

HORIZONTALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: PRETENSÃO DE PROTEÇÃO PÚBLICA OU PRIVADA?

Clarice Paiva Morais⁹⁷

RESUMO: Esse artigo objetiva discutir a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações de natureza privada, a partir da teoria moderna da eficácia direta ou imediata (*Drittwirkungstheorie*), bem como sua adequação ao modelo de Estado de Direito brasileiro. O artigo sustenta que a proteção dos direitos fundamentais individuais é responsabilidade conjunta do Estado e de particulares. Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 institucionalizou modelo de Estado de Direito híbrido, que apresenta características liberais, sociais e democráticas. Contudo, pouco se discute na doutrina brasileira sobre as implicações desse modelo à garantia, por particulares, dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Assim, o texto analisa, a partir do posicionamento da doutrina brasileira, como a teoria da eficácia imediata ou direta no contexto do Estado Democrático brasileiro pode se compatibilizar com o princípio liberal da autonomia privada.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Solidariedade; Direitos Fundamentais; Autonomia Privada.

ABSTRACT: This article discusses the applicability of fundamental rights to the relations of a private nature, from the modern theory of effective direct or immediate (*Drittwirkungstheorie*) and its adequacy to the rule of law in Brazil. The article argues that the protection of individual fundamental rights is the responsibility of the state and individuals. It is known that the Federal Constitution of 1988 institutionalized hybrid model of rule of law that features liberal, social and democratic rights. However, little is said about the Brazilian doctrine on the implications of this model to ensure, for individuals, the fundamental rights of first dimension. Thus, the paper analyzes, from the position of the Brazilian doctrine, how the

⁹⁷ Mestranda em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

theory of direct or immediate effect in the context of the Brazilian Democratic can reconcile with the liberal principle of autonomy.

KEY WORDS: Solidarity Principle, Fundamental Rights, Private Autonomy.

1. Introdução

A teoria da aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais é recente na doutrina e jurisprudência brasileira e vem sendo objeto de discussões no meio acadêmico.

Em 11 de outubro de 2005 foi proferida decisão pelo STF determinando a reintegração de associado excluído no quadro da sociedade civil da União Brasileira de Compositores⁹⁸. O voto do Ministro Gilmar Mendes adotando a tese da aplicabilidade direta ou imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, consubstanciou-se em análise minuciosa sobre diversos aspectos concernentes ao tema da horizontalização dos direitos fundamentais⁹⁹ e, sem desconsiderar decisões anteriores que

⁹⁸ Recurso Extraordinário nº 201819/RJ.

⁹⁹ SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades

abordaram o assunto, pode ser vista como um marco de fortalecimento das discussões na doutrina brasileira.

Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet, o próprio ministro Gilmar Mendes, Virgílio Afonso da Silva, Álvaro Ricardo de Souza

e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007).

Cruz, dentre outros, já discutem o assunto, reafirmando a teoria da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações de natureza privada no contexto do estado democrático de direito brasileiro.

Contudo, o presente trabalho cinge-se a aplicação da teoria apenas no âmbito dos direitos fundamentais de ordem individual, não adentrando aos direitos fundamentais sociais prestacionais que ensejam estudo mais aprofundado.

A teoria da eficácia direta e imediata surge no contexto do Estado de bem-estar social, tendo seu marco inicial na Alemanha, a partir da década de 1950, na obra de Hans Carl Nipperdey¹⁰⁰. Tal teoria é de suma importância no contexto democrático atual, pois confirma as idéias de equi-primordialidade entre as esferas pública e privada, de publicização do direito civil, rechaçando a idéia de separação de cunho liberal entre sociedade civil e Estado, predominante nos séculos XVII e XVIII.

A Constituição de 1988, de acordo com o pensamento de Vilani¹⁰¹, concebe um modelo de estado híbrido, comportando características liberais, sociais e democráticas, arrolando direitos de primeira, segunda e terceira geração, além de conter mecanismos de instrumentalização e efetivação desses mesmos direitos.

Diante da importância do assunto e o caráter híbrido de nosso ordenamento jurídico, o presente estudo elucida o tema da

¹⁰⁰ Juiz do Tribunal Federal do Trabalho Alemão, defendeu a tese da incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações de direito privado em que se configurem relações de poder. (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Org. Luiz Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 156-157).

¹⁰¹ VILANI afirma que as sociedades ocidentais modernas têm as marcas de três grandes tradições do pensamento político: a republicana, a liberal e a socialista. (VILANI, Maria Cristina Seixas. **Cidadania Moderna: Fundamentos Doutrinários e Desdobramentos Históricos**. 2002, p. 47).

horizontalização dos direitos fundamentais sob os paradigmas¹⁰² do Estado liberal, social e democrático de direito e adentra aos problemas de sua aplicabilidade face a Constituição brasileira e o princípio liberal da autonomia privada.

2. A formação da concepção liberal de Estado e a horizontalização dos Direitos Fundamentais

O cenário político da época que antecede a formação do estado de direito é a centralização do poder político que culminou com o regime absolutista, regime no qual a figura do rei confundia-se com a figura do próprio Estado. Tal palco de constantes opressões, caracterizado pelo arbítrio ilimitado da figura do monarca, torna-se ambiente favorável para concretização dos direitos do homem.

