

## **Contribuições do liberalismo igualitário e do comunitarismo às teorizações acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais.**

**Roberta Camineiro Baggio<sup>1</sup>**

**Stanley Souza Marques<sup>2</sup>**

**Resumo:** Os recentes debates acerca da vinculação dos particulares ao sistema de direitos fundamentais têm ganhado importância, sobretudo, pela sua contribuição na formulação de proposições que podem gerar um significativo aumento dos processos de democratização das sociedades contemporâneas. Contudo, tal debate carece de aprofundamento teórico sob o ponto de vista de seus pressupostos filosófico-constitucionais, ficando demasiadamente focado nas questões dogmáticas. A clareza de que concepções distintas de constituição e de seu sistema de direitos podem ensejar diferentes propostas acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas e que, ainda, tais concepções são geradoras de limites e potencialidades dessas propostas é o ponto de partida desse estudo. Pretende-se, assim, verificar as possíveis influências de alguns pressupostos presentes no embate específico entre o liberalismo igualitário e o comunitarismo na formulação das correntes teóricas que se dedicam ao debate da vinculação dos particulares ao sistema de direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Relações Privadas; Liberalismo Igualitário; Comunitarismo.

## **Contribuciones del liberalismo igualitario y del comunitarismo a las teorizaciones acerca de la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales.**

**Resumen:** Los recientes debates sobre la vinculación de los particulares al sistema de derechos fundamentales han ganado importancia, sobre todo, por su contribución para la formulación de proposiciones de democratización en las sociedades contemporâneas. Sin embargo, este debate carece de profundidad teórica bajo el punto de vista de sus presupuestos

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora Adjunta na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Conselheira da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça Brasileiro. Membro do Grupo de Estudos sobre a Internacionalização do Direito e Justiça de Transição (IDEJUST). Contato: robertabaggio@uol.com.br.

<sup>2</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisador bolsista de Iniciação Científica pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Contato: marques.stanley@gmail.com.

filosófico-constitucionales, a la vez que ha permanecido en demasía centrado en las cuestiones dogmáticas. La claridad de que las concepciones distintas de constitución y de su sistema de derechos pueden resultar en diferentes propuestas acerca de la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas y que, aún, tales concepciones son generadoras de límites y potencialidades de estas propuestas es el punto de partida de este estudio. Así, se pretende, verificar las posibles influencias de algunos presupuestos presentes en el debate específico entre el liberalismo igualitario y el comunitarismo en la formulación de las corrientes teóricas que se dedican al debate de la vinculación de los particulares al sistema de derechos fundamentales.

**Palabras clave:** Derechos Fundamentales; Relaciones Privadas; Liberalismo Igualitario; Comunitarismo.

**Sumário:** 1 Notas introdutórias; 2 Vinculação dos particulares a direitos fundamentais: principais construções dogmáticas; 2.1 Efeitos indiretos; 2.1.1 Críticas ao modelo de efeitos indiretos; 2.2 Efeitos diretos; 2.2.1 Críticas ao modelo de efeitos diretos; 2.3 *State Action Doctrine*; 2.3.1 Críticas à *State Action Doctrine*; 3 Possíveis contribuições acerca da fundamentação do debate da vinculação dos particulares a direitos fundamentais desde as perspectivas do liberalismo igualitário e do comunitarismo; 4 Considerações finais; 5 Referências.

## **1 Notas introdutórias**

O desenvolvimento da concepção tradicional dos direitos fundamentais remonta ao contexto histórico liberal, no qual os cidadãos eram compreendidos isoladamente no campo social e político e, a sociedade e o Estado, incomunicáveis entre si como ilhas. Submetiam-se, cada qual, aos ditames do direito privado e do direito público, respectivamente. Nesta perspectiva, outra não poderia ser a função atribuída aos direitos fundamentais a não ser a da proteção da sociedade ante ingerências do poder público. Em outros termos, esta categoria especial de direitos, em sua gênese, aplicava-se, tão-somente, no cenário das relações entre o cidadão e o poder público (relações verticais/públicas), com o fito de salvaguardar a liberdade individual e social.

Significativas alterações nos espaços social e político das sociedades democráticas contemporâneas, todavia, erigiram à evidência que a exclusiva proteção da liberdade individual e social já não era suficiente para "garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações". Por vezes, a regra formal da liberdade não só inviabilizava o desenvolvimento individual e coletivo, como fomentava os antagonismos e o agravamento dos níveis de opressão, uma vez que o processo de complexificação social pelo qual passou o Estado, principalmente após a Revolução Industrial, inseriu novos elementos na configuração de um novo contexto de sociedade em que "a paz social, o bem-estar coletivo, a justiça e a própria liberdade não podem realizar-se espontaneamente numa sociedade economicamente desenvolvida, complexa, dividida, dissimétrica e conflitual" (ANDRADE, 2010, p. 243). Em face desse contexto, repensar a concepção liberal burguesa dos direitos fundamentais revelou-se e ainda revela-se uma exigência inafastável.

A influência desses fatores históricos tornou o sistema de direitos fundamentais também mais complexo, razão pela qual é de proveito analisar os seus lineamentos mais gerais.

Primeiro: a associação fixa do Estado à figura de inimigo dos direitos fundamentais carece de razoabilidade. Os direitos fundamentais ganham uma dimensão objetiva, através da qual se reconhece que os valores constitucionais expressos por estes direitos devem ser respeitados pelo Estado ao mesmo tempo em que deve o poder público zelar pelo respeito a este rol especial de direitos enquanto interesses públicos fundamentais; "esbate-se o antagonismo substancial indivíduo-Estado, que tinha sido a força impulsionadora dos direitos do homem" (ANDRADE, 2010, p. 243).

Segundo: os cidadãos não estão contrapostos ao Estado e a sociedade deixa de ser compreendida, exclusivamente, como a arena de disputa de apetites individuais, "à medida que se verifica a profunda diversificação e imbricação entre os interesses das pessoas e se multiplica a actividade dos partidos e dos grupos de interesse", dentre os quais podem ser citados os sindicatos, as igrejas, as associações cívicas, profissionais, desportivas, entre tantos outros que gozam de poder social e político (ANDRADE, 2010, p. 243).

Ainda sob a ótica do magistério de José Carlos Vieira de Andrade, há um terceiro fator. O Estado-Administração figura "na vida social metamorfoseado em diversas figuras jurídicas", e, cada vez mais comum, "na veste" de sujeito privado, "as entidades privadas passam a exercer tarefas de interesse colectivo ou determinam em termos fundamentais os

comportamentos de indivíduos em diversas áreas sociais". Diante disso, esvazia-se a distinção rígida entre entidades públicas e privadas "e, em consequência, a diferença entre o direito público e o direito privado como critério de relevância dos direitos fundamentais". (ANDRADE, 2010, p. 243).

É diante deste sintetizado panorama argumentativo que as contemporâneas teorizações acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais são arquitetadas. E, a despeito de avanços dogmáticos no tocante à operatividade de direitos fundamentais no tráfico jurídico-privado, a temática ainda permanece tachada como, no mínimo, espinhosa.<sup>3</sup>

A partir do reconhecimento do anacronismo da concepção liberal-burguesa, alguns modelos teóricos para a vinculação dos particulares a direitos fundamentais foram formulados, uma vez que "não seria correto simplesmente transplantar o particular para a posição de sujeito passivo de direito fundamental, equiparando o seu regime jurídico ao dos Poderes Públicos". Em outros termos, o *modus operandi* dos direitos fundamentais não pode ser idêntico nas relações horizontais e verticais.

E isso por duas razões essenciais: (i) nas relações entre particulares, diversamente das relações entre os cidadãos e o Estado, todos os envolvidos são titulares de direitos fundamentais; ademais, (ii) a Constituição consagra o princípio da autonomia privada nas relações entre os atores privados (SARMENTO, 2011, p-p. 131-132).

Os três principais modelos de vinculação dos particulares a direitos fundamentais são objeto de investigação deste estudo. Antes, porém, deve ser ressaltado não bastar a mera opção por algum destes modelos - efeitos indiretos, efeitos diretos, *state action* ou qualquer outro. A eleição de algum destes modelos exige discussões teóricas sobre as concepções de constituição e de direitos fundamentais adequadas ao ordenamento jurídico nacional, afinal, como assevera Virgílio Afonso da Silva, "a mera exposição de modelos e a decisão por um deles é um passo, embora fundamental, ainda muito tímido na reconstrução do problema da constitucionalização do direito". Acrescenta o constitucionalista brasileiro que deliberar, "por exemplo, por uma eficácia indireta [efeitos indiretos] dos direitos fundamentais, não responde à pergunta sobre como essa eficácia deve ocorrer" (SILVA, 2011, p-p. 105-109).

---

<sup>3</sup> A propósito, Virgílio Afonso da Silva sustenta que a problemática ainda não foi objeto de sistematização na literatura constitucional brasileira. Nas palavras do autor, "[...] a constitucionalização do direito, a irradiação dos valores constitucionais para todos os ramos do direito e, especialmente, o problema dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não foi ainda, com [...] raras exceções [...], objeto de estudo sistemático no Brasil. Mas mesmo nos casos em que isso tenha ocorrido, muitas vezes é difícil tirar conclusões acerca dos modelos adotados" (SILVA, 2011, p. 132).

Não por outra razão, empreende-se este estudo a investigar as concepções de constituição e de seu sistema de direitos formulados por duas das principais correntes da filosofia política das últimas décadas: o liberalismo igualitário e o comunitarismo<sup>4</sup>. A partir de tal averiguação, é possível vislumbrar um ganho qualitativo no debate filosófico-constitucional contemporâneo, principalmente no que tange à superação de algumas limitações do debate acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Tal discussão justifica-se à medida que pode desembocar em um importante “papel de fundamentação [...] da escolha por um ou outro dos modelos”. (SILVA, 2011, p-p. 105-109). Segundo Virgílio Afonso da Silva, as correntes que atualmente debatem essa questão da vinculação entre particulares e direitos fundamentais não passam de molduras vazias, carentes de "discussões fundamentais e de grande densidade teórica" (SILVA, 2011, p. 109).

Na linha da proposta por esse estudo, serão sintetizadas as três principais doutrinas sobre a operatividade de direitos fundamentais no tocante às relações jusprivatistas, sendo apresentadas as críticas a cada uma delas e, por fim, será desenvolvida uma breve análise sobre as possibilidades de fundamentação das doutrinas debatidas a partir das visões do liberalismo igualitário e do comunitarismo.

## **2 Vinculação dos particulares a direitos fundamentais: principais construções dogmáticas.**

As primeiras construções dogmáticas sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais foram desenvolvidas na Alemanha, embora não seja um fenômeno exclusivo deste país, muito ao contrário. Não obstante seja a doutrina germânica o principal palco da sistematização da temática, a influência exercida pelos direitos fundamentais sobre o direito privado é objeto de teorizações pela maioria dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Claus-Wilhelm Canaris identifica com clareza a problemática. Se por um lado encontram-se os dispositivos enunciativos de direitos fundamentais em hierarquia normativa superior ao Direito Privado, por outro está a impossibilidade de a constituição regulamentar as

---

<sup>4</sup> Sabe-se que a expressão comunitarismo agrega uma gama considerável de autores que discordam do pressuposto teórico da universalização dos direitos mas que possuem entre si diferenças abissais. Contudo, optou-se, nesse trabalho, por adotar tal nomenclatura exatamente para que seja possível explorar tal diferença básica em relação aos liberais igualitários: a não precedência do justo sobre o bom. Pelas limitações espaciais do presente artigo foram escolhidos apenas dois autores considerados representativos de cada uma das correntes: John Rawls (liberalismo igualitário) e Michael Walzer (comunitarismo).

relações entre particulares, tarefa essencial do Direito Privado. Há, portanto, uma "certa relação de tensão entre o grau hierárquico mais elevado da Constituição, por um lado, e a autonomia do Direito Privado, por outro"<sup>5</sup>. (CANARIS, 2010, p. 206).

O presente tópico tem por escopo investigar os modelos propostos para a harmonização entre os direitos fundamentais e o direito privado. No tocante à aplicabilidade e à produção de efeitos de direitos fundamentais nas relações horizontais (particular-particular), três modelos alcançaram repercussão internacional nos planos teórico e prático: (i) efeitos indiretos (mais conhecido como teoria da eficácia indireta ou mediata); (ii) efeitos diretos (mais conhecido como teoria da eficácia direta ou imediata); (iii) negação da produção de efeitos (*state action*).

Antes, porém, faz-se necessária uma consideração acerca da distinção conceitual entre os termos "eficácia" e "aplicabilidade", em razão de repercussões teóricas ao longo deste trabalho. Compartilha-se da posição de Virgílio Afonso da Silva, segundo o qual não há identidade entre tais vocábulos. Eficácia consistiria na capacidade de produzir efeitos. Aplicabilidade, a seu turno, conectar-se-ia a uma situação fática concreta. Em outras palavras, uma norma pode ter eficácia, embora não goze de aplicabilidade sobre uma relação específica. Nas construções dogmáticas acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, há consenso quanto à produção de efeitos jurídicos das normas instituidoras de direitos fundamentais (são eficazes), porém discute-se a sua incidência a um suporte fático específico, qual seja, as relações entre particulares. O dissenso se dá no tocante à vinculação dos sujeitos privados (suporte fático específico) a direitos fundamentais, logo, revela-se mais adequado se ater aos termos "aplicabilidade" ou "efeitos" (indiretos e diretos), razão pela qual neste estudo não se recorre às expressões "teoria da eficácia mediata ou indireta" e "teoria da eficácia direta ou imediata". Em breve síntese: caso o debate enfoque o suporte fático de direitos fundamentais, é preferível fazer uso dos vocábulos "aplicabilidade" e "efeitos".

Outra observação deve ser elucidada. Os modelos averiguados são teorizações acerca da vinculação dos particulares, em relações com outros particulares, a direitos fundamentais. A vinculação do legislador aos direitos fundamentais é direta e pacífica na doutrina

---

<sup>5</sup> A questão está em aberto para os direitos fundamentais que tem a potencialidade de vincular não apenas o poder público, mas também os cidadãos, a exemplo das liberdades individuais e dos direitos sociais não-trabalhistas. Os direitos fundamentais que tem o Estado como o único destinatário (designados direitos fundamentais unidirecionais), portanto, não são objeto da discussão doutrinária que se pretende averiguar neste estudo. Ressalta-se que, em razão de limites físicos impostos a este trabalho, outras teorias que se dedicam à operatividade de direitos fundamentais no tráfico jurídico-privado, tais como o modelo da convergência estatista, não serão investigadas.

constitucional, uma vez reconhecidos o princípio da supremacia da constituição e a força normativa dos princípios e valores expressos pelos preceitos constitucionais. Em breves palavras, a produção legislativa está diretamente vinculada aos direitos fundamentais e não se confunde com o objeto deste trabalho, qual seja, a vinculação dos sujeitos privados a este catálogo especial de direitos.<sup>6</sup>

Uma vez tecidas as considerações reputadas necessárias, nos subtópicos a seguir serão descritas, analisadas e interpretadas as principais doutrinas sobre o modo e a extensão da influência de direitos fundamentais às relações jusprivatistas.

## 2.1 Efeitos indiretos

O modelo dos efeitos indiretos, majoritário entre os países que sistematizaram a vinculação dos particulares a direitos fundamentais<sup>7</sup> e, tradicionalmente difundido como teoria da eficácia indireta ou mediata, tem como argumento inicial o direito geral de liberdade, constitucionalmente assegurado. Recorrem os adeptos deste modelo ao direito de liberdade, positivado pela maioria das constituições democráticas ocidentais, com o fito de inviabilizar qualquer efeito absoluto de direitos fundamentais às relações jusprivatistas. Desta feita, preservar-se-ia a autonomia do direito privado. Em outros termos, diversamente da tradicional e pacífica construção dogmática da aplicação direta de direitos fundamentais nas relações verticais (cidadão-Estado), relativizar-se-ia a aplicação de direitos fundamentais (conteúdo e alcance) nas relações entre particulares em prol da autonomia privada.

A solução encontrada para obstaculizar a primazia do direito constitucional sobre o direito privado ou vice-versa, foi articular a noção de direitos fundamentais como expressão objetiva de valores com as cláusulas gerais do direito privado (SILVA, 2011, p-p. 75-76).

---

<sup>6</sup> Esta nota revela-se recomendável na medida em que a confusão terminológica ainda se faz presente na literatura constitucional. Sustentar a vigência dos direitos fundamentais ou a vinculação imediata do legislador aos direitos fundamentais não implica, necessariamente, na defesa da vinculação imediata dos particulares, em relações com outros particulares, a tais direitos. A problemática da vinculação do legislador às normas instituidoras de direitos fundamentais situa-se fora do campo temático deste estudo, de modo que não é desejável que aqui seja enfrentada.

<sup>7</sup> No Brasil, o modelo de efeitos indiretos é minoritário entre os autores que estudam a temática, talvez, em vista, a juízo de Daniel Sarmento, de "características singulares da nossa ordem constitucional, muito mais voltada ao combate à injustiça nas relações privadas do que a Lei Fundamental Alemã" (SARMENTO, 2011, p. 141). Não menos importante, pode ser esgrimido o fato de o Brasil ser um país com um alto índice de desigualdades sócio-econômicas. Essa observação nos leva a crer que, a despeito da influência das teorizações estrangeiras, as peculiaridades do direito nacional não devem ser desprezadas.

A concepção de direitos fundamentais como ordem objetiva de valores consiste "na superação da concepção de direitos fundamentais somente como direitos exigíveis em face do Estado, seja a uma abstenção (liberdades públicas), seja a uma prestação (sobretudo os direitos sociais)". Diante desse novo paradigma, verificado a partir da segunda metade do século XX, sublinha Virgílio Afonso da Silva que os direitos fundamentais "desempenhariam uma função adicional: eles expressariam um sistema de valores, válido para todo o ordenamento jurídico" (SILVA, 2011, p. 77).

Sustentam os adeptos do modelo de efeitos indiretos que o conteúdo de direitos fundamentais permearia todo o direito. Em outras palavras, os valores expressos pelos direitos fundamentais irradiariam pela esfera do direito privado a partir de suas cláusulas gerais. Para essa corrente, portanto, os direitos fundamentais incidiriam sobre as relações entre particulares a partir da legislação e dos parâmetros dogmáticos hermenêutico-aplicativos do próprio direito privado. Não operariam os direitos fundamentais nas relações entre particulares (relações horizontais) de modo semelhante ao que se verifica nas relações entre o cidadão e o Estado (relações verticais), uma vez que nas primeiras, ao contrário das segundas, todos os envolvidos são titulares de direitos fundamentais, outro argumento caro à construção dogmática dos efeitos indiretos. O Estado protegeria direitos fundamentais dos sujeitos particulares ante ameaças perpetradas por outros sujeitos particulares a partir do instrumental privatístico.

Em breves palavras, há, necessariamente, a mediação da legislação privada como condição para a aplicação de direitos fundamentais às relações jusprivatistas. Segundo Wilson Steinmetz, "como direitos subjetivos constitucionais, os direitos fundamentais não vinculam imediatamente os particulares", e acrescenta que "estes vinculam-se mediamente a direitos fundamentais como princípios constitucionais objetivos" (STEINMETZ, 2004, p. 154). Em outros termos, a Constituição não investiria os particulares em direitos subjetivos privados e as normas constitucionais instituidoras de direitos fundamentais irradiariam por todo o ordenamento jurídico.

O legislador desempenharia a principal tarefa, qual seja, a de conciliar os direitos fundamentais com a proteção da autonomia privada, princípio fundamental do direito privado e bem constitucionalmente assegurado, função decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O Legislativo se encarregaria de estabelecer o equilíbrio entre os direitos e valores conflitantes. O legislador definiria o conteúdo e as condições para o exercício de

direitos fundamentais nas relações entre particulares. O Judiciário, a seu turno, exerceria uma tarefa subsidiária. Interpretaria as cláusulas gerais do direito privado a partir do sistema de valores expresso pelos direitos fundamentais ante a ausência de previsão específica da legislação privada para o caso concreto, daí se falar em efeitos indiretos.

Há, contudo, significativos dissensos entre os doutrinadores que compartilham o modelo de efeitos indiretos como proposta teórica mais acertada<sup>8</sup>. Canaris, por exemplo, critica a tese de irradiação dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado. Para o jurista alemão, o vocábulo "irradiação" não designa "um conceito jurídico, mas apenas uma expressão imagética da linguagem coloquial que pouco explica em termos dogmáticos" (CANARIS, 2010, p. 218). O autor, ademais, questiona a utilidade das cláusulas gerais, através das quais os direitos fundamentais incidiriam sobre o tráfico jurídico-privado. A juízo de Canaris parece impensável afirmar que o recurso às cláusulas gerais possa atender à totalidade, assaz complexa, das demandas em torno da influência de direitos fundamentais sobre as relações entre particulares.

Uma vez contestada a adequação dogmática do procedimento da irradiação e o proveito das cláusulas gerais, de que modo o autor vislumbra a relação entre direitos fundamentais e Direito Privado?

Canaris formula seu projeto teórico a partir de três perguntas, através das quais a problemática seria demasiadamente simplificada: (i) Quem é o destinatário dos direitos fundamentais? (ii) De quem é o comportamento objeto do exame realizado com base nos direitos fundamentais? (iii) E em que função se aplicam os direitos fundamentais?

(i) Para a primeira indagação, afirma o autor que os direitos fundamentais vinculam diretamente apenas o Estado, caso contrário a autonomia do direito privado restaria violada. O Estado (e seus órgãos), como regra, seria o único destinatário direto. Nada impede, contudo, adverte o jurista, que a constituição, em casos específicos, vincule diretamente o particular, mas haveria aqui uma exceção.<sup>9</sup> Nas palavras de Canaris, defender que os particulares figurem como destinatários diretos destas normas "conduz a conseqüências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado [...] seriam guindadas a patamar do direito constitucional e privadas de sua autonomia". E arremata ao afirmar que há, ademais,

---

<sup>8</sup> Nesse artigo apresentaremos apenas as divergências de Canaris, uma vez que não haveria espaço para explorar todos os matizes e dissensos acerca do tema.

<sup>9</sup> O autor cita o artigo 9º, inciso III, alínea 2, da LF e o artigo 36 da Constituição italiana como exemplos da excepcional vinculação imediata do particular (CANARIS, 2010, p. 214).

problemas de ordem prática, uma vez que a maioria dos efeitos jurídicos "a que, se conseqüentemente prosseguida, tal concepção forçosamente chegaria - tal como a nulidade de contratos que restringem direitos fundamentais - teria de ser afastada logo por interpretação, pela sua evidente insustentabilidade" (CANARIS, 2009, p-p. 53-54)

(ii) Diante da segunda interrogação, assevera Canaris que apenas as regulações e os atos estatais são objeto de controle direto pelos direitos fundamentais; sobretudo as leis e as decisões judiciais. Neste contexto, a legislação jusprivatista é medida diretamente com base nos direitos fundamentais, uma vez que podem carregar conteúdo ofensivo aos cidadãos nos seus direitos fundamentais. O comportamento do particular, a seu turno, não é analisado diretamente sob o prisma deste rol especial de direitos. Esta conclusão parcial nada mais é do que decorrência lógica do resultado parcial anterior, "pois se - e na medida em que - estes sujeitos não são sequer destinatários dos direitos fundamentais, logicamente os seus actos também não podem ser aferidos imediatamente com base na bitola" desta categoria especial de direitos (CANARIS, 2009, p-p. 55-56).

(iii) Em face da terceira inquirição, sustenta o autor que os direitos fundamentais desempenham, em primeiro lugar, a função de proibições de intervenção e direito de defesa em relação ao Estado. Esta categoria de direitos exerce, ademais, na visão de Canaris, uma segunda função (complementar): deveres de proteção ou mandamentos de tutela. Ou seja, o Estado está obrigado a tutelar os direitos fundamentais de seus cidadãos ante ameaças perpetradas por outros particulares. Através deste papel, permite-se que haja uma influência indireta dos direitos fundamentais sobre as relações horizontais (particular-particular), "justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante outro" (CANARIS, 2009, p-p. 56-59).

A tarefa de conformar as funções de proibições de intervenção e deveres de proteção é atribuída, em primeiro lugar, ao legislador. Segundo lições de Canaris, "há um amplo espaço de liberdade de conformação, dentro do qual a solução não é determinada jurídico-constitucionalmente, e cujo preenchimento é, por isso, deixado apenas ao direito ordinário". Deve o legislador privado "indagar se a intervenção nos direitos fundamentais de uma parte onera esta de forma que ofenda a 'proibição de excesso'", assim como "averiguar se a lei fica, por exemplo, aquém daquele mínimo que a Constituição impõe para protecção da outra parte" (CANARIS, 2009, p-p. 34-35). Como mandamentos de tutela, segundo o jurista, haveria,

inclusive, a atualização (complementação e correção) do Direito Privado a partir do desenvolvimento judicial do direito.

Num esforço de síntese, depreende-se da perspectiva acima apresentada que Canaris endossa a tese segundo a qual o Estado (Legislativo e subsidiariamente o Judiciário) está obrigado a tutelar os direitos fundamentais do particular ante violações levadas a cabo por outro particular. O Estado, nessa hipótese, intervirá excepcionalmente e mediante motivação nas relações horizontais, a fim de proteger o direito fundamental de um particular de lesões praticadas por outro particular. O Estado não apenas não viola direitos fundamentais, mas também cria as condições para a efetiva tutela deste especial catálogo de direitos. A partir das figuras argumentativas explanadas, de dimensão internacional<sup>10</sup>, Canaris dispensa a necessidade do recurso à irradiação dos direitos fundamentais através das cláusulas gerais de direito privado.<sup>11</sup>

### **2.1.1 Críticas ao modelo de efeitos indiretos**

Segundo Juan María Bilbao Ubillos, filiado ao modelo de efeitos diretos, é no mínimo discutível o argumento segundo o qual os direitos fundamentais aplicar-se-iam às relações interprivadas desde que haja prévia regulamentação do exercício destes direitos pelo legislador privado. Não se afigura razoável, alerta o autor, que diante da omissão legislativa seja obstaculizado o exercício de direito fundamental. Esta observação não despreza a relevante função do legislador, conseqüência do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, porém, o publicista espanhol chama a atenção para o fato de que condicionar o exercício de direito fundamental à anterior positividade privatística implica em conseqüências indesejadas (BILBAO UBILLOS, 2010, p-p. 272-273).

---

<sup>10</sup> A dimensão internacional da argumentação de Canaris, não dispensa, contudo, como já foi assinalado neste estudo, a devida atenção às peculiaridades do direito nacional para a "solução dos problemas de cunho material, concretos e individuais" (CANARIS, 2010, p. 220).

<sup>11</sup> Para José Carlos Vieira de Andrade a postura dogmática defendida por autores como Canaris, em verdade, aumenta a incidência das normas instituidoras de direitos fundamentais ao não se restringir a aplicação destes direitos às relações entre particulares a partir das cláusulas gerais do direito privado. Nas palavras do jurista português, "[...] estas teorias do dever de proteção, embora sejam tributárias de aplicabilidade mediata, alargam a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do tradicional preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, impondo aos poderes públicos (ao legislador, à Administração e ao juiz) a obrigação de velarem efetivamente por que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidades privadas (ANDRADE, 2010, p. 248).

A juízo de Bilbao Ubillos, os defensores do modelo de efeitos indiretos compartilham reservas quanto à possibilidade de o juiz realizar a ponderação direta entre os bens, valores e direitos fundamentais conflitantes. Estas reservas decorreriam da ausência de critérios experimentados pelo Judiciário para a solução deste impasse assaz complexo, e, uma vez considerada esta insuficiência, colocar-se-ia em risco o princípio da segurança jurídica. Com vistas a evitar que o juiz se transforme no "señor del derecho fundamental, una circunstancia que juzgan inquietante", negam a influência direta de direitos fundamentais às relações entre particulares. Embora compreensível a preocupação ou insatisfação doutrinária quanto à falta de "criterios de resolución históricamente experimentados y suficientemente consolidados" e com o fato de que "el poder privado suele presentarse muchas veces como el resultado del ejercicio legítimo de libertades individuales o colectivas", não seria o caso de negar a aplicação direta de direitos fundamentais nas relações entre os particulares.". Indaga o autor, "¿Por qué no asumir como inevitable en un ordenamiento presidido por una Constitución normativa y marcado por la vis expansiva de los derechos fundamentales esa dosis de inseguridad, de imprevisibilidad?", acrescentando que a lógica dos direitos fundamentais exige o protagonismo dos juízes, que por sua vez conduz a um Estado de Direito eminentemente jurisdicional, fenômeno não exclusivo da temática objeto deste estudo. Bilbao Ubillos ainda aponta para a impossibilidade de o legislador ordinário normatizar as inúmeras situações fáticas de lesões a direitos fundamentais, seja em relações verticais, seja em relações horizontais. Soma-se a isto a lentidão para que as disposições constitucionais sejam implementadas pelo Poder Legislativo (BILBAO UBILLOS, 2010, p-p. 272-274).

Outra objeção formulada pelo autor dirige-se à mediação do juiz defendida pelos teóricos vinculados ao modelo de efeitos indiretos. Conforme visto alhures, os direitos fundamentais não incidiriam apenas sobre as relações entre o cidadão e o Estado, mas também sobre as relações jusprivatistas. Entretanto, a influência dos direitos fundamentais, no último caso, é relativizada. Em outros termos, os direitos fundamentais penetrariam no direito privado a partir de suas cláusulas gerais. A influência de direitos fundamentais às relações entre particulares seria meramente indireta. Na ausência de disposição legal aplicável ao caso concreto, o magistrado deveria utilizar as cláusulas gerais, que seriam preenchidas pelos valores expressos pelos direitos fundamentais. O magistrado recorreria aos direitos fundamentais a fim de nortear a interpretação das cláusulas gerais. Para o jurista espanhol, aqui reside um problema. Interpela Bilbao Ubillos "¿qué diferencia hay, en la práctica, entre

la teoría de la eficacia mediata a través del juez y el principio general de interpretación de todas las normas del ordenamiento conforme a la Constitución?" (BILBAO UBILLOS, 2010, p-p. 274-275). Não há como negar que Bilbao inclui uma reflexão básica e óbvia ao debate, afinal, o Judiciário jamais poderia se negar a analisar um caso em que um particular tivesse seus direitos fundamentais violados por outro particular e a base de uma decisão como essa seria, em última instância, a própria Constituição.

## **2.2 Efeitos diretos**

A doutrina da aplicabilidade direta de direitos fundamentais nas relações entre particulares, amplamente divulgada como teoria da eficácia direta ou imediata, sustenta que direitos fundamentais incidem sobre as relações horizontais (entre particulares) de modo semelhante à incidência destes direitos sobre as relações entre o cidadão e o Estado (relações verticais), ou seja, aplicam-se independentemente de qualquer mediação da legislação privada ou de recursos hermenêutico-aplicativos do direito privado. Em outros termos, os dispositivos constitucionais enunciadores de direitos fundamentais gozariam de auto-suficiência normativa.

Os direitos fundamentais operariam como direitos subjetivos constitucionais, extraídos da própria constituição; lógica teórica válida para as relações verticais e horizontais. A diferença residiria no seguinte aspecto: nas relações interprivadas, ambos são titulares de direitos fundamentais, exigindo, portanto, a ponderação entre direitos fundamentais e autonomia privada no caso concreto. Conforme se verá adiante, os bens, valores e direitos constitucionais em jogo terão seu alcance determinado a partir da apreciação das circunstâncias de cada caso específico.

Os doutrinadores adeptos do modelo de aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos fundamentais às relações entre os atores privados não rechaçam a idéia de que há direitos fundamentais que, em virtude de sua própria estrutura, vinculam exclusivamente o poder público. Seria o caso dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos (Título II, Capítulos III e IV, CF/88), ambos direitos unidirecionais. Todavia, ressalvados estes casos, o

modelo em apreço sustenta que os demais direitos fundamentais seriam bidirecionais, ou seja, vinculariam diretamente o Estado e os particulares.<sup>12</sup>

Wilson Steinmetz, partindo do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, insere-se no círculo dos teóricos que sustenta a vinculação imediata dos particulares a direitos fundamentais.<sup>13</sup> Para o jurista, há razões de ordem histórica que conduzem à inafastável interpretação por ele defendida. Segundo o constitucionalista brasileiro, o dever de aplicação imediata dos dispositivos enunciadores de direitos fundamentais inserido na Constituição brasileira tem como inspiração a Constituição da República Portuguesa (1976), que por sua vez se inspirou na Lei Fundamental de Bonn (1949), concluindo que "também por isso, a interpretação que fizeram alguns constitucionalistas de Portugal sobre o significado mais imediato do dever de aplicação direta pode ser transposta para o dever de aplicação imediata no âmbito" da Constituição brasileira (STEINMETZ, 2011, p. 125).

Adverte Steinmetz, entretanto, que a posição dogmática por ele defendida não sinaliza que "toda norma de direito ou garantia fundamental tem aplicação imediata sempre, em toda e qualquer situação concreta, com plenitude de efeitos". E isso por duas razões (STEINMETZ, 2011, p. 126).

A primeira razão decorre da literalidade da própria Constituição. O inciso LXXI do art. 5º, indica que há direitos fundamentais, cuja ausência de regulamentação legislativa obstaculiza o pleno "exercício de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. E daí porque cria o mandado de injunção". Ademais, menciona o parágrafo 2º do art. 103, da CF/88, através do qual autoriza-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a fim de reforçar sua argumentação. Finaliza o autor ao afirmar que "há certos direitos e garantias cuja plenitude de efeitos - o grau ótimo de satisfação - requer, necessariamente, a interposição legislativa" (STEINMETZ, 2011, p. 126).

Observa, ainda, que defender a imprescindibilidade de regulamentação legislativa ou de "condições materiais e organizacionais mínimas para alcançar a plenitude dos efeitos pretendidos ou desejada" para certos direitos não implica na desconfiguração da aplicação

---

<sup>12</sup> Deve-se registrar, contudo, que o Estado, ao contrário dos particulares, é destinatário de todos os direitos fundamentais. Veja, a propósito, Wilson Steinmetz em *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. 2004, p. 59.

<sup>13</sup> Para Steinmetz, o parágrafo 1º do artigo 5º "institucionaliza um direito fundamental à efetiva proteção judicial de direitos e garantias fundamentais" (STEINMETZ, 2011, p. 130).

imediate para a totalidade de posições jurídicas que constituem o direito ou garantia fundamental enquanto ausente a regulamentação pelo legislador ou inexistente a condição material. Segundo o constitucionalista, "poderá ter aplicação imediata para declarar a inconstitucionalidade (ou desaplicar) de lei ou ato normativo, para anular ato administrativo ou para reformar ou cassar decisão judicial que afronte esse" dispositivo, uma vez que toda norma constitucional goza de eficácia jurídica, seja qual for o grau desta eficácia atribuído (STEINMETZ, 2011, p. 127).

A segunda razão esgrimida pelo autor atrela-se à necessidade de ponderação, intrínseca à temática sob análise. Sustentar a aplicação imediata de direitos fundamentais não se confunde com a aplicação absoluta deste rol especial de direitos. Steinmetz ilustra sua argumentação ao recorrer à clássica colisão entre a liberdade de expressão e a intimidade: "a aplicação/satisfação de um dos direitos em questão implica a não aplicação/satisfação, total ou parcial, do outro direito em questão, mediante ponderação". E arremata ao dizer que o "§ 1º do art. 5º não pode ser interpretado, no que toca a cada direito ou garantia fundamental tomados individual e isoladamente, como uma norma de aplicação absoluta" (STEINMETZ, 2011, p. 128).

Em defesa do modelo de aplicabilidade direta, Juan María Bilbao Ubillos aduz quatro argumentos, a seguir analisados: (i) o fenômeno do poder não é privativo das relações entre o cidadão e o Estado; (ii) a constituição enquanto norma sobre a qual se assenta a unidade do ordenamento jurídico; (iii) a fronteira difusa entre o público e o privado e (iv) a força expansiva dos direitos fundamentais.

Os fenômenos da autoridade e do poder não são exclusivos das relações entre o cidadão e o Estado, muito ao contrário. A contemporaneidade se defronta com a multiplicação dos centros de poder privado, desmascarando a falácia da paridade jurídica nas relações entre particulares. A adequada concepção dos direitos fundamentais não poderia ignorar que os sujeitos privados são igualmente fonte de preocupação no tocante à violação de direitos fundamentais, seja por razões econômicas ou sociais que impliquem em verdadeira submissão do outro particular. Substancialmente, não estariam muito distantes as relações privadas de poder das relações públicas de dominação, vez que em ambas verifica-se a subordinação de uma das partes à outra (pública ou privