

DIREITOS DE CIDADANIA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto*

Sumário: Introdução. 1. Direitos fundamentais.
1.1. Direitos individuais e coletivos. 1.2.
Direitos sociais. 2. Proteção ao consumidor. 2.
Tutela ao meio ambiente. 3. O acesso à Justiça.
Conclusões. Referências.

Introdução

Os direitos de cidadania foram consagrados como fundamentos do Estado Democrático de Direito. Para examinarmos de que maneira os direitos de cidadania são concretizados impõe-se observar quais desses direitos vêm recebendo da sociedade moderna 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, constituem 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.

* Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino* (UMSA).

Segundo Pinto Ferreira,

Jellinek, na sua obra *A declaração dos direitos do homem e do cidadão*, enuncia a filiação destas declarações à reforma religiosa de Lutero, dando a paternidade delas à Alemanha. Entretanto é mais correto verificar a sua origem na Inglaterra, pois, na verdade, a Magna Carta de 1215, como o seu próprio nome indica, Magna Carta Libertatum, foi a primeira declaração histórica dos direitos, embora bastante incompleta. Mais tarde surgira a “Petição de direitos” de 1629 e a “Lei de habeas corpus” de 1679, esta determinando a proteção contra as prisões arbitrárias e o direito de ser ouvido pelo juiz. Conquanto tais declarações não tivessem o brilho lógico e a sistemática vigorosa das declarações posteriores, enunciam entretanto o sentido dessa revolução histórica, sobretudo a Declaração de 1689, que estabeleceu a liberdade pessoal, a segurança pessoal e a propriedade privada.¹

A revolução norte-americana da independência acelerou esta marcha. A primeira declaração de direitos é a de Virgínia, de 12 de junho de 1776, que se deve a Jefferson. Os outros Estados norte-americanos também assim procederam e só ratificaram a Constituição Federal através da inclusão de dez emendas votadas pelo Congresso Federal em 1789.

Em seguida surgiu a grande “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão” proveniente da Revolução Francesa, em 1789, e que teve uma grande influência no desenvolvimento histórico do mundo. Tais declarações de direitos passaram a ser incluídas no próprio texto das Constituições.

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.

A primeira declaração importante nesse sentido é a “Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado”, redigida por Lenin e proclamada em janeiro de 1918, abolindo a propriedade privada sobre o solo, riquezas minerais e águas, fábricas e bancos, estabelecendo os direitos do trabalhador. Outrossim, proclamou a luta aberta contra o imperialismo das potências capitalistas, a solidariedade de todos os

¹ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 111.

trabalhadores e explorados da terra, a liberdade dos povos espoliados da Ásia e das colônias.²

Depois surgiram novas declarações sociais de direitos na prática das Constituições mais recentes e na avalanche de doutrinas, cabe aqui enunciar a obra construtiva de Roosevelt enunciando as liberdades fundamentais do homem e pedindo ao Congresso norte-americano a adoção de uma segunda declaração de direitos, que seria uma declaração econômica de direitos, como fez na sua mensagem ao Congresso enviada em 1944.

Para Pietro Virga, 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 ou direitos fundamentais, que constituem garantia contra o abuso do poder estatal; esses direitos consubstanciam o primeiro núcleo do direito público subjetivo, a 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, característica da contraposição Estado-indivíduo.³

Posteriormente, os Direitos fundamentais passam a ter um conteúdo social, através da 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.

1 Direitos fundamentais

Os Direitos fundamentais, com maior ou menor extensividade, apresentam classificações que assim os enumeram: direito de locomoção ou de ir e vir; direito à manifestação do pensamento; direito de reunião; direito de associação; direito de culto; direito à atividade profissional; direito à atividade econômica; direito ao matrimônio. Cabe ressaltar que a supramencionada enumeração é tão-somente exemplificativa.

Jorge Miranda, 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

² *Idem*, p. 112.

³ VIRGA, Pietro. *Libertá giuridica e diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1947. p. 143 e s.

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.⁴

Para Norberto Bobbio, os problemas fundamentais do nosso tempo são: o problema dos direitos do homem e o problema da paz, visto que da solução do problema da paz depende a nossa própria sobrevivência, enquanto a solução do problema dos direitos humanos é, a seu ver, o “único sinal certo de progresso civil.”⁵ Considera Bobbio que tais problemas estão interligados citando três documentos de inquestionável autoridade: a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Carta das Nações Unidas e a Conferência de Helsinque .

A Carta das Nações Unidas começa declarando a necessidade de “salvar as futuras gerações do flagelo da guerra que por duas vezes no curso desta geração trouxe inenarráveis aflições à humanidade”, e logo em seguida reafirma “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, e das nações grandes e pequenas”. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) se inicia considerando que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos, iguais e inalienáveis, constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Chega a afirmar que os direitos do homem devem ser salvaguardados por normas jurídicas, “se quisermos evitar que o homem seja obrigado a recorrer em última instância à rebelião contra a tirania e a opressão”.⁶

A conferência sobre segurança e a cooperação na Europa, conhecida pelo nome de Conferência de Helsinque, devido ao local onde se realizou e no qual foi concluída em 1º de agosto de 1975, após ter afirmado no preâmbulo que o objetivo das nações firmatárias é “contribuir para o melhoramento de suas relações recíprocas e para assegurar as condições nas quais seus povos possam gozar de uma paz verdadeira e duradoura, livres de toda ameaça ou atentado à sua segurança”, dedica um de seus “princípios-guias” (o sétimo) ao problema da proteção dos direitos do homem,

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988, Tomo IV, p. 7.

⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 497.

⁶ *Idem*.

asseverando: “Os Estados participantes respeitam os direitos do homem e as liberdades fundamentais, incluindo a liberdade de pensamento, consciência, religião ou credo, para todos sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”, e em seguida insiste: “Eles promovem, estimulam o efetivo exercício das liberdades e dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, e outros, que derivam todos da dignidade inerente à pessoa humana e são essenciais ao seu livre e pleno desenvolvimento.”⁷

Norberto Bobbio, comentando esses três documentos internacionais, afirma que o primeiro associa cronologicamente o fim da Segunda Guerra Mundial à nova fase do desenvolvimento da comunidade internacional, que deve ter início com o fortalecimento da proteção dos direitos do homem, quase dando a entender que a causa, ou ao menos uma das causas do “flagelo” das duas guerras mundiais, foi o desprezo aos direitos do homem. O segundo destaca o reconhecimento dos direitos do homem como requisito para a instauração e manutenção da paz. O terceiro considera o respeito recíproco dos direitos do homem um dos princípios que devem guiar os Estados na sua política de distensão e de paz.

Neste quadro, verifica-se que o grau de complexidade a que as sociedades modernas 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,

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 forma de vida concretas, e, em suma, por seu apego incondicional ao indivíduo isolado e egoísta.⁸

Por outro lado, segundo o referido autor, o paradigma do Estado Social,

⁷ *Idem*, p. 498.

⁸ *Idem*.