É preciso não esquecer que, nesta época, já havia se operado a centralização do poder político, fragmentado durante a Idade Média e reunificado a partir do século XV. Esta centralização resultara no absolutismo, justificado a partir da vontade divina (Bodin) ou da idéia de contrato social

¹⁰² É sabido que o conceito de paradigma nasceu da filosofia da ciência de Thomas Kuhn (KUHN, T.S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1994, sobretudo da p. 218 a 232). Sem embargo, mais importante que entender a noção de paradigma para o presente trabalho, como um consenso da comunidade científica a respeito das teorias, modelos, procedimentos e métodos de compreensão de mundo num determinado tempo, quando trabalhamos com o paradigma do Estado liberal, social e democrático de direito, não estamos rompendo totalmente com um modelo de estado em detrimento de outro, como assevera Sarmiento, constituindo, na verdade, em exteriorizações no mundo jurídico de várias mundividências decorrentes de revoluções gradualistas. (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006, p.4).

(Hobbes). O Estado absolutista, que praticamente se confundia com a pessoa no monarca – recorde-se Luis XIV: L'État s'est moi - , convertera-se em instrumento de opressão e arbítrio ilimitados, o que criou uma atmosfera favorável à cristalização do conceito de direitos do homem. (SARMENTO, 2006, p. 7)

O surgimento da Modernidade vincula-se ao que Max Weber denomina de “desencantamento do mundo”, na aposta na razão e na ciência, no mundo antropocêntrico, que valoriza antes de tudo, o homem, desvinculando-se da perspectiva eminentemente organicista da sociedade pré-moderna.

Na política, a Modernidade se identifica com os valores da liberdade, igualdade, solidariedade e democracia, em torno dos quais foi erigido o Estado Moderno. As duas grandes ideologias que dividiram o mundo no século XX, liberalismo e socialismo, realizaram leituras diferentes destes mesmos valores, mas deles não se afastaram. São ambas, portanto, essencialmente modernas, indiscutíveis legados do Iluminismo. (SARMENTO, 2006, p. 37).

Os movimentos constitucionalistas do final do século XVIII, dentre os quais a revolução Francesa e o movimento de independência e fundação do estado norte-americano, muito contribuíram para a formação da nova era, a era de consolidação e juridificação dos direitos do homem.

Com o movimento constitucionalista implantam-se Estados de Direito que resultam da conformação da organização política à necessidade de se impor e dar cursos a essas idéias, tidas como direito natural de cunho racional, verdades matemáticas absolutas e inquestionáveis que deveriam caracterizar o indivíduo – essa outra invenção da modernidade. O Direito é visto, assim, como um sistema normativo de regras gerais e abstratas, válidas universalmente para todos os membros da sociedade. O Direito Público, no entanto, deveria assegurar, ainda que de distintos modos, o não retorno ao absolutismo, precisamente para que aquelas idéias abstratas

pudessem ter livre curso na sociedade, mediante a limitação do Estado à lei e a adoção princípio da separação dos poderes que, ainda que lido de distintos modos, sempre deveria requerer no mínimo, também a aprovação da representação censitária da “melhor sociedade” no processo de elaboração dessas mesmas leis. (CARVALHO NETTO, 1999, p. 478).

Sob o paradigma liberal, destacam-se a igualdade formal, a garantia da liberdade individual e o direito de propriedade, ao lado da contenção do poder estatal, consolidando princípios que consagraram a hegemonia da burguesia em substituição à nobreza e criando arcabouço institucional indispensável ao florescimento do regime capitalista. “...já que a liberdade é fazer tudo aquilo que as leis não proibam, quanto menos leis, mais livres seriam as pessoas para desenvolver as suas propriedades”. (CARVALHO NETO, 1999, p. 479)

Nesse contexto, estabelece-se rígida fronteira entre sociedade civil e o Estado, entre público e privado, prevalecendo a superioridade do indivíduo em detrimento do grupo e do Estado.

Consagram-se os direitos fundamentais de primeira geração, impondo que, para o desenvolvimento da sociedade de forma harmoniosa, não deveria haver intervenção do ente estatal, sendo os direitos fundamentais vistos como limites à atuação do Estado em prol da liberdade dos governados. Consolidou-se, pela doutrina liberal dos direitos fundamentais, pensamento diverso ao dos filósofos jusnaturalistas, articulando-se dois sistemas diferentes para proteção da liberdade dos homens: a Constituição Federal, que prevalecia nas relações entre indivíduos e Estado, governantes e governados, e o Código Civil, que conservava em seu bojo, como regra imutável e absoluta o princípio da autonomia privada.

Nesse período, prevaleceu a idéia de que o Código Civil representava o centro do sistema do Direito Privado. O Código, que deveria cristalizar normas racionais e imutáveis, assentava-se na garantia da propriedade e da liberdade contratual, protegendo os interesses da burguesia ascendente.

(SARMENTO, 2006, p. 323).

Os direitos fundamentais eram concebidos como direitos subjetivos públicos, oponíveis apenas face ao Estado, limitando sua atuação em prol da liberdade dos governados.

Daí concluir-se que no paradigma do Estado liberal, não havia incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, devido ao fosso estabelecido entre as esferas pública e privada, e a consagração do princípio da autonomia privada sobre as relações entre os particulares, desempenhando o Código Civil relevante importância sob essa perspectiva.

