



Fernando Rabello

CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESAFIO DA MAGISTRATURA CONTEMPORÂNEA NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

CONSIDERATIONS ABOUT THE CHALLENGE OF BASIC HUMAN RIGHTS IMPLEMENTATION BY CONTEMPORARY BENCH

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto

RESUMO

Afirma que o grande desafio do séc. XXI é o de desenvolver estratégias garantidoras da sustentabilidade no âmbito social, econômico, jurídico, ecológico e cultural, a fim de resguardar os direitos de cidadania.

Entende que o desafio do juiz é o de julgar com justiça, valendo-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao balancear os interesses em conflito, observando sempre os fins sociais da lei e as exigências do bem comum na fundamentação de suas decisões.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; direitos – fundamentais, sociais, civis, políticos; magistratura; juiz; atividade judicial.

ABSTRACT

The author states that the 21st century greatest challenge involves the development of strategies that guarantee sustainability within the social, economical, judicial, ecological and cultural scopes, in order to safeguard citizens' rights. She considers that judges' challenge involves ruling with fairness, by using the principles of reasonableness and proportionality in the balancing of conflicting interests, in observance with both the social purposes of law and the demands of common welfare as grounds for their decisions.

KEYWORDS

Constitutional law; rights – basic, social, civil, political; bench; judge; legal office.

1 ABORDAGEM GERAL

Todas as instituições buscam o seu aperfeiçoamento com o tempo. O Poder Judiciário também não poderia ficar imune às mudanças que a sociedade moderna vem exigindo em face da grande dinâmica nas relações humanas.

O Estado democrático de Direito não mais aceita uma postura omissa e passiva do Poder Judiciário. Este deixou de ser um poder distanciado da realidade social, para tornar-se um efetivo participante da construção dos destinos da sociedade e do país, sendo, além disso, responsável pelo bem da coletividade. (TEIXEIRA, 1999).

É na observância estrita da Constituição, assim como na sua função de garante do Estado Constitucional de Direito, que assenta o fundamento da legitimação e da independência do Poder Judiciário.

Trata-se de uma revolução de envergadura. É, em suma, a substituição do Estado Legal pelo Estado de Direitos. A positivação dos direitos já não está, em última instância, nas mãos do legislador, senão nas do juiz, a quem cabe concretizar o significado dos enunciados constitucionais para julgar, a partir deles, a validade ou invalidade da obra do legislador, mediante uma atuação judicial criativa.

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social modificou as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, desenvolvendo uma postura mais ativa, na prestação de serviços públicos, em oposição ao Estado ausente, liberalista. Este fato explica o aumento da competência normativa e da área de autonomia do Poder Executivo, a quem a lei concedeu maior discricionariedade. O uso abusivo de tal ampliação da autonomia daqueles poderes e a ofensa aos direitos fundamentais, no Estado Social, levaram a uma reação do Poder Judiciário contra os abusos dos administradores e dos legisladores. (MORAES, 1999).

As alterações produzidas no exercício da função jurisdicional não só denunciam um crescimento da sua influência social como arrancam os juizes do elenco de figurantes do Estado moderno, atribuindo-lhes um protagonismo a que, relutantes, acabaram por aceder. O Poder Judicial, que advém do liberalismo, justifica-se e legitima-se como um poder neutralizador

de todo o poder. Entretanto, tais juizes têm ou não legitimação democrática?

O debate proposto acerca da legitimidade da atividade jurisdicional é próprio do paradigma do Estado democrático de Direito. No paradigma liberal, o isolamento político-social do Poder Judiciário reduzia a legitimidade de suas decisões a um momento que antecedia a própria atividade jurisdicional. Cabia ao Judiciário aplicar normas já previamente dotadas de uma legitimidade advinda do processo legislativo. Tal legitimidade era transferida diretamente para a decisão judicial pelo seu vínculo à lei. Entretanto, a atividade jurisdicional, como aponta

Baracho Júnior, não está reduzida a uma legitimação derivada, mas tem o seu próprio momento de legitimação, que se identifica no grau de adequação do comportamento judicial aos princípios constitucionais. (BARACHO JÚNIOR, 2000).

A legitimidade dos juizes deve ser orientada pelos princípios e valores que a soberania nacional considera como fundamentais. Sua legitimidade democrática expressa-se nas decisões judiciais, enquanto amparadas nas aspirações da comunidade, plasmadas no ordenamento constitucional e legal. (BARACHO, 1995).

O Estado Constitucional de Direito caracteriza-se por ser direito e limite, direito e garantia. Cabe ao juiz assegurar o seu reconhecimento e a sua eficácia. É na observância estrita da Constituição, assim como na sua função de garante do Estado Constitucional de Direito, que assenta o fundamento da legitimação e da independência do Poder Judiciário. (GOMES, 1997). Com efeito, a essência da legitimação democrática da atividade judicial e de sua independência está na sujeição do juiz à Constituição e no seu papel de "garante" dos direitos fundamentais.

O Judiciário não somente passou a solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, além de implementar o conteúdo promocional do direito contido nas normas constitu-

cionais e nas leis que consagram direitos sociais. (GOMES, 1997).

Neste passo, revela-se de grande importância a constitucionalização dos direitos fundamentais na pauta axiológica da Constituição Federal brasileira de 1988, no sentido de permitir o alcance da implementação de políticas públicas eficazes na concretização dos direitos humanos.

2 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é tecer algumas reflexões sobre os desafios da magistratura na atualidade para a implementação dos direitos fundamentais. Para tanto abordamos a imprescindível tutela dos direitos fundamentais, adentrando na seara dos direitos humanos com o breve exame do conceito atual de cidadania nos seus aspectos civis e políticos e os desdobramentos dos processos de internacionalização dos direitos humanos e da economia, refletindo sobre a indispensável proteção da pessoa na atividade econômica.

Apresentamos o fenômeno da globalização dos mercados e sua decorrência no contexto legislativo e judicial, verificando a insuficiência da técnica legislativa regulamentar e demonstrando a necessidade de superação do individualismo, além da importância da cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, buscou-se responder às seguintes indagações: 1. Como regular os direitos civis e políticos frente à transnacionalização dos mercados? 2. Como é possível a produção legislativa em contextos marcados pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas?

