

The cover features a silhouette of a man and a woman in profile, facing each other. The background is a vibrant, abstract composition of overlapping geometric shapes in shades of blue, purple, orange, and red. The title 'REVISTA INCLUSIONES' is printed in large, bold, white capital letters across the center of the image.

REVISTA INCLUSIONES

NUEVA MIRADA SIGLO XXI

Revista de Humanidades y Ciencias Sociales

Volumen 8 . Número Especial

Enero / Marzo

2021

ISSN 0719-4706

CUERPO DIRECTIVO

Director

Dr. Juan Guillermo Mansilla Sepúlveda
Universidad Católica de Temuco, Chile

Editor

Alex Véliz Burgos
Obu-Chile, Chile

Editor Científico

Dr. Luiz Alberto David Araujo
Pontificia Universidade Católica de Sao Paulo, Brasil

Editor Europa del Este

Dr. Alekzandar Ivanov Katrandhiev
Universidad Suroeste "Neofit Rilski", Bulgaria

Cuerpo Asistente

Traductora: Inglés

Lic. Pauline Corthorn Escudero
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

Portada

Lic. Graciela Pantigoso de Los Santos
Editorial Cuadernos de Sofía, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Carolina Aroca Toloza
Universidad de Chile, Chile

Dr. Jaime Bassa Mercado
Universidad de Valparaíso, Chile

Dra. Heloísa Bellotto
Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dra. Nidia Burgos
Universidad Nacional del Sur, Argentina

Mg. María Eugenia Campos
Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Francisco José Francisco Carrera
Universidad de Valladolid, España

Mg. Keri González
Universidad Autónoma de la Ciudad de México, México

Dr. Pablo Guadarrama González
Universidad Central de Las Villas, Cuba

Mg. Amelia Herrera Lavanchy
Universidad de La Serena, Chile

Mg. Cecilia Jofré Muñoz
Universidad San Sebastián, Chile

Mg. Mario Lagomarsino Montoya
Universidad Adventista de Chile, Chile

Dr. Claudio Llanos Reyes
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Dr. Werner Mackenbach
Universidad de Potsdam, Alemania
Universidad de Costa Rica, Costa Rica

Mg. Rocío del Pilar Martínez Marín
Universidad de Santander, Colombia

Ph. D. Natalia Milanesio
Universidad de Houston, Estados Unidos

Dra. Patricia Virginia Moggia Münchmeyer
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile

Ph. D. Maritza Montero
Universidad Central de Venezuela, Venezuela

Dra. Eleonora Pencheva
Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Rosa María Regueiro Ferreira
Universidad de La Coruña, España

Mg. David Ruete Zúñiga
Universidad Nacional Andrés Bello, Chile

Dr. Andrés Saavedra Barahona
Universidad San Clemente de Ojrid de Sofía, Bulgaria

Dr. Efraín Sánchez Cabra
Academia Colombiana de Historia, Colombia

Dra. Mirka Seitz
Universidad del Salvador, Argentina

Ph. D. Stefan Todorov Kapralov
South West University, Bulgaria

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL

Comité Científico Internacional de Honor

Dr. Adolfo A. Abadía

Universidad ICESI, Colombia

Dr. Carlos Antonio Aguirre Rojas

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Martino Contu

Universidad de Sassari, Italia

Dr. Luiz Alberto David Araujo

Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo, Brasil

Dra. Patricia Brogna

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Horacio Capel Sáez

Universidad de Barcelona, España

Dr. Javier Carreón Guillén

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Lancelot Cowie

Universidad West Indies, Trinidad y Tobago

Dra. Isabel Cruz Ovalle de Amenabar

Universidad de Los Andes, Chile

Dr. Rodolfo Cruz Vadillo

Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, México

Dr. Adolfo Omar Cueto

Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Dr. Miguel Ángel de Marco

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Emma de Ramón Acevedo

Universidad de Chile, Chile

Dr. Gerardo Echeita Sarrionandía

Universidad Autónoma de Madrid, España

Dr. Antonio Hermosa Andújar

Universidad de Sevilla, España

Dra. Patricia Galeana

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dra. Manuela Garau

Centro Studi Sea, Italia

Dr. Carlo Ginzburg Ginzburg

*Scuola Normale Superiore de Pisa, Italia
Universidad de California Los Ángeles, Estados Unidos*

Dr. Francisco Luis Girardo Gutiérrez

Instituto Tecnológico Metropolitano, Colombia

José Manuel González Freire

Universidad de Colima, México

Dra. Antonia Heredia Herrera

Universidad Internacional de Andalucía, España

Dr. Eduardo Gomes Onofre

Universidade Estadual da Paraíba, Brasil

Dr. Miguel León-Portilla

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Miguel Ángel Mateo Saura

Instituto de Estudios Albacetenses "Don Juan Manuel", España

Dr. Carlos Tulio da Silva Medeiros

Diálogos em MERCOSUR, Brasil

+ Dr. Álvaro Márquez-Fernández

Universidad del Zulia, Venezuela

Dr. Oscar Ortega Arango

Universidad Autónoma de Yucatán, México

Dr. Antonio-Carlos Pereira Menaut

Universidad Santiago de Compostela, España

Dr. José Sergio Puig Espinosa

Dilemas Contemporáneos, México

Dra. Francesca Randazzo

Universidad Nacional Autónoma de Honduras, Honduras

Dra. Yolando Ricardo

Universidad de La Habana, Cuba

Dr. Manuel Alves da Rocha

Universidade Católica de Angola Angola

Mg. Arnaldo Rodríguez Espinoza

Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica

Dr. Miguel Rojas Mix

*Coordinador la Cumbre de Rectores Universidades
Estatales América Latina y el Caribe*

