



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD

CURSO: Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Civil e Novo Código

DISCIPLINAS: A Constitucionalização do Direito Civil. Fundamentos do Direito Civil Constitucional; Os Sistemas Jurídicos Contemporâneos; e As novas Perspectivas do Direito Civil e seus Princípios Fundamentais

PROFESSOR: Min. Gilmar Ferreira Mendes

ALUNA: Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto

SEMESTRE/ANO: 1º/2007

É POSSÍVEL A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS?

Brasília
2007

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto

**É POSSÍVEL A IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
NAS RELAÇÕES PRIVADAS?**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como requisito para aprovação nas disciplinas: A Constitucionalização do Direito Civil. Fundamentos do Direito Civil Constitucional; Os Sistemas Jurídicos Contemporâneos; e As novas Perspectivas do Direito Civil e seus Princípios Fundamentais do Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Civil e Novo Código.

Prof.: Min. Gilmar Ferreira Mendes

Brasília
2007

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
Capítulo Primeiro – DOGMÁTICA TRADICIONAL DO DIREITO PRIVADO <i>VERSUS</i> A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	6
1.1 A insuficiência da dogmática tradicional do Direito Privado.....	8
1.2 A indispensável tutela dos Direitos Fundamentais.....	11
Capítulo Segundo – DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS <i>VERSUS</i> INTERNACIONALIZAÇÃO DA ECONOMIA. A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DA PESSOA NA ATIVIDADE ECONÔMICA.....	17
2.1 Direitos Civis e Políticos <i>versus</i> Internacionalização da Economia.....	17
2.2 A necessária proteção da pessoa na atividade econômica.....	19
Capítulo Terceiro – A PRODUÇÃO LEGISLATIVA ANTE A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA. SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO E A CLÁUSULA GERAL DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	21
3.1 As mudanças sociais e econômicas, a produção legislativa e o reflexo na atividade judicial. Insuficiência da técnica legislativa regulamentar.....	21
3.2 Superação do individualismo e a cláusula geral da proteção à dignidade da pessoa humana nas relações privadas.....	24

Capítulo Quarto – CRÍTICA QUE O NOVO PARADIGMA DA CIÊNCIA PÓS-MODERNA TRAZ PARA A CIÊNCIA DO DIREITO EM FACE DA IMPRESCINDÍVEL TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE CIDADANIA.....	26
4.1 Crítica que o novo paradigma da ciência pós-moderna traz para a Ciência do Direito.....	27
4.2 A imprescindível tutela dos Direitos Fundamentais e de cidadania	31
CONCLUSÃO: Desafios a serem superados pela magistratura para dar eficácia aos Direitos Fundamentais nas relações jurídicas privadas.....	35
REFERÊNCIAS.....	39

NOTA EXPLICATIVA

O presente trabalho integrará a monografia final do Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Civil e Novo Código do Centro Universitário de Brasília – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD. Este texto é produto das discussões desenvolvidas nas disciplinas – Hermenêutica Jurídica, ministrada pela Professora Doutora Zilah F. Petersen e Metodologia Científica, ministrada pela Professora Doutora Tânia Cristina Cruz – em que foram elaborados, respectivamente, os seguintes artigos: O inquietante fenômeno da mutação constitucional e o Desafio da magistratura ante as mudanças sociais e econômicas. Tal estudo foi aprofundado com os ensinamentos das disciplinas – A Constitucionalização do Direito Civil. Fundamentos do Direito Civil Constitucional. Os Sistemas Jurídicos Contemporâneos. As Novas perspectivas do Direito Civil e seus Princípios Fundamentais, ministradas pelo Professor Doutor Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ensejando este ensaio – É possível a implementação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas?

INTRODUÇÃO

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

Apresentamos o fenômeno da globalização dos mercados e sua decorrência no contexto legislativo e judicial, verificando a insuficiência da técnica legislativa regulamentar e demonstrando a necessidade de superação do individualismo e a importância da cláusula geral da proteção à dignidade da pessoa humana nas relações privadas. Enfocamos a crítica que o novo paradigma da ciência pós-moderna traz para a Ciência do Direito em face da imprescindível concretização dos Direitos Fundamentais e da realização de novas abordagens pela via multidisciplinar.

Nesse sentido, buscou-se responder às seguintes indagações: 1. Em que medida podemos relacionar a concepção normativista-legal do Direito com a própria noção de justiça? 2. Como regular os direitos civis e políticos frente à transnacionalização dos mercados? 3. Como é possível a produção legislativa em contextos marcados pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas? 4. Qual a crítica que o novo paradigma da ciência pós-moderna traz para o campo da ciência jurídica? Qual ordem do discurso está produzindo o conhecimento jurídico hoje?

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

Capítulo Primeiro – DOGMÁTICA TRADICIONAL DO DIREITO PRIVADO *VERSUS* A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

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

As declarações de direitos do século XIX consagram sobretudo os direitos privados e políticos. Era uma primeira meta a ser atingida. O mundo ainda não havia amadurecido para as grandes declarações econômicas que surgiriam no século XX.

Para Pietro Virga (1947, p. 143), 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.

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.