Procuramos, finalmente, delinear os desafios da magistratura contemporânea, destacando dentre eles a necessidade da concretização dos direitos de cidadania, do fortalecimento da cultura de direitos humanos e do debate sobre a própria atuação do juiz na implementação dos direitos fundamentais.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE CIDADANIA – CERNE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os direitos de cidadania foram consagrados como fundamentos do Estado democrático de Direito. Para examinarmos de que maneira os tribunais concretizam

direitos de cidadania impõe-se observar quais desses direitos vêm recebendo da sociedade contemporânea maior ênfase em sua proteção ao longo da história.

As declarações de direitos são disposições acerca das principais liberdades humanas. Tais direitos, enunciados pelas grandes revoluções e, depois, incluídos nos textos das constituições, formam a própria essência dos direitos de personalidade do homem. As declarações de direitos representam um movimento social de defesa das liberdades contra o arbítrio e o poder do antigo regime. Na luta histórica entre a liberdade e o poder, entre o indivíduo e o Estado, as declarações de direitos são instrumentos legais de limitação do poder estatal.

Dentro do plano sociológico e histórico, elas estão presas ao advento da democracia, que se seguiu ao desmoronamento do feudalismo e da monarquia absoluta. As revoluções históricas libertaram o homem diante da opressão secular dos regimes de privilégios e exceções. As declarações de direitos do século XIX consagram sobretudo os direitos privados e políticos. Era uma primeira meta a ser atingida. O mundo ainda não havia amadurecido para as grandes declarações econômicas que surgiriam no século XX.

Para Pietro Virga (1947), o Estado de Direito, em contraposição a outros tipos de Estado, como o absolutista, possui a necessidade de reconhecer ao cidadão os direitos de liberdade, que constituem garantia contra o abuso do poder estatal; esses direitos consubstanciam o primeiro núcleo do Direito Público subjetivo, cuja elaboração teórica segue a doutrina publicística. Considerando o grande movimento político contrário ao sistema absolutista, os direitos fundamentais, na sua primeira elaboração, prendem-se à concepção individualista da liberdade no Estado.

Posteriormente, os direitos fundamentais passam a ter um conteúdo social, mediante a introdução, ao lado dos tradicionais direitos fundamentais individuais, dos denominados "direitos sociais", referentes ao trabalho, assistência e atividade econômica. Surge uma nova interpretação do velho direito fundamental, que passa a atender às novas exigências sociais.

Jorge Miranda (1988, p. 7), numa demonstração de abrangência quanto à universalização e internacionalização dos direitos fundamentais, destaca os conceitos afins e as categorias desses direitos, tais como: direitos fundamentais e direitos do homem; direitos fundamentais e direitos subjetivos públicos; direitos fundamentais e direitos de personalidade; direitos fundamentais e situações funcionais; direitos fundamentais e direitos dos povos; direitos fundamentais e direitos difusos; direitos fundamentais e garantias institucionais; direitos fundamentais e deveres fundamentais; direitos fundamentais individuais e direitos fundamentais institucionais.

Verifica-se que o grau de complexidade a que as sociedades contemporâneas chegaram não mais permite que o Direito seja justificado a partir da autonomia privada, consoante o paradigma do Estado de Direito ou Liberal, nem a partir de uma autonomia pública ao nível do Estado, consoante o Estado Social.

Para José de Oliveira Baracho Júnior (2000, p. 167): *o paradigma liberal foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter público da própria dimensão privada, pela redução que empreende do privado à esfera do egoísmo, da propriedade privada absoluta, e, conseqüentemente, por fazer do*

âmbito formal um fim em si mesmo, uma proteção velada do status quo burguês, uma mera defesa da propriedade privada e dos interesses dos grandes capitalistas, por desconsiderar, assim, as formas de vida concretas, e, em suma, por seu apego incondicional ao indivíduo isolado e egoísta.

Por outro lado, segundo o mencionado autor, o paradigma do Estado Social *demonstrou que a redução do Direito ao Estado retirou o vigor das tentativas de justificação racional do Direito, ao impor a consecução de finalidades materiais a todo custo e, assim, ao menosprezar as suas necessidades de legitimação formal. Este paradigma foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter privado essencial à própria dimensão pública, enquanto locus privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida. É precisamente esse aspecto da dimensão pública que deve agasalhar necessariamente o pluralismo social e político, constituindo-se em condição sine qua non de uma cidadania ativa efetiva, que se reconstrói quotidianamente na ampliação dos Direitos fundamentais à luz da Constituição vista como um processo permanente. Exatamente a redução do público ao estatal conduziu aos excessos perpetrados pelo Estado Social e sua doutrina.*

Nota-se que ambos os aludidos paradigmas são redutores da complexidade da relação entre o público e o privado, e funcionam como os dois lados de uma mesma moeda, precisamente por enxergarem tais esferas sempre em conflito e por eliminarem uma das dimensões em favor da outra. Com efeito, no paradigma do Estado democrático de Direito, surge uma pluralidade de esforços no sentido de resgatar a força integradora do Direito, enfraquecida nos mencionados paradigmas. Destaca com proficiência Baracho Júnior (2000, p.168) que: *tais esforços têm em comum a valorização dos princípios constitucionais, que garantem a autonomia privada, e os que organizam processos decisórios públicos. Ou seja, a visão de que o público e o privado são, na verdade, esferas complementares e essenciais uma à outra para configuração do regime democrático; são esferas equiprimordiais, para empregar o termo cunhado por Habermas. E exatamente aí residiria o engano dos paradigmas anteriores, pois ao sacrificarem a esfera pública em favor da esfera privada ou vice-versa, no afã de garantir a cidadania, eliminavam precisamente o florescimento e consolidação de uma cidadania universal e efetiva.*

As revoluções históricas libertaram o homem diante da opressão secular dos regimes de privilégios e exceções. As declarações de direitos do século XIX consagram sobretudo os direitos privados e políticos.

Desta forma, como decorrência da complexidade que o novo paradigma incorpora, no enfrentamento dos problemas contemporâneos como o da adequada proteção aos direitos individuais e coletivos, do consumidor, tutela do meio ambiente, direito ao acesso à Justiça, devemos ter em mente todos os fundamentos e argumentos relevantes, sejam eles jurídico-positivos, morais, éticos ou pragmáticos, para a concretização dos direitos de cidadania.

As grandes mudanças que surgiram após a revolução industrial do século XIX, bem como a revolução tecnológica deste século foram decisivas na construção das bases de uma sociedade consumista, ascendendo cada vez mais os interesses coletivos e difusos no confronto com os interesses individuais. Reflexo desse quadro, os conflitos ganham nova dimensão, requerendo soluções mais efetivas, um processo mais ágil e um Judiciário mais eficiente, dinâmico e participativo na tutela dos direitos fundamentais do homem. Nesse sentido é a lição de Paulo Bonavides (2000, p. 539-540), ao afirmar que: *os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do Século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de Justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais.*

Acrescenta, ainda, com proficiência, o aludido autor – *Os Direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se.* Os direitos fundamentais desdobram-se em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração. Os direitos de primeira geração constituem-se em direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos.

