

Direito Contratual na Saúde Complementar sob a Perspectiva da Jurisprudência

Margaret de Olivaes Valle dos Santos ¹

Grande parte das teorias, elaboradas durante séculos, que se dedicaram à análise da formação de um Estado Liberal e Democrático, inspira-se na ideia fundamental de estabelecer limites ao poder do Estado, que, entendido como forma suprema de organização de uma comunidade humana, tem a tendência de se considerar um poder absoluto, sem limites, não reconhecendo, acima de si mesmo, qualquer poder.

O Estado Liberal, que teve como seus movimentos mais importantes as revoluções inglesas do século XVII e a Revolução Francesa, surgiu como reação ao Estado Absoluto. A preocupação dos constitucionalistas – nome que se deu ao conjunto de movimentos que lutava contra o Poder Estatal – era justamente limitar o poder do soberano, o poder do Estado, protegendo os cidadãos contra o abuso do poder.

Diante das alternativas entre liberdade sem segurança ou segurança sem liberdade, os teóricos do Direito Natural se esforçaram para conseguir uma solução de consenso, que permitisse a convivência do Estado Natural com o Estado Civil ².

As declarações de direitos do homem nasceram, nesse contexto his-

1 Juíza de Direito da 6ª Vara de Fazenda Pública - Capital.

2 “Por que os homens são todos livres por natureza, iguais e independentes, ninguém pode ser tirado dessa condição e sujeitado ao poder político de um outro sem o próprio consenso. O único modo pelo qual uma pessoa se despe de sua liberdade natural e se investe dos vínculos da sociedade civil consiste no acordo com outros homens para juntar-se e unir-se numa comunidade, para viver em união com comodidade, segurança e paz, na posse segura das próprias propriedades e com uma garantia maior contra quem não pertence à mesma.” (Locke, John. “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, *apud* BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 3ª ed. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 62)

tórico e cultural, baseadas nas teorias filosóficas jusnaturalistas, segundo as quais o homem era detentor de direitos inatos e naturais, os quais não lhe poderiam ser retirados, nem alienados pelo Estado. Os direitos humanos eram considerados valores absolutos, universais, inerentes a todas as pessoas, imutáveis, invioláveis, intransferíveis e imprescritíveis.

As primeiras declarações de direitos do século XIX tinham cunho meramente individualista, e, via de consequência, era também dessa maneira que se entendiam os direitos fundamentais.

Para o Estado Liberal, também chamado Estado Protetor, o importante não era promover o bem-estar geral, mas garantir que o indivíduo, o nacional, com a proteção estatal, atingisse seu próprio bem-estar, por sua própria capacidade e por seus próprios meios. O papel do Estado era remover todos os obstáculos à liberdade individual do cidadão.

A teoria democrática, considerando que o Estado é a expressão da vontade geral, e que todos os cidadãos são titulares do poder, volta-se para a ideia original de que o Estado, como expressão global dos interesses de todos os cidadãos, é sempre justo e infalível.

Segundo Norberto Bobbio, a teoria democrática extrema coincide, no que diz respeito à obediência do cidadão à Lei, com a teoria extrema do absolutismo. O que as diferencia é a natureza da fonte da qual provém a ordem, que, no Estado Absoluto, é heterônoma, parte do soberano, e no Estado Democrático, é autônoma, advém da vontade geral do povo.

Como se vê, no curso do processo histórico dialético, tendo como ponto de partida o individualismo clássico e considerando o crescimento, no Estado contemporâneo, do intervencionismo estatal, os direitos do homem deixaram de ser encarados como direitos puramente individuais, e passaram a sê-lo como direitos sociais e econômicos, com objetivos voltados à Justiça Social.

Os direitos humanos, segundo uma visão conservadora, teriam valor apenas moral, e seriam equivalentes aos direitos subjetivos.

Entretanto, mais que direitos subjetivos, os direitos humanos, considerados direitos fundamentais, são hoje princípios que informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, sendo concretizados, no âm-

bito do direito positivo, em prerrogativas e garantias para uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas, estabelecidas, de forma expressa, nas Constituições dos Estados Contemporâneos.