Dr. Luis Alberto Romero

CONICET / Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Maura de la Caridad Salabarría Roig

Dilemas Contemporáneos, México

Dr. Adalberto Santana Hernández

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Dr. Juan Antonio Seda

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Saulo Cesar Paulino e Silva

Universidad de Sao Paulo, Brasil

Dr. Miguel Ángel Verdugo Alonso

Universidad de Salamanca, España

Dr. Josep Vives Rego

Universidad de Barcelona, España

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dra. Blanca Estela Zardel Jacobo

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Comité Científico Internacional

Mg. Paola Aceituno

Universidad Tecnológica Metropolitana, Chile

Ph. D. María José Aguilar Idañez

Universidad Castilla-La Mancha, España

Dra. Elían Araujo

Universidad de Mackenzie, Brasil

Mg. Romyana Atanasova Popova

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Dra. Ana Bénard da Costa

Instituto Universitario de Lisboa, Portugal

Centro de Estudios Africanos, Portugal

Dra. Alina Bestard Revilla

*Universidad de Ciencias de la Cultura Física y el Deporte,
Cuba*

Dra. Noemí Brenta

Universidad de Buenos Aires, Argentina

Ph. D. Juan R. Coca

Universidad de Valladolid, España

Dr. Antonio Colomer Vialdel

Universidad Politécnica de Valencia, España

Dr. Christian Daniel Cwik

Universidad de Colonia, Alemania

Dr. Eric de Léséulec

INS HEA, Francia

Dr. Andrés Di Masso Tarditti

Universidad de Barcelona, España

Ph. D. Mauricio Dimant

Universidad Hebrea de Jerusalén, Israel

Dr. Jorge Enrique Elías Caro

Universidad de Magdalena, Colombia

Dra. Claudia Lorena Fonseca

Universidad Federal de Pelotas, Brasil

Dra. Ada Gallegos Ruiz Conejo

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú

Dra. Carmen González y González de Mesa

Universidad de Oviedo, España

Ph. D. Valentin Kitanov

Universidad Suroeste Neofit Rilski, Bulgaria

Mg. Luis Oporto Ordóñez

Universidad Mayor San Andrés, Bolivia

Dr. Patricio Quiroga

Universidad de Valparaíso, Chile

Dr. Gino Ríos Patio

Universidad de San Martín de Porres, Perú

Dr. Carlos Manuel Rodríguez Arrechavaleta

Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

Dra. Vivian Romeu

Universidad Iberoamericana Ciudad de México, México

Dra. María Laura Salinas

Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

**REVISTA
INCLUSIONES** M.R.
REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

Dr. Stefano Santasilia

Universidad della Calabria, Italia

Mg. Silvia Laura Vargas López

Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

Dra. Jaqueline Vassallo

Universidad Nacional de Córdoba, Argentina

**CUADERNOS DE SOFÍA
EDITORIAL**

Dr. Evandro Viera Ouriques

Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil

Dra. María Luisa Zagalaz Sánchez

Universidad de Jaén, España

Dra. Maja Zawierzeniec

Universidad Wszechnica Polska, Polonia

Indización, Repositorios y Bases de Datos Académicas

Revista Inclusiones, se encuentra indizada en:





REX



UNIVERSITY OF SASKATCHEWAN



Universidad de Concepción

BIBLIOTECA UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN



OS PAPEL DOS OPERADORES DO DIREITO COMO GARANTIDORES DOS DIREITOS HUMANOS

THE ROLE OF LAW OPERATORS AS HUMAN RIGHTS GUARANTEES

Mg. Helena Lariucci

Universidade Portucalense, Brasil
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3902-4862>
helena@lariucci.adv.br

Mg. Everton Nobre

Centro Universitário de Brasília, Brasil
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0123-8689>
everton@nobreaguiar.com

Fecha de Recepción: 08 de abril de 2020 – **Fecha Revisión:** 17 de abril de 2020

Fecha de Aceptación: 11 de agosto de 2020 – **Fecha de Publicación:** 01 de enero de 2021