Os direitos de segunda geração são os denominados “direitos sociais, culturais e econômicos”, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar.

Os direitos fundamentais de terceira geração são decorrentes da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas. Tais direitos permitiram que, em seguida, fosse buscada uma outra dimensão dos direitos fundamentais que se assenta sobre a fraternidade. Portanto, os direitos de terceira geração dizem respeito a: direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito ao meio ambiente, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação.

Os direitos de primeira geração constituem-se em direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos.

Os direitos fundamentais de quarta geração dizem respeito ao direito à democracia, ao direito à informação e ao direito ao pluralismo. Essa nova dimensão de universalidade dos direitos fundamentais coloca-os num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia. É universalidade que não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade.

Paulo Bonavides (2000, p. 526) destaca que: *os direitos da*

primeira e da terceira geração abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos Direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, uma Declaração de compromisso ideológico definido, mas que nem por isso deixou de lograr expansão ilimitada, servindo de ponto de partida valioso para a inserção dos direitos da liberdade – direitos civis e políticos – no constitucionalismo rígido de nosso tempo, com uma amplitude formal de positividade a que nem sempre corresponderam os respectivos conteúdos materiais.

Vale lembrar que, para a nova universalidade dos direitos fundamentais, o ano de 1948 foi tão importante quanto o de 1789 havia sido para a velha universalidade de inspiração liberal. Em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia-Geral das Nações Unidas, mediante a Resolução n. 217 (III), aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, sem dúvida uma declaração pragmática, sendo também uma carta de valores e princípios sobre os quais se têm assentado os direitos de primeira, segunda e terceira geração. Com efeito, com a Declaração de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto culminante no século XX.

Ensina Paulo Bonavides (2000, p. 528) que *a história dos Direitos humanos – Direitos fundamentais de três gerações sucessivas e cumulativas, a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos – é a história mesma da liberdade moderna, da separação e limitação de poderes, da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores cuja identidade jaz primeiro na Sociedade e não nas esferas do poder estatal.* Acrescenta Bonavides que *a Declaração será porém um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas naquele documento de proteção dos Direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.*

Desta forma, verifica-se a importância e a dimensão que os direitos fundamentais têm alcançado ao longo da história e da experiência humana, sendo antes de tudo um reflexo do desenvolvimento das relações sociais, a ponto de tais direitos serem incorporados em textos constitucionais de várias nações, dentre elas – a brasileira.

4 A INDISPENSÁVEL TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CARTA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 assegurou os direitos individuais e coletivos no capítulo I, inserindo-os no título II – *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. No art. 5º, estão destacados os direitos individuais e coletivos, merecendo especial relevo os direitos: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, decorrendo destes todos os demais que estão salvaguardados nos incs. I a LXXVII. Para José Afonso da Silva (1989, p. 171), os direitos fundamentais do homem-indivíduo, *são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.*

A Constituição dá-nos um critério para a classificação dos di-

reitos que ela enuncia no art. 5º, quando assegura a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade. O critério é o do objeto imediato do direito assegurado. Importante destacar que os direitos e garantias individuais receberam uma proteção extraordinária ao vedar ao poder constituinte derivado a introdução de emenda que tenda a suprimi-los. Outra garantia que recebeu idêntico dispositivo foi a da separação dos poderes, demonstrando que sem esta não há liberdade nem direitos humanos que possam estar salvaguardados.

Segundo Paulo Bonavides (2000, p. 589), os direitos e garantias individuais, em nosso ordenamento jurídico, *receberam a mais sólida proteção constitucional vazada na cláusula de rigidez extrema do § 4º do artigo 60, que retira do alcance do legislador constituinte de segundo grau o poder de deliberar acerca de emenda porventura tendente a abolir aqueles direitos e garantias.* Diante dessa exclusão, limitando materialmente a capacidade de deliberação do constituinte secundário, levanta-se uma questão interpretativa de relevante importância, qual seja, saber se os direitos sociais entram ou não naquela esfera de proteção absoluta.

Do ponto de vista hermenêutico, haveria a esse respeito duas respostas. A primeira se infere da especificidade e literalidade do § 4º do art. 60, que parece circunscrever a proteção máxima contida no aludido dispositivo unicamente aos direitos e garantias individuais. A interpretação restritiva (concepção liberal) do mencionado § 4º só é factível, pois, mediante conceitos jurídicos de aplicação rigorosa que estampam a face de um constitucionalismo inconformado com o advento de novos direitos (segunda concepção – social) que penetram a consciência jurídica de nosso tempo e nos impõem outorgar-lhes o mesmo grau de reconhecimento, em termos de aplicabilidade.

As garantias constitucionais formuladas nas duas acepções – liberal e social – já vistas acima completam-se. Com efeito, introduzida e positivada em grau máximo de intangibilidade no § 4º do art. 60, deve-se entender que a rigidez formal de proteção estabelecida em favor dos conteúdos ali introduzidos, nomeadamente os respeitantes às duas

acepções – liberal e social, não abrange apenas o teor material dos direitos da primeira geração, mas estende-se por igual aos direitos sociais.

Os direitos sociais são o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm como indivíduos sociais que vivem em sociedade com outros indivíduos. Entende-se que o reconhecimento dos direitos sociais requer a intervenção direta do Estado, tanto que são denominados também direitos de prestação, exatamente porque exigem, diferentemente dos direitos de liberdade, que o Estado intervenha com providências adequadas.

Os direitos sociais são o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm como indivíduos sociais que vivem em sociedade com outros indivíduos.

Para Norberto Bobbio (2000), os direitos sociais fundamentais são três: direito à instrução, direito ao trabalho e direito à saúde. Os direitos sociais obrigam o Estado, como representante da inteira coletividade, a intervir positivamente na criação de institutos aptos a tornar, de fato, possível o acesso à instrução, o exercício de um trabalho, o cuidado com a própria saúde. Enquanto os direitos individuais se inspiram no valor primário da liberdade, os direitos sociais se inspiram no valor primário da igualdade. São direitos que tendem a corrigir desigualdades que nascem das condições econômicas e sociais.