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.⁹

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 o aludido autor 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 equíprimordiais, 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. É assim que o aspecto formal, processual, adquire novamente uma relevância superlativa, é claro que não mais entendido como mera garantia da esfera egoísta burguesa, mas como elemento essencial para a configuração discursiva do jogo democrático e da cidadania.¹⁰

⁹ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 167.

¹⁰ *Idem*, p. 168.

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.

Ressalte-se que, para ser considerado Estado Democrático de Direito, é fundamental que o mesmo tenha uma estrutura política concebida sobre a tripartição dos poderes e consagre os direitos e garantias constitucionais. O princípio da separação de poderes, constituiu-se em máxima garantia de preservação da Constituição democrática, liberal e pluralista.

Lembra Paulo Bonavides, a respeito do sólido princípio da separação de poderes, que

inarredável de todas as Constituições e projetos de Constituição já formulados neste País, desde 1823, data de elaboração do célebre Projeto de Antonio Carlos oferecido à Constituição Imperial, ele atravessou o Império e a República, rodeado sempre do respeito e do prestígio que gozam as garantias constitucionais da liberdade. A única exceção veio a ser a Carta de 1937, mas esta em rigor não foi uma Constituição e sim um ato de força de natureza institucional, tanto que afastou, por inteiro, o País de toda a tradição de liberalismo e representatividade do poder. Veja-se que depois do desastre de 1937, nem as Constituições outorgadas pela ditadura de 1964, sem embargo da violência de seu autoritarismo, ousaram tocar naquele princípio.¹¹

Três monumentos constitucionais consagraram, desde os séculos XVIII e XIX, o princípio da separação de poderes, após a célebre teorização de Montesquieu: a Constituição dos Estados Unidos de 1787, nos artigos I, II e III; a da França de 1791, no Título III, artigos 3-5; e a da Bélgica de 1831, no título III, artigos 26-30.

Vale destacar, também, o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, e o artigo 19 da Constituição Francesa, de 4 de novembro de 1848. O artigo 16 da Declaração reza: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada e a separação dos poderes determinada, não tem

¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 508.

Constituição.”¹² Já o aludido artigo 19 da lei francesa maior de 1848 não era menos categórico ao expressar o mesmo pensamento com extrema concisão: “La séparation des pouvoirs est la première condition d’un gouvernement libre”.

A jurisprudência das cortes constitucionais em todos os Países abraçados à ordem jurídica do Estado de Direito tem adotado o princípio como a melhor das garantias tutelares para estabelecer as bases de um sistema de leis, onde o exercício do poder se inspire na legitimidade dos valores que fazem a supremacia do regime representativo em todas as suas modalidades democráticas de concretização.

Para Peter Badura, “no desenvolvimento do Estado moderno e na história das idéias políticas, encontra-se em toda a parte a separação de poderes, sobretudo onde o objetivo é a ordenação e a vinculação do poder estatal, o impedimento ao abuso do poder político e a garantia da liberdade.”¹³ Acrescenta Badura que a divisão de poderes está de tal forma ligada a todos os elementos principais do Estado de Direito e à idéia da Constituição, que ele, como princípio, pode equiparar-se a todas as idéias básicas do constitucionalismo moderno, a saber, as que vinculam o poder do Estado aos postulados fundamentais do Direito.¹⁴

Para Jürgen Habermas, em sua obra “Legitimations probleme im Spätkapitalismus”¹⁵, a separação de poderes é um princípio de organização fundado no “compromisso”, bem como é um requisito legitimatório essencial à equidade de uma relação de forças.

Para Niklas Luhmann, em “Rechtssoziologie”¹⁶, a separação clássica entre legislativo, executivo e judiciário corresponde a uma diferenciação interna do *government* e oferece o modelo para a neutralização política gradual do processo de tomada de decisões.

Temos que o princípio da separação dos poderes é uma garantia extraordinária, alçada à dimensão constitucional, fruto do desejo e intenção constituinte, de controle do poder, através de funções diferenciadas, conjugando princípios por vezes contrapostos. O princípio da separação dos poderes é atual, tendo agregado novos

¹² *Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution.*

¹³ *Apud*, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 511.

¹⁴ *Idem*, *ibidem*.

¹⁵ *Apud*, VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996. p. 142.

¹⁶ *Idem*, p. 143.

valores, demonstrando que permanece como emblema de resistência a poderes autocráticos e a formas de governo usurpadoras de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana.

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 meramente individuais. Reflexo desse quadro, os conflitos ganham nova dimensão, requerendo equacionamentos eficazes, 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, 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.¹⁷

Acrescenta, ainda, o mencionado autor – “Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”.¹⁸ 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, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

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

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 539-540.

¹⁸ *Idem*, p. 545.

princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Os direitos fundamentais de terceira geração são decorrentes da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento. Tais direitos permitiram que em seguida fosse buscada uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos. 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 fundamentais de quarta geração dizem respeito ao direito à democracia, ao direito à informação e ao direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de conveniência. A nova universalidade dos direitos fundamentais coloca-os, desde o princípio, 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 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.¹⁹

¹⁹ *Idem*, p. 526.

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 Assembléia Geral das Nações Unidas, mediante a Resolução n^o 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 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.”²⁰ 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.

1.1 Direitos individuais e coletivos

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 artigo 5^o, 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 incisos I a LXXVII. O referido artigo 5^o arrola os chamados direitos e deveres individuais e coletivos. O dispositivo começa enunciando o direito de igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Apesar de ser uma declaração formal, não

²⁰ *Idem*, p. 528.

deixa de ter sentido especial essa primazia ao direito de igualdade, que, por isso, servirá de orientação ao intérprete, que necessitará ter sempre presente o princípio da igualdade na consideração dos direitos fundamentais assegurados aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.

Para José Afonso da Silva, 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.”²¹

A Constituição nos dá um critério para a classificação dos direitos que ela enuncia no artigo 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.²² Há dificuldades em distinguir, positivamente, os direitos e garantias nesse grupamento, como veremos adiante.

Os direitos que têm por objeto imediato a segurança, p. ex., parecem incluir-se todos no campo das garantias individuais, e como tal serão estudados em outro lugar. Mas é necessário ter em mente que o direito à segurança aí enunciado contém implícito um direito fundamental do indivíduo, que, assim, não aparece nas classes indicadas no *caput* do artigo. Teremos, pois, que tentar afluí-los aqui, já que são de extrema importância para o respeito à personalidade.

Faremos isso, contudo, mantendo a base da classificação constitucional, pois outra seria tão relativa e imperfeita como ela. Levaremos em conta também a circunstância de a Constituição mesma admitir outros direitos e garantias individuais não enumerados, quando, no § 2º, do artigo 5º, declara que os direitos e garantias previstos neste artigo não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição e dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Daí a divisão desses direitos individuais nos seguintes grupos: direitos individuais expressos, direitos individuais implícitos e direitos individuais do regime.

José Afonso da Silva faz uma distinção em três grupos sob esse aspecto:

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 171.

²² *Idem*, p. 173.