De acordo com a doutrina liberal clássica, os direitos fundamentais limitar-se-iam à regência das relações públicas, que tinham o Estado como um de seus pólos. Tais direitos eram vistos como limites ao exercício do poder estatal, que, portanto, não se projetavam no cenário das relações jurídico-privadas. (SARMENTO, 2008, p. 193).

3. O Paradigma do Estado Social de Direito e aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas

A liberdade e a igualdade concebidas de forma apenas formal, bem como a propriedade privada, acabam por fundamentar práticas sociais de exploração humana jamais vista na história da humanidade.

Idéias socialistas, comunistas e anarquistas como o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da igreja, juntamente com a revolução industrial nasceram neste período e culminaram com a Revolução russa de 1917.

Idéias socialistas, comunistas e anarquistas começam a colocar em xeque a ordem liberal e a um só tempo animam os movimentos coletivos de massa cada vez mais significativos e neles se reforçam com a luta pelos direitos coletivos e sociais, como o de greve e de livre organização sindical e partidária, como a pretensão a um salário

mínimo, a uma jornada máxima de trabalho, à seguridade e previdência sociais, ao acesso à saúde, à educação e ao lazer. Mudanças profundas também de toda ordem conformam a nova sociedade de massas que surge após a 1ª Guerra Mundial e, com ela o novo paradigma constitucional do Estado Social. (CARVALHO NETTO, 1999, p. 399-480).

Assim, após a primeira guerra mundial no século XX, consolida-se a denominada segunda geração dos direitos fundamentais, caracterizando-se, principalmente, pela busca da igualdade material. A liberdade necessita de um arcabouço de leis sociais e coletivas que possibilitem o reconhecimento das diferenças materiais, privilegiando-se o economicamente mais fraco da relação, a fim de suplantar a igualdade de cunho apenas formal, própria do Estado liberal.

Sob esse enfoque, as constituições passam a preocupar-se com uma multiplicidade de assuntos, valendo-se de normas de conteúdo programático.

Multiplicam-se os atores sociais de natureza privada, deixando o Estado de ser o único ente potencialmente opressor às liberdades individuais e passando-se a questionar se ele seria o único destinatário dos direitos fundamentais ou se esses direitos também irradiar-se-iam sobre as relações jurídicas de natureza privada.

O direito privado, assim como o público, apresentam-se agora como meras convenções e a distinção entre eles é meramente didática e não mais ontológica. A propriedade privada, quando admitida, o é como um mecanismo de incentivo à produtividade e operosidade sociais, não mais em termos absolutos, mas condicionada ao seu uso, à sua função social.(CARVALHO NETTO, 1999, p. 480).

Todo o direito torna-se público, há um crescente fortalecimento do Poder Executivo que torna-se responsável pelo provimento dos direitos de segunda geração. As constituições

passam a cuidar da ordem econômica e das relações privadas. Fala-se numa “Era da Descodificação” e rompimento do monopólio absoluto do Código Civil.¹⁰³

Nesse contexto, diante do poder crescente de instâncias não-estatais, como as grandes empresas e associações, ameaçadoras dos direitos do homem, exigiu-se que os direitos fundamentais se voltassem também para os atores privados.

Como a opressão surge agora nas relações privadas, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, nada mais justo que estender a este domínio os direitos fundamentais.

Este poder que se pulveriza na sociedade, intermediário entre estado e indivíduo, apresenta-se mais perigoso para os direitos humanos do que os exercidos pelas autoridades públicas, por ser mais opaco, e não se encontrar democraticamente legitimado.

(...) tornou-se cristalino que a desigualdade brutal entre os atores privados enseja a opressão do mais forte sobre o mais fraco. O Estado e o Direito assumem novas funções promocionais, e se consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família. (SARMENTO, 2006, p. 323).

4. O paradigma do Estado Democrático de Direito e aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas

Pode-se identificar a crise do *Welfare state* com os dois choques do petróleo na década de 70, colocando em xeque a lógica do dirigismo estatal. Tal crise aconteceu após a segunda guerra mundial, tendo sido provocada de forma geral, pelo embargo dos

¹⁰³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. p. 324.

países membros da OPEP (Organização dos países exportadores de petróleo) e Golfo Pérsico de distribuição do petróleo para os EUA e Europa.

Paralelamente a isso assistimos a uma abertura crescente do mercado interno, às privatizações e corte de gastos sociais, culminando com uma desregulamentação do mercado e um enfraquecimento do estado providência.

Surge uma visão neoliberal no final do séc. XX preferindo um modelo constitucional mais sintético e procedimental.

As sociedades tornam-se hipercomplexas e informatizadas, abrangendo relações intrincadas e fluidas. Nasce os chamados direitos de terceira geração, os chamados direitos fundamentais difusos, compreendendo os direitos ambientais, do consumidor e da criança, dentre outros.

Mais uma vez questiona-se as relações entre o público e o privado,

Os direitos de 1ª e 2ª geração ganham novo significado. Os de 1ª são retomados como direitos (agora revestidos de uma conotação sobretudo processual) de participação no debate público que informa e conforma a soberania democrática de um novo paradigma, o paradigma constitucional do estado Democrático de Direito e seu direito participativo, pluralista e aberto. (CARVALHO NETTO, 1999, p. 481).