São compatíveis os direitos individuais e coletivos entre si? Ou são incompatíveis? A orientação de Norberto Bobbio (2000, p. 508), à qual nos filiamos, é no sentido de que *o reconhecimento de alguns Direitos sociais fundamentais seja o pressuposto ou pré-condição para um efetivo exercício dos Direitos de liberdade.*

Em extraordinário ensaio, publicado em 1946, mas escrito nos anos da guerra de libertação, intitulado *L'avvenire dei diritti di libertà*, Piero Calamandrei (1975, p. XXXVIII) escrevia que também os Direitos sociais são Direitos de liberdade, porque *constituem a premissa indispensável para assegurar a todos os cidadãos o gozo efetivo das liberdades políticas.*

Nessa mesma ótica, a Constituição brasileira de 1988 assegurou os direitos sociais no título II, em que estão consi-

gados os arts. 6º a 11. O art. 6º declinou os direitos sociais, quais sejam: a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Os direitos sociais são considerados direitos fundamentais de segunda geração, assim como os direitos coletivos. Tais direitos tiveram, anteriormente, sua juridicidade questionada, sendo remetidos à esfera programática, por não conterem para a sua concretização aquelas garantias processuais dadas aos direitos de liberdade. Entretanto, as atuais constituições, inclusive a Carta brasileira, elaboraram o

preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Logo, estando tais direitos incluídos no título concernente aos direitos e garantias fundamentais, sua aplicabilidade passa a ser imediata.

Lembra, com proficiência, Paulo Bonavides (2000, p. 594) que *a Nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.*

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais formam hoje o pressuposto mais importante da dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da sociedade e do poder. Em razão disso, essa dignidade da pessoa humana foi erigida por fundamento de um novo Estado de Direito, no art. 1º da Carta Constitucional brasileira. Com efeito, sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais *a Sociedade livre, justa e solidária*, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º).

Cabe ressaltar que não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais. No que concerne à liberdade, ambas as modalidades são elementos de um bem maior

já mencionado, sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional: a dignidade da pessoa humana.

É oportuno registrar a necessidade da hermenêutica constitucional a fim de socorrer tais direitos, para fazê-los realmente cumpridos e levados a sério em ordenamentos onde os postulados de Justiça e igualdade ainda não possuem mecanismos suficientes de concretização. Em verdade, para tornar eficazes os direitos sociais, o Estado precisa ministrar duas distintas formas de garantia: *a garantia jurídica e a garantia econômica; a primeira de natureza formal, a segunda de natureza material. Com respeito aos direitos fundamentais, a concepção liberal entendida, dogmaticamente, que bastava a garantia jurídica, não havendo necessidade da garantia econômica, porquanto esta já fora proporcionada pelo sistema mesmo de regulação de bens da sociedade burguesa, que fazia, assim, da abstenção intervencionista um artigo de fé, talvez o cânone mais festejado de seu Estado de Direito.* (BONAVIDES, p. 596)

Saliente-se que os fatores econômicos seriam decisivos para concretizar os direitos sociais. Quanto mais desfalcada de bens ou mais débil a ordem econômica de um país constitucional, mais vulnerável e frágil nele a proteção efetiva dos sobreditos direitos; em outros termos, mais programaticidade e menos juridicidade ostentam.

Enfim, só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado social e democrático de Direito pode iluminar o jurista para a resposta já esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida nos princípios estabelecidos na Constituição (arts. 1º, 3º e 170) e que fazem inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica *direitos e garantias individuais* (art. 60, 4º, IV), a qual não pode servir de argumento à exclusão dos direitos sociais. Desta forma, cabe ao Poder Judiciário dar plena eficácia aos direitos fundamentais, não deixando apenas no papel as garantias constitucionais que foram criadas pelo legislador constituinte.

5 O DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA – INESTIMÁVEL GARANTIA CONSTITUCIONAL

A República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado democrático de Direito e estabeleceu a cidadania como um dos seus fundamentos, além da construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais. Os direitos de cidadania cairiam no vazio caso não houvesse a efetiva previsão constitucional de acesso à Justiça. O acesso à Justiça é fundamental à efetivação dos direitos humanos, tanto na ordem jurídica interna como na internacional.

[...] não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais. No que concerne à liberdade, ambas as modalidades são elementos de um bem maior já mencionado [...] a dignidade da pessoa humana.

O cidadão necessita de instrumentos que possam efetivar seus direitos. Esse acesso efetivo à Justiça, como instrumento de garantia da plenitude da soberania, é um direito social fundamental. Mauro Cappelletti (1988, p. 10-11), ao abordar o tema do direito ao acesso efetivo à Justiça e dos obstáculos a serem trans-

postos, enumera os seguintes: as custas judiciais e a dispendiosa solução formal dos litígios; honorários advocatícios; pequenas causas; tempo; possibilidades das partes e recursos financeiros; aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa; litigantes eventuais e litigantes habituais; problemas especiais dos direitos difusos; as barreiras ao acesso.

Os instrumentos que salvaguardam os direitos humanos adquirem especial importância no Estado Constitucional democrático que deve promover, mediante um sistema de princípios e regras processuais, o aperfeiçoamento da ordem jurídica, com o limite e controle do poder estatal, sendo que esta perspectiva não se contenta com um Estado de direito formalista, que pode aceitar somente o império das leis, em um Estado legalista, que garante as formas de atuação estatal (BARACHO JÚNIOR, 2000).

A Justiça constitucional é considerada como um instrumento extraordinário para a superação do tradicional conflito entre equidade e lei, Direito natural e Direito positivo. Configura um dos pressupostos basilares do Estado moderno, sendo um verdadeiro contrapeso entre o Poder Executivo, cada vez mais hegemônico, e o Poder Legislativo, marcado pela ambiguidade em sua estrutura e funcionamento (BARACHO JÚNIOR, 2000).

A propósito, verificamos que o Estado brasileiro, a partir da Constituição de 1988, procurou dar especial atenção aos direitos individuais e coletivos, mormente por intermédio dos direitos de cidadania, mediante a facilitação do acesso à Justiça, com a tutela do consumidor e do meio ambiente, visando à defesa de uma vida sadia sob o prisma do consumo e do desenvolvimento sustentáveis para a proteção desta e das futuras gerações.

Cabe destacar que o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil (2000, p.19) apresenta os pilares nos quais estão erigidos nosso Estado Democrático, visando *assegurar o exercício dos Direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a Justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...]*.