- 1º) direitos individuais expressos, aqueles explicitamente enunciados nos incisos no art. 5º;
- 2º) direitos individuais implícitos, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art.5º, II);
- 3º) direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o direito de resistência, entre outros de difícil caracterização a priori²³

Desta forma, podemos classificar os direitos individuais nos grupos seguintes: 1º) direito à vida; 2º) direito à intimidade; 3º) direito de igualdade; 4º) direito de liberdade; 5º) direito de propriedade. Tais categorias incluem os direitos individuais expressos (e implícitos), conforme seu objeto imediato. A rubrica do Capítulo I do Título II anuncia também uma especial categoria dos direitos fundamentais: os direitos coletivos. Segundo José Afonso da Silva, muitos dos

direitos coletivos sobrevivem ao longo do texto constitucional, caracterizados, na maior parte, como direitos sociais, como a liberdade de associação profissional e sindical (arts. 8º e 37, IV), o direito de greve (arts. 9º e 37, VIII), o direito de participação de trabalhadores e empregadores nos colegiados de órgãos públicos (art. 10), a representação de empregado junto aos empregadores (art. 11), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225); ou caracterizado como instituto de democracia direta nos arts. 14, I, II e III, 27, § 4º, 29, XI, e 61, § 2º; ou, ainda, como instituto de fiscalização financeira, no art. 31, § 3º. Apenas as liberdades de reunião e de associação (art. 5º, XVI a XX), o direito de entidades associativas representar seus filiados (art. 5º, XXI) e os direitos de receber informações de interesse coletivo (art. 5º) e de petição (art. 5º, XXXV, “a”) restaram subordinados à rubrica dos direitos coletivos. Alguns deles não são propriamente direitos coletivos, mas direitos individuais de expressão coletiva, como as liberdades de reunião e de associação.²⁴

²³ *Idem*, p. 174.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 174-175.

Os deveres que decorrem dos incisos do artigo 5º têm como destinatários mais o Poder Público e seus agentes em qualquer nível do que os indivíduos em particular. A inviolabilidade dos direitos assegurados impõe deveres a todos, mas especialmente às autoridades e detentores de poder. Alguns exemplos esclarecem o tema: o dever de propiciar ampla defesa aos acusados, o dever de só prender alguém por ordem escrita de autoridade competente, salvo nos casos de transgressões militares e crimes propriamente militares, o dever de comunicar a prisão de alguém e o local onde se encontre ao juiz competente e à família do preso, o dever de informação ao preso, de seus direitos, entre os quais de permanecer calado, assegurada a assistência a família e de advogado, o dever de identificação, ao preso, dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório, o dever de respeitar a integridade física do preso etc. (art. 5º, XLIX, LXII, LXIII e LXIV).

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, 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.”²⁵

Diante dessa exclusão tão peremptória, 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 artigo 60, que parece circunscrever a proteção máxima contida no aludido dispositivo unicamente aos direitos e garantias individuais.

Para que vingue tal interpretação, faz-se necessário confiná-la tão-somente àqueles direitos e garantias da concepção clássica peculiar ao Estado de Direito do movimento liberal. Com esse Estado de Direito, lograram referidas garantias e direitos um grau superior de normatividade ou juridicidade, o mais alto que se conhece, e por

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 589.

isso mesmo o de mais baixa impugnação no âmbito de um direito historicamente tão jovem quanto o direito constitucional. Longe se acha este, porém, de equiparar-se em rigor técnico de aplicabilidade – assim o digam as cláusulas programáticas – , ao velho direito privado da herança romana. Direito, enfim, cujos códigos se impregnaram de uma doutrina individualista assentada no binômio indivíduo e Estado, dois pólos impermeáveis de materialidade antagônica e confrontante, segundo os axiomas do liberalismo e sua filosofia de poder.

A interpretação restritiva do mencionado § 4º só é factível, pois, mediante conceitos jurídicos de aplicação rigorosa que estampam a face de um constitucionalismo desde muito abalado nas suas antigas bases de sustentação e legitimidade; seria, por conseqüência, um constitucionalismo inconformado com o advento de novos direitos que penetram a consciência jurídica de nosso tempo e nos impõem outorgar-lhes o mesmo grau de reconhecimento, em termos de aplicabilidade, já conferido aos que formam o tecido das construções subjetivistas onde se teve sempre por meta estruturar a normatividade constitucional dos direitos e garantias individuais.

As garantias constitucionais formuladas nas duas acepções já vistas completam-se, demandam, sobretudo a primeira, um suplemento, que não chega, todavia, pelo seu conteúdo, a inculcar um raio de autonomia em ordem a legitimar o reconhecimento de uma terceira acepção de garantias constitucionais. Com efeito, introduzida e positivada em grau máximo de intangibilidade no § 4º do artigo 60, deve-se entender que a rigidez formal de proteção estabelecida em favor dos conteúdos ali introduzidos, nomeadamente os respeitantes às duas acepções ora examinadas, não abrange apenas o teor material dos direitos da primeira geração, herdados pelo constitucionalismo contemporâneo, senão que se estende por igual aos direitos da segunda dimensão, a saber, os direitos sociais.

1.2 Direitos sociais

Os direitos sociais são o conjunto das pretensões ou exigências das quais derivam expectativas legítimas que os cidadãos têm, não como indivíduos isolados, uns independentes dos outros, mas como indivíduos sociais que vivem, e não podem deixar de viver, em sociedade com outros indivíduos. Segundo Norberto Bobbio,

o fundamento da forma de governo democrática em oposição às várias formas de governo autocráticas, que dominaram grande parte da história do mundo, é o reconhecimento da “pessoa”. Ora, o homem é ao mesmo tempo “pessoa moral”, em si mesmo considerado, e “pessoal social”(recordemos o celeberrimo “animal político” de Aristóteles), já que vive, desde o nascimento até a morte, em vários círculos, que vão da família à nação, da nação à sociedade universal, através dos quais a sua personalidade se desenvolve, se enriquece e assume aspectos diversos, de acordo com os diferentes círculos nos quais vive.²⁶

Acrescenta que

À pessoa moral referem-se especificamente os direitos de liberdade, à pessoa social, os direitos sociais, que recentemente foram também chamados por Gustavo Zagrebelsky de “direitos de justiça”. É dispensável acrescentar que em meio aos primeiros e aos segundos estão os direitos políticos, vale dizer, aqueles que estão no fundamento da participação direta ou indireta do indivíduo ou dos grupos na tomada de decisões coletivas, na qual consiste a democracia. Pode-se dizer sinteticamente que a democracia tem por fundamento o reconhecimento dos direitos de liberdade e como natural complemento o reconhecimento dos direitos sociais ou de justiça. Devido a essa dupla característica do reconhecimento, e correlata garantia e proteção, de direitos individuais e direitos sociais, as democracias contemporâneas, renascidas depois da catástrofe da Segunda Guerra Mundial, foram denominadas ao mesmo tempo liberais e sociais. Uma vez que os princípios de liberdade eram dados como pressupostos, desenvolvendo-se no Estado Democrático a partir do reconhecimento dos direitos de liberdade para chegar ao reconhecimento dos direitos sociais, falou-se de uma passagem da democracia liberal para a democracia social.²⁷

Entende-se que o reconhecimento desses 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.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 502.