O Estado Democrático de Direito é um Estado híbrido, que manteve os princípios do Estado liberal protegendo as liberdades individuais, que ampliou as ações do Estado de Bem-estar social atribuindo novos direitos sociais e trazendo novos elementos que o caracterizam como um Estado de viés republicano, nas lições de Vilani (2002).

Para Vilani (2002), a cidadania moderna é um processo de construção, existindo a fusão de diversos pensamentos e vertentes. A autora cita, primeiramente, o liberalismo que comporta a dimensão civil da cidadania, ou seja os direitos da liberdade, tão importante para conquista da cidadania política, consubstanciada

na idéia de bem-comum, no ideal coletivo, e que está contida na vertente republicanista.

Ambas as correntes consolidam os direitos fundamentais ditos de primeira geração.

Para efetivação desses direitos, cria-se uma terceira corrente, já no século XIX, a corrente socialista, que tem como principal valor defensável o igualitarismo, coibindo o Estado a atuar de forma positiva para prover o bem-estar e a segurança coletiva (*Welfare State*).

Aos direitos fundamentais de primeira e segunda geração, acrescentamos hoje, os direitos metaindividuais ou de terceira geração, resultado de uma sociedade plural multicultural, e que representam os direitos das minorias excluídas, como os direitos dos homossexuais, ou de categorias sociais específicas, como os direitos das crianças e adolescentes, dos idosos, etc., além dos direitos difusos como o direito a um meio ambiente ecologicamente saudável. Por fim, a autora acrescenta os direitos de quarta geração, direitos a biotecnologia.

Alguns autores contemporâneos admitem que a Constituição brasileira de 1988 é marcada pela vertente republicana do constitucionalismo comunitário.

O comunitarismo, corrente que possui inúmeros filósofos e pensadores adeptos como Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, e mais recentemente Michael Walzer, Alasdair Macintyre, Charles Taylor, Michael Sandel critica a corrente liberal e tem como tese predominante a prioridade do bem sobre o justo, identificando-o com o padrão de vida da comunidade. No Brasil, ganhou adeptos de doutrinadores como Fábio Konder Comparato, Dalmo de Abreu Dallari e Paulo Bonavides, representantes da corrente denominada constitucionalismo comunitário.

O constitucionalismo comunitário, calcado no binômio dignidade humana/solidariedade social, ultrapassa, segundo seus representantes, a concepção de direitos subjetivos, para dar lugar as liberdades positivas” (Cittadino, 1999, p. 17). Nessa

perspectiva, os direitos fundamentais já não podem mais ser pensados simplesmente do ponto de vista do ser humano em particular, mas também do ponto de vista da comunidade de cidadãos (VILANI, 2002, p. 59).

Nessa perspectiva de embate entre liberais e comunitaristas, Habermas (1995) tem se destacado ao propor uma nova corrente, crítica-deliberativa, *“conciliando interesses privados concorrentes com os ideais coletivos”*.(VILANI, 2002, p.59)

Habermas, em *“Três Modelos de Democracia”* (1995), retira elementos tanto do modelo liberal quanto do modelo republicano, combinando-os de uma maneira nova. Nesse diapasão, a cidadania é pensada tanto como garantia da autonomia privada quanto como possibilidade de participação ativa dos cidadãos no espaço público (autonomia pública).

O diálogo entre todos os integrantes de uma comunidade política é valorizado, com vistas à deliberação sobre o viver em comum. Para Habermas, a pluralidade democrática pressupõe uma variedade de identidades individuais e coletivas, não havendo como valorizar umas, desconhecendo as outras. (VILANI, 2002, p. 60).

Atualmente, assistimos no Brasil a chamada crise do Estado social, desencadeada pela descrença na força normativa da Constituição de 1988, pela ausência de efetividade dos direitos fundamentais de cunho social.

Tal idéia, liga-se, basicamente, à noção de que os direitos sociais de natureza prestacional necessitam de dinheiro para sua concretização, acarretando verdadeira estagnação do Estado na efetivação de políticas públicas a favor dos menos favorecidos no país.

Nos estudos de Ana Paula Barcellos:

A doutrina registra, em geral, que os direitos sociais diferentemente dos individuais e políticos (embora este ponto seja altamente discutível), dependem de prestações positivas do Estado para sua implementação, enfrentando assim o problema da escassez dos recursos públicos, sempre menores

que as necessidades. Como consequência disso, afirma-se, a grosso modo, que as normas que prevêem tais direitos não têm a capacidade de torná-los exigíveis diante do Estado, pois o Judiciário não teria competência para dispor a respeito do orçamento público. Em suma; tais direitos não seriam direitos subjetivos; não haveria um dever jurídico do Estado de prestá-los. (BARCELLOS, 2003, p. 117-118).

Surge a descrença na força normativa da Constituição Federal de 1988, uma vez que o Poder Judiciário torna-se incompetente, juridicamente, para dispor a respeito do orçamento público, submetendo-se à chamada cláusula da reserva do possível na concretização de suas decisões.