Vale lembrar que o conceito de cidadão e cidadania vem adquirindo particularidades, que não se esgotam na compreensão de ser cidadão aquele que participa dos negócios da cidade. A participação do cidadão no poder, como característica da democracia, configura-se pela tomada de posição concreta na gestão dos negócios da cidade, isto é, no poder. Essa participação é consagrada por meio de modalidades, procedimentos e técnicas diferentes.

Concepções como a de soberania e de quem a detém; a noção de legitimidade e sobre que bases ela se fundamenta, ou a diferença entre soberania nacional e soberania popular. No constitucionalismo ocidental, o princípio da soberania popular desponta: na Constituição francesa de 1793, a soberania reside no povo (BARACHO, 1995, p. 3).

A consolidação das garantias essenciais e a plena e efetiva aplicação destas completam-se pela tutela jurisdicional. Essas normas promovem o reconhecimento de direitos subjetivos e o interesse legítimo, possibilitando que todo cidadão possa ingressar em juízo, para tutela de seus direitos e interesses. A interpretação procura compreender os direitos e garantias fundamentais, no Estado Constitucional, com reflexões, não apenas

teórico-jurídicas, sobre a efetividade das normas. A exegese constitucional coloca em destaque o problema da força normativa das diretrizes constitucionais, por meio de regras e aplicações que tornam possível assegurar eficazmente a proteção do texto constitucional, a partir do controle das leis, por meio de sentenças interpretativas, que observem os princípios e valores constitucionais. A democracia implica a participação dos cidadãos, não apenas nos negócios públicos, mas na realização de todos os direitos e garantias consagrados na Constituição e nos diversos segmentos do ordenamento jurídico global.

O Direito Constitucional moderno inclui a garantia dos direitos fundamentais, que se efetiva por meio de ações constitucionais típicas, que se concretizam, também, por intermédio das ações, processos e procedimentos, que tornam possível a participação da cidadania, em seus diversos aspectos e consequências. A completa proteção da cidadania depende de práticas institucionais, constitucionais, jurídicas, processuais e políticas, que protegem o ser humano nas mais variadas situações e posições. Analisando os princípios constitucionais e seu caráter decisivo na atuação jurisdicional e na efetivação da cidadania, Baracho (1995, p. 33) sustenta: *O princípio geral constitui a norma jurídica que exprime, de forma sintética, o conteúdo prescritivo de um amplo complexo de regras, cuja vigência prevê a emanação de normas de certa expressividade. O princípio constitucional deve ser examinado ao lado dos princípios supremos da Constituição material. Tem o princípio constitucional certas características que reforçam a aplicabilidade da Constituição. Ao lado de princípios básicos podemos relacionar: o princípio democrático, o princípio pluralístico, o princípio ideológico, o princípio institucional, o princípio da igualdade, o princípio da tutela do trabalho, o princípio da tutela da pessoa e do ambiente, o princípio solidarista e o princípio internacionalista.*

Tais princípios são destacados pelo mencionado autor como imprescindíveis à efetivação da garantia constitucional dos direitos fundamentais. A jurisprudência assenta-se nos valores constitucionais da igualdade e da solidariedade. Esses valores consolidam o exercício dos direitos

individuais e coletivos, da liberdade, da segurança, do desenvolvimento, da igualdade e da Justiça como valores supremos.

O acesso à Justiça passa, desta forma, a ser um direito fundamental protegido pelo Estado Constitucional ao mesmo tempo em que é a garantia da efetividade de todos os demais direitos fundamentais. Afinal, muda a sociedade, a forma de pensar o Estado, surgem novas tecnologias, a globalização econômica passa a ser uma realidade; tudo isso conduz a emergência de novos direitos fundamentais – civis e políticos – que merecem a sua proteção.

6 DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS VERSUS INTERNACIONALIZAÇÃO DA ECONOMIA

Com o surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e com a aprovação e proclamação da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, temos os grandes marcos da internacionalização dos direitos humanos. A partir daquela data consideram-se cidadãos não apenas os detentores dos direitos civis e políticos, mas todos aqueles integrantes do âmbito da soberania de um Estado, do qual recebem uma variedade de direitos e, também, de deveres.

O cidadão necessita de instrumentos que possam efetivar seus direitos. Esse acesso efetivo à Justiça, como instrumento de garantia da plenitude da soberania, é um direito social fundamental.

O processo de internacionalização dos direitos humanos traça uma nova concepção de direitos de cidadania que, outrora, com a Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789, sob o influxo da burguesia do liberalismo econômico, expressavam o conjunto dos direitos individuais e políticos. Antes disso, a proteção aos direitos do homem limitava-se a apenas algumas legislações internas, como a inglesa de 1684, a americana, de 1778 e a francesa, de 1789.

A nova concepção de cidadania buscou afastar-se do conceito de soberania estatal absolutista, que concebia os Estados como únicos sujeitos de Direito Internacional Público, com o escopo de salvaguardar os direitos fundamentais de todos os cidadãos. Nesse contexto, os indivíduos passam a ser sujeitos de

Direito Internacional, que é dotado de mecanismos processuais eficazes para o resguardo desses direitos.

O Direito Internacional dos direitos humanos tem-se consolidado após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), oriundo dos horrores do nazismo, e foi construído a partir de uma normatividade internacional, até então inexistente. A estrutura normativa de proteção internacional aos direitos humanos, além dos instrumentos de proteção global, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, abrange, ainda, os instrumentos de proteção regional, pertencentes aos sistemas europeu, americano, asiático e africano. Os referidos sistemas são complementares, sendo que fica ao alvitre do cidadão que sofreu vulneração de direitos a escolha do aparato que mais o beneficie. O Direito Internacional dos direitos humanos se afirma a cada dia como um novo ramo do direito, dotado de princípios e regras, tendo como objetivo maior a proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito nacional e internacional.

O “direito a ter direitos”, segundo Hannah Arendt (2000), passou a ser a re-

ferência fundamental de todo o processo internacionalizante, e não seria diferente com relação ao processo de transnacionalização dos mercados. A internacionalização da economia é um processo que se acentuou ao longo da segunda metade do século XX, tendo como características marcantes a instantaneidade das informações e da comunicação, a padronização dos meios técnicos e a interconexão das economias de diferentes países. Embora a globalização econômica seja um fator preponderante, responsável pelo desenvolvimento das relações internacionais, por agir sob a égide das forças livres, ela acaba, muitas vezes, comprometendo os recursos naturais e o meio ambiente como um todo.

