o respeito de direitos e garantias individuais. Nas palavras de Agostinho Ramalho Marques Neto

O jurista, ao contrário, sob o peso de uma formação dogmática que não o deixa sequer vislumbrar ciência alguma que constitua o referencial teórico do seu universo específico, limita-se a falar da lei, a procurar interpretá-la, mas raramente a critica em seus próprios pressupostos, pois sua formação mesma o induz a considerar a norma como algo perfeito e acabado,

⁹ BARROS, Welligton Pacheco. *Dimensões do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 15.

¹⁰ VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução de Maria Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 331-332.

formalmente válido em si mesmo como produto do sistema de poder constituído¹¹.

Ressalte-se que o papel do legislador, na concepção positivista é de fato considerar a norma posta como perfeita e pronta para a aplicação, mas é preciso mencionar que a maior insuficiência do positivismo é a questão epistemológica, isto é, situada no seio da teoria do conhecimento ou da ciência¹².

É imperioso citar também que o positivismo contribuiu significativamente para o avanço em questões referentes a fundamentação do direito e do ordenamento jurídico, como a estrutura da norma, sua vigência, incidência e eficácia, além de aspectos como a diferenciação entre vigência e eficácia, o problema das lacunas e antinomias do direito, dentre inúmeras outras questões que foram aprimoradas em função do positivismo¹³.

Apesar de seus contributos, ao positivismo precisa ser lançada a crítica de que embora tenha trazido sistematicidade, método e segurança, não progrediu mais que isso, ou seja, não foi capaz de evoluir¹⁴.

Importante esclarecer o fato de que a lei precisa acompanhar os anseios da sociedade, mudando se preciso a própria forma de visão e elaboração. Ao se referir ao positivismo de Norberto Bobbio por suas obras, é possível inferir uma mudança na sua concepção, desmistificando a visão fechada do positivismo e admitindo interferências do meio externo que possuem forte influência para uma decisão mais justa, ao invés de limitar-se apenas ao positivismo estrito e fechado. A princípio, esclarece-se que Norberto Bobbio também era adepto de um positivismo fechado à influências externas, considerando o Direito como

[...] um conjunto de regras que são consideradas (ou sentidas) como obrigatórias em uma determinada sociedade porque sua violação dará, provavelmente, lugar à intervenção de um ‘terceiro’ (magistrado ou eventualmente árbitro) que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma¹⁵.

Com a obra “A era dos direitos”, Norberto Bobbio explana de forma clara sua visão aprimorada acerca da necessidade de se aceitar e admitir, embora seja a lei formal e escrita, as

¹¹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 214.

¹² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 57.

¹³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 58.

¹⁴ REIS, Márcio Monteiro. Moral e direito – a fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 125.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone, 2006, p. 27.

influências do meio externo como a cultura, os valores, a moral, as questões históricas que contribuem significativamente para o desenvolvimento do direito. Percebe-se então a grande distância que separa o positivismo de Hans Kelsen do positivismo de Norberto Bobbio. Hans Kelsen é completamente fechado não admitindo intervenção em sua bem elaborada teoria pura do Direito, que se contrapõe a ideia de Norberto Bobbio, cuja maior justificativa se pauta nas dimensões do direito, não se confundindo preceitos morais, éticos e culturais com o próprio direito posto, regulamentado.

Essa limitação em ter que olhar apenas para o direito posto, sem poder se ater a questões alheias que influem consideravelmente na solução dos problemas e fatos sociais, fez com que o positivismo atrapalhasse o progresso necessário ao direito. Para Hugo de Brito Machado Segundo

No âmbito do positivismo normativista, de igual modo, a afirmação de que se deve apenas estudar o direito posto, e não como esse direito deveria ser, inutiliza em grande parte a ciência jurídica, que passa a ser como uma medicina que busca apenas conhecer as técnicas cirúrgicas atuais, sem se preocupar em aprimorá-las. Pode-se dizer, por essa razão, que o positivismo jurídico com o propósito de estudar o direito de forma científica, vale dizer, de forma supostamente neutra e objetiva, em verdade atrasou o seu progresso¹⁶.