Nas palavras do Prof. Álvaro Ricardo de Souza Cruz:

Essa crise de efetividade dos direitos sociais está, pois, diretamente vinculada à exclusão social no Brasil e se traduz no incremento da prostituição, da criminalidade, no aparecimento de ordens normativas paralelas, tais como em favelas de todos os grandes centros do país. O problema mais candente tem sido o abandono chocante daqueles que mais necessitam da solidariedade: as crianças, os idosos e as pessoas portadoras de necessidades especiais. (CRUZ, 2007, p. 335)

Alguns autores entendem que hoje estamos diante de uma era pós-moderna, afirmando que a modernidade não conseguiu solucionar os problemas candentes da humanidade, exaurindo-se no séc. XX com a constatação da impotência de seu discurso diante das relações hipercomplexas da sociedade globalizada e fragmentada.¹⁰⁴

Na perspectiva pós-moderna, o direito torna-se mais flexível, adaptável às contingências, do que o direito coercitivo e

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. p. 37.

sancionatório, próprio da modernidade. No novo modelo, ao invés de impor e proibir condutas, o estado prefere negociar, induzir, incitar comportamentos, tornando-se mais suave o seu direito, preferência do relativismo ao universalismo, do concreto ao abstrato do pragmático ao teórico, aferindo maior importância às tradições locais na identidade humana e revalorizando as experiências jurídicas das culturas não ocidentais. Rejeita-se as grandes categorias conceituais do direito moderno como direito subjetivo, interesse público, e reconhece-se o pluralismo jurídico.

É nessa linha que surge a concepção de Niklas Luhmann e Günter Teubner, da teoria do direito como um sistema autopoietico, fechado¹⁰⁵. Nessa perspectiva, o direito fundamentar-se-ia apenas no procedimento, despidendo-se de colorações éticas, sendo a constituição entendida como a normação da normação, como um regulativo das relações sistema-ambiente do sistema político da sociedade. Há uma rejeição das dimensões substantivas constitucionais, concebendo-a, preferencialmente, como um estatuto procedimental.

Ora, não se pode decapitar a constituição de seu conteúdo normativo. Daniel Sarmiento critica esta proposta evidenciando que esvaziar a constituição e o direito, desprezando-se seu potencial emancipatório e sua dimensão substantiva sobretudo em países periféricos como o Brasil, é perigosíssimo, coonestando a exclusão social.¹⁰⁶

Cruz (2007) corrobora tal pensamento ao elucidar o valor do salário mínimo comparado com o art. 7º, inciso IV da CR/88, enfatizando que não é racional a expressão de um nominalismo lowesteiniano aprofundando a sensação de desvalor da Constituição, perpassando a questão pelas relações sociais, naquilo

¹⁰⁵ Sobre o assunto consultar LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**, v. I e II e TEUBNER, Günter. **O Direito como sistema autopoietico**. Trad. José Engracia Nunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2006, p. 46.

que fazemos de concreto para mudança desse *status quo* social.¹⁰⁷

É nesse contexto de crise de efetividade dos direitos fundamentais no Brasil, principalmente, os de segunda geração, além da própria noção de equiparação entre as esferas pública e privada e a ampliação da proteção dos direitos fundamentais que passa não só pela responsabilidade do Estado, mas pelos entes de natureza privada, que se busca delinear a teoria da aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais, ou seja, sua aplicabilidade sem intermediação do poder legislativo, concedendo máxima efetividade desses direitos no contexto do estado social democrático de direito brasileiro. Tal teoria confirma a força irradiante dos direitos fundamentais e sua importância, reafirmando o disposto no parágrafo 1º do artigo 5º da CR/88, mesmo diante de correntes pós-modernistas que tentam transformar nossa carta constitucional num documento despido de sua função precípua: garantir condições mínimas de dignidade aos cidadãos brasileiros.

A teoria da aplicação direta ou imediata dos direitos fundamentais, defendida por Hans Carl Nipperdey na Alemanha em 1950, majoritária na Espanha e em Portugal, é de fundamental importância no contexto atual, onde os poderes privados representam grande ameaça para a liberdade humana, vindo a opressão de todos os lados, presentes em esferas como o mercado, a família, as empresas e a sociedade civil, tornando-se indispensável vincular diretamente os particulares aos direitos fundamentais.¹⁰⁸

Através dessa teoria, não há necessidade de

¹⁰⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica E (em) Debate. O Constitucionalismo Brasileiro Entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial.** Belo Horizonte, Editora Fórum: 2007. p. 327

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Org. Luiz Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193-194.

intermediação do legislador infraconstitucional, devendo o Poder Judiciário aplicar de forma direta os direitos fundamentais às relações de natureza privada.

No Brasil, considerando a moldura axiológica da Constituição de 88, é indubitável que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas é direta e imediata, ressalvados aqueles direitos que, pela sua própria natureza, só podem produzir efeitos em face do Estado (e.g., direitos do preso). A Carta de 88 não chancelou a clivagem absoluta entre o público e o privado, na qual se assentam as teses que buscam negar ou minimizar a incidência da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. (SARMENTO, 2006, p. 328).

Entretanto, a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais às relações privadas deve ser pautada por contornos e especificidades próprios, contextualizando os efeitos da sobreposição de direitos fundamentais sobre a autonomia privada.

Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado. (SARMENTO, 2006, p. 205).