Os direitos fundamentais do homem, como substrato dos objetivos e princípios que informam o Estado de Direito, nada mais são do que direitos humanos positivados em normas constitucionais expressas, formando um “sistema objetivo de valores”³, que, segundo Fábio Konder Comparato, constitui a base ética da sociedade.

O reconhecimento dos direitos fundamentais, portanto, implica atribuir aos cidadãos não só as liberdades ditas negativas, como eram entendidas no Estado Liberal, e que corresponderiam a um não agir do Estado, mas também poderes, que exigem, para a sua concretização, uma ação positiva do Estado na garantia de seu exercício.

Tem o Estado o poder/dever de intervir na proteção dos direitos fundamentais, uma vez que os mesmos só podem ser exercidos se forem impostos a todos, inclusive ao próprio Estado⁴.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil explicita os princípios e os valores que informam o Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais. O Estado Democrático Brasileiro, inaugurado com a Constituição de 1988, tem como valores supremos: a liberdade, a segurança, o bem-estar, o

3 A expressão “Objektive Wertordnung” foi cunhada pela Corte Constitucional Alemã e citada por Comparato (COMPARATO, Fábio Konder. “Comentários ao Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos”. *In: 50 Anos da Declaração de Direitos Humanos - Conquistas e Desafios*. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Comissão de Direitos Humanos, 1998, p. 30)

4 “Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além de direitos individuais [...], direitos sociais [...] antinômicos, no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos.” (Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª edição. Rio Janeiro: Campus, 1992, p. 21)

desenvolvimento, a igualdade e a justiça. A justiça, segundo o Preâmbulo de nossa Constituição, deve ser entendida como a concretização do justo, do razoável e do proporcional, estendendo-se ao atuar do legislador, do intérprete e do aplicador das Leis a obrigatoriedade de respeito a este valor.

O Estado Brasileiro, que se autointitula Democrático de Direito, deixou, assim, de ser formal, neutro, individualista, para transformar-se em Estado Material de Direito, verdadeiro Estado Social de Direito, adotando uma dogmática que pretende realizar a Justiça Social, estabelecendo direitos públicos subjetivos, entre eles, o direito à saúde.

Como já se asseverou “o Estado de Direito é o Estado do cidadão”⁵, o Estado Brasileiro passa a ser regido por princípios fundamentais, explícitos e implícitos no texto da nossa Carta Política, que passam a informar todo o ordenamento jurídico, considerado como um sistema, coerente, harmônico e que pretende ser completo.

Ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais, que atrai o conteúdo de todos os direitos elencados no seu artigo 5º, entre eles o direito à vida, à integridade física, que têm como corolário natural o direito saúde, à evidência, passa esse princípio a nortear também a ordem econômica, social e educacional do Estado, que tem como principais objetivos a busca de uma existência digna, o desenvolvimento da pessoa humana, o preparo para o exercício da cidadania, e a justiça social (artigos 170, 193 e 205 da Constituição Federal).

Apesar de serem as pessoas responsáveis por conferir ou não dignidade às suas vidas, é tarefa do Estado criar condições para que as pessoas se tornem dignas, na medida em que assegura a todos o exercício pleno dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição e amplia as possibilidades existenciais para o exercício da liberdade.

O artigo 3º da Constituição da República traça, como objetivos do Estado Brasileiro – que, como já se asseverou, é Democrático de Direito

⁵ “No Estado Despótico, os indivíduos singulares só têm deveres, e não direitos. No Estado Absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de Direito, o indivíduo, tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de Direito é o estado dos cidadãos.” (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. *Op. cit.*, p. 61)

–, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos sem qualquer tipo de discriminação. Tais objetivos formam uma base de prestações positivas a serem implementadas pelo Estado para a concretização do sistema democrático, efetivando, na prática, o princípio da dignidade humana.

Com efeito, o Estado de Direito é o Estado do cidadão, que detém, em face do Estado, direitos privados e públicos. Exige-se, para a sua efetivação, ao contrário do que supunham os teóricos do Estado Liberal, uma ampliação dos poderes estatais. Deve o poder estatal ser exercido a serviço do ser humano, para que este possa viver, em sociedade, em condições compatíveis com a sua dignidade fundamental⁶.