Reflexões acerca da influência do positivismo na evolução do direito são oportunas, pois ao entender e constatar a essência do que a doutrina positivista defende, compreende-se hodiernamente uma extremada defasagem entre aquilo que se busca, e o que ocorre de fato no ordenamento jurídico vigente. Fala-se na necessidade de positivizar normas, contudo, tal positivação não possui a força necessária para que tal norma seja efetivamente concretizada. Sem esforços, vem à mente os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, garantias imprescindíveis ao bem-estar e promoção do indivíduo que são claramente afrontados tanto pelo Estado, como por particulares, embora haja um rol expresso de direitos assegurados no texto da Constituição Federal. Por tais motivos é que se discute o contrassenso de um sistema de positivação, onde este não possui a força necessária a fim de fazer efetivar as normas de direitos fundamentais postas no texto constitucional.

2 A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

¹⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 57.

Os direitos fundamentais percorreram um longo trajeto na história, para estarem hoje positivados tanto nas constituições dos países, como em vários documentos internacionais que exercem forte influência no ordenamento jurídico interno de várias sociedades.

Para compreender a dinâmica da positivação dos direitos fundamentais, é importante entender que estes “nascem em certas circunstâncias, caracterizados 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”¹⁷, sendo portanto, considerados o fruto das necessidades sociais que clamam atendimento em determinado momento da história.

Dentre as características dos direitos fundamentais, ressalta-se a historicidade, que resume o fato de que tais direitos são um "produto da história", da evolução social, pois “nasceram a partir de lutas encetadas na vida cotidiana – lutas sem tréguas, longas no tempo”¹⁸, como afirma Zulmar Fachin.

Na perspectiva de uma construção histórica em função do sofrimento enfrentado por várias gerações, é que se passou a dar maior importância aos direitos humanos e fundamentais, que se tornaram instrumentos indisponíveis de proteção dos indivíduos em face do Estado. Nesse contexto, inclusive, discute-se a questão da eficácia vertical¹⁹ e horizontal dos direitos fundamentais.

Em fervoroso debate encontra-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, haja vista a questão da incidência de tais direitos em relações pactuadas por entes particulares sob as quais são reguladas, em regra, pelo direito privado. Ao mesmo tempo em que se tem a autonomia privada, garantia constitucional que ampara a liberdade de ação nas relações entre particulares, verifica-se o desrespeito a vários direitos fundamentais e conseqüentemente a ofensa a indivíduos.

Chama-se a atenção para tal fato, a fim de intensificar a relevância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. Ressalta-se a defesa de que tais direitos devem estar presentes em todas as esferas do direito, independentemente dos sujeitos, pois são aplicáveis de forma imediata, tendo em vista a necessidade iminente de efetivar tais direitos que são a garantia de bem-estar, proteção e promoção de todas as pessoas.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

¹⁸ FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 235.

¹⁹ No que tange a eficácia vertical, relevante consignar que não há controvérsias acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre Estado e indivíduo, haja vista tais direitos serem o próprio escudo de proteção da sociedade em face do Estado.

Destaca-se a grande impossibilidade de se mensurar ou conceituar os direitos fundamentais de forma definitiva, mas é preciso ao menos tentar delinear o conteúdo que envolve tais direitos. Nessa vertente, Ingo Wolfgang Sarlet entende que são

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à constituição material, tendo, ou não assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)²⁰.

Os direitos fundamentais, em virtude de sua importância, são visualizados como a base do ordenamento jurídico, pois regulam as ações do Estado, em benefício aos indivíduos, bem como a estrutura normativa em que se pauta o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. É por meio dos direitos fundamentais que são tomadas decisões importantes, que dizem respeito inclusive sobre a estrutura normativa do Estado e da sociedade, independentemente da quantidade de conteúdo a que é atribuído a cada direito²¹.

Mesmo diante de críticas direcionadas ao positivismo, importante contribuição agrega o pensamento de Joaquim José Gomes Canotilho, que ressalta a necessidade de positivação dos direitos fundamentais:

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes do direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob a forma de norma (regras e princípios) de direito constitucional²².

Evidentemente que o fato de os direitos fundamentais estarem positivados no texto constitucional é importante, pois implica numa previsão com fins de cumprimento. O positivismo permite uma segurança jurídica, além de vincular a ação do Estado à obrigação de

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 522.

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 347.

efetivar tais direitos. A questão é que mesmo estando posicionados de forma especial no ordenamento, bem como escritos e apresentados com grande força normativa, são inúmeras as circunstâncias em que se violam direitos fundamentais.

Ressaltada, portanto, a importância dos direitos fundamentais e a evidente e necessária preocupação em ter efetivados direitos imprescindíveis à proteção humana, é que se discute novos meios de se fazer aplicar a norma positivada que necessita de concretização.