Quando se falou em globalização econômica pela primeira vez, a ideia foi

colocada como uma panaceia: novas tecnologias e métodos gerenciais promoveriam, por si só, o aumento geral da produtividade, o bem-estar de todos e a redução do abismo social dentro e fora das nações. Entretanto, passados poucos anos, verificou-se situação diversa, com o acúmulo de riqueza nas mãos de poucos e o aumento das desigualdades sociais. Ao lado dessa trágica realidade gerada pela globalização econômica, observou-se também a crescente degradação do meio ambiente e o uso descontrolado dos recursos naturais. Portanto, indispensável se faz que a sociedade recorra à pesquisa científica e tecnológica para auxiliar o almejado desenvolvimento sustentável.

A globalização propicia, em tese, um dinamismo econômico, da qual decorre a aceleração do progresso devido ao intercâmbio de conhecimento e às tecnologias. Entretanto, ainda existem países que se recusam a cumprir protocolos assinados para a preservação do meio ambiente. Nesse contexto, como regular os direitos civis e políticos frente à transnacionalização dos mercados? Na regulação desses direitos é preciso encampar o pensamento de que a proteção dos direitos humanos, sejam civis ou políticos, na atualidade, envolve um exame interdisciplinar, *concita o intérprete a harmonizar fontes nacionais e supranacionais, reformula, em definitivo, o conceito de ordem pública, que se expande para os domínios da atividade econômica privada* (TEPEDINO, 1988, p. 107).

Verificam-se duas tendências contraditórias: *de um lado, o intervencionismo supranacional sobre o direito interno da maior parte dos países europeus e americanos, a implicar rigoroso planejamento e pouquíssimo espaço para a soberania, valendo-se os centros de decisão de práticas notadamente autoritárias, na fixação das metas a serem alcançadas por cada país; e, de outro, um excessivo liberalismo entre as transferências de tecnologia, mão-de-obra e investimentos, com a derrubada das barreiras alfandegárias nas relações internacionais, como forma de formar mercados supranacionais. Daí decorrem diversas conseqüências em termos hermenêuticos, no que tange aos Direitos humanos na atividade econômica privada.* (TEPEDINO, 1988, p. 114).

A completa proteção da cidadania depende de práticas institucionais, constitucionais, jurídicas, processuais e políticas, que protegem o ser humano nas mais variadas situações e posições.

Portanto, há um choque entre as fontes do ordenamento interno e as fontes externas. Gustavo Tepedino (1988) sustenta que esse contraste normativo não pode aniquilar os valores internos que garantem a estabilidade social e o respeito aos princípios constitucionais nacionais. Lembra, ainda, que *prevalece, em todo esse complexo processo, a ótica e a lógica da maximização dos resultados e da minimização dos custos.*

Nesse quadrante, nota-se que os direitos civis, políticos e sociais dos países subdesenvolvidos passam a ser vistos como *custo econômico da produção, no panorama da competição internacional* (TEPEDINO, 1988, p. 115).

Há dois grandes desafios: a implementação de investimentos em fatores que tragam competitividade internacional e investimentos sociais, que garantam o exercício da cidadania e

uma cultura de direitos humanos. Sustenta Gustavo Tepedino (1988, p. 115) que a busca da competitividade *acaba por significar uma importação de produtos já elaborados – a melhores preços de produção – e a exportação dos empregos necessários a produzi-los, já que outros países se encontram mais preparados tecnologicamente para a competição, resultando em ulteriores fatores de desemprego, exclusão social, atentados a valores existenciais, sendo certo que, no caso brasileiro, os modelos anteriormente adotados de protecionismo interno não trouxeram competitividade, senão a consolidação de grandes cartéis e monopólios.*

É imperioso reconhecer a necessidade de se construir um modelo econômico que gere, ao mesmo tempo, riqueza e bem-estar, concomitantemente à promoção da coesão social e da preservação da natureza.

O grande desafio da humanidade no século XXI está em desenvolver estratégias que garantam a sustentabilidade requerida, seja no âmbito social, econômico, jurídico, ecológico e cultural, a fim de resguardar os direitos de cidadania e obter justiça social.

7 AS MUDANÇAS SOCIAIS E ECONÔMICAS, A PRODUÇÃO LEGISLATIVA E O REFLEXO NA ATIVIDADE JUDICIAL

A humanidade tem-se defrontado com diversos problemas típicos da sociedade pós-industrial, dentre eles a dificuldade em compatibilizar o crescimento econômico com a proteção ao meio ambiente. Verifica-se que não há uma divisão equitativa dos benefícios do desenvolvimento tecnológico e econômico-financeiro entre as nações. Na verdade, há uma assustadora concentração de capital nos países desenvolvidos em detrimento dos demais, levando a um desequilíbrio socioeconômico e tecnológico, daí decorrendo a miséria, a pobreza, o subdesenvolvimento, as graves injustiças sociais, a corrupção, as epidemias.

Esses problemas afetam todo o globo, gerando efeitos que se refletem em todas as direções, sendo mais sentidos no âmbito do consumidor e do ambiente, despertando a consciência de que urge implementar um consumo e um desenvolvimento sustentáveis. Nessa trajetória de descompassos econômicos e sociais, os direitos do consumidor e do meio ambiente foram alçados à categoria de novos direitos humanos fundamentais. Desta forma, indaga-se: como é possível a produção legislativa em contextos marcados pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas? A produção legislativa não consegue atender a essas exigências da sociedade contemporânea.

Atualmente, observa-se que, além do controle da constitucionalidade, aos tribunais, em geral, compete a garantia direta contra lesões dos direitos fundamentais, a defesa de interesses difusos e o enfrentamento da obscuridade e ambiguidade dos textos legislativos, por vezes deliberada, em face dos difíceis processos de negociação. O juiz, como agente político (não partidário), é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude. Verifica-se que a politização do juiz deriva do fato de que ele soluciona litígios aplicando normas, que são condutoras de valores e expressões de um poder político. Não existe, assim, norma neutra. Logo, se o juiz é um aplicador de normas, não existe juiz neutro. Em verdade, no marco do Estado Constitucional de

Direito, a atividade política e a atividade judicial estão estreitamente unidas pelo império do Direito.

Um outro aspecto da politização do juiz está no fato de que as constituições modernas contemplam normas de conteúdo poroso, a ser complementado pela *praxis*. E o Poder Legislativo derivado, por sua vez, em muitas situações, não só não se esforça para preencher o vazio, senão prima por seguir a mesma técnica da legislação aberta, indeterminada. Incapaz de solucionar alguns megaconflitos modernos, muitas vezes o legislador acaba atribuindo ao Judiciário a responsabilidade de moldar a norma final aplicável.