Ademais, o princípio da solidariedade é vetor fundamental para os defensores da teoria da aplicabilidade imediata, verdadeiro instrumento de efetividade da justiça social, delineando diretrizes fundamentais para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, resguardados por uma constituição intervencionista, social, que possui como vetores jusfundamentais a promoção da igualdade substantiva e o princípio da dignidade humana, e que tem como principal objetivo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CR/88), Sarmento

(2008) realça a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. No mesmo sentido, Sarlet (2000) corrobora a idéia e acrescenta que a questão da desigualdade social no país, onde 54 milhões de habitantes vivem abaixo da linha de pobreza e 15 milhões abaixo da linha da miséria, justifica um reforço da utilização da teoria da aplicabilidade direta ou imediata, estendendo a tutela dos direitos humanos às relações privadas¹⁰⁹.

Tepedino (1999), sob o enfoque do Direito Civil-Constitucional, defende a teoria da aplicação direta ou imediata, como instrumento de humanização e solidarização do Direito Civil¹¹⁰.

Contudo, dois problemas podem ser invocados quando da aplicabilidade dessa teoria no Brasil e que devem ser encarados para melhor compreensão e delineamento do tema.

O primeiro dos problemas da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações entre os particulares diz respeito a atribuição de excessivos poderes ao Juiz em detrimento do legislador ordinário, sendo um desrespeito à democracia do país e à separação dos poderes, gerando verdadeiro ativismo judicial.

Esse é um problema real, complexo e que precisa ser enfrentado. Todavia, a resposta a esse problema não pode ser dada mediante fórmulas que, com o escopo de limitar a discricionariedade do Poder Judiciário, terminam por amesquinhar a própria supremacia da constituição. (PEREIRA,

¹⁰⁹ O autor diz que o alto índice de desigualdade social no país é argumento relevante para que se adote entre nós, a tese da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. (**“Direitos fundamentais e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil”**). In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 152-153).

¹¹⁰ **“Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro”**. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 49.

2008, p. 184).

Vale destacar as lições de Souza Neto (2003), que critica o chamado constitucionalismo brasileiro da efetividade, uma vez que as normas definidoras de direitos fundamentais básicos devem ser resolvidas pelo legislador infraconstitucional e não pela jurisdição. O autor aduz que por trás da supervalorização do Poder Judiciário como agente de transformação da sociedade situa-se uma descrença no potencial transformador do voto popular, decorrente de uma profunda desilusão com nossa recente democracia. Tal afirmativa, contudo, não quer dizer que o Judiciário não possua papel fundamental no regime democrático.

Democracia implica, além de decisão majoritária, também a instauração de um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais das minorias.

Por isso, de acordo com o jurista, só há sentido pensar em uma judicialização da política enquanto atuação judicial que preserve a interação democrática entre os cidadãos, e não como realização pelo Judiciário de tarefas que legitimamente cabem as maiorias.

Em decisão proferida pelo STF, relativa ao direito à saúde, para exemplificar o raciocínio esposado, houve concessão de máxima efetividade à constituição, mesmo se tratando no caso de um direito social prestacional. Tal decisão foi feita em oposição à interpretação decorrente do conceito de norma programática. O STF considerou a norma passível de aplicação direta pelo Poder Judiciário, e não mera diretriz a ser concretizada judicialmente só após mediação legislativa.¹¹¹

¹¹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Fundamentação e Normatividade dos direitos fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à luz do Princípio Democrático**. In: Mello, Celso Albuquerque de, e TORRES, Ricardo Lobo (orgs.). Arquivos de Direitos Humanos nº 4. Rio de Janeiro. Renovar, 2003, pp. 17-61; **Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade**. In: Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, pp. 1-73.

Essa afirmativa de que Judiciário, como poder contramajoritário, não teria legitimidade para decidir a partir da Constituição, contra a vontade do legislador em sua ausência ou relativa a questões polêmicas, é fortemente rebatida por Sarmiento (2008), ao cancelar a força normativa da Constituição e o papel da jurisdição constitucional como aliada da democracia.¹¹²

Não se olvida que tanto o Poder Judiciário como o Poder Legislativo desempenham papel de relevo num contexto democrático. O que se critica é o ativismo judicial calcado na interpretação subjetivista, no instante em que *“o julgador arroga a si o direito de ponderar fins e meios de forma utilitarista, com emprego de argumentos pragmáticos, isso é, por meio de argumentos de política”*. (CRUZ, 2007, p. 226).

Noutro giro, não se pode conceber a figura “passivista” do julgador, como assevera Dworkin sobre Hércules:

Vai recusar-se a substituir seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente política, e não de princípio, quando o argumento for sobre as melhores estratégias para satisfazer inteiramente o interesse coletivo por meio de metas, tais como a prosperidade, a erradicação da pobreza ou o correto equilíbrio entre economia e preservação. (DWORKIN, 1999, p. 475).

Não se pode conceber na ordem brasileira juízes “ativistas”, na concepção utilitarista, solipsista, nem tampouco juízes “passivistas” no sentido de não concederem efetividade a nossa carta constitucional. Busca-se “um meio termo” e um processo de construção e elaboração do direito consubstanciados

¹¹²SARMENTO, Daniel. **A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Org. Luiz Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 250-251

no direito como integridade e na teoria discursiva do direito, nas palavras de CRUZ.¹¹³ Eis a importância de se levar os direitos a sério.