A questão referente à hermenêutica paira sempre quando da análise da necessidade de resolução de problemas referentes à norma e sua efetiva aplicação, bem como seu resultado. Eis a relação direta com o papel exercido pelo Poder Judiciário, mais precisamente em relação à função do Supremo Tribunal Federal que se encontra em posição de destaque, diante da força normativa e do peso da última palavra proferida em seus julgamentos.

É preciso então reconhecer que, na ausência de uma jurisdição constitucional eficiente, os direitos fundamentais tornar-se-ão vulneráveis, bem como extremamente dependentes das condições oferecidas pela sociedade para lhes tutelar, além do Poder Executivo, que por vezes deixa muito a desejar²³.

Ademais, na busca de se obter um tratamento especial aos direitos fundamentais, cogita-se a ideia de se impor a criação de um Tribunal Constitucional específico para a análise de decisões que envolvem direitos tão relevantes para o ordenamento jurídico, que por meio de procedimentos próprios, poderia garantir a imparcialidade, desenvolvendo, por óbvio a democracia, e conseqüentemente permitindo que as decisões estejam sempre pautadas no respeito aos direitos e garantias fundamentais²⁴.

Na perspectiva atual, não há como não discutir as novas tendências da sociedade, vislumbrando o desafio enfrentado pelo homem ao querer desafiar todas as coisas, se olvidando, por vezes, da resposta referente à suas ações. É preciso que a Constituição seja sempre a referência a ser seguida, pois “[...] o Estado brasileiro tem como valor, fins e meta fundamentais organizar-se para prover, de modo eficaz, o reconhecimento, a proteção e a concretização dos direitos fundamentais”²⁵. A sociedade está em constante mudança, e necessita que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana sejam efetivamente respeitados, tal como se encontram positivados.

²³ LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 176.

²⁴ HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. *A Norma Jurídica e os Direitos Fundamentais: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico*. São Paulo: RCS Editora, 2006, p. 115.

²⁵ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da posituação dos direitos fundamentais na constituição de 1988. In: BITTAR, Eduardo C. B.; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (orgs.). *Direitos humanos e fundamentais: posituação e concretização*. São Paulo: Edifício, 2006, p. 124.

3 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diante da extremada evolução vivenciada pelas gerações atualmente, é imperioso compreender a grande dificuldade de tornar o direito em consonância com todas as insurgências impostas pela sociedade hodierna. Assim, nesse período de pós-modernidade, segundo Alessandro Severino Valler Zenni “instala-se uma amargurada convulsão no seio social e, por vias reflexas, todo contingente que a circunda, colocando em descrédito os meios científicos criados para contornar e resolver os problemas humanos, inclusive o jurídico²⁶”.

É fato que com as modificações da era moderna e a globalização acirrada, a litigiosidade não é mais a mesma que a das gerações passadas, não bastando mais um sistema codificado para resolver os conflitos e embates vividos pela atual sociedade, sendo necessário outros meios para a efetivação e eficácia da norma. Nesse panorama, salienta Eduardo C. B. Bittar:

Em poucas palavras, na pós-modernidade, o sistema jurídico carece de sentido, até mesmo de rumo e sobretudo de eficácia (social e técnica), tendo em vista ter-se estruturado sobre paradigmas modernos inteiramente caducos para assumirem a responsabilidade pela litigiosidade contemporânea. Assim, a própria noção de justiça vê-se profundamente contaminada por esta falseada e equívoca percepção da realidade²⁷.

Nesse cenário jurídico, discute-se frequentemente, uma resposta plausível que possa de fato solucionar o quão lamentável se mostra o não cumprimento efetivo das normas previstas no texto constitucional.

Por mais que seja um problema do Poder Executivo, em função da má gestão de governos, é preciso discutir todos os meios necessários que se fazem presentes e são aptos a solucionar questões que não podem perdurar eternamente. De tal premissa, destacam-se indagações a respeito de qual seria a razão para a não efetividade dos direitos fundamentais e o porquê ainda são frequentemente violados, mesmo com a existência de um consenso mundial acerca do respeito à dignidade humana, como previsto em vários documentos

²⁶ ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006, p. 13.

²⁷ BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 87.

internacionais? Destas questões surge também a necessidade de uma tutela jurisdicional que imponha e preveja sanções contra quaisquer violações aos direitos humanos e fundamentais. Nessa senda, explana Norberto Bobbio que

[...] só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e superpor-se às jurisdições nacionais e quando se realizar a garantia dentro do Estado – que ainda é característica predominante da atual fase – para a garantia contra o Estado²⁸.