Resumo

Os Direitos Humanos são mundialmente defendidos, todavia diariamente ignorados, mesmo tendo se estabelecido, no mundo moderno, através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual fora construída no período pós guerra, em que os atentados à dignidade da pessoa humana ultrapassaram todos os limites do aceitável. Nota-se que, a grande maioria das Constituições dos Países Ocidentais, adequaram-se, ou mesmo transcreveram artigos da mencionada Declaração, como garantias e direitos sociais, principalmente porque a sociedade encontrava-se impregnada de princípios e conteúdo axiológico. Partindo da construção histórica do Estado e dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana e a relação destes com a ordem social e econômica, verificar-se-á a responsabilidade do Estado em garantir a aplicação dos direitos humanos, sejam como agente efetivador desses direitos, por intermédio de políticas públicas, seja como guardião da aplicação destes, tanto na aplicação vertical como na horizontalização desses direitos, por intermédio da justiça estatal. Em todas as instâncias, tem o Estado a obrigação de respeitá-los, mantendo a ordem e a aplicação da legislação. Contudo, diante das violações cotidianas aos Direitos e Garantias Fundamentais, eleitos pelos homens como o garantidor da dignidade, surge a necessidade de se verificar o papel dos operadores de direito como agentes garantidores desses direitos, o que ganha relevância com o surgimento do neoconstitucionalismo, com a mitigação do positivismo kelseniano, e a abertura para uma maior elucidação pelo intérprete da lei, possibilitando ou não a mitigação dos Direitos tidos como Universais. Apresentar que o papel dos Operadores do Direito, através do Judiciário, em tempos modernos, é defender o Direito e a Justiça, tendo como horizonte a realização da função social das leis em busca do pleno desenvolvimento do ser, respeitando, conseqüentemente, e primordialmente, os Direitos Humanos.

Palavras-Chave

Direitos Humanos – Poder judiciário – Operadores do direito – Neoconstitucionalismo – Proporcionalidade

Abstract

Human rights are globally defended, yet ignored daily, even though they were established in the modern world through the Universal Declaration of Human Rights, which was built in the postwar period, when the attacks on the dignity of the human person surpassed all limits. acceptable. It is noted that the vast majority of the Constitutions of Western Countries have adapted, or even

transcribed articles of the aforementioned Declaration, as guarantees and social rights, mainly because society was impregnated with principles and axiological content. Starting from the historical construction of the state and the fundamental principles, the dignity of the human person and their relationship with the social and economic order, it will be verified the responsibility of the state to guarantee the application of human rights, whether as an effective agent of these rights, through public policies, either as a guardian of their application, both in the vertical application and in the horizontalization of these rights, through state justice. In all instances, the State has an obligation to respect them while maintaining the order and application of legislation. However, in view of the daily violations of Fundamental Rights and Guarantees, elected by men as the guarantor of dignity, there is a need to verify the role of legal operators as guarantors of these rights, which gains relevance with the emergence of neoconstitutionalism, with the mitigation of Kelsenian positivism, and the openness to further elucidation by the interpreter of the law, whether or not to mitigate the Rights regarded as Universal. To present that the role of the Law Operators, through the Judiciary, in modern times, is to defend the Law and Justice, having as horizon the accomplishment of the social function of the laws in search of the full development of the being, respecting, consequently, and primarily human rights.

Keywords

Human rights – Judicial power – Law operators – Neoconstitutionalism – Proportionality

Para Citar este Artículo:

Lariucci, Helena y Nobre, Everton. Os papel dos operadores do direito como garantidores dos Direitos Humanos. Revista Inclusiones Vol: 8 num Especial (2021): 190-203.

Licencia Creative Commons Attribution Non-Comercial 3.0 Unported

(CC BY-NC 3.0)

Licencia Internacional



Conceito de Justiça e de Direito

O conceito de Direito para Aristóteles está intrinsicamente ligado à justiça, pois o direito existe para que se faça prevalecer a justiça, sendo, portanto, a normatização da realização do que é justo.

Segundo Guimarães o Direito pode ser definido como:

“Ciência que sistematiza as normas necessárias para o equilíbrio das relações entre o Estado e os cidadãos e destes entre si, impostas coercitivamente pelo Poder Público. Universalidade das normas legais que disciplinam e protegem os interesses ou regulam as relações jurídicas. A palavra vem do latim popular *directu*, substituindo a expressão do latim clássico *jus*, que indicava as normas formuladas pelos homens destinadas ao ordenamento da sociedade.”¹

Ainda no mesmo sentido, Grotius apud Groppalileciona:

“Segundo Grotius, o direito é determinado pelo “conjunto das regras ditadas por uma razão humana e sugeridas pelo *appetitus societatis*”: mas, como todos compreendem, além de não ser exato afirmar que o direito é o produto exclusivo da razão humana, nesta definição não se esclarece a diferença específica do direito, por que esta se poderia entender muito bem também as normas da moralidade.”²

Ferraz Jr. leciona:

“O direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte de nós mesmos. É saber em parte por que obedecemos, por que mandamos, por que nos indignamos, por que aspiramos a mudar em nome de ideias, por que em nome de ideias conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e tira-nos a liberdade.”³

Conceituar justiça, conforme já exposto, é algo difícil ante a abstratividade do termo. Pode-se concluir, em razão da especial abordagem feita por Aristóteles que a Justiça é uma virtude e que para ser efetivada é necessário que o indivíduo compreenda o que é justo e que, dentro dessa compreensão, porte-se como tal.

O Direito, por sua vez, é uma criação do homem para pacificação social sendo que apesar de relacionar-se intimamente com a justiça, o mesmo não pode ser confundido com a moral, que embora influencie na conduta do indivíduo trata-se de um elemento de cunho mais cultural do que aquele. Vale dizer que o direito é um conjunto de princípios e normas destinados a alcançar a justiça, sendo que, quando há descumprimento de tais regramentos sociais impostos, haverá as sanções necessárias.

Vale dizer ainda, que nem sempre a aplicação do Direito é justa, seja pela ineficácia da legislação aprovada e aplicada, seja pela evolução social sem a correta adequação, ou quando o Direito se torna um mero objeto em si, o que muitas vezes o torna injusto.