O Judiciário não somente passou a solucionar os conflitos intersubjetivos de interesses, segundo o modelo liberal individualista, como também a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de conteúdo social, político e jurídico, além de implementar o conteúdo promocional do Direito contido nas normas constitucionais e nas leis que consagram direitos sociais. De qualquer forma, *essa politização do juiz, que é inegável dentro do Estado Constitucional de Direito, concebido como fonte e limite do direito, não pode, no entanto, chegar ao extremo de lhe permitir a substituição da racionalidade jurídica pela racionalidade política.* [...] (GOMES, 1997, p. 47).

No que tange ao contexto antinômico, percebe-se que o produto legislado não está, também, imune a antinomias, ou seja, duas ou mais normas podem apresentar-se conflitantes. Nesse conflito de normas, a doutrina desenvolveu critérios mediante princípios jurídico-positivos para solucionar as antinomias aparentes. Quanto ao contexto lacunoso, verifica-se que o produto legislado está impregnado dos problemas relativos à incompletude do sistema jurídico, na visão de Uadi Lammêgo Bulos (1997, p. 127).

É importante registrar que não há unanimidade na doutrina quanto à questão de existirem ou não lacunas na ordem constitucional. Cuida-se de questão aberta, jungida à concepção jurídica de sistema. Para Bulos (1997, p. 127), se entendermos o sistema jurídico como sendo aberto, dinâmico, incompleto, abrigando normas, fatos e valores, *não há como considerar o dogma da plenitude hermética da ordem constitucional, do mesmo modo como*

não há uma plenitude da ordem jurídica em geral. Com a devida *venia* ao aludido mestre, filio-me ao pensamento sistemático e ao conceito de sistema na Ciência do Direito, na visão de Claus-Wilhelm Canaris (1996), no que concerne à ordem e à unidade como características do conceito geral de sistema, e, principalmente, à Teoria do Ordenamento Jurídico, de Norberto Bobbio (1999), no sentido de pensar o sistema como uma unidade, com coerência e completude lógicas.

É imperioso reconhecer a necessidade de se construir um modelo econômico que gere, ao mesmo tempo, riqueza e bem-estar, concomitantemente à promoção da coesão social e da preservação da natureza.

O princípio da unidade do sistema do Direito positivo é homólogo ao princípio da unidade no conhecimento jurídico-dogmático. A unidade de um sistema de normas é decorrente de um superior fundamento de validade desse sistema – a Constituição positiva, ou, em nível epistemológico, a Constituição em sentido lógico-jurídico, ou seja, a norma fundamental. A unicidade decorre da possibilidade também gnoseológica (lógico-transcendental) de se poder conceber todo o material jurídico dado como um só sistema. O sistema da Ciência do Direito é dotado de critérios que permitem decidir se uma dada proposição pertence ou não ao sistema, bem como se ela apresenta coerência interna, ou seja, compatibilidade entre os elementos proposicionais integrantes dos subsistemas e, ainda, completude.

A experiência demonstra que há contradições entre as proposições normativas de um mesmo nível, entre leis constitucionais, entre leis ordinárias, entre regulamentos e entre outros atos normativos. Tais contradições são elimináveis pelo princípio extralógico da norma de nível mais elevado sobre a norma de nível inferior, ou pelo critério, também extralógico, da sucessão temporal (norma de mesmo nível revoga norma anteriormente promulgada); da norma geral que admite a contraposição contraditória de uma norma especial, estatuidando para todos os casos compreendidos num conjunto, menos para alguns que se excetuam.

Dentro do sistema jurídico é possível encontrar solução para qualquer

problema, pois, nos casos de aparente incompletude da norma, os princípios do ordenamento jurídico apresentam a resposta para essas antinomias. Ainda que existam vazios normativos dentro do sistema, tais lacunas podem ser preenchidas ou colmatadas mediante a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito e a equidade, com a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. Nota-se que o novo paradigma pós-positivista

se baseia na juridicidade dos princípios, sendo o mais relevante – o princípio da dignidade da pessoa humana.

8 SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO E A CLÁUSULA GERAL DE PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ATIVIDADE ECONÔMICA

Antigamente predominava a visão de que o Direito Civil seria um ramo distanciado do Direito Constitucional. Entretanto, com a dinâmica do mundo moderno, esta concepção tornou-se ultrapassada, sendo imperativa a análise da constitucionalização e da publicização no âmbito civil. Tal mudança justificou-se em virtude da necessidade de acompanhar os novos valores e os novos direitos salvaguardados pela Carta Constitucional brasileira de 1988, sendo fundamental que o operador do Direito interprete e aplique o novo Código Civil à luz da Constituição. A constitucionalização é o processo que submete o Direito positivo aos fundamentos de validade estabelecidos na Constituição e a publicização é o processo de intervenção no setor legislativo infraconstitucional que objetiva reduzir o campo da autonomia privada com o escopo de tutelar a parte mais vulnerável da relação jurídica. A publicização apresenta-se como um fenômeno intervencionista estatal que tem gerado a autonomia de vários ramos novos do direito, dentre eles o Direito do Consumidor.

Verifica-se que o Estado brasileiro, após a Constituição de 1988, deixou de lado o modelo liberal e passou a um paradigma social, consagrando direitos

individuais e coletivos que alcançam várias dimensões da cidadania. O Código Civil brasileiro de 1916 possuía uma ideologia liberal oitocentista, impregnada por um marcante individualismo jurídico. Assim, evidenciou-se o grande abismo entre os princípios e valores do Código Civil de 1916 e os princípios e valores presentes na sociedade pós-industrial, revelando a necessidade de romper com os padrões civilistas e adequá-los aos atuais princípios e regras constitucionais.

A complexidade da vida contemporânea demonstrou a incompatibilidade do Código Civil de 1916 com a ideologia constitucional estabelecida após 1988, não recomendando a continuidade daquele Código, seja pela emergência de novos direitos que passaram a exigir tratamento multidisciplinar e para os quais aquela codificação se mostrou inadequada, seja pelo fato de a patrimonialização das relações ali presentes contrastar com o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado pela Carta Constitucional brasileira de 1988. No novo Código Civil observa-se a presença de valores como: afetividade, essencial valor da família; a função social como conteúdo merecedor de destaque, e não apenas como limite da propriedade, nas suas diversas perspectivas; o princípio da equivalência material das prestações e a defesa do contratante hipossuficiente, no contrato.