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

Verifica-se que o grau de complexidade a que as sociedades 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 (2000, p. 167),

o paradigma liberal foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter público da própria dimensão privada, pela redução que empreende do privado à esfera do egoísmo, da propriedade privada absoluta, e, conseqüentemente, por fazer do âmbito formal um fim em si mesmo, uma proteção velada do *status quo* burguês, uma mera defesa da propriedade privada e dos interesses dos grandes capitalistas, por desconsiderar, assim, as forma de vida concretas, e, em suma, por seu apego incondicional ao indivíduo isolado e egoísta.

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

demonstrou que a redução do Direito ao Estado retirou o vigor das tentativas de justificação racional do Direito, ao impor a consecução de finalidades materiais a todo custo e, assim, ao menosprezar as suas necessidades de legitimação formal. Este paradigma foi superado em razão de sua incapacidade de ver o caráter privado essencial à própria dimensão pública, enquanto *locus* privilegiado da construção e reconstrução das estruturas de personalidade, das identidades sociais e das formas de vida. É precisamente esse aspecto da dimensão pública que deve agasalhar necessariamente o pluralismo social e político, constituindo-se em condição *sine qua non* de uma cidadania ativa efetiva, que se reconstrói

quotidianamente na ampliação dos direitos fundamentais à luz da Constituição vista como um processo permanente. Exatamente a redução do público ao estatal conduziu aos excessos perpetrados pelo Estado Social e sua doutrina.

Nota-se que ambos os aludidos paradigmas são redutores da complexidade da relação entre o público e o privado, e funcionam como os dois lados de uma mesma moeda, precisamente por enxergarem tais esferas sempre em conflito e por eliminarem uma das dimensões em favor da outra.

Com efeito, no paradigma do Estado Democrático de Direito surge uma pluralidade de esforços no sentido de resgatar a força integradora do Direito, enfraquecida nos mencionados paradigmas. Destaca com proficiência o Baracho Júnior (2000, p.168) que

tais esforços têm em comum a valorização dos princípios constitucionais, que garantem a autonomia privada, e os que organizam processos decisórios públicos. Ou seja, a visão de que o público e o privado são, na verdade, esferas complementares e essenciais uma à outra para configuração do regime democrático; são esferas 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.

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.

1.1 A INSUFICIÊNCIA DA DOGMÁTICA TRADICIONAL DO DIREITO PRIVADO

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 (2000, p. 539- 540), ao afirmar que

os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do Século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais.

Acrescenta, ainda, com proficiência, o aludido autor – “Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se”. Os Direitos Fundamentais desdobram-se em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração.

Os direitos de primeira geração constituem-se em direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, 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 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 (2000, p. 526) destaca que

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

Vale lembrar que, para a nova universalidade dos Direitos Fundamentais, o ano de 1948 foi tão importante quanto o de 1789 havia sido para a velha universalidade de inspiração liberal.

Em 10 de dezembro de 1948, a 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 hão assentado os direitos de primeira, segunda e terceira geração. Com efeito, com a Declaração de 1948, o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto culminante no século XX.

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

Desta forma, verifica-se a importância e a dimensão que os Direitos Fundamentais têm alcançado ao longo da história e da experiência humana, sendo antes de tudo um reflexo do desenvolvimento das relações sociais.

1.2 A INDISPENSÁVEL TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

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 5º, estão destacados os Direitos Individuais e Coletivos, merecendo especial relevo os direitos: à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, decorrendo destes todos os demais que estão salvaguardados nos incisos I a LXXVII.

O referido artigo 5º 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 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.

Para José Afonso da Silva (1989, p. 171), os Direitos Fundamentais do homem-indivíduo, “são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares,

garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.”

A Constituição 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. Importante destacar que os direitos e garantias individuais receberam uma proteção extraordinária ao vedar ao poder constituinte derivado, a introdução de emenda que tenda a suprimi-los.

Outra garantia que recebeu idêntico dispositivo foi a da separação dos poderes, demonstrando que sem esta não há liberdade nem direitos humanos que possam estar salvaguardados. Segundo Paulo Bonavides (2000, p. 589), os direitos e garantias individuais, em nosso ordenamento jurídico, “receberam a mais sólida proteção constitucional vazada na cláusula de rigidez extrema do § 4º do artigo 60, que retira do alcance do legislador constituinte de segundo grau o poder de deliberar acerca de emenda porventura tendente a abolir aqueles direitos e garantias.”

Diante dessa exclusão 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 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 – liberal e social – 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.

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. Entende-se que o reconhecimento dos direitos sociais requer a intervenção direta do Estado, tanto que são denominados também direitos de prestação, exatamente porque exigem, diferentemente dos direitos de liberdade, que o Estado intervenha com providências adequadas.

Para Norberto Bobbio (2000), os Direitos Sociais Fundamentais são três: direito à instrução, direito ao trabalho e direito à saúde. Os direitos sociais obrigam o Estado, como representante da inteira coletividade, a intervir positivamente na criação

de institutos aptos a tornar, de fato, possível o acesso à instrução, o exercício de um trabalho, o cuidado com a própria saúde.

Enquanto os direitos individuais se inspiram no valor primário da liberdade, os direitos sociais se inspiram no valor primário da igualdade. São direitos que tendem a corrigir desigualdades que nascem das condições econômicas e sociais.