É esse o principal problema dos países em desenvolvimento, cujas condições econômicas não lhes permitem proteger a maioria dos direitos sociais, vivendo grande parte de sua população em condições de extrema pobreza, sem usufruir dos direitos fundamentais de moradia, alimentação, emprego e saúde.

Some-se a isso os altos índices de miséria e exclusão social por conta da pouca distribuição de renda e baixa escolaridade e a ineficiência do sistema público de saúde – SUS – por conta, inclusive, da corrupção.

Não consegue o Estado, nesses países periféricos como o Brasil, proteger, a rigor, a dignidade de seu cidadão, e assim sendo, como ocorre no caso do direito à saúde, que é reconhecido como direito de todos e dever do Estado e deveria ser prestado por um sistema público de saúde eficiente e de qualidade.

Ademais, no caso Brasileiro, embora o Estado Brasileiro tenha cunho eminentemente social, o projeto econômico é evidentemente neoliberal globalizado, razão porque, diante da falência do Estado em dar efetividade aos direitos sociais estabelecidos no texto constitucional, esta tarefa é transferida ao setor privado, mediante o modelo chamado de saúde

⁶ “[...] la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidade de la persona frente ao Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedade en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial.” (NIKKEN, Pedro. **Instrumentos Internacionales y Teoría – Derechos Humanos**. *Op. cit.*)

suplementar, assumindo o Estado mero papel regulamentador, razão por que as relações entre os consumidores e agentes privados que administram os planos de saúde complementar são geralmente conflituosas e de difícil solução.

Diante da possibilidade de acesso à justiça implementado pela concretização dos Juizados Especiais no nosso ordenamento, cujo tema principal é indiscutivelmente os contratos de consumo, que envolvem predominantemente empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, discussão que extrapola o âmbito daqueles juizados e envolve empresas e autarquias públicas e os próprios entes públicos, e até direitos difusos e coletivos dos consumidores em geral, o papel do Poder Judiciário, de interpretação dos princípios constitucionais na solução dos casos concretos, se faz cada vez mais presente, evidenciando a expansão do direito judiciário ou jurisprudencial, ou no que se convencionou chamar no poder criativo dos juízes.

Nesse contexto, sobleva a judicilização das demandas que envolvem a efetivação do direito fundamental à saúde, inclusive, em relação a contratos privados de saúde suplementar, a atestar que cada vez mais o cidadão, diante da omissão do poder político em cumprir suas obrigações constitucionais, busca soluções judiciais para dar efetividade aos direitos sociais estabelecidos no texto constitucional.

A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA INTERPRETAÇÃO E EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Como se asseverou acima, os princípios formam uma categoria especial de normas jurídicas, que se distinguem das demais por sua maior amplitude de campo de incidência, maior força jurídica e permanência em vigor em caso de conflito normativo. Os princípios fundamentais têm a função de dar unidade ao sistema jurídico, não só direcionando a interpretação e a aplicação de suas normas, mas também gerando novas regras em

caso de lacunas. São, assim, os princípios, normas, e não apenas meras diretrizes programáticas ou ideais ético-políticos, constituindo um “sistema objetivo de valores”⁷ e formando a base ética da sociedade.

Para que se cumpram a Constituição e seus princípios fundamentais, entre eles o respeito à dignidade humana, é necessário que o paradigma normativista do Estado Liberal individualista seja superado, passando-se entender “a Constituição como um espaço de mediação eticopolítica da sociedade”⁸, com a aplicação direta dos princípios ali estabelecidos, procedendo-se a uma “constitucionalização” do direito infraconstitucional. O Estado Democrático de Direito exige uma “nova postura hermenêutica, que envolve ‘dar-se conta’ do (novo) papel do Direito no Estado Democrático de Direito”⁹.

Na medida em que a Constituição põe à disposição de todos os operadores do Direito mecanismos para a implantação das políticas do Estado Social, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade humana, resta claro que o centro das decisões, antes colocado no Legislativo e no Executivo, foi deslocado para o Judiciário.