O segundo problema, sem dúvida, concerne ao princípio da autonomia privada que prevalece nas relações entre os entes de natureza privada e que deve pautar as decisões judiciais na aplicação direta dos direitos fundamentais.

O princípio da autonomia privada, protegido no âmbito da Constituição Federal de 1988, *“é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.”*(AMARAL, 2003, p. 347). Tal princípio informa as relações jurídicas de natureza privada, constituindo direito fundamental básico dos cidadãos numa ordem jurídico democrática.

Nesse diapasão, não existem dúvidas de que a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações de ordem privada não é igual à aplicação desses mesmos direitos aos entes de natureza estatal, posto que existe nas relações entre os particulares um mínimo de autonomia privada, nas lições de Canotilho¹¹⁴, um núcleo irredutível de autonomia pessoal dos indivíduos. Nas palavras de Juan Maria Bilbao Ubilos¹¹⁵, reiteradas por Ingo Wolfgang Sarlet, *“a forma de incidência desses direitos não pode ser igual para os particulares e poderes públicos, em razão das diferenças ontológicas entre ambos”*. (SARLET, 2000, p. 117).

¹¹³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica E (em) Debate. O Constitucionalismo Brasileiro Entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial**. Belo Horizonte, Editora Fórum: 2007. p. 268.

¹¹⁴ CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992, pp. 602-612; e **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 1150-1160.

¹¹⁵ BILBAO, Ubilos, Juan Maria. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Sarmiento (2008) afirma que o princípio da autonomia privada deve ser ponderado com outros direitos e interesses constitucionais em jogo, refutando a idéia de vinculação irrestrita dos particulares a tais direitos, em regime idêntico ao que vincula os poderes públicos.

Entretanto, Álvaro Ricardo de Souza Cruz critica essa ponderação empregada com supedâneo na chamada jurisprudência de valores de Alexy,

A nosso ver, a posição de Alexy é ilustrativa da crítica que procuramos agora assertar contra a concepção de que a teoria da eficácia direta deva ser empregada apenas com supedâneo na jurisprudência de valores. Tratar direitos fundamentais como valores, como preferência do juiz que for apreciá-lo importa em um risco grande demais para a consistência de uma democracia legítima, eis que abala tanto o código binário do direito como põe em risco a equi-primordialidade da autonomia pública com a privada, eis que os direitos fundamentais, deixam de ser tidos como trunfos – no dizer de Dworkin -, e passam a ser relativizados por meio de juízos de valor dos diferentes órgãos estatais. Logo, a nosso sentir, a teoria da eficácia direta precisa ser depurada da noção de que ela só possa ser empregada por meio de uma teoria da argumentação de natureza axiológica. Direitos fundamentais ajudam a compor a essência de um sistema jurídico que pretenda legitimamente estabilizar as expectativas sociais de comportamento. Dessa forma, exigem respeito para sua natureza deontológica de modo a evitar a desnaturação do Direito em Política. (CRUZ, 2007, p. 354).

O princípio da autonomia privada, vetor da relação estabelecida entre particulares, não pode ser afastado ou ignorado nos discursos de aplicação e na utilização da teoria da eficácia direta ou imediata. Tal princípio, constitucionalmente consagrado e que também compõe o rol de direitos fundamentais, deve ser utilizado

como *standart* pelos Juízes na composição do caso concreto. Entretanto, o que CRUZ (2007) critica é o modo como os juízes têm aplicado a denominada Jurisprudência de Valores, o sopesamento dos princípios de forma discricionária e subjetivista, desnaturando o caráter deontológico dos direitos fundamentais.

Para Robert Alexy,

(...) la cuestión acerca de cómo las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano, se trata de un problema de construcción. La cuestión acerca de en que medida lo hacen formula un problema material, es decir, un problema de colisión. (ALEXY, 1993, p. 511).

Nessa esteira, Chamon Júnior (2006) assevera que a operação de ponderação ofertada pelo alemão é alheia a um critério racional de normatividade, transmutando-se, na concepção de Habermas, em um resultado discricionário e arbitrário.¹¹⁶

É de suma importância a utilização, neste sentido, da teoria discursiva do direito de Habermas, uma vez que *“no marco do estado Democrático de Direito devemos entender o modelo de democracia como eminentemente procedimental. A busca da racionalidade discursiva pressupõe a realização de procedimentos e pressupostos comunicativos”*. (CHAMON JÚNIOR, 2006, p. 34).

Nos discursos de aplicação (Poder Judiciário), aplicar ou coibir os particulares a obedecerem direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal de 1988 deve pautar-se por um processo discursivo, dialógico, em que o Juiz, após ouvir as partes, num processo hermenêutico de construção, vai aplicar a norma ao caso concreto, fazendo com que os entes de natureza privada também

¹¹⁶ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria Constitucional do Direito Penal. Contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois Tertium Non Datur: Pretensões de Coercibilidade e Validade Face a uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006. p. 30.

obedeçam aos direitos fundamentais básicos previstos na nossa Carta Maior, como o direito a ampla defesa, o direito à liberdade, à vida, o direito ao devido processo legal, dentre outros.