Da mesma forma, o autor conclui que o problema da não realização dos direitos do homem está vinculado a uma postura histórica, que de fato construiu este arcabouço que hoje se vislumbra nos textos das constituições, ou seja, o rol de direitos fundamentais. Assim, o problema da ausência da não concretização de tais direitos, muito embora estejam positivados,

[...] não é nem filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica²⁹.

Diante dessa extrema mudança observada no século XXI, onde as necessidades e anseios sociais clamam por soluções de problemas que em tese não afligiam as gerações em período anterior, é necessário que o Poder Judiciário, por meio do jurista, adapte o direito às exigências da sociedade contemporânea, de modo que se utilizem todos os meios necessários para se alcançar a efetividade da aplicação do direito, seja observando a crescente evolução ou no uso de técnicas ou métodos de interpretação, a fim de convalidar a norma prevista, permitindo que por esta frequente prática jurídica possa se atingir o direito libertário e protetor da dignidade humana³⁰.

Pela ótica do positivismo tradicional, ilógico seria não se chegar à conclusão de que o positivismo realmente não pode resolver todos os problemas da era pós-moderna. Nessa temática, interessante colacionar a ideia de Márcio Monteiro Reis:

²⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 40-41.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 45.

³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Uso Alternativo do Direito e Saber Jurídico Alternativo*. In: ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (org.). *Lições de Direito Alternativo*. Acadêmica: São Paulo, 1991, p. 116.

O positivismo, em seu tempo, resolveu com enorme sucesso aqueles problemas que se punham quando de seu aparecimento no mundo jurídico. Cabe agora às novas gerações, enfrentar os temas atuais, como a busca de maior efetividade para os direitos fundamentais; a construção de um sistema jurídico menos rígido, que permita a busca de soluções mais adequadas aos casos concretos; o fim do mito da imparcialidade judicial; a necessidade de adequações constantes do direito frente às rápidas transformações da vida social; entre outros, que permitirão o avanço da Teoria Geral, tal como se apresenta hoje³¹.

Por ter o direito a finalidade de regular as questões advindas das relações sociais, seja no contexto econômico, político, social ou cultural, é necessário ponderar os problemas da sociedade e perquirir novas formas de interpretação, a fim de se alcançar a justiça necessária. Na oportunidade, interessante colacionar o entendimento de Paulo Bonavides apoiado no método de Friedrich Müller:

Afigura-se-nos, porém, haver para tanto uma saída possível: aquela vislumbrada na Metódica de Friedrich Müller, constante de sua Teoria Estruturante do Direito. Ela afasta esse perigo e protege os direitos fundamentais com a hermenêutica normativa da concretização compreendida na moldura de um Estado democrático de Direito, onde avulta sobretudo a eficácia das regras constitucionais fora de todo formalismo exclusivo, unilateral e restritivo, sem janelas ou abertura para o universo das realidades sociais concretas; estas que, na aplicação hermenêutica, fazem parte, indissociavelmente, da própria natureza, vida, substância e normatividade do preceito jurídico, do qual a *praxis* é conteúdo integrativo essencial³².

Convém salientar também, que a função do Poder Judiciário não deve ser interpretada como uma tarefa simples, haja vista que uma decisão judicial implica em inúmeras outras consequências, dentre as quais se ressalta o fato de poder tornar determinada decisão como algo reiterado, fazendo com que o precedente possa diminuir o espaço para indeterminações, não obstante a possibilidade de o juiz sofrer pressões políticas³³. Na tentativa de olvidar tal possibilidade, e pautando-se na premissa da impossibilidade de corrupção do aludido poder, imprescindível analisar a visão de Miguel Reale acerca da condução do problema em pauta,

³¹ REIS, Márcio Monteiro. Moral e direito – a fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 125-126.

³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 542-543.

³³ MUÑOZ, Alberto Alonso. *Transformações na Teoria Geral do Direito – Argumentação e Interpretação do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 155.

destacando-se a união da tríade do direito natural, do direito positivo e da hermenêutica³⁴ como substratos a serem sempre analisados e invocados para a solução do problema:

[...] numa projeção sucessiva, correlacionando-se e desdobrando-se três estruturas jurídicas fundamentais: a do *Direito natural*, como esquema normativo de exigências transcendentais; a do *Direito positivo*, como ordenamento normativo de fatos e valores no plano experiencial; e a da *Hermenêutica jurídica*, a qual, além de esclarecer o conteúdo das regras positivas, assegura-lhes contínua atualização e operabilidade³⁵.