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

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

Nessa mesma ótica, a Constituição Brasileira de 1988 assegurou os Direitos Sociais no Título II, 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 (2000, p. 594) que “a Nova Hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas

normas programáticas, recusando-lhes concretude integrativa sem a qual, ilusória, a dignidade da pessoa humana não passaria também de mera abstração.”

A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, 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.

Com efeito, sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais “a Sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). Cabe ressaltar que não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais. No que concerne à liberdade, ambas as modalidades são elementos de um bem maior já mencionado, sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional: a dignidade da pessoa humana.

É oportuno registrar a necessidade da hermenêutica constitucional a fim de socorrer tais direitos, para fazê-los realmente cumpridos e levados a sério em ordenamentos onde os postulados de Justiça e igualdade ainda não possuem mecanismos suficientes de concretização. Em verdade, para tornar eficazes os direitos sociais, o Estado precisa ministrar duas distintas formas de garantia:

a garantia jurídica e a garantia econômica; a primeira de natureza formal, a segunda de natureza material. Com respeito aos direitos fundamentais, a concepção liberal 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. (BONAVIDES, p.596)

Saliente-se, que os 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.

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. Vale lembrar, que julgar com justiça apresenta-se como o desafio constante do juiz moderno, uma vez que se espera uma decisão não apenas jurídica mas, também, de conteúdo social. Afinal, muda a sociedade, a forma de pensar o Estado, surgem novas tecnologias, a globalização econômica passa a ser uma realidade; tudo isso conduz a emergência de novos Direitos Fundamentais – civis e políticos – que merecem a sua proteção.

Capítulo Segundo – DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS *VERSUS* INTERNACIONALIZAÇÃO DA ECONOMIA. A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DA PESSOA NA ATIVIDADE ECONÔMICA

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

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

A nova concepção de cidadania buscou afastar-se do conceito de soberania estatal absolutista, que concebia os Estados como únicos sujeitos de direito internacional público, com o escopo de salvaguardar os Direitos Fundamentais de todos os cidadãos. Nesse contexto, os indivíduos passam a ser sujeitos de direito internacional, que é dotado de mecanismos processuais eficazes para o resguardo desses direitos.

2.1 DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS *VERSUS* INTERNACIONALIZAÇÃO DA ECONOMIA

O Direito Internacional dos Direitos Humanos vem se consolidando após a segunda Guerra Mundial (1939-1945), oriundo dos horrores do nazismo, foi construído a partir de uma normatividade internacional, até então inexistente. A estrutura normativa de proteção internacional aos Direitos Humanos, além dos instrumentos de proteção global, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos

Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, abrange, ainda, os instrumentos de proteção regional, pertencentes aos sistemas europeu, americano, asiático e africano. Os referidos sistemas são complementares, sendo que fica ao alvitre do cidadão que sofreu vulneração de direitos a escolha do aparato que mais o beneficie.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos se afirma a cada dia como um novo ramo do direito, dotado de princípios e regras, tendo como objetivo maior a proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito nacional e internacional. O “direito a ter direitos”, segundo Hannah Arent (2000), passou a ser a referência fundamental de todo o processo internacionalizante, e não seria diferente com relação ao processo de transnacionalização dos mercados. A internacionalização da economia é um processo que se acentuou ao longo da segunda metade do século XX, tendo como características marcantes a instantaneidade das informações e da comunicação, a padronização dos meios técnicos e a interconexão das economias de diferentes países. Embora a globalização econômica seja um fator preponderante, responsável pelo desenvolvimento das relações internacionais, por agir sob a égide das forças livres, ela acaba, muitas vezes, comprometendo os recursos naturais e o meio ambiente como um todo.

Quando se falou em globalização econômica pela primeira vez, a idéia foi colocada como uma panacéia: novas tecnologias e métodos gerenciais promoveriam, por si só, o aumento geral da produtividade, o bem-estar de todos e a redução do abismo social dentro e fora das nações. Entretanto, passados poucos anos, verificou-se situação diversa, com o acúmulo de riqueza nas mãos de poucos e o aumento das desigualdades sociais.

Ao lado dessa trágica realidade gerada pela globalização econômica, observou-se também a crescente degradação do meio ambiente e o uso descontrolado dos recursos naturais. Portanto, indispensável se faz que a sociedade recorra à pesquisa científica e tecnológica para auxiliar o almejado desenvolvimento sustentável.

2.2 A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DA PESSOA NA ATIVIDADE ECONÔMICA

A globalização propicia, em tese, um dinamismo econômico, da qual decorre a aceleração do progresso devido ao intercâmbio de conhecimento e às tecnologias. Entretanto, ainda existem países que se recusam a cumprir protocolos assinados para a preservação do meio ambiente.

Nesse contexto, como regular os direitos civis e políticos frente à transnacionalização dos mercados? Na regulação desses direitos é preciso encampar o pensamento de que a proteção dos Direitos Humanos, sejam civis ou políticos, na atualidade, envolve um exame interdisciplinar, “concita o intérprete a harmonizar fontes nacionais e supranacionais, reformula, em definitivo, o conceito de ordem pública, que se expande para os domínios da atividade econômica privada” (TEPEDINO, 1988, p. 107).