Assim, a compreensão de um processo que ocorra dialogicamente, garantindo a participação das partes, do juiz, de peritos e seus assistentes e muitas vezes de terceiros, como nos casos de *amicus curiae* é fundamental. Aqui, o conceito de uma comunidade de princípios de Dworkin ganha relevância, assim como também a perspectiva de que Hércules não representa a figura de um super juiz, mas indica a necessidade da construção discursiva do processo. (CRUZ, 2007, p. 357)

5. Conclusão

Com o advento da modernidade e o surgimento do Estado liberal de direito, tem-se a concepção negativa dos direitos fundamentais, concebidos como direitos oponíveis apenas face ao Estado, que deveria resguardá-los através da menor atuação possível, principalmente, no que condiz com a atuação legislativa, pois ao homem era permitido tudo que a lei não proibia.

Estabeleceu-se sob o paradigma liberal-burguês, rígida fronteira entre a sociedade civil e o Estado, entre o direito civil e o direito constitucional, entre as esferas pública e privada, permitindo a dedução de que os direitos fundamentais não se imiscuíam nas relações estabelecidas entre os particulares.

Com a revolução industrial e a formação de um estado social no séc. XIX, vislumbra-se nova concepção dos direitos fundamentais. O surgimento de uma sociedade injusta, desigual, em que a opressão surge de todos os segmentos, não só do Estado, faz nascer a concepção de que os direitos fundamentais também deveriam emergir sobre as relações estabelecidas entre os entes privados, potencialmente opressores e responsáveis pelas desigualdades sociais.

No Brasil, a carta constitucional de 1988, dita social, compromissária e democrática, caracterizando um modelo de estado híbrido, arrolando direitos sociais mínimos, convive com a realidade da crise de efetividade dos direitos fundamentais de ordem social. Entretanto, não se pode vislumbrar uma noção liberal de Estado sendo a autonomia privada limite para o avanço de uma compreensão democrática de esfera pública. A ampliação da proteção dos direitos fundamentais passa não só pela responsabilidade do Estado, mas pelos entes de natureza privada, sendo imprescindível aprimorar o estudo do reconhecimento na doutrina e jurisprudência pátria, da eficácia direta e imediata desses direitos.

A Carta Constitucional encontra-se na linha de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais de ordem individual, corroborando o pensamento de juristas e constitucionalistas como Daniel Sarmento, Ingo Wolfgang Sarlet, Gustavo Tepedino, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, dentre outros.

Ainda existem críticas que se referem: (i) à chamada desnaturação do princípio democrático e a ingerência do Poder Jurisdicional nas relações entre os particulares, sem interferência do legislador ordinário, e (ii) à utilização da Jurisprudência de Valores na aplicabilidade direta dos direitos fundamentais que deve considerar o princípio da autonomia privada presente nas relações em jogo.

Tais problemas delineiam o que os operadores do direito e o meio acadêmico vêm discutindo há muito tempo. Nos discursos de aplicação, não se deve deixar de aplicar os direitos fundamentais, concedendo máxima efetividade a nossa carta maior, desde que consubstanciados num processo dialógico discursivo sem técnicas utilitaristas ou discricionárias, examinando as especificidades próprias que envolvem o tema.

Num país desigual como o Brasil, onde a fome e a miséria permeiam e ditam as relações sociais e a carta constitucional compromissária é responsável pela garantia de direitos sociais

mínimos para concretização do princípio da dignidade humana, da liberdade e da igualdade importante se torna a aplicabilidade imediata da teoria para consolidação do princípio da solidariedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdès. Madrid: Centro de estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro. Renovar: 2003.

AMARAL, Gustavo. *Direitos, Escassez e Escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Renovar: Rio de Janeiro: 2001.

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

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BILBAO, Ubilos, Juan Maria. *La eficácia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª Edição. Editora Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992. _____, *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal. Contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois Tertium Non Datur: Pretensões de Coercibilidade e Validade Face a uma teoria da argumentação jurídica no marco de uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica Jurídica E(M) Debate O Constitucionalismo Brasileiro Entre a Teoria do Discurso e a Ontologia Existencial*. Belo Horizonte, Editora Fórum: 2007.

_____. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte. Del Rey: 2004.

_____. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Júris: 2006.

_____. *O Direito à Diferença*. Belo Horizonte. Del Rey: 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

NETTO, Menelick de Carvalho, *Requisitos Pragmáticos da Interpretação Jurídica sob o paradigma do estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, n. 3, p. mai., 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *A vinculação dos particulares aos*

direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIO DE JANEIRO. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201819/ RJ. Des. Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data do Julgamento: 11/10/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <[http:// www.stf.gov.br/](http://www.stf.gov.br/)> Acesso em 23 de nov. de 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO. Daniel. *Direito Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006
_____. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentação e Normatividade dos direitos fundamentais: Uma Reconstrução Teórica à luz do Princípio Democrático*. In Mello, Celso Albuquerque de, e TORRES, Ricardo Lobo (orgs.). *Arquivos de Direitos Humanos nº 4*. Rio de Janeiro. Renovar, 2003, pp. 17-61; *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*". In: *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, pp. 1-73.

TEPEDINO, Gustavo. *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar: 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 49

VILANI, Maria Cristina Seixas. *Cidadania Moderna: Fundamentos Doutrinários e Desdobramentos Históricos*. 2002.