Por uma perspectiva neoconstitucionalista, a posição de essencialidade assumida pelos direitos fundamentais na Constituição Federal, exige uma atenção e interpretação especial. Questões voltadas à eficácia vertical e horizontal de tais direitos, bem como a proibição do retrocesso social, a efetividade, a restringibilidade excepcional e a projeção positiva são características determinantes e essenciais que devem ser sempre evidenciadas na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais³⁶. Assim, para Jamile Coelho Moreno,

O Poder Judiciário, na perspectiva neoconstitucionalista, possui papel não só criativo como ativo. Inexistente são as questões insuscetíveis de apreciação judicial, quando está em lide algum direito fundamental e a apreciação, de acordo com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, deve conduzir a processo decisório de efeito substancial, pelo qual a concretização do direito fundamental lesionado ou ameaçado de lesão seja colocada sob a veste superior de proteção do Poder Judiciário, poder este capaz (em sede de controle de constitucionalidade, tanto difuso quanto concentrado), de impor aos demais Poderes os efeitos concretizadores das suas decisões, exercendo o controle efetivo das políticas públicas infraconstitucionais³⁷.

Evidente a constatação de que o Poder Judiciário não só contribui para a análise e reflexão da solução dos problemas da sociedade, como também conduz a possibilidade para

³⁴ Nessa perspectiva, convém mencionar a lição de Paulo Bonavides: “O Direito Constitucional, ao criar, assim, a Nova Hermenêutica, que lhe é específica, acolheu no plano científico do Direito as considerações axiológicas, mas referidas unicamente àqueles valores vazados no direito positivo e que desde muito, por um certo ângulo, constituem a matéria-prima do sociologismo jurídico ou do concretismo [...]. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 535.

³⁵ REALE, Miguel. *Direito natural/Direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 49.

³⁶ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais. In: Conpedi, 2008, Salvador. XVII Encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, p. 3819.

³⁷ MORENO, Jamile Coelho. Sistema constitucional de direitos e garantias. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Orgs.). *Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea*. Birigui: Boreal, 2010, p. 213.

extirpar todos os empecilhos que impedem a concretização dos direitos fundamentais necessários à sobrevivência da sociedade, sejam os direitos que dependem da ação do Estado ou de sua abstenção, sejam os direitos relativos às ações de terceiros, ou qualquer que seja o bem violado, não há como o Judiciário ficar inerte e não se preocupar com tais fatos, pois esses direitos são essencialmente a base que assegura suas próprias decisões.

O que se pretende é ressaltar a importância da figura do Poder Judiciário, por meio de seus magistrados e tribunais, sobretudo do Supremo Tribunal Federal perante a concretização dos direitos fundamentais numa era em que a positividade das leis não se mostra mais suficientemente forte para solucionar todos os problemas de ordem Executiva e Legislativa. É preciso a imposição de um poder veementemente respeitado, pautado estritamente no texto constitucional, a fim de assentar toda e qualquer controvérsia acerca do cumprimento de uma norma, forçando, por óbvio, o Executivo atuar incondicionalmente no respeito dos direitos fundamentais. Andréia Regina Schneider Nunes explica que

[...] a leitura do direito sob o viés da Constituição, além de contribuir para a normalidade institucional e para o alcance da supremacia da Constituição, requer compromisso com a tutela dos direitos fundamentais. Eis o modelo constitucional consagrado pelo Estado Democrático de Direito: jurisdição constitucional fortalecida e a respectiva concretização dos direitos fundamentais³⁸.

Nesse panorama, frisa-se a alternativa de não se descartar o positivismo como meio de solução, mas aprimorá-lo, evitando a visão restrita e fechada apenas da norma imposta, mormente em conjunto e sob a perspectiva do direito natural, que deve inspirar sim a justiça ideal, podendo-se encontrar a tão almejada luz para aclarar o grande problema da efetivação dos direitos fundamentais.