A função do juiz na sociedade contemporânea é muito mais difícil e complexa do que sugeriam as doutrinas tradicionais, para as quais as decisões judiciais que correspondiam, em regra, à mera aplicação ao caso concreto da norma legal preestabelecida.

Hoje toda decisão judicial decorre necessariamente da interpretação de princípios e valores constitucionais e envolve escolhas discricionárias, que implicam necessariamente na valoração e no balanceamento dos valores envolvidos no conflito posto em juízo, resultando do que se costuma chamar de criatividade judicial.

7 Comparato, Fábio Konder. **Comentários ao Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos**. *Op. cit.*, p. 30.

8 Streck, Lenio Luiz. “As Constituições Sociais e a Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamental”. *In*: Camargo, Margarida Maria Lacombe (Org). **1988-1998: Uma Década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326.

9 *Ibid.*, p. 328.

O processo de criatividade judicial na busca da decisão justa implica no reconhecimento de que conflitos, que algumas vezes sequer foram objeto de apreciação do legislador, devem ser resolvidos diretamente à luz dos princípios e valores constitucionais mediante processo interpretativo judicial que envolve sempre discricionariedade, mas não significa liberdade total, uma vez que o intérprete juiz é vinculado ao ordenamento e aos próprios precedentes judiciais¹⁰.

Já se disse que o direito criado pelos juízes, através de suas decisões judiciais, é “sempre a reinterpretação dos princípios à luz de novas circunstâncias de fato (...) os juízes não suprimem princípios, uma vez que estes são bem estabelecidos, mas os modificam, ampliam-nos, ou recusam sua aplicação às circunstâncias da causa”¹¹.

Cada vez mais patente que as decisões judiciais sobre certa matéria têm a função de determinar a inteligência autêntica do direito, conferindo o alcance exato e a significação precisa das normas constitucionais, ajustando-as às novas realidades e às alterações sociais, processo que tem significado decisivo na consolidação e preservação da força normativa da constituição.

Sobre isso, vale concluir com citação de Konrad Hesse, em sua famosa obra “A força Normativa da Constituição”:

“Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar

10 “Discricionariedade não quer dizer arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador livre de vínculos. Na verdade, todo o sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais” Cappelletti Mauro, **Juízes Legisladores**, 1993, Sérgio Fabris Editora, Porto Alegre, p. 24/25.

11 “Do discurso de Lord Radcliffe na convenção anual do Law Society de 1964”, citado sem referências bibliográficas por P. A. Jones, **Rival Law Reformers?** The Solicitors-J, 110, 30.09.1966, p. 733.

essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode ou deve provocar mudanças na interpretação da Constituição.

Em conclusão, cada vez mais patente que as decisões judiciais sobre certa matéria têm a função de determinar a inteligência autêntica do direito, conferindo o alcance exato e a significação precisa das normas constitucionais, ajustando-as às novas realidades e às alterações sociais, processo que tem significado decisivo na consolidação e preservação da força normativa da constituição.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AO MODELO EMPRESARIAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

O Estado coerente com o modelo liberal e individualista do século XIX, que detinha simples função mantenedora, entregando a atividade econômica à esfera privada, foi substituído pelo Estado Social de Direito, que intervém, cotidianamente, em vários setores da sociedade, especialmente na economia.

No Estado Democrático, deixa o homem de ser considerado mero ser indivíduo, para ser considerado um ser social.

Partindo dessa constatação, cabe destacar o processo de socialização dos institutos do Direito Civil, admitindo-se a aplicação direta de disposições constitucionais nas relações privadas disciplinadas no Código Civil – principal estatuto protetor das liberdades individuais, com o surgimento de um verdadeiro Direito Civil Constitucional.

Essa transformação do Estado Liberal para o Estado Social, no qual a dignidade da pessoa humana, elevada a princípio constitucional, se torna centro irradiador de extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômi-

cos, sociais e culturais, deslocou a visão da pessoa humana, antes atomizada e individualista, para uma visão humanista, solidarista e social. Implica dizer que no Estado Social, como diz Fábio Konder Comparato, a “solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social”¹².