²⁷ *Idem*, p. 505.

O direito ao trabalho é um dos direitos sociais mais característicos; aliás, é o primeiro dos direitos sociais a manifestar-se na história do Estado moderno. Nasceu com a Revolução Industrial e está estreitamente ligado ao desenvolvimento desta. Não basta fundar nem tampouco proclamar tal direito. E não basta nem mesmo protegê-lo. O problema da sua realização não é um problema filosófico nem moral. E não é nem mesmo um problema jurídico. É um problema cuja solução depende do desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia também as constituições mais progressivas e coloca em crise também o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica.

A era dos direitos sociais começou depois da Segunda Guerra Mundial, mesmo que seus primórdios remontem à Constituição da primeira República alemã, chamada Weimar (1919). Nessa constituição, o quarto título está dedicado ao direito à instrução, no qual está previsto o dever do Estado de prover a instrução. Um outro título, o quinto está dedicado à “vida econômica”: no artigo 152 se lê que “o trabalho está sob a proteção do Estado”. Seguem-se vários artigos que desenvolvem esse tema, entre os quais é oportuno destacar o artigo 161, segundo o qual o Estado organiza um sistema de asseguarações “para a conservação da saúde e da capacidade de trabalho, a proteção da maternidade”, e assim por diante. Convém, entretanto, observar que esse artigo é apresentado não tanto sob o título dos direitos dos indivíduos, mas sob o título geral da “política econômica social da sociedade”, diferentemente do que se lê nas constituições contemporâneas, que expressam um verdadeiro e próprio “direito ao trabalho”.²⁸

Para Norberto Bobbio 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, à qual nos filiamos, é no sentido de que “o reconhecimento de alguns

²⁸ *Idem, ibidem.*

direitos sociais fundamentais seja o pressuposto ou pré-condição para um efetivo exercício dos direitos de liberdade.”²⁹

Em extraordinário ensaio, publicado em 1946, mas escrito nos anos da guerra de libertação, intitulado *L'avvenire dei diritti di libertà*, Piero Calamandrei 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.”³⁰

Nessa mesma ótica, a Constituição Brasileira de 1988 assegurou os Direitos Sociais no Título II, onde estão consignados os artigos 6º a 11. O artigo 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 da segunda geração, assim como os direitos coletivos ou de coletividade. 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 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.”³¹

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, 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 artigo 1º da Carta Constitucional brasileira.

²⁹ *Idem*, p. 508.

³⁰ CALAMANDREI, Piero, *L'avvenire dei diritti di libertà*. Introdução à segunda edição de RUFFINI, F. *Diritti di libertà*, Florença: La Nuova Italia, 1946, reimp. 1975. p. XXXVIII.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 594.

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).

Segundo Paulo Bonavides,

Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequados dos direitos e garantias individuais do art. 60. Em outras palavras, pelos seus vínculos principais já expostos – e foram tantos na sua liquidez inatacável –, os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.³²

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. Paulo Bonavides destaca que

uma linha de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica. Urge, por conseguinte, interpretar tais direitos de um modo que se lhe reconheça o mesmo quadro de proteção e garantia aberto pelo constituinte em favor do conteúdo material do parágrafo 4º do art. 60, ao qual eles pertencem pela universalidade mesma da expressão direitos e garantias individuais.³³

Por outro lado,

a deficiência no estabelecer a garantida dos direitos sociais, desaparelhados de instrumentos como o habeas corpus ou o amparo, já tradicionais e enraizados na

³² *Idem, ibidem.*

³³ *Idem, p. 595.*

doutrina, na consciência jurídica, na práxis e na jurisprudência dos tribunais e que na América Latina foram postos à disposição dos direitos individuais de caráter subjetivo do modelo clássico, ou seja, aquele da tradição liberal e jusprivatista, talvez responda em grande parte pelo descoroçoamento numa proteção mais forte dos chamados direitos da segunda dimensão ou geração.³⁴

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 entendia, 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.³⁵

Com efeito, fatores econômicos objetivos e reais 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 e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (arts. 1º, 3º e 170) e que, conforme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica “direitos e garantias individuais” (art. 60, 4º, IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais.

³⁴ *Idem*, p. 596.

³⁵ *Idem*.

Desta forma, cabe ao Poder Judiciário, observando tais aspectos, dar plena eficácia aos direitos fundamentais não deixando apenas no papel as garantias constitucionais que foram criadas pelo legislador constituinte.

2 Proteção ao consumidor

A Organização das Nações Unidas estabelece, dentre os princípios gerais constantes no item 2 da Resolução ONU n° 39/248, de 10 de abril de 1985, que “... cada governo deve determinar suas próprias prioridades para a proteção dos consumidores, e acordo com as circunstâncias econômicas e sociais do país e as necessidades de sua população, verificando os custos e benefícios das medidas propostas”.³⁶

No Brasil, a importância dada à tutela protetiva ao consumidor tem, antes de tudo, uma base constitucional, apresentando-se como um dos direitos e garantias fundamentais insertos no artigo 5º, inciso XXXII, da Carta Cidadã de 1988, que dispõe: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Objetivando assegurar uma vida digna a todos, em consonância com os ditames da justiça social, a defesa do consumidor foi alçada a princípio geral da atividade econômica no artigo 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

Algumas das formas de concretização dessa justiça distributiva estão previstas nos seguintes fundamentos constitucionais: artigo 170, *caput* – a valorização do trabalho; artigo 5º, XXXII e artigo 170, V – defesa do consumidor; artigo 173, § 4º – a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Resta, assim, evidenciada a interrelação entre os Direitos Sociais e Econômicos.

Observando-se, ainda, atentamente os princípios elencados no citado artigo 170, inciso IV – livre concorrência – e do referido inciso V – defesa do consumidor – constata-se uma postura ideológica neo-liberal adotada pela ordem jurídica constitucional, visando conciliar valores liberais com outros valores socializantes, no esforço de assegurar a defesa e o equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos.

³⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Dos direitos básicos do consumidor*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 6. ed., 1999. p. 120.

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre a proteção do consumidor e estabelece os vetores informativos dos direitos e das obrigações para os consumidores e fornecedores – indubitavelmente uma legislação avançada no cenário nacional e internacional.

Os princípios gerais do Código de Proteção e Defesa do Consumidor revelam uma perfeita integração com os valores da dignidade humana e da justiça social consagrados pela Constituição Federal de 1988. Os direitos basilares do consumidor encontram-se consubstanciados no artigo 6º do CDC, que estabelece:

- I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
- III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
- IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;
- V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
- VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
- VII – o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;
- VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
- IX – Vetado – a participação e consulta na formulação das políticas que os afetem diretamente, e a representação de seus interesses por intermédio das entidades públicas ou privadas de defesa do consumidor;
- X – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Examinando tais princípios, verificamos que estes estão coerentes com os parâmetros estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal, quanto a uma ordem econômica voltada para a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, em conformidade com os ditames da justiça social, com o objetivo inequívoco de garantir a todos uma vida digna.