Verifica-se duas tendências contraditórias:

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

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

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

Há dois grandes desafios: a implementação de investimentos em fatores que tragam competitividade internacional e os investimentos sociais, que garantam o exercício da cidadania e uma cultura de Direitos Humanos. Sustenta Gustavo Tepedino (1988, p.115) que a busca da competitividade

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

É imperioso reconhecer a necessidade de se construir um modelo econômico que gere, ao mesmo tempo, riqueza e bem-estar, concomitantemente à promoção da coesão social e da preservação da natureza. O grande desafio da humanidade no século XXI está em desenvolver estratégias que garantam a sustentabilidade requerida, seja no âmbito social, econômico, jurídico, ecológico e cultural, a fim de resguardar os direitos de cidadania e obter Justiça social.

Capítulo Terceiro – A PRODUÇÃO LEGISLATIVA ANTE A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA. SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO E A CLÁUSULA GERAL DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

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

Esses problemas afetam todo o globo, gerando efeitos que se refletem em todas as direções, sendo mais sentidos no âmbito do consumidor e do ambiente, despertando a consciência de que urge implementar um consumo e um desenvolvimento sustentáveis. Nessa trajetória de descompassos econômicos e sociais, os direitos do consumidor e do meio ambiente foram alçados à categoria de novos Direitos Humanos Fundamentais.

Desta forma, indaga-se: como é possível a produção legislativa em contextos marcados pela velocidade e intensidade das transformações econômicas e pela proliferação de situações sociais novas e ainda não estruturadas? A produção legislativa não consegue atender a essas exigências da sociedade contemporânea.

3.1 AS MUDANÇAS SOCIAIS E ECONÔMICAS, A PRODUÇÃO LEGISLATIVA E O REFLEXO NA ATIVIDADE JUDICIAL. INSUFICIÊNCIA DA TÉCNICA LEGISLATIVA REGULAMENTAR

Atualmente, observa-se que, além do controle da constitucionalidade, aos tribunais, em geral, compete, a garantia direta contra lesões dos Direitos Fundamentais, a defesa de interesses difusos e o enfrentamento da obscuridade e ambigüidade dos textos legislativos, por vezes deliberada, em face dos difíceis processos de negociação.

O juiz, como agente político (não partidário), é chamado a contribuir para a efetivação dos direitos sociais, procurando dar-lhes sua real densidade e concretude. Verifica-se que a politização do juiz deriva do fato de que ele soluciona litígios aplicando normas, que são condutoras de valores e expressões de um poder político. Não existe, assim, norma neutra. Logo, se o juiz é um aplicador de normas, não existe juiz neutro. Em verdade, no marco do Estado Constitucional de Direito, a atividade política e a atividade judicial estão estreitamente unidas pelo império do Direito.

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

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

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

aberta, jungida à concepção jurídica de sistema. Para Bulos (1997, p.127), se entendermos o sistema jurídico como sendo aberto, dinâmico, incompleto, abrangendo normas, fatos e valores, “não há como considerar o dogma da plenitude hermética da ordem constitucional, do mesmo modo como não há uma plenitude da ordem jurídica em geral.” Com a devida *venia* ao aludido mestre, filio-me ao pensamento sistemático e ao conceito de sistema na Ciência do Direito na visão de Claus-Wilhelm Canaris (1996), no que concerne à ordem e à unidade como características do conceito geral de sistema, e, principalmente, à Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio (1999), no sentido de pensar o sistema como uma unidade, com coerência e completude lógicas.

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

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

Dentro do sistema jurídico é possível encontrar solução para qualquer problema, pois, nos casos de aparente incompletude da norma, os princípios do ordenamento jurídico apresentam a resposta para essas antinomias. Ainda que existam

vazios normativos dentro do sistema, tais lacunas podem ser preenchidas ou colmatadas mediante a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito e a eqüidade, com a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. Nota-se que o novo paradigma pós-positivista baseia-se na juridicidade dos princípios.

3.2 SUPERAÇÃO DO INDIVIDUALISMO E A CLÁUSULA GERAL DA PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Antigamente predominava a visão de que o Direito Civil seria um ramo distanciado do Direito Constitucional. Entretanto, com a dinâmica do mundo moderno, esta concepção tornou-se ultrapassada, sendo imperativa a análise da constitucionalização e da publicização no âmbito civil. Tal mudança justificou-se em virtude da necessidade de acompanhar os novos valores e os novos direitos salvaguardados pela Carta Constitucional de 1988, sendo fundamental que o operador do direito interprete e aplique o Novo Código Civil à luz da Constituição.

A constitucionalização é o processo que submete o direito positivo aos fundamentos de validade estabelecidos na Constituição e a publicização é o processo de intervenção no setor legislativo infraconstitucional que objetiva reduzir o campo da autonomia privada com o escopo de tutelar a parte mais vulnerável da relação jurídica. A publicização apresenta-se como um fenômeno intervencionista estatal que tem gerado a autonomia de vários ramos novos do direito, dentre eles o Direito do Consumidor.

Verifica-se que o Estado brasileiro, após a Constituição de 1988, deixou de lado o modelo Liberal e passou a um paradigma Social, consagrando direitos individuais e coletivos que alcançam várias dimensões da cidadania. O Código Civil brasileiro de 1916 possuía uma ideologia liberal oitocentista, impregnada por um marcante individualismo jurídico. Assim, evidenciou-se o grande abismo entre os princípios e valores do Código Civil de 1916 e os princípios e valores presentes na sociedade pós-industrial, revelando a necessidade de romper com os padrões civilistas e adequá-los aos atuais princípios e regras constitucionais.