À evidência, essa mudança de perspectiva política e social trouxe, em seu bojo, uma “constitucionalização” de diversas categorias do Direito privado, com a superação da tradicional dicotomia entre Direito privado e Direito público, ocorrendo o que Maria Celina Bodin de Moraes chama de uma “despatrimonialização” do direito privado, com acentuado processo de socialização de seus institutos.

Os fins sociais contidos na Constituição da República apontam para uma ideia geral de justiça social, impondo uma radical transformação nos conceitos do direito civil, de mera regulamentação da atividade econômica individual entre homens livres e iguais para regulamentação de vida social na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.

A “publicização” do direito civil reflete apenas a necessidade da readequação de institutos criados para a proteção de interesses meramente individuais e patrimoniais, aos princípios e valores sociais que norteiam o ordenamento.

O fato é que, com a inauguração do Estado Democrático de Direito, os princípios fundamentais, inclusive aqueles do direito privado, passaram a fazer parte de nosso texto constitucional, implicando uma releitura de tais princípios segundo a normatividade da Constituição, ou seja, segundo

12 “Foi justamente para corrigir e superar o individualismo próprio da civilização burguesa, fundado nas liberdades privadas e na isonomia, que o movimento socialista fez atuar o princípio da solidariedade como dever jurídico, ainda que inexistente no meio social a fraternidade como virtude cívica. A solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. É a transposição, no plano da sociedade política, da *obligatio in solidum* do direito privado romano (D. 45, 2, 11). O fundamento ético desse princípio encontra-se na ideia de Justiça distributiva, entendida como necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana. É a medida proporcional de que fala Aristóteles.” (COMPARATO, Fábio Konder. **Comentários ao Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos**. *Op. cit.*, p. 34).

as normas-princípio ali estabelecidas.

A necessidade da proteção integral do ser humano, como estatui Pietro Perlingieri, já não admite distinção rígida entre o direito público e o direito privado – mesmo porque, diante da diversificação das fontes de violações, a tutela de personalidade da pessoa humana, essencial à sua dignidade e integridade, “não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípua e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e fundamento”, e deve ser entendida “como instrumento para construir uma comunidade”¹³.

O que se procura, nos Estados de Direito contemporâneos, é, ao mesmo tempo, a afirmação do conceito liberal de liberdade, protegendo o indivíduo do arbítrio do poder estatal, e a afirmação do conceito democrático social de liberdade, baseado na intervenção do Estado na sociedade em prol do indivíduo.

Coexistem, assim, um conceito de liberdade negativa, consubstanciado na ampliação das garantias legais e na delimitação do poder estatal em face do indivíduo; e um conceito de democracia positiva, consubstanciado na efetivação pelo Estado das conquistas do Estado Social, visando à proteção dos mais fracos.

Nesse contexto, foi editado no Brasil o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, cujos princípios foram recepcionados pelo Código Civil de 2002, que estabelecem como princípios fundamentais a socialidade, eticidade e operacionalidade, visando à proteção e tutela dos valores sociais e individuais da pessoa humana, erigidos como valor fundamental.

Indubitável que as normas dos diplomas legais acima mencionados têm como objeto não só a proteção do consumidor frente ao prestador de serviço essencial – saúde, mas, especialmente, a interpretação do contrato firmado entre ambos à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da função social, e visam a preservar o interesse do consumidor, a base econômica do

13 Perlingieri, Pietro. **Perfis do Direito Civil-Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 38.

contrato, a continuidade e eficiência do serviço prestado.

Na esteira desses diplomas, diversas decisões, mediante análise e balanceamento dos princípios envolvidos em casos concretos, que envolvem a proteção do consumidor e o direito à livre iniciativa empresarial, reiteradamente reconhecem a prevalência do direito dos primeiros.

Embora essas decisões reconheçam que a adoção de medidas muito restritivas aos fornecedores de serviços poderá inviabilizar a base econômico-financeira do contrato, posicionam-se contra práticas abusivas que impliquem em vantagens manifestamente excessivas do fornecedor de serviços em detrimento do consumidor.

E não poderia ser diferente.