A Constituição Federal não apenas erige a proteção ao consumidor como direito fundamental da pessoa, mas, também, viabiliza a concretização de tal salvaguarda mediante a previsão de impetração de mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX) e ação civil pública pelo Ministério Público (art. 129, III) – como instrumentos para a defesa dos direitos dos consumidores.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor, ao dispor sobre a proteção do consumidor e ao estabelecer os direitos e obrigações para os fornecedores e consumidores, constitui-se num instrumento fundamental na concretização da justiça social, pois visa: coibir os abusos contra a concorrência desleal nas práticas comerciais; racionalizar e melhorar os serviços públicos; e, atender à dinâmica das relações de consumo harmonizando os interesses dos participantes desta relação. É, também, de inigualável utilidade para a sociedade brasileira na realização de uma tutela integral ao consumidor, ao disciplinar todas as facetas da relação de consumo, tanto as que dizem respeito à produção e circulação dos bens e serviços, quanto ao crédito e ao *marketing*.

A necessidade de defesa do consumidor tem exigido do Estado a criação de órgãos que possibilitem a solução das demandas e a prevenção dos litígios consumeristas a exemplo dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, das Promotorias de proteção ao consumidor, das delegacias especializadas na investigação de crimes contra as relações de consumo, da assistência judiciária e das associações de consumidores.

Verifica-se, também, a influência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor na tutela do meio ambiente, a exemplo do artigo 28 da Lei nº 8.078/90 (CDC), que prevê a possibilidade de o juiz desconsiderar a pessoa jurídica quando sua personalidade for, de algum modo, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados a consumidores, da mesma forma, que o artigo 4º da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei dos Crimes Ambientais – Lei da Vida), possibilita, também, a desconsideração da pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Nota-se importante correlação entre a responsabilidade decorrente de dano ambiental e dano ao consumidor, quando um mesmo erro de conduta provoca,

simultaneamente, danos ao consumidor e ao meio ambiente. O “consumo sustentável” é um dos temas fundamentais da modernidade. A ONU, através da Resolução nº 1.995-53, de julho de 1995, o considerou um direito-dever distinguindo-o como o sexto direito universal do consumidor.

No que concerne à tutela de direitos individuais homogêneos por intermédio de ação civil pública, vale observar alguns aspectos. O artigo 117 do CDC introduziu na Lei nº 7.347/85 o artigo 21, que determina a aplicação, no que for cabível, das disposições do Título III do referido Código à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais. O artigo 90 do CDC dispõe sobre a aplicação às ações previstas em seu Título III – Da defesa do consumidor em juízo – das normas do Código de Processo Civil e da Lei 7.347/85, naquilo que não contrariar suas disposições. O artigo 83, da Lei nº 8.078/90, inserido no aludido Título III, determinou que, para a defesa dos direitos e interesses protegidos pela CDC, são admissíveis todas as espécies de ações aptas a propiciar sua efetiva tutela. O artigo 110 do referido diploma legal, acrescentou o inciso IV ao artigo 1º da lei que disciplina a ação civil pública, para determinar que se regem pelas disposições da mencionada lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.”³⁷

Segundo Francisco José Marques Sampaio,

Doutrina e jurisprudência, ao interpretarem os referidos dispositivos, não apresentam posicionamentos uniformes quanto a ter a Lei 8.078/90 ampliado o rol dos interesses que podem ser objeto de ação civil pública, para nele incluir direitos individuais homogêneos de qualquer natureza; ou quanto a ter o mencionado diploma legal operado tal ampliação apenas para acrescentar direitos individuais homogêneos de consumidores. Há os que preferem, ainda, diferenciar a ação civil pública prevista na Lei 7.347/85 das ações coletivas criadas pelo artigo 91 do CDC, para, então, divergirem quanto a limitar-se, ou não, o objeto de tais ações coletivas a direitos individuais homogêneos de consumidores. Em qualquer dos casos, a controvérsia consiste em admitir-se que o artigo 91 combinado com o artigo 117 do CDC gerou a possibilidade de tutela coletiva de quaisquer direitos individuais homogêneos, ou apenas daqueles de que se seja titular na condição de consumidor.³⁸

³⁷ SAMPAIO, Francisco José Marques. *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. p. 63.

³⁸ *Idem*, p. 63-4.

Nesse sentido, assevera Hugo Nigro Mazzilli :

Em rigor de terminologia, o mais adequado seria usar a expressão ação coletiva para o gênero das ações civis propostas por qualquer dos co-legitimados em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (ligados ou não ao consumidor); por sua vez, ação civil pública é somente a ação promovida pelo Ministério Público.³⁹

Para Francisco José Marques Sampaio,

A admitir-se que as ações coletivas previstas no artigo 91 de CDC se prestam à tutela de quaisquer direitos individuais homogêneos, tem-se que seria possível, atualmente, além da propositura de ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente – bem de caráter difuso – a propositura de ação coletiva com vista à reparação não apenas de danos ambientais, mas também dos prejuízos causados a particulares, cuja “origem comum”, a que se refere o inciso III do parágrafo único do artigo 81 do CDC, tenha sido a degradação ambiental. Esse é o entendimento de Édis Milaré. O autor observa que o dano ambiental, como regra, integra a categoria dos direitos difusos, mas que, paralelamente ao dano ambiental difuso, pode ocorrer o dano ambiental individual, o qual, em atingindo uma pluralidade de vítimas, configurará interesse individual homogêneo.⁴⁰

Neste sentido, afirma Antônio Herman Benjamin:

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, com as alterações que introduziu na Lei 7.347/85, existem hoje, no Brasil, para tutela do ambiente e do consumidor, três modalidades básicas de ação civil pública, conforme protejam interesses e direitos: a) difusos; b) coletivos *stricto sensu*; e c) individuais homogêneos.⁴¹

Por outro lado, vale registrar que a Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, previu a tutela coletiva de direitos individuais de origem comum, consagrando, no ordenamento jurídico brasileiro, pela primeira vez, a *class action for damages*.

³⁹ *Apud*, SAMPAIO, Francisco José Marques. *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. p. 64.

⁴⁰ SAMPAIO, Francisco José Marques. *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. p. 64.

⁴¹ *Idem*, p. 67.

Cabe destacar que, por força do CDC, foram empreendidas alterações na Lei nº 7.347/85, bem como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, atribuiu à instituição, em seu artigo 25, inciso IV, alínea a), a função de

promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.⁴²

Assim, nota-se, a importância da legislação do consumidor e, também, sua influência nas leis e disposições ambientais, o que revela que a proteção desses direitos tornou-se um dos pilares de sustentação da cidadania e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito.

3 Tutela ao meio ambiente

A sociedade industrial, surgida no século XIX, estruturou-se sobre a ideologia do liberalismo, tendo como princípio fundante a livre concorrência – a liberdade de empresa, cujos padrões de produção e consumo vêm gerando notável degradação ambiental em decorrência de: aumento de poluição pelas fábricas e veículos automotores; emprego desordenado de substâncias agrotóxicas na produção agrícola; consumismo desmedido; uso irracional dos recursos naturais; acúmulo de lixo não degradável.