¹ Deocleciano Torrieri Guimarães, Dicionário Técnico Jurídico, 13ª ed (São Paulo: Rideel, 2010), 282.

² Alexandre Groppali, Filosofia do Direito (Campinas-SP: LZN Editora, 2003), 176

³ Tercio Sampaio Ferraz JR, Introdução ao Estudo do Direito, 5ª ed (São Paulo: Atlas, 2007), 21

Tem-se ainda que, o Direito é uma consequência das normas sociais, dos costumes, da moral e da cultura de um povo, entretanto, este deve ser usado como forma de legitimação do Estado para exercer o Poder Jurisdicional, visando sempre o interesse público social.

Verifica-se que o Direito não deve se limitar a resolver questões entre particulares, sob pena de perder seu objeto e ser ineficaz, ante a morosidade que se formará, sendo que entre particulares devem ser utilizados meios alternativos de solução de conflito.

Nesta linha de raciocínio, leciona Machado:

“A definição do Direito certamente fica a depender da postura filosófica que adotarmos. E com certeza não será possível uma definição razoavelmente satisfatória se não levarmos em conta o fim a que o Direito se destina. Para o qual existe”⁴

Portanto, a melhor aplicação do Direito é em busca da justiça, lembrando que está se falando de bem comum e social, sendo que dentre particulares o adequado seria se utilizar do Poder Jurisdicional somente após tentar todos os meios alternativos de solução de conflitos, os quais têm ganhando maior espaço hodiernamente, haja vista que a morosidade e insegurança jurídica têm assustado os jurisdicionados.

O Poder Judiciário

O Estado possui como poder-dever total obrigação de promover a efetivação de normas sociais, as quais estão diretamente vinculadas aos direitos humanos, espalhados pelo ordenamento jurídico, especialmente nas Cartas Magnas dos estados democráticos.

E dentro dessa divisão dos poderes do Estado, verifica-se que cabe ao Legislativo o dever de “fazer” as leis, o Executivo, salvo algumas exceções, possui como principal atribuição a administração e execução das leis e normas sociais criadas e emanadas do povo, através de seus representantes (legislativo), cabendo, portanto, ao Judiciário a função/dever de interpretar e aplicar a lei, com a finalidade de solucionar os impasses oriundos das relações, conforme preceitua a função jurisdicional.

Tal função jurisdicional é exercida pelos juízes, que representam o Estado, possuindo competência, prerrogativa e capacidade para proferir julgamentos, de acordo com as normas constitucionais, infraconstitucionais, internacionais e qualquer outra norma criada pelo legislativo do país.

Verifica-se acima, a separação/divisão dos poderes do Estado, conforme preconizou Montesquieu⁵ em sua teoria da separação dos poderes.

Segundo a Constituição Federal Brasileira⁶, no artigo 2º, são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁴ Hugo de Brito Machado, Introdução ao Estudo do Direito, 2ª ed (São Paulo: Atlas, 2004), 21

⁵ Charles de Secondat Montesquieu, O Espírito das leis (São Paulo: Martins Fontes, 1996).

⁶ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 10.05.1988.

Conclui-se, então que a função primordial do Poder Judiciário é aplicar os conceitos de justiça e de direito, já defendidos neste artigo, justamente com a intenção de garantir a aplicação dos direitos de cada cidadão, resolvendo os prováveis conflitos que possam surgir na sociedade, através da investigação, apuração, julgamento e punição, se for o caso.

Jurisdição é assim definida por Cintra, Grinover e Dinamarco, os quais afirmam que coadunam e convivem em harmonia o poder, a função e a atividade:

“Como poder, é a manifestação do poder Estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do Direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.”⁷

Ocorre que, diante da nova estrutura globalizada, e de tantas dificuldades encontradas em diversas situações em que a justiça tem perecido para o direito, principalmente quando se observa a inércia do poder legislativo em resolver questões primordiais como Direitos Humanos, por exemplo, se está verificando um alargamento/aumento da função jurisdicional, sendo que essa atitude recebe o nome de ativismo judicial ou judicialização.

Emilio Bittencourt assim conceitua o ativismo judicial:

A defesa de um ativismo judicial, definidor de políticas públicas, em um estado de direito, está em desacordo com o necessário prestígio do princípio do pluralismo político, tem sido levado a cabo, com a compreensível preocupação de aproximar as disposições jusfundamentais da realidade constitucional, ao ponto de se postular mais que um juiz-legislador, verdadeiro juiz-administrador.⁸

Infelizmente, em casos de omissão da lei, principalmente em sistemas *civil law*⁹, como no Brasil e na Europa de um modo geral, o Poder Judiciário acabou por, cumprindo a função jurisdicional de proteção do direito e da justiça, proferir julgamentos baseados em princípios supraconstitucionais quando a norma está omissa.

Ricardo Freire Soares diz:

“não se argumente contra o ativismo judicial porque ele é um modo de exteriorização pela via hermenêutica da valorização dos princípios constitucionais.”¹⁰

⁷ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 20ª ed (São Paulo: Malheiros, 2004), 23

⁸ Emilio Bitencourt Neto, O direito ao mínimo para uma existência digna (Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010), 150

⁹ “O sistema romano-germânico ou Civil Law é o sistema jurídico mais disseminado no mundo, baseado no direito romano, tal como interpretado pelos glosadores a partir do século XI e sistematizado pelo fenômeno da codificação do direito, a partir do século XVIII. Prioriza o positivismo consubstanciado em um processo legislativo. A norma jurídica constitui-se em um comando abstrato e geral procurando abranger, em uma moldura, uma diversidade de casos futuros.”