Envolvendo o objeto do contrato um direito fundamental, deve o Estado, *in casu* Estado/juiz, garantir que o usuário desse serviço fundamental tenha um ser adequado, assim entendido aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade e generalidade, com vedação de práticas abusivas que impliquem em vantagens manifestamente excessivas do fornecedor de serviços.

Esse entendimento foi sedimentado em diversos verbetes sumulares deste Egrégio Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO

Como se infere, atualmente, o problema principal do Estado em relação aos direitos fundamentais não é justificá-los, ou buscar seus fundamentos, mas encontrar maneiras de protegê-los.

A pergunta que se faz hoje é: que Estado é este? Será o Estado globalizado ético? Ou a ética é, cada vez mais, descartada nas relações entre os Estados, supostamente democráticos, envolvidos neste processo econômico de globalização?

Com efeito, a globalização vem derrubando fronteiras, que não são políticas, nem sociais, mas apenas fronteiras econômicas, não havendo, por parte deste Estado global, que visa só ao lucro, ou, como refere Milton Santos, este Estado da mais-valia globalizada, qualquer preocupação em

assegurar direitos e garantias fundamentais¹⁴.

Se liberdade, segundo a visão kantiana, é autonomia, ou respeito à Lei criada pelo próprio indivíduo, que “Lei Universal” poderá advir desse embaite desigual entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, sem que haja uma decisão conjunta e partilhada do que seja o bem comum?

Na verdade, como sustenta o professor Milton Santos, no mundo globalizado ocorre uma dupla tirania: a do mercado e a dos meios de comunicação de massa. Ambos, mercado e informação, globalizados, fornecem o modelo ideológico e o modelo ético que conformam todas as relações sociais e interpessoais. Por esse motivo é que se assiste, hoje, a um crescimento da competitividade, visível nas formas de agir não só dos Estados, mas também das empresas e até dos indivíduos¹⁵.

Com a visível diminuição das funções sociais e políticas do Estado, há um verdadeiro retrocesso na noção de bem público e de solidariedade, com a ampliação do papel político das empresas na regulação da vida social. Prega-se a “morte do Estado” como fator de melhoria de vida dos homens, eis que haveria uma ampliação na liberdade de produzir, de consumir e de viver. Mas o que se vê, na prática, é que este “Estado anão, pregado pelo neoliberalismo, só produz mais desigualdade entre indivíduos e empresas”¹⁶.

Com efeito, a minimização do Estado, nos Estados Unidos e em países capitalistas da Europa, que vivenciaram o “welfare state”, Estado Providência ou Social, tem consequências totalmente diversas daquelas ocorri-

14 “Os fatores que contribuem para explicar a arquitetura da globalização atual são: a unicidade da técnica, a convergência dos momentos, a cognoscibilidade do planeta e a existência de um motor único na história, representado pela mais-valia globalizada.” (SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização - do Pensamento Único à Consciência Universal**. 2ª ed. São Paulo: Record, 2000, p. 24)

15 *ibid.*, p. 37 et seq.

16 “A competitividade, sugerida pela produção e pelo consumo, é a fonte de novos totalitarismos, mais facilmente aceitos graças à confusão dos espíritos que se instala. Tem as mesmas origens a produção, na base mesma da vida social, de uma violência estrutural facilmente visível na forma de agir dos estados, das empresas e dos indivíduos. A perversidade sistêmica é um dos corolários. Dentro deste quadro, as pessoas se sentem desamparadas, o que também constitui uma incitação a que adotem, em seus comportamentos ordinários, práticas que alguns decênios atrás eram moralmente condenadas. Há um verdadeiro retrocesso quanto à noção de bem público e de solidariedade, do qual é emblemático o encolhimento das funções sociais e políticas do estado com a ampliação da pobreza e os crescentes agravos à soberania, enquanto se amplia o papel político das empresas na regulação da vida social.” (*Ibid.*, p. 38).

das em países periféricos, como o Brasil. Tais países, nos quais as promessas de modernidade ainda não se realizaram, e que apresentam altos índices de miséria, violência, exclusão social, mortalidade infantil e analfabetismo, necessitam, ao contrário do que ocorre nos países desenvolvidos, de um Estado forte, que possa efetivamente garantir os direitos fundamentais de seu cidadão nesse “contexto hostil da globalização neoliberal”¹⁷.