Com efeito, a partir da Revolução Industrial houve uma crescente demanda por energia levando a uma intensa exploração de reservas de petróleo e carvão. A queima destes combustíveis aumentou a emissão e concentração de gás carbônico na atmosfera, o que vem gerando diversas alterações climáticas, sendo este o mais grave problema ambiental, pois não afeta apenas os países industrializados, mas todo o globo.

O alucinante progresso econômico do século XX teve como fundamento o uso indiscriminado dos recursos naturais, antes considerados inesgotáveis. Por outro lado, foi a polêmica suscitada pela questão da energia nuclear, nos anos 60, e o aumento inesperado dos preços de petróleo, nos anos 70, que suscitaram os primeiros debates

⁴² *Idem, ibidem.*

sobre a escassez de recursos naturais e levaram à percepção da finitude da biosfera. Esta preocupação ambientalista tornou-se sensível, desde os anos 60, com o aparecimento de um movimento social engajado no enfrentamento da questão nuclear, em vários países europeus e nos Estados Unidos. A sociedade civil e seus movimentos ativistas passaram a volver seu olhar, também, para o problema da degradação do meio ambiente, que já ameaça a continuidade da sobrevivência na Terra.⁴³

A realização da I Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em Estocolmo, de 5 a 16 de junho de 1972, promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU) trouxe o reconhecimento mundial para a importância da discussão e mobilização, visando à preservação ambiental e ao equilíbrio ecológico global.⁴⁴ Neste passo, a humanidade passou a refletir sobre a necessidade da tutela dos recursos ambientais.

No Brasil, a Constituição de 1988 ao declarar, em seu preâmbulo, um Estado democrático de Direito, tendo como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, assume uma postura coerente ao desenvolver a idéia da objetivação da responsabilidade em relação ao dano ambiental, seja nos casos de danos nucleares (art. 21, XXIII, “c”), seja quanto às pessoas jurídicas que, notada e notoriamente, por vezes, têm se revelado as mais degradadoras do meio ambiente. Na conformidade desse princípio maior, a Carta Constitucional destacou o meio ambiente em capítulo próprio (Capítulo VI), integrando-o no Título VIII – da Ordem Social, o qual tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, salvaguardando o direito de ‘todos ao meio ambiente em equilíbrio, garantindo aos indivíduos e à coletividade uma vida sadia, em sintonia com a natureza.

O meio ambiente, por ser bem de uso comum do povo, como previsto no artigo 225 da Constituição Federal é insuscetível de disponibilidade pelo Estado. Portanto, este regramento constitucional estabelece a responsabilidade do Estado em obstar qualquer degradação ambiental que possa ser feita por indivíduos, empresas, ou até mesmo, entidades de direito público. Vale registrar que os princípios fundantes do Direito Ambiental são, de fato, princípios universais de Direito particularizados a este enfoque, ao tempo que vêm evoluindo em dimensão global. São dez os princípios elencados por Paulo Affonso Leme Machado para traduzir a densidade e diversidade de

⁴³ SAMPAIO, Francisco José Marques. *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. p. 1-2.

⁴⁴ *Idem, ibidem*.

perspectivas que o Direito Ambiental ou Ecológico vem assumindo no contexto mundial:

1. O homem tem direito fundamental a condições de vida satisfatórias, em um ambiente saudável, que lhe permita viver com dignidade e bem-estar, em harmonia com a natureza, sendo educado para defender e respeitar esses valores.
2. O homem tem direito ao desenvolvimento sustentável, de tal forma que responda equitativamente às necessidades ambientais e de desenvolvimento das gerações presentes e futuras.
3. Os países têm responsabilidade por ações ou omissões cometidas em seu território, ou sob seu controle, concernentes aos danos potenciais ou efetivos ao meio ambiente de outros países ou de zonas que estejam fora dos limites da jurisdição nacional.
4. Os países têm responsabilidades ambientais comuns, mas diferenciadas, segundo seu desenvolvimento e sua capacidade.
5. Os países devem elaborar uma legislação nacional correspondente à responsabilidade ambiental em todos os seus aspectos.
6. Quando houver perigo de dano grave e irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para adiar-se a adoção de medidas eficazes em função dos custos, para impedir a degradação do meio ambiente (princípio da precaução).
7. O Poder Público e os particulares devem prevenir os danos ambientais, havendo correção, com prioridade, na fonte causadora.
8. Quem polui deve pagar e, assim, as despesas resultantes das medidas de prevenção, de redução da poluição e da luta contra a mesma, devem ser suportadas pelo poluidor.
9. As informações ambientais devem ser transmitidas pelos causadores, ou potenciais causadores de poluição e degradação da natureza, e repassadas pelo Poder Público à coletividade.
10. A participação das pessoas e das organizações não governamentais nos procedimentos de decisões administrativas e nas ações judiciais ambientais deve ser facilitada e encorajada.⁴⁵

Analisando o mencionado rol de princípios verificamos que estes visam a salvaguardar um direito maior – a vida no planeta –, em perfeita harmonia com as

⁴⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 7. ed. 1998. p. 8.

disposições do artigo 225 da Carta Magna que estabelece: “Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” Trata-se de uma proposição ambientalista de caráter ético-humanístico visando à preservação da natureza.

Os desafios econômicos, sociais e ambientais estão interligados e somente com uma consciência ecológica mundial e parcerias globais é possível encontrar caminhos para os problemas que afligem a humanidade. É preciso considerar os valores éticos visando a um consumo e um desenvolvimento sustentáveis. Neste sentido, é imprescindível que as pessoas levem em conta: a) prevenção e controle da poluição e seus efeitos; b) aproveitamento e gerenciamento racional dos recursos naturais; c) a conscientização de que os recursos da biosfera são finitos, devendo ser protegidos para manutenção da vida e diversidade da Terra.

Verifica-se que não há uma divisão igualitária e 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 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 – de terceira geração – com o objetivo de construir uma sociedade mais justa, solidária e fraterna. Se antes a humanidade tinha uma visão apenas utilitarista da natureza e de seus recursos, numa limitada e precária perspectiva, hoje temos a percepção da magnitude das suas dimensões, passando para um necessário humanismo ambiental.

Em 1983, a Assembléia Geral das Nações Unidas requereu à Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento “uma agenda global” objetivando, em apertada síntese: estratégias ambientais a longo prazo visando desenvolvimento sustentável; o aperfeiçoamento das inter-relações entre os países com estágio diferenciado de desenvolvimento; auxiliar na definição de soluções comuns para

resolver os problemas ambientais mediante uma agenda de longo prazo a ser praticada nos próximos decênios aliando objetivos e aspirações da comunidade mundial.⁴⁶

Em 1992, realizou-se no Brasil, no Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), que possibilitou o debate da comunidade internacional sobre a premência da implementação de um desenvolvimento sustentável. Dentre os principais documentos assinados na “Rio 92” destaca-se a Agenda 21. Trata-se de um programa de parceria global envolvendo estados nacionais, agências de desenvolvimento, organismos das Nações Unidas e grupos setoriais atinentes a cada atividade econômica ligada ao meio ambiente, visando ao aumento da produção de alimentos de maneira sustentável, com uma maior segurança alimentar, a fim de propiciar geração de empregos e de renda para reduzir as desigualdades sociais, a pobreza e a fome; bem como o manejo dos recursos da natureza conjugados com a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A Agenda 21, apesar de não ter força vinculativa, por tratar-se tão-somente de uma declaração de intenções, passou a ser instrumento de planejamento racional de ações para diversos países, desenvolvendo um papel extraordinário para a concretização de uma cultura de consumo e desenvolvimentos sustentáveis.