¹⁰ Ricardo Maurício Freire Soares, Hermenêutica e Interpretação Jurídica (São Paulo: Saraiva, 2010), 17

E verifica-se que surgiu uma nova escola pós-moderna, que veio em socorro ao Poder Judiciário, colocando o indivíduo comunitário como centro das decisões do Estado.

Neoconstitucionalismo e um novo Poder Judiciário interpretativo

A Constituição é estabelecida como pedra fundamental do Estado Democrático de Direito, segundo a qual está regulamentada a separação dos poderes, conforme anteriormente explicado, entendida como meio de organização e limitação política do poder estatal, bem como os direitos fundamentais, expressa a vontade da "maioria" no que toca os direitos tidos como essenciais para o convívio naquela sociedade.

Ocorre que, diante da perplexidade das violações aos direitos humanos decorrentes das maiorias totalitárias (como o fascismo e o nazismo), o conceito de constituição teve que ser expandido para compreender os direitos das minorias, com respeito às cláusulas pétreas, tidas como inabólvéis pelo constituinte originário.

Como é sabido, a ausência ou o desrespeito às normas constitucionais implica na não caracterização do Estado Constitucional ou na ausência de constituição¹¹.

Nesse diapasão, Cambi explica que o

“princípio da maioria não está assentado no absolutismo da maioria ou na opressão das minorias. O conceito de democracia não pode ser reduzido ao governo da maioria.”¹²

Verifica-se também que houve uma alteração do entendimento que a lei seria um produto da vontade da maioria. A legislação pode ser resultado de grupos de pressões e de mecanismos de votação ilegítimos que perseguem interesses particulares, assim como também esta pode resultar da vontade de um partido ou de uma coligação majoritária, além de interesses momentâneos dos detentores do Poder Estatal.

O direito ao voto, a liberdade partidária, o mandato livre, o direito de acesso aos cargos políticos, a igualdade de tratamento tributário tem significância reduzida em uma sociedade marcada pelo tráfico de influências, pelo *clientelismo* e pela corrupção¹³.

Deve ser destacado que a qualidade de uma legislação não está apenas ligada à atividade do parlamento, mas de outros fatores externos como exercer a cidadania, o grau de informação do povo e dos legisladores, além de a real compreensão de questões políticas tanto da população quanto dos governantes.

O poder judiciário, com a explosão da litigiosidade em busca dos direitos sociais, teve que ampliar a visibilidade social e política da magistratura, sendo cobrado pela concretização destes direitos.

Acrescente-se a isso o fato de o neoliberalismo contribuir para as desigualdades sociais, exigindo firmeza do Poder Judiciário no cumprimento das disposições democráticas

¹¹ Marcelo Neves, *A Constituição Simbólica* (São Paulo: Martins Fontes, 2011), 61-62

¹² Eduardo Cambi, *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, 2ª ed (São Paulo: RT, 2011), 24

¹³ Eduardo Cambi, *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo...* 25.

constitucionais, na promoção de critérios de desenvolvimento humano e de justiça social. Isso tem como consequência a expansão da jurisdição constitucional, surgindo uma necessidade de revisão na teoria da separação dos poderes.

A revisão do princípio da separação dos poderes no estado social começa na reanálise do princípio da isonomia, o qual não é mais visto por um viés formal, mas material, de forma a demandar do estado ações positivas, o que importa falar em desigualdades jurídicas. Em outras palavras, o tratamento desigual deve estar fundamentado em razões – fáticas e jurídicas – plausíveis para a sua permissão, o que afasta, de toda sorte, as arbitrariedades.

Sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado, impedindo a concretização de direitos fundamentais, o Judiciário tem a função de controlá-los. Isso ressoa como um amadurecimento do Poder Judiciante, que agora deixa de ser mero interprete da lei para se tornar guardião dos direitos e garantias fundamentais, bem como legislador “passivo” no que toca à ausência de norma efetivadora dos referidos direitos.

Com isso, é alterada o alcance da função do Poder Judiciário, que não mais se restringe apenas a tarefa de subsunção do fato a norma, mas em examinar se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduzem à efetivação dos resultados objetivados pelas Cartas Magnas dos países, especialmente no que se refere aos fundamentos e às diretrizes pro futuro delineadas nestes diplomas (normas pragmáticas).

Portanto, o neoconstitucionalismo implica na mudança de paradigmas dogmáticos, com uma maior responsabilidade e técnica do aplicador da norma, evidenciando uma nova maneira de interpretar o direito, aplicando-se a lei de acordo com as premissas constitucionais, o que denota um maior esforço intelectual do aplicador da lei e maior aprofundamento dos operadores do direito no conhecimento do interesse constitucional metalegal, não só denotado nas normas supremas, mas também implícitas nestas, assim como pulverizadas em toda ordem social, balizando as ações dos poderes e o povo, inclusive entre particulares¹⁴.