A complexidade da vida contemporânea demonstrou a incompatibilidade do Código Civil de 1916 com a ideologia constitucional estabelecida após 1988, não recomendando a continuidade daquele Código, seja pela emergência de novos direitos que passaram a exigir tratamento multidisciplinar e para os quais aquela codificação se mostrou inadequada, seja pelo fato de a patrimonialização das relações ali presentes contrastar com o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado pela Carta Constitucional brasileira de 1988.

O grande desafio da atualidade é a repersonalização efetiva no Direito Civil, ou seja, o reposicionamento da pessoa humana como elemento central, passando o patrimônio a papel secundário. Outro desafio importante está na eficácia privada dos Direitos Fundamentais. Para tanto, é necessário efetivar concretamente os direitos humanos e de cidadania.

No Novo Código Civil observa-se a presença de valores como: afetividade, essencial valor da família; a função social como conteúdo merecedor de destaque, e não apenas como limite da propriedade, nas suas diversas perspectivas; o princípio da equivalência material das prestações e a defesa do contratante hipossuficiente, no contrato.

Todos esses valores e princípios devem ser considerados pelo aplicador do direito, uma vez que foram convolados a princípios e regras de índole constitucional, devendo nortear a realização do Direito Civil. Assim, o Novo Direito Civil evoluiu rumo à concretização de todos os Direitos Fundamentais das pessoas, a fim de construir uma sociedade mais justa e cada vez menos excludente.

Capítulo Quarto – CRÍTICA QUE O NOVO PARADIGMA DA CIÊNCIA PÓS-MODERNA TRAZ PARA A CIÊNCIA DO DIREITO EM FACE DA IMPRESCINDÍVEL TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE CIDADANIA

A crítica que o novo paradigma da ciência na pós-modernidade apresenta para a Ciência do Direito reside na própria crise do Sistema Judiciário no sentido da busca de uma nova função social da magistratura e na construção de um novo perfil rente à pós-modernidade. A magistratura consciente dessa crise e da necessidade da sua superação deve, segundo Bistra Stefanova Apostolova (1998), “questionar os imperativos da cultura jurídica liberal, que se constitui como fator impeditivo de sua transformação em mediadores qualificados das novas formas de conflituosidade”.

A função dos juízes, ao longo do século XIX, estava orientada no sentido de legitimar a atuação do legislador que possuía um lugar de destaque político no contexto da distribuição dos poderes constitucionais. O distanciamento da atuação do juiz do campo da política visava assegurar a reprodução fiel do direito positivo legislado na resolução dos conflitos individualizados, garantindo, desta maneira, os direitos e as liberdades individuais. Em síntese, esse tipo de configuração das funções dos Magistrados correspondia ao entendimento de legitimidade e de distribuição do poder político num sistema orientado pelos imperativos do liberalismo.

A partir do final do século XIX, devido às transformações políticas, econômicas e culturais que marcaram o desenvolvimento do Estado moderno, começou também a ser modificado o significado sociopolítico das funções dos magistrados. No entanto, consoante Boaventura de Sousa Santos, foi só após a Segunda Guerra Mundial que, nos países centrais, se consolidou uma nova forma de Estado, o Estado-Providência. No que diz respeito aos países periféricos e semiperiféricos, o referido autor observa a não-adequação dessa cronologia às realidades históricas desses países, nos quais até os direitos de cunho liberal, chamados também de direitos de primeira geração ou direitos clássicos, são constantemente desrespeitados (SANTOS, 1996, p. 34-43).

No Brasil do final do século XX, a questão da implementação plena das bases do Estado de Bem-Estar Social continua sendo um tema polêmico. Não obstante,

a cultura jurídica e as práticas de aplicação do direito apresentam, nas últimas duas décadas, modificações significativas que as aproximam às características do Direito Social, base de sustentação jurídica e política do Estado-Providência (MACEDO JUNIOR, 1995, p.51).

Com o aumento da complexidade do Estado e o surgimento de novos grupos e atores sociais, fruto da atuação acentuada dos movimentos sociais no final da década de 70, a Sociologia do Direito constatou que o modelo liberal, no qual se embasava o exercício da magistratura, entrou definitivamente em crise, determinando a erosão da legitimação clássica da atuação dos juízes. Verifica-se, naquele período, a perda da importância do sistema judicial na resolução dos conflitos e o aumento de mecanismos privados de solução de litígios de caráter anti-social, tanto entre as camadas mais pobres da população, com o extermínio de moradores de rua, como entre as mais ricas, que, valendo-se do seu poder econômico, nem sempre se submetem à normatividade estatal.

4.1 CRÍTICA QUE O NOVO PARADIGMA DA CIÊNCIA PÓS-MODERNA TRAZ PARA A CIÊNCIA DO DIREITO

Nesse contexto de crise institucional, o Poder Judiciário, mediante uma atuação criativa, pragmática e social do juiz, pretende superar tais desafios. Neste mister, se de um lado, o magistrado passa a ser protagonista ativo na efetiva concretização dos Direitos Fundamentais e de cidadania, por outro, deve embasar suas decisões numa visão humanista, multidisciplinar – melhor dizendo, transdisciplinar –, e pragmática, buscando novos espaços para o consenso.