No Brasil, a almejada tutela do meio ambiente, consagrada na Constituição de 1988, foi efetivamente instituída com a promulgação da Lei da Vida – Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 –, sendo que esta lei não é apenas de natureza penal, pois tem prescrições administrativas, o que vem possibilitando, também, maior eficácia na atuação do órgão ambiental federal. Trata-se de uma lei inovadora, visto que além de criar novos tipos penais, possibilitou alcançar e punir as pessoas jurídicas, dando maior eficácia e eficiência às sanções penais e administrativas, com o objetivo de resguardar a tão necessária e urgente tutela ambiental. Neste passo, conclui-se que os princípios do Código de Defesa do Consumidor e do Direito Ambiental estão em perfeita consonância, posto que tais princípios visam à construção de uma sociedade mais justa e equilibrada, em especial, com vistas às gerações futuras, restando a cada um (indivíduos, sociedade civil, empresas públicas, privadas e Estado) ter consciência destes valores e princípios, reconhecendo-os como vetores primordiais para uma existência saudável e em harmonia global.

⁴⁶ *Apud* SAMPAIO, Francisco José Marques. *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*, 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. p. 4.

4 O acesso à Justiça

Vistos alguns dos direitos de cidadania, observa-se que tais direitos cairiam no vazio caso não houvesse a efetiva previsão constitucional de acesso à Justiça.

A República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado democrático de Direito e estabeleceu a cidadania como um dos seus fundamentos, e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como um dos objetivos fundamentais

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no seu artigo 5º, LXXIV, assegura a assistência jurídica integral e gratuita aos que provarem insuficiência de recursos. Tal assistência compreende, segundo Araken de Assis,

a consulta e a orientação extrajudiciais, representação em juízo e gratuidade do respectivo processo; em seguida, a assistência judiciária, ou seja, o serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não-estatais, conveniadas ou não com o Poder Público; e, finalmente, a gratuidade da justiça, a gratuidade de todas as custas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo, objeto da Lei 1.060, de 05.02.1950, sucessivamente alterada.⁴⁷

Sustenta José Alfredo de Oliveira Baracho, que

para o atendimento do acesso à justiça, bem como para a consolidação das garantias processuais, os princípios constitucionais do processo são essenciais: princípio do juiz natural, garantias da independência do juiz, direito à defesa em juízo, devido processo legal, livre acesso ao processo, motivação da sentença, princípio da imparcialidade.⁴⁸

O acesso à Justiça é fundamental à efetivação dos direitos humanos, tanto na ordem jurídica interna como na internacional. O cidadão necessita de instrumentos que possam efetivar seus direitos. As diferenças entre os litigantes, no que tange ao sistema

⁴⁷ ASSIS, Araken de [Coord. José Rogério Cruz e Tucci]. *Garantias constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 10-11.

⁴⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1979. p. 10.

judicial, e a disponibilidade de recursos não podem ser deixados de lado na nova processualística. Para Mauro Cappelletti,

esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar-comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos.⁴⁹

Esse acesso efetivo à Justiça, como instrumento de garantia da plenitude da soberania, é um direito social fundamental. Mauro Cappelletti, ao abordar o tema do direito ao acesso efetivo à Justiça e dos obstáculos a serem transpostos, 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.⁵⁰

Os instrumentos que salvaguardam os direitos humanos adquirem especial importância no Estado Constitucional Democrático que deve promover, através de 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.⁵¹

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 ambigüidade em sua estrutura e funcionamento.⁵²

⁴⁹ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. e rev. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 10-11.

⁵⁰ *Idem, Ibidem*.

⁵¹ BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 154.

⁵² *Idem*, p. 155.

A propósito, verificamos que o Estado brasileiro, a partir da Constituição de 1988, procurou dar uma especial atenção aos direitos individuais e coletivos, mormente através 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 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,(...*omissis*).”⁵³

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. Os homens passaram da situação de sujeitos para a de cidadãos, sendo que, na França, somente em 1830 a palavra “sujeito” desapareceu dos documentos oficiais. O cidadão, no dizer de Philippe Ardant, introduziu com ele a democracia; não há cidadãos sem democracia ou democracia sem cidadãos. O cidadão não aparece de um momento para outro, nos Estados Unidos, em 1776, ou em Paris, em 1789. Em séculos precedentes, em determinadas sociedades, as pessoas adquiriam progressivamente os componentes de certo estatuto, que limitava o posicionamento do poder: os do diálogo, os da participação e, sobretudo, os da proteção contra o arbítrio. Consolidam-se, em certas ocasiões, os processos concretos por meio dos quais o cidadão participa do poder.⁵⁴

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 através de modalidades, procedimentos e técnicas diferentes. Concepções como a de soberania e quem a detém; a noção de legitimidade e sobre que bases fundamenta-se esta 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.⁵⁵ A

⁵³ BRASIL. *Constituição 1988*. Brasília: Senado Federal, 2000. p. 19.

⁵⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 1.

⁵⁵ *Idem*, p. 3.

consolidação das garantias essenciais e a plena e efetiva aplicação das mesmas 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, através 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 conseqüências. 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 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 emanção 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.⁵⁶

⁵⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 33.

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.

Conclusões

A história está a indicar que, de fato, se os dois últimos séculos foram marcados pela atuação do Legislativo e do Executivo, o século XXI será o tempo do Judiciário. Melhor dizendo, no século XXI, o cidadão será o pólo de todas as atenções devendo ser valorizado, fortalecido em sua dignidade mediante a garantia de seu livre acesso à Justiça, com a conseqüente possibilidade de concretização de todos os seus direitos.

Há muito percebeu-se que nada vale o estabelecimento de direitos e garantias nas constituições, se não há, não só formalmente, mas também materialmente, efetivo acesso à Justiça.

Vale recordar que nos Estados liberais burgueses, nos séculos XVII a XIX, prevalecia a filosofia individualista dos direitos. O Estado não podia e nem devia intervir; era reflexo da política dominante do *laissez faire*. Com a transformação social, emergente a sociedade de massa a partir da Revolução Industrial, passou o coletivo a prevalecer sobre o individual, mudou-se radicalmente de postura quanto ao tema.

A garantia efetiva de acesso à Justiça passou a ser considerada, como ainda hoje, requisito fundamental dos direitos do homem, sendo assim tratado o problema, inclusive em sede constitucional. Constatou-se a necessidade de garantia de acesso à Justiça, como direito social básico. Buscando-se soluções para o problema, investiu-se na questão da assistência judiciária para os mais necessitados possibilitando-lhes a utilização daquele benefício.