A globalização aniquila a noção de solidariedade, devolve o homem à noção primitiva do “cada um por si”, reduzindo a noção de moralidade pública e particular, posto que erige como valores máximos a competitividade e o lucro. Não havendo uma paridade social, econômica e tecnológica entre os países envolvidos neste processo de globalização econômica, ocorre, via de consequência, uma dominação dos países mais desenvolvidos econômica e tecnologicamente sobre os países periféricos, acentuando as desigualdades e tornando esses países cada vez mais periféricos.

A globalização, sonhada como possibilidade de maior humanização, via desenvolvimento da técnica a serviço do homem, na verdade rompe um processo de evolução social e moral iniciado no século XVIII. A evolução da técnica não acompanha um processo de evolução moral, concentrando-se tanto a tecnologia como a informação em poucas mãos. Com efeito, uma coisa é o progresso científico e técnico, contínuo e irreversível, facilmente mensurável; e outra coisa é o progresso moral, cujo conceito é difícil e de difícil mensuração¹⁸.

17 “Daí vir a propósito (novamente) o dizer de Boaventura Santos, para quem o Estado não pode pretender ser fraco: ‘Precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos num contexto hostil da globalização neoliberal’. E acrescenta: ‘Fica evidente que o conceito de um Estado fraco é um conceito fraco. [...] Hoje, forças políticas se confrontam com diferentes concepções de reforma’. Por isso, conclui, ‘não é possível, agora, organizar politicamente a miséria e a exclusão produzidas de modo desorganizado e desigual tanto globalmente quanto nos contextos nacionais’. Nunca os incluídos estiveram tão incluídos e os excluídos tão excluídos.” (STRECK, Lenio Luiz. “As Constituições Sociais e a Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamental”. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). **1988-1998: Uma Década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 317).

18 “O período atual tem como uma das bases esse casamento entre a ciência e a técnica, essa tecnociência, cujo uso é condicionado pelo mercado. Por conseguinte, trata-se de uma técnica e de uma ciência seletivas. Como, frequentemente, a ciência passa a produzir aquilo que interessa ao mercado, e não à humanidade em geral, o progresso técnico e científico não é sempre um progresso moral. Pior, talvez do que isso: a ausência desse progresso moral e tudo o que é feito a partir desta ausência vai pesar fortemente sobre o modelo de construção histórica dominante no último quartel do século XX.” (Santos, Milton. *Op. cit.*, p. 65).

Isso porque a efetivação de maior proteção dos direitos fundamentais não é só um problema jurídico, mas um problema de natureza política, diretamente ligado ao desenvolvimento global da civilização humana. ♦

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Granda. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed., Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. ed., Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 3ª edição. São Paulo: Editora Mandarim, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. “Comentários ao Artigo Primeiro da Declaração Universal de Direitos Humanos”. *In*: **50 Anos da Declaração de Direitos Humanos – Conquistas e Desafios**, Brasília: Editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Comissão de Direitos Humanos, p. 29-36, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. “A desnacionalização da economia brasileira e suas conseqüências políticas”. *In*: **Revista Cidadania e Justiça**. AMB, ano 3, n. 7. Rio de Janeiro: 2º semestre de 1999, p. 84- 92.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

HESSE, Karl, **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Galouste Gulbekin, 1983.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “A caminho do Direito Civil Constitucional”. *In: Revista do Direito, Estado e Sociedade, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-RJ*, v. 1, Rio de Janeiro: julho/dezembro 1991, p. 33 e ss..

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e Direito Civil: Tendências**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 95/113.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “O Direito Civil Constitucional”. *In 1988-1998: Uma Década de Constituição*. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.), Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, 115-127.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil- Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

SANTOS, Milton. Técnica, Espaço, Tempo: **Globalização e Meio Técnico-Científico Informacional**. 3. ed. São Paulo: Editora HUCITEC, 1997.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização - do Pensamento Único à Consciência Universal**. 2. ed. São Paulo: Editora Record, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. “As Constituições Sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental”. *In 1988-1998: Uma Década de Constituição*. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.), Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, 331-368.