Para Bistra Stefanova Apostolova, o sinal de uma *práxis* judicial adequada à demanda pós-moderna por direitos surgiu na época da transição democrática dos anos 80, protagonizada pela atuação do movimento Juízes Alternativos e da Associação Juízes para a Democracia. (APOSTOLOVA, 1998).

Eliane Botelho Junqueira interligou o surgimento dos Juízes Alternativos com o processo de democratização que tornou visível o confronto entre a ordem jurídica

liberal e os conflitos de natureza coletiva, processo esse derivado da necessidade de garantia de direitos sociais mínimos para a maioria da população (JUNQUEIRA, 1993).

Os juízes desse Movimento entendem o Direito na sua função transformadora da sociedade, orientada pelos valores jurídicos do Estado Democrático de Direito, positivados na Constituição Federal. Não é diversa a essência do uso alternativo do Direito, cujos adeptos se posicionam no sentido da defesa da parte mais fraca numa relação jurídica, na tentativa do resgate da dimensão social da atividade do juiz. Os referidos movimentos de juízes críticos visavam oferecer respostas adequadas à demanda por direitos dos Novos Movimentos Sociais, que questionavam a racionalidade formal do ordenamento jurídico, colocando em xeque o paradigma que está na base da atuação tradicional do Judiciário, abrindo a discussão sobre a função social da atuação do juiz no contexto da perda da legitimidade das funções clássicas das instituições estatais.

José Eduardo Faria sintetizou três linhas fundamentais para a compreensão da atuação dos adeptos ao direito crítico, que explicitam os termos da ruptura dos movimentos de juízes críticos com o paradigma positivista-legalista dominante na cultura jurídica brasileira. Em primeiro lugar, esses juízes percebem o ordenamento jurídico como um sistema incompleto e aberto, levando em consideração que ele reproduz as contradições sociais, econômicas e políticas da complexidade da sociedade brasileira. Em segundo lugar, os juízes críticos procuram a Justiça substancial e não a Justiça formal, valorizando as relações concretas dos homens e enfatizando, nesse sentido, a importância da contextualização da lei. E, por último, esses juízes vêem a sentença judicial não como fruto da subsunção lógica e obrigatória, mas como compromisso político entre exigências inconciliáveis (FARIA, 1992).

As interpretações divergentes dos textos legais começaram a transformar paulatinamente o processo jurídico, acentuando uma visão contemporânea do processo, segundo o qual o espaço do Judiciário transformou-se em uma reprodução do atual cenário político-social brasileiro marcado pelas ações coletivas e conflitivas dos vários atores sociais. Os conteúdos das sentenças sobre uma mesma questão variam

em função das inclinações ideológicas e doutrinárias dos magistrados, fato revelador da luta simbólica entre os profissionais do campo (FARIA, 1992).

José Geraldo Sousa Júnior, no seu livro *Para uma crítica da eficácia do Direito*, estudou o pluralismo jurídico sob uma perspectiva sociológica, entendendo que no mesmo espaço político podem existir diversos sistemas jurídicos, decorrentes da multiplicidade das fontes do direito. Ele considera necessário fazer algumas diferenciações no conceito do pluralismo, já que percebe a insuficiência da convivência plural sob os critérios da liberdade formal e da tolerância “para a superação da desigualdade real subjacente às conotações sócio-econômicas dos diferentes sistemas de valores”; nesse sentido, o pluralismo valorativo deveria fomentar o desenvolvimento da consciência crítica dos homens, visando à superação da desigualdade real (SOUSA JÚNIOR, 1984).

No Brasil, o movimento crítico dos juízes surgiu num momento em que as demandas dos setores da sociedade por direitos sociais e coletivos superavam as possibilidades da oferta dos códigos, inspirados em uma visão liberal-individual do mundo, e essas demandas exigiam do juiz uma interpretação crítica do Direito em condições de dar maior legitimidade à sua atuação de acordo com as aspirações dos novos movimentos sociais. Esses juízes, indo de encontro às rígidas rotinas burocráticas presas a exigências formais, procuraram a realização da justiça substantiva, atendendo às peculiaridades de cada caso concreto. Posicionando-se jurídica e eticamente ao lado da parte mais fraca da relação jurídica, eles opuseram-se ao predomínio do valor econômico.

Será possível que os magistrados atuem ao mesmo tempo na superação das desigualdades de oportunidades e na organização de um sistema judiciário, reconhecido por todos os atores sociais em confronto como o espaço institucional adequado para a discussão racional das diferenças? Na literatura jurídica há inúmeras críticas e indagações em relação à atuação dos juízes críticos, as quais refletem a complexidade do tema e a importância do debate para explicitar as conseqüências jurídicas, políticas e sociais do agir desses Magistrados.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior indaga: “em que medida, no contexto da sociedade pós-moderna, os adeptos ao uso alternativo do direito, que politizam o

exercício da profissão, não contribuem para a transformação do Direito em um simples bem de consumo, fomentando uma relação pragmática do jurista com o mundo, típica do agir político?” (FERRAZ JÚNIOR, 1994). Não concordamos com esse posicionamento, visto que o juiz que observa a concepção pragmatista de Direito avalia comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto tendo em vista as suas conseqüências. De todas as possibilidades de decisão, ele tenta supor conseqüências e, do confronto destas, busca escolher aquela que melhor corresponde às necessidades humanas e sociais, ao invés de se fechar dentro de seu próprio sistema, ou subsistema jurídico. Essa concepção de Direito implica a adoção de recursos não jurídicos em sua aplicação e contribuições de outras disciplinas em sua elaboração.