É necessário assim, que o Poder Judiciário esteja sensível às mudanças sociais, estando desvinculado de conceitos e dogmas ultrapassados, mas pautado na hermenêutica que legitime a preocupação com o ser humano. Além disso, é imprescindível que os intérpretes se utilizem de todos os meios e métodos necessários como reflexão para solucionar o problema relativo à efetividade dos direitos fundamentais e do princípio da dignidade da pessoa humana, pois o direito não é uma mera positividade da norma, ele se perfaz em algo muito

³⁸ NUNES, Andréia Regina Schneider. Tutela constitucional dos direitos fundamentais. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim (Orgs.). *Tutela dos Direitos humanos e fundamentais*. ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito. Birigui: Boreal, 2011, p. 119.

maior, na busca também do reconhecimento do ser humano e de todas as necessidades provindas de uma sociedade em constante processo de evolução.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o século XIX e, especialmente, na primeira metade do século XX o positivismo jurídico esteve apto a dar respostas e solucionar inúmeras e complexas questões da realidade contemporânea. Registre-se, contudo, que a extremada evolução da sociedade hodierna provocou uma radical mudança tanto nos litígios atuais, como na forma de solucionar e lidar com tais questões, não estando apta a estrutura normativa atual para acompanhar tais avanços.

Nota-se que um sistema jurídico foi construído a partir do positivismo e por um razoável lapso temporal bem sobreviveu diante da organização e estruturação desse sistema normativo positivo, embora inúmeras barbáries tenham sido cometidas com amparo na lei, isto é, em função da própria positividade legislativa. Todavia, constatou-se que as várias novas tendências que circundam a sociedade, como por exemplo, a intensa globalização, forçaram de forma significativa uma mudança de paradigma da sociedade atual, que necessita que o direito evolua e acompanhe as insurgências e modificações sociais.

É preciso analisar criticamente o positivismo, verificando sua atuação como legitimador do poder, mas desprendendo-se da afirmação equivocada de que o direito só se justifica para atender as classes mais poderosas. Há uma quebra entre a realidade que perdurava no passado e a que se apresenta hoje. Com a ascensão de novos direitos, nota-se uma defasagem do positivismo tradicional, o qual precisa ser aprimorado e utilizado em conjunto com a concepção naturalista, além de uma nova visão hermenêutica, desapegada de conceitos e dogmas legalistas, primando sempre pela aplicação incondicional e efetivação dos direitos fundamentais.

Foi partindo da análise evolutiva da sociedade, que se constatou o contrassenso da positividade e não efetivação dos direitos fundamentais. É evidente que o direito é muito mais que uma norma positivada. Eis então a verificação do papel primordial do Poder Judiciário no alcance da solução desses problemas. É por meio dele, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, que se alcança o poder da força normativa necessária para refletir e julgar as questões mais complexas, baseadas em profundas análises do contexto contemporâneo com o fito de impor a observância imediata da aplicação e respeito aos direitos fundamentais e a dignidade

da pessoa humana, que necessitam estar sempre presentes a fim de resguardar a proteção da humanidade e o desenvolvimento da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Wellington Pacheco. *Dimensões do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Icone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Uso Alternativo do Direito e Saber Jurídico Alternativo. In: ARRUDA Jr., Edmundo Lima de (org.). *Lições de Direito Alternativo*. Acadêmica: São Paulo, 1991.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na constituição de 1988. In: BITTAR, Eduardo C. B.; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (orgs.). *Direitos humanos e fundamentais: positivação e concretização*. São Paulo: Edifício, 2006, p. 115-181.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

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

MORENO, Jamile Coelho. Sistema constitucional de direitos e garantias. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (orgs.). *Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea*. Birigui: Boreal, 2010.

MUÑOZ, Alberto Alonso. *Transformações na Teoria Geral do Direito – Argumentação e Interpretação do Jusnaturalismo ao Pós-positivismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

NUNES, Andréia Regina Schneider. Tutela constitucional dos direitos fundamentais. In: AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de; HERRERA, Luiz Henrique Martim (Orgs.). *Tutela dos direitos humanos e fundamentais. ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito*. Birigui: Boreal, 2011, p. 110-120.

REALE, Miguel. *Direito natural/Direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

REIS, Márcio Monteiro. Moral e direito – a fundamentação dos direitos humanos nas visões de Hart, Peces-Barba e Dworkin. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 121-156.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Neoconstitucionalismo e Direitos Fundamentais. In: Conpedi, 2008, Salvador. XVII Encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, p. 3819.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Ivan de Oliveira. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito*. Definições e fins do direito: os meios do direito. Tradução de Maria Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *A crise do direito liberal na pós-modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.