Todos esses valores e princípios devem ser considerados pelo aplicador do direito, uma vez que foram convolados a princípios e regras de índole constitucional, devendo nortear a realização do Direito Civil. Com efeito, o novo Direito Civil evoluiu rumo à concretização de todos os direitos fundamentais das pessoas, a fim de construir uma sociedade mais justa e cada vez menos excludente. Assim, o grande desafio da atualidade é a repersonalização efetiva no Direito Civil, ou seja, o reposicionamento da pessoa humana como elemento central, passando o patrimônio a papel secundário. Outro desafio importante está na eficácia privada dos direitos fundamentais. Para tanto, é necessário efetivar concretamente os direitos humanos e de cidadania.

A experiência demonstra que há contradições entre as proposições normativas de um mesmo nível, entre leis constitucionais, entre leis ordinárias, entre regulamentos e entre outros atos normativos.

9 CONCLUSÕES

O grande desafio da humanidade no século XXI, é o de desenvolver estratégias que garantam a sustentabilidade requerida, seja no âmbito social, econômico, jurídico, ecológico e cultural, a fim de resguardar os direitos de cidadania. Nesse contexto, marcado pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas, verifica-se que a produção legislativa não consegue acompanhar tais demandas, a despeito de serem utilizadas técnicas como as cláusulas gerais que conduzem à acolmatização, pelo órgão julgador, dos fatos sociais frente à norma legislada, no sentido da concretização do Direito e da atualização da norma.

O desafio do juiz contemporâneo é o de julgar com justiça, pois ele deve valer-se dos princípios jurídicos, como o da razoabilidade e da proporcionalidade, num balanceamento dos

interesses em conflito, observando sempre os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, na fundamentação de suas decisões. É indispensável que o magistrado tenha prudência, pois ao aplicar a lei em cada caso, ele interpreta o fenômeno jurídico. A interpretação e aplicação possuem um conteúdo eminentemente prático da experiência humana, vez que se espera uma decisão não apenas jurídica, mas também de conteúdo social.

O contínuo crescimento e diversificação das necessidades da sociedade, no que concerne à regulação pelo Poder Legislativo, tornou insustentável o monopólio parlamentar; por conseguinte, a partilha da competência legislativa com o Poder Executivo vai implicar a extensão das competências próprias do órgão de controle da lei – o Poder Judiciário. Portanto, abandona-se a crença na autossuficiência de um processo lógico-dedutivo que reduziria a interpretação a uma exegese do texto, e passa-se a destacar a importância decisiva da *applicatio* pela qual qualquer ato de interpretação constitui um aditamento de sentido.

Em decorrência, o Judiciário enfrenta a articulação de um direito positivo, conjuntural, evasivo, transitório, complexo e contraditório, numa sociedade de conflitos crescentes, envolta na globalização econômica e, por isso, impõe-se a diversificação do Judiciário para atender às necessidades de controle da norma positiva. De outra face, inúmeras críticas têm sido feitas recentemente à atuação do Poder Judiciário no Brasil; contudo, carece esse Poder de melhores instrumentos de trabalho. A legislação nacional, além da técnica deficiente, é hoje de produção igualmente caótica, bem como deficientes são os instrumentos disponíveis ao Judiciário, porque já não se aceita a verdadeira liturgia do processo, o amor desmedido pelos ritos, que quase passaram a ter fim em si mesmos.

O Judiciário, nos tempos atuais, não pode se propor a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, visto que é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude. O juiz deve estar atento às transformações do mundo moderno, porque, ao aplicar o Direito, não pode desconhecer os aspectos sociais, políticos e econômicos dos fatos que lhe são submetidos. Cabe ao juiz exercer a atividade recriadora do Direito pelo processo hermenêutico, bem como adaptar as regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social e, com responsabilidade, deve buscar as soluções justas aos conflitos, sempre com a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

O modelo pós-positivista vigente investe na juridicidade dos princípios ante a insuficiência da concepção jurídica normativista-legal diante da dinâmica da realidade social em contínua mutação e complexidade. Verifica-se que, de um lado, há o direito instituído formalmente e, de outro, a normatividade que emerge das relações sociais, o que leva à necessidade de novas condições sociais e teóricas para orientar a cognição do Direito e a atuação de seus operadores. Percebe-se a emergência de novos movimentos sociais e de novos sujeitos de direito neles constituídos, em decorrência do surgimento de novos conflitos e a ocorrência de um efetivo pluralismo jurídico.

Trata-se de uma crise decorrente do esgotamento dos fundamentos que atinge todas as instituições sociais, não sendo diferente com relação à Ciência do Direito e ao Sistema Judi-

ciário, que não podem mais servir-se do referencial da cultura legalista que os construiu. Esse processo oportuniza, também, a crítica sobre o próprio pensar e o agir dos juízes e assegura condições para o debate aberto sobre o Direito e a Justiça.

Neste contexto, levando em conta esta crítica, há espaço para a reflexão acerca da atuação criativa dos juízes e, também, renovação das instituições para a abertura de novos espaços públicos, privados e condições para o debate e para a construção de consensos, no sentido da plena concretização dos direitos de cidadania e do fortalecimento da cultura de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Version castellana: Ernesto Garzon Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- _____. *Teoría da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- ARENDET, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- _____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Mandarin, 2000.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CALAMANDREI, Piero. L'avvenire dei diritti di libertà. IN: RUFFINI, Francesco. *Diritti di libertà*. 2. ed. Florença: La Nuova Italia, 1946, p.5-16.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- _____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre, 1988.
- CLAPHAM, Andrew. *Human rights in the private sphere*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- FACHIN, Luiz Edson. O direito civil brasileiro contemporâneo e a principiologia axiológica constitucional. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*. 1º Simpósio de Direito Civil-Constitucional do TJDF. Brasília, p. 53-68, 21 a 25 de jun. 2004.
- GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Civitas, 1995.
- LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 3, n. 141, p.100-109, jan./mar, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1988.v.4.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.
- _____. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 6/7, p. 63-77, 1998/1999.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.
- SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do judiciário e a visão dos juízes. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 34-45, 1994.
- SARMENTO, Daniel. A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n.23, p. 272-297, 2003.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz, seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, v. 4, n.7, p. 103-116, jan./jun., 1998.
- _____. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*. 1º Simpósio de Direito Civil-Constitucional do TJDF. Brasília, p. 11-35, 21 a 25 jun. 2004.
- VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controle jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.
- VIRGA, Pietro. *Libertà giuridica e diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1947.

Artigo recebido em 18/3/09.

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto é juíza de direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.