É de fundamental importância que a especialização dos juristas seja complementada com novas sínteses que permitam obter as perspectivas necessárias para a concretização do Direito, dentre elas a concepção filosófico-pragmática. Não se pode fazer ciência social ou jurídica sem sentido histórico, experiencial, sem nenhum compromisso direto com as condições materiais da sociedade e com os processos nos quais os atores sociais estão inseridos.

Em face do processo de definição da função social do juiz contemporâneo, é oportuno destacar que, a despeito das referidas críticas aos juízes que conferem um uso alternativo ao Direito, e apesar de não compartilhar com várias de suas idéias, dentre elas a da incompletude do ordenamento jurídico, dada, ao meu sentir, a possibilidade de sempre haver uma resposta efetiva de cunho social, educativo e pedagógico através das decisões judiciais, dentro do ordenamento jurídico, inclusive com uma concepção pragmatista de direito, bastando para tanto observar os princípios e valores constitucionais. Contudo, entendo relevante e valorosa a busca dos juízes críticos em dar uma resposta efetiva de cidadania, principalmente durante os anos 80, época em que os valores e princípios democráticos estavam começando a se estabelecer como fundamentais à dignidade da pessoa humana.

Desta forma, verifica-se que a nova ordem do discurso que está produzindo o conhecimento jurídico, atualmente, segundo Bistra Stefanova Apostolova (1998), centra-se na compreensão do juiz como “agente político ativo na construção de uma

nova ordem legal adequada aos tempos pós-modernos, nos quais o Direito e a Justiça são objetos de permanente luta, discussão e contextualização”. Para tanto, faz-se necessário obter novas abordagens pela via multidisciplinar, de forma humanista e pluralista.

4.2 A IMPRESCINDÍVEL TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE CIDADANIA

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. Os direitos de cidadania caíam no vazio caso não houvesse a efetiva previsão constitucional de acesso à Justiça.

O acesso à Justiça é fundamental à efetivação dos Direitos Humanos, tanto na ordem jurídica interna como na internacional. O cidadão necessita de instrumentos que possam efetivar seus direitos. Esse acesso efetivo à Justiça, como instrumento de garantia da plenitude da soberania, é um Direito Social Fundamental. Mauro Cappelletti (1988, p.10-11), ao abordar o tema do direito ao acesso efetivo à Justiça e dos obstáculos a serem 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.

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 (BARACHO JÚNIOR, p. 154).

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 (BARACHO JÚNIOR, 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 (2000, p.19) apresenta os pilares nos quais estão erigidos nosso Estado democrático, visando “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias,(...*omissis*).”

Cabe lembrar que o conceito de cidadão e cidadania vem adquirindo particularidades, que não se esgotam na compreensão de ser cidadão aquele que participa dos negócios da cidade. A participação do cidadão no poder, como característica da democracia, configura-se pela tomada de posição concreta na gestão dos negócios da cidade, isto é, no poder. Essa participação é consagrada através de modalidades, procedimentos e técnicas diferentes. Concepções como a de soberania e quem a detém; a noção de legitimidade e sobre que bases se fundamenta 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 (BARACHO, 1995, p. 3).

A 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 (1995, p.33) sustenta:

O princípio geral constitui a norma jurídica que exprime, de forma sintética, o conteúdo prescrito 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.

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.

CONCLUSÃO

O desafio do juiz moderno está em julgar com Justiça, eis que ele deve valer-se dos princípios jurídicos, como o da razoabilidade e da proporcionalidade, num balanceamento dos interesses em conflito, observando sempre os fins sociais da lei e as exigências do bem comum, na fundamentação de suas decisões. É indispensável que o magistrado tenha prudência, pois ao aplicar a lei em cada caso, ele interpreta o fenômeno jurídico. A interpretação e aplicação possuem um conteúdo eminentemente prático da experiência humana, vez que se espera uma decisão não apenas jurídica, mas também de conteúdo social. Afinal, mudam a sociedade e a forma de pensar o Estado, surgem novas tecnologias, a globalização econômica passa a ser uma realidade; tudo isso conduz à emergência de novos direitos civis e políticos que merecem a sua proteção.