O acesso à Justiça constitui garantia constitucional, somente cristalizada quando disponível a todos os cidadãos. A consecução desse objetivo encontra inúmeros obstáculos, dentre os quais a longa tramitação processual, as despesas com as custas e honorários advocatícios, acrescidos das dificuldades próprias da Justiça como o desaparecimento material e humano, distanciando o cidadão de menor poder aquisitivo da tutela do Estado.

Por conseguinte, a sociedade vem reclamando uma postura cada vez mais ativa do Judiciário, não podendo este ficar distanciado dos debates sociais, devendo assumir seu papel de partícipe no processo evolutivo das nações, eis que é também responsável pelo bem comum, notadamente em temas como a dignidade da pessoa humana, a redução das desigualdades sociais e a defesa dos direitos de cidadania.

É de se observar que inúmeras críticas têm sido feitas recentemente à atuação do Poder Judiciário no Brasil. Contudo, carece o Judiciário de melhores instrumentos de trabalho. A legislação nacional, além da técnica deficiente, é hoje de produção verdadeiramente caótica. 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, numa inversão de valores.

É certo que a entrega da prestação jurisdicional não pode deixar de transitar por um processo, previamente regrado, no qual os interessados possam ser ouvidos. Trata-se de elemento essencial para a legitimação da atividade do juiz. Mas, este processo deve ser caminho de realização da Justiça desejada pelos cidadãos, não estorvo incompreensível e inaceitável.

Na Constituição cidadã de 1988, o Poder Judiciário passou a ter uma participação ativa no processo democrático, especialmente com a sua presença mais efetiva na solução dos conflitos e ao ampliar a sua atuação com novas vias processuais, demonstrando preocupação voltada prioritariamente para a cidadania, através de instrumentos jurídicos, normas, preceitos e princípios que sinalizam a vontade popular de ter uma Justiça célere e distributiva.

Estamos passando por uma revolução na forma de fazer justiça, caminhando, com a reengenharia do processo, para uma modificação estrutural e funcional do Judiciário em si. Procura-se remodelar o seu perfil no sentido de adequá-lo ao da Justiça que se espera na nova era pós-industrial, que vem sendo constituída principalmente nas três últimas décadas, na qual a informática transforma o conhecimento no instrumento de satisfação das necessidades da sociedade e é

ferramenta de trabalho hábil para encurtar o tempo e a distância. Esses fatores, em uma sociedade que anda à velocidade da luz e em constante competição globalizada, assumem destaque como a espinha dorsal da qualidade de todo e qualquer serviço. A Justiça, como serviço e instrumento de pacificação social, precisa comungar das idéias que estão modificando a civilização, sob pena de perder-se no tempo e no espaço.

A necessidade de adaptar o Poder Judiciário às múltiplas demandas do mundo moderno, a premência de torná-lo mais eficiente, de definir suas reais funções, sua exata dimensão dentro do Estado Constitucional e Democrático de Direito, a incessante busca de um modelo de Judiciário que cumpra seus variados papéis de modo a atender às expectativas dos seus usuários, tudo isso tem contribuído para que a tão esperada reforma do Judiciário ganhe efetiva prioridade.

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. Deve concretizar o significado dos enunciados constitucionais para julgar, a partir deles, a validade ou invalidade da obra do legislador. Para tanto, urge que o juiz investigue a constitucionalidade da lei. Já não tem sentido a sua aplicação automática e asséptica. Não existe lei que não envolva valores.

O juiz deve questionar o seu significado, bem como sua coerência com as normas e princípios básicos da Lei Magna. O Estado Constitucional de Direito permite o confronto direto entre a sentença e a Constituição. 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.

Dentro do sistema jurídico-constitucional vigente, deve a Magistratura desempenhar as seguintes funções básicas: solução de litígios, controle da constitucionalidade das leis, tutela dos direitos fundamentais e garante da preservação e desenvolvimento do Estado Constitucional e Democrático de Direito contemplado na Constituição de 1988. Mas para que cumpra suas funções a Magistratura deve ser independente e responsável.

O Poder Judiciário brasileiro depara-se, nos últimos tempos, com o desafio da concretização dos direitos de cidadania. Para tamanho desafio, não há fórmula pronta. É preciso estar sempre disposto para essa luta. É importante não esmorecer ante a adversidade do volume de serviço crescente, mas recusar-se a entregar uma jurisdição de papel, alienada, sem a necessária e profunda reflexão sobre os valores em litígio, em que as partes sejam vistas somente como números.

É preciso que os juízes tenham o propósito de realizar uma jurisdição que proporcione pacificação social. É preciso reconhecer que a maior parte dos brasileiros ainda não tem acesso à Justiça e que é preciso reverter esse débito de cidadania. Para tanto, mais do que tudo, é preciso ter coragem e sensibilidade para não fugir da dor alheia, com o covarde analgésico do distanciamento moral dos casos em julgamento. Se a insensibilidade nos protege da dor, por outro lado ela é a morte completa e definitiva da consciência.

O juiz contemporâneo, seja porque só está vinculado à lei constitucionalmente válida, seja porque enfrenta frequentemente conceitos jurídicos indeterminados, principalmente quando deve solucionar conflitos modernos relacionados com relações de consumo, com o meio ambiente, interesses difusos etc., é integrante do centro de produção normativa, logo, é um juiz politizado (o que não se confunde com politização partidária).

O Juiz, no nosso sistema judicial, sem extrapolar o marco jurídico-constitucional, pode e deve desempenhar sua tarefa de dirimir litígios de modo socialmente mais justo cumprindo papel inteiramente distinto do juiz legalista-positivista, criado pela Revolução Francesa para ser *la bouche de la loi*.

A prestação jurisdicional deve ser exercida como instrumento de pacificação social e afirmação da cidadania, o que é facilmente verificado quando da ocorrência de sua aplicação célere e justa, consubstanciando-se, dessa forma, como um poderoso instrumento a serviço da população. Como se observa, esta sim, é a razão primordial da existência do Poder Judiciário.

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. Por outro lado, longe de se pretender um “governo de juízes”, deve a Justiça, observando, os princípios e regras constitucionais e legais, caminhar rente a sociedade, pois a vida cotidiana é verdadeira escola da cidadania. Não existe o cidadão pronto e acabado. O que existe é a cidadania em construção.

Referências

- ASSIS, Araken de [Coord. José Rogério Cruz e Tucci]. *Garantias constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1979.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. *Constituição 1988*. Brasília: Senado Federal, 2000.
- CALAMANDREI, Piero, *L'avvenire dei diritti di libertà*. Introdução à segunda edição de RUFFINI, F. *Diritti di libertà*, Florença: La Nuova Italia, 1946, reimp. 1975.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. e rev. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Dos direitos básicos do consumidor*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 6. ed., 1999.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 7. ed. 1998.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, Tomo IV, 1988.
- SAMPAIO, Francisco José Marques. *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do poder público*. Lisboa: Cosmos, 1996.
- VIRGA, Pietro. *Libertá giuridica e diritti fondamentali*. Milano: Giuffrè, 1947.