O Direito Humano de Acesso à Justiça

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a qual baseou os direitos e garantias fundamentais da Constituição Portuguesa e Brasileira, que preveem o direito de acesso à justiça sob a perspectiva interna, quando estabelece que toda pessoa tem direito a uma audiência justa e um tribunal para decidir seus direitos e deveres¹⁵.

Os direitos humanos são aqueles que, sem os quais, a pessoa humana não convive, vive ou sobrevive, incluindo a dignidade, igualdade e liberdade do ser humano¹⁶.

¹⁴ Miguel Carbonel, *El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis* (Editorial Trotta: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM), 153-164

¹⁵ ONU, *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (Paris: ONU, 1948).

Art. X: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

¹⁶ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo* (São Paulo: Melhoramentos, 2009), 178.

A dignidade da pessoa humana, viu a sua noção ser enunciada por Emanuel Kant:

“No reino dos fins, tudo tem um preço e uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.¹⁷

Bacelar Gouveia refere-se à dignidade da pessoa humana como a que

“designa as características intrínsecas da pessoa como ser dotado de inteligência e vontade, que se autodetermina”, apontando três funções para a dignidade da pessoa humana: a de “estabelecer a fundamentação jusnaturalista de parte do nosso sistema de direitos fundamentais, a de permitir o alargamento também parcial das normas que fazem a sua atribuição e a de resolver, de acordo com um critério ético, as colisões de direitos fundamentais”¹⁸.

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura os direitos fundamentais, a exemplo, da liberdade pessoal, dignidade e o exercício de direitos sociais e políticos, sendo que o acesso à justiça vem proteger atos que afrontam a dignidade da pessoa humana, tais como discriminações, atos degradantes, abusivos ou até mesmo cruéis.

Verifica-se que com a repartição dos poderes, cabe ao poder judiciário proceder com a justiça punitiva, sendo que, qualquer que sejam os direitos fundamentais, humanos, ou qualquer outro direito garantido ao ser humano, somente será efetivo, se houver acesso pleno à justiça, através da prestação jurisdicional efetiva, eficiente, eficaz e em hábil tempo.

O acesso à justiça é apontado pelos doutrinadores como direito humano essencial garantidor da efetividade de toda e qualquer norma. Cappelletti, em sua obra *Acesso à Justiça*, afirma que o acesso à justiça é instrumento fundamental para a verdadeira efetivação dos direitos, pois de nada adianta os ter se não podemos reivindicá-los:

“De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”¹⁹.

Tem-se que os direitos humanos vão se adaptando ao longo do tempo, quanto a seu conteúdo, eficácia e efetivação, diante das situações ocorridas no mundo globalizado, podendo destacar-se que, atualmente, os direitos humanos já estão na 5ª (quinta) geração.

A primeira, são aqueles direitos individuais inerentes a liberdade, ou seja, são os direitos civis e políticos, que exigem a não intervenção estatal na vida do cidadão.

Os Direitos Humanos de segunda geração, são direitos sociais, econômicos e culturais, exigindo a atuação direta do estado, pois se trata de direito coletivo positivado. O acesso à justiça encontra-se enquadrado nesta classificação.

¹⁷ Jorge Miranda, *Direito Constitucional Tomo IV Direitos Fundamentais*, 3.ª edição. (Coimbra: Coimbra Editora, 2000), 188

¹⁸ Jorge Bacelar Gouveia, *Direitos Fundamentais Atípicos* (Lisboa: Aequitas, 1995), 397

¹⁹ Mauro Cappelletti, *Acesso a justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet (Porto Alegre: Fabris, 1988), 11

Já os direitos humanos de terceira geração, são aqueles ligados a fraternidade e solidariedade, tais como meio ambiente e consumo saudável. Já os de quarta e quinta geração, são os direitos ligados a informação, democracia, pluralismo e saúde genética.

Com efeito, o acesso à justiça como direito humano de 2ª geração outorga o direito de ação - compreendido como o direito de ir a juízo, fazendo afirmação de um direito, e postulando uma tutela de mérito, permitindo a postulação por meio do processo judicial.

Carlos Alberto Menezes Direito afirma que o

“maior esforço que a ciência do direito pode oferecer para assegurar os direitos humanos é voltar-se, precipuamente, para a construção de meios necessários à sua realização nos Estados e, ainda, para o fortalecimento dos modos necessários de acesso à Justiça com vistas ao melhoramento e celeridade da prestação jurisdicional”²⁰

O exercício da chamada proteção judiciária dos direitos, que vem à baila por meio da tutela jurisdicional, evita ou restaura o perecimento do direito material invocado, uma vez que o núcleo do processo passa a ser constituído pela afirmação deste direito, o qual virá a ser assegurado pela tutela jurisdicional, caso venha a ser reconhecido pelo judiciário.

E para que isso ocorra, é necessário que o processo disponha de mecanismos capazes de realizar a devida prestação jurisdicional com qualidade e efetividade, qual seja, de garantir ao jurisdicionado o seu direito real, efetivo, e no menor lapso temporal possível.

Tal se afirma pelo fato de que, a morosidade do processo produz uma justiça tardia, que segundo Barbosa²¹ não pode ser considerada uma justiça, senão uma injustiça qualificada.

Também nesse entendimento, Bielsa e Granaadvertissem que,

“a demora processual irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial dos direitos. E, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão.”²²

Dessa maneira, o acesso à justiça, como um direito humano, requer uma atuação sintonizada e firme por parte do Estado, que, através da divisão de poderes invocou para si a tarefa de solucionar as lides, retirando o particular a possibilidade de “fazer justiça com as próprias mãos”, razão pela qual deve prestar o serviço com eficácia e eficiência.

A busca da tutela jurisdicional é desenvolvida exclusivamente pelo Estado, por meio do seu Poder Judiciário. Logo, o Estado, através do Poder Judiciário assumiu para si o monopólio da jurisdição, visando à solução dos litígios e a paz social.

²⁰ Carlos Alberto Menezes Direito, “A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados”, Revista da EMERJ, Vol: 1 num 1 (1998): 14

²¹ Rui Barbosa, Orações aos Moços (Rio de Janeiro: Simões, 1947), 70.

²² José Rogério Cruz e Tucci, Tempo e processo (São Paulo: RT, 1997).

Por se tratar de organização do Estado, tem-se que há estudos desenvolvidos no campo das Ciências Políticas, pois são analisadas as formas de organização social e estatal que existem, destacando-se que quando o assunto é Estado, o mesmo possui função tríplice: Legislativa, Executiva e Judiciária, além de ter como finalidade: o Bem Comum, a Segurança e a Justiça.

Quando se observa a existência da ameaça de um direito, através de uma pretensão resistida, verifica-se que o Poder Judiciário, ao ser provocado, deixa a sua inércia e é obrigado a, efetivamente, prestar a tutela jurisdicional, aplicando o direito ao caso concreto.

Ocorre que apesar da prestação da tutela jurisdicional ser desenvolvida pelo Estado, através do Poder Judiciário, tem-se que a mesma possui características, quanto as custas e despesas jurídicas, de entes privados, ou seja, para se ter acesso a Justiça, o Cidadão tem que efetuar o pagamento das custas e despesas do processo, além da contratação de advogado para lhe defender. Lembrando que tal situação ocorre em todos os graus de jurisdição, sendo que, salvo raras exceções, a capacidade postulatória é ato restritivo do advogado.

E para que se evite o ferimento do direito humano fundamental de acesso à justiça, é preciso que países como Portugal e Brasil, tracem novas estratégias de atuação do poder jurisdicional, para que a crise da morosidade não seja o maior impedimento ao acesso à justiça.

Os Operadores do Direito e os Direitos Humanos

Sob a ótica dos Direitos Humanos, verifica-se que a Corte Suprema do Brasil, STF, adota a teoria defendida por Norberto Bobbio²³ na qual podemos destacar a “vitória” do cidadão sobre o poder estatal, em razão de que sob aspectos políticos, sociais e civis há uma preservação dos direitos humanos individuais, em sobreposição do direito estatal.

No preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos assim se encontra:

“Considerando ser essencial que os direitos do homem sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão”.

Para o professor Alexandre de Moraes:

“Conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito e a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana”²⁴

E quando se faz uma análise mais aprofundada acerca dos direitos humanos e a função do poder judiciário em garanti-los é preciso lembrar que somente através dos Operadores do Direito é possível garantir o acesso ao judiciário e conseqüentemente a garantia dos direitos humanos.

²³ Norberto Bobbio, Dicionário de Política. 7ª ed., (Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995), 353-355.

²⁴ Alexandre Moraes, Direito Constitucional. 27 ed (São Paulo: Atlas, 2011), 37

Podemos destacar algumas profissões tais como advogados públicos e privados, promotores, juízes e serventuários, os quais são essenciais para o funcionamento do Poder Judiciário e conseqüentemente a garantia efetiva de alcance da melhor justiça.

Tais profissões são tão essenciais que algumas delas estão descritas na Constituição Federal Brasileira, das quais destaca-se:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

As atribuições demandam zelo pela aplicabilidade correta da legislação, dentro na nova perspectiva constitucional, garantindo-se a igualdade, a liberdade e o bem-estar, buscando-se a justiça que, conforme anteriormente conceituado, nada mais é que um fim social.

Todavia, visualizando os editais de concursos brasileiros para as referidas carreiras se constata que cada órgão têm uma literatura específica a ser cobrada em prova para os referidos cargos, diferença que se engradece quando se trata da matéria de Direito Penal, ramo do direito que se tem mais divergências quando o assunto são Direitos Humanos.

Por outro lado, constata-se que há uma grande dificuldade na formação de professores na área de direitos humanos. O próprio Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos Brasileiro – PNED reconhece a grande dificuldade que não abrange apenas a formação de professores, mas a decadência da própria conscientização da significância dos direitos humanos para a valorização do que somos. Vejamos:

“Em tempos difíceis e conturbados por inúmeros conflitos, nada mais urgente e necessário que educar em direitos humanos, tarefa indispensável para a defesa, o respeito, a promoção e a valorização desses direitos.²⁵

²⁵ Brasil, Decreto n. 7037 - Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos (Brasília: Senado Federal, 2006).

Nesse diapasão, a educação deve ser compreendida como um projeto humano, não apenas de caráter conteudista ou “fordista”, para possibilitar a construção de seres humanos mais responsáveis, com ética, que possam discorrer sobre os mais determinados temas, dentro da área de conhecimento, dada a multidisciplinariedade do conteúdo.

Deve-se, também, possibilitar a participação da comunidade em geral, de modo que possa haver um intercâmbio de conhecimento entre a academia e a sociedade, deixando o acadêmico como

“um ser da intervenção no mundo [...] e por isso mesmo deve deixar suas marcas de sujeito e não pegadas de puro objeto.”²⁶

O estudante, futuro profissional e agente transformador da sociedade, carece de apoderamento de sua própria autonomia, para que deixe de ser um mero repetidor de discursos e tome o seu lugar no mundo, pelo conhecimento das relações pessoais e interpessoais entre os sujeitos, que, desta maneira, constrói e reconstrói, processualmente, a sua própria autonomia, jamais doada²⁷.

Infelizmente, a ausência dessa educação tem impossibilitado o pensamento humano-filosófico e a reprodução de frases clichês geralmente citadas quando se fala de direitos humanos como “direitos humanos é coisa de bandido” e “direitos humanos para humanos direitos”, esquecendo-se da tortura, do trabalho escravo, da injustiça, das políticas de segurança, da ansia por saúde e educação, direitos pelos quais as referidas carreiras deveriam resguardar, mas que acabam por muitas vezes esquecendo-os, ante a sanha sensacionalista-punitivista.

Conclui-se, portanto, que os Operadores do Direito são essenciais para manutenção e efetivação dos direitos humanos, independentemente do cargo ou profissão ocupados, sendo responsáveis por obter conhecimento técnico e específico acerca dos direitos fundamentais, trabalhando com garra e determinação no sentido de se evitar que os atos de discricionariedade se tornem mais comuns que o usual, haja vista que o que se tem observado é uma degradação e desrespeito dos seres humanos em razão de novas políticas adotadas no dia a dia, árduo trabalho que deve ser iniciado não apenas na graduação na área jurídica, mas para a sociedade em geral desde o ensino médio, ou até mesmo da educação fundamental, pois entendemos que a matéria é tão essencial que deveria ser tratada de forma séria, a partir de conceitos filosóficos e políticos, verificando-se a aplicabilidade da teoria no dia a dia, haja vista que conhecimento é poder, e nada melhor do que seres humanos apoderados dos direitos e, especialmente, da sua qualidade de humanidade.

Referências bibliográficas

Alexy, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Tradução de Ernesto Garzon Valdês. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

Ávila, Humberto. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. Revista Diálogo Jurídico, Ano I, Vol: I (2001).

²⁶ Paulo Freire, **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa (São Paulo: Paz e Terra, 1997), 119

²⁷ Paulo Roberto Padilha, “Educação em Direitos Humanos sob a ótica dos ensinamentos de Paulo Freire” Revista Múltiplas Leituras. Vol: 1 num 2 (2008): 27.

Barroso, Luis Roberto. "Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo". Revista do Estado, Vol: 23 (2010): <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/constituicaodemocracia-e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>. (05.10.2019)

Bastos, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 1999.

Bitencourt Neto, Emilio. O direito ao mínimo para uma existência digna. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2010.

Bobbio, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

Bobbio, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1995.

Brasil. Código Civil Brasileiro. Brasília: Senado Federal. 2002.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte. 10.05.1988.

Brasil. Decreto n. 7037 - Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Senado Federal. 2006.

Cambi, Eduardo, Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT. 2011.

Canotilho, Joaquim José. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina. 1993.

Carbonel, Miguel. El Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. Editorial Trotta: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM. 2010

Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Ada Pelegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros. 2004.

Comparato, Fábio. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva. 2005.

Freire, Paulo. Educação como prática da liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1982.

Freire, Paulo. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra. 1997.

Freire, Paulo. Pedagogia da indignação: cartas pedagógicas e outros escritos. São Paulo: Editora UNESP. 2000.

Freire, Paulo. Pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2015.

Hobbes, Thomas. Leviatã. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

Lembo, Cláudio. A pessoa e seus direitos. São Paulo: Manole. 2007.

Mello, Celso Antônio. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Editora Saraiva. 2003.

- Montesquieu, Charles de Secondat. O Espírito das leis. São Paulo: Martins Fontes. 1996.
- Neves, Marcelo. A Constituição Simbólica. São Paulo: Martins Fontes. 2011.
- Novais, Jorge. Contributo para um estado de direito. Coimbra: Almedina. 2006.
- Nunes, Rizzatto. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva. 2002.
- Padilha, Paulo Roberto. “Educação em Direitos Humanos sob a ótica dos ensinamentos de Paulo Freire”. Revista Múltiplas Leituras. Vol: 1 num 2 (2008).
- Platão. A República. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural. 1997.
- Soares, Ricardo Maurício Freire. Hermenêutica e Interpretação Jurídica. São Paulo: Saraiva. 2010
- Weber, Max. O político e o cientista. Lisboa: Presença. 1982.

REVISTA
INCLUSIONES M.R.
REVISTA DE HUMANIDADES
Y CIENCIAS SOCIALES

CUADERNOS DE SOFÍA
EDITORIAL

Las opiniones, análisis y conclusiones del autor son de su responsabilidad y no necesariamente reflejan el pensamiento de la **Revista Inclusiones**.

La reproducción parcial y/o total de este artículo debe hacerse con permiso de **Revista Inclusiones**.