Vale lembrar que, após a proclamação da Declaração dos Direitos Humanos, de 1948, temos o grande marco do princípio do processo de internacionalização dos direitos humanos. A partir daquela data consideram-se cidadãos, não apenas os detentores dos direitos civis e políticos, mas todos aqueles integrantes do âmbito da soberania de um Estado e deste Estado recebem uma variedade de direitos e, também, deveres. Trata-se de uma nova concepção de direitos de cidadania que buscou se afastar do conceito de soberania estatal absolutista, com o escopo de salvaguardar os Direitos Fundamentais de todos os cidadãos.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos se afirma a cada dia como um novo ramo do direito, dotado de princípios e regras, tendo como objetivo maior a proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito nacional e internacional. O “direito a ter direitos”, segundo Hannah Arent (2000), passou a ser a base primordial de todo o processo internacionalizante, portanto, não seria diferente com relação ao processo de transnacionalização dos mercados que, na regulação desses direitos, a proteção dos direitos humanos, sejam civis ou políticos, na atualidade, envolvesse um exame interdisciplinar.

Dois grandes desafios advêm da globalização econômica – investir em fatores econômicos que tragam competitividade internacional, ou investir em fatores

sociais, que permitam o exercício da cidadania e o fortalecimento de uma cultura de direitos humanos –, e representam duas faces de uma mesma realidade de aparente incompatibilidade e de difícil coexistência, para muitos, eis que demanda a construção de um modelo econômico que, simultaneamente, contemple a promoção social-econômica e a necessária preservação do meio ambiente.

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

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

As alterações produzidas no exercício da função jurisdicional não só denunciam um crescimento inédito da sua influência social como, decididamente, arrancam os juízes do elenco de figurantes do Estado moderno, atribuindo-lhes um protagonismo a que, relutantes, acabaram por aceder. Em decorrência, o Judiciário enfrenta a articulação de um direito positivo, conjuntural, evasivo, transitório, complexo e contraditório, numa sociedade de conflitos crescentes, envolta na globalização econômica e, por isso, impõe-se a diversificação do Judiciário para atender às necessidades de controle da norma positiva. De outra face, inúmeras críticas têm sido feitas recentemente à atuação do Poder Judiciário no Brasil; contudo, carece esse

Poder de melhores instrumentos de trabalho. A legislação nacional, além da técnica deficiente, é hoje de produção igualmente caótica, bem como deficientes são os instrumentos disponíveis ao Judiciário, porque já não se aceita a verdadeira liturgia do processo, o amor desmedido pelos ritos, que quase passaram a ter fim em si mesmos.

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

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

Nesse contexto, percebe-se a emergência de novos movimentos sociais e de novos sujeitos de direito neles constituídos, em decorrência do surgimento de novos conflitos e da ocorrência de um efetivo pluralismo jurídico. Trata-se de uma crise decorrente do esgotamento dos fundamentos que atinge todas as instituições sociais, não sendo diferente com relação à Ciência do Direito e ao Sistema Judiciário, que não podem mais servir-se do referencial da cultura legalista que os construíram. Esse processo oportuniza o espaço de crítica sobre o próprio pensar e o agir dos juízes e assegura condições para o debate aberto sobre o Direito e a Justiça. Cuida-se de um apelo ao poder criativo dos juízes e, também, à renovação das instituições para abertura de novos espaços públicos e condições para o debate e para a construção de

novos consensos, no sentido da plena concretização dos direitos de cidadania e do fortalecimento da cultura de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do Direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência* (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 1996.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Version castellana: Ernesto Garzon Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

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

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

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1999.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

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.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, 1988.

CLAPHAM, Andrew. *Human rights in the private sphere*. Oxford: Claredon Press, 1993.

DINIZ, Maria Helena. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. O Direito Civil brasileiro contemporâneo e a principiologia axiológica constitucional. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*. 1º Simpósio de Direito Civil-Constitucional do TJDF. Brasília, p. 53-68, 21 a 25 de junho de 2004.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os Juízes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 12-41, 1994.

_____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Luís Flávio. *A dimensão da magistratura no Estado Constitucional e Democrático de Direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. Ignacio Gutierrez Gutierrez. Madrid: Civitas, 1995.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *A Sociologia do Direito no Brasil: introdução ao debate atual*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Forense, 2003.

LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Barcelona: Ariel, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa. Brasília*. v. 3, n. 141, p.100-109, jan./mar, 1999.

MACEDO JUNIOR, R. P. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Uma introdução ao estudo da Justiça*. São Paulo: Sumare, 1995.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. Rio de Janeiro, 1995.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. T. IV. Coimbra: Coimbra, 1988.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.
- _____. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. Normas constitucionais nas relações privadas. *Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 6 e 7, p. 63-77, 1998/1999.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.
- SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos Juízes. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 34-45, 1994.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à Sociologia da administração da Justiça. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de; AGUIAR, A. R. A. (Orgs.). *Introdução crítica ao Direito do Trabalho*. Brasília, p.104-125, 1993. (Série O Direito Achado na Rua, v. 2).
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 11, n. 30, p. 29-62, fev., 1996.
- SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do Direito Privado. *Revista da EMERJ*, v. 6, n.23, p. 272-297, 2003.
- _____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*. 1º Simpósio de Direito Civil-Constitucional do TJDF. Brasília, p. 97-177, 21 a 25 de junho de 2004.
- SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Para uma crítica da eficácia do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O juiz, seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro, v. 4, n.7, p. 103-116, jan./jun., 1998.

_____. Normas constitucionais e relações de Direito Civil na experiência brasileira. *Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal*. 1º Simpósio de Direito Civil-Constitucional do TJDF. Brasília, p. 11-35, 21 a 25 de junho de 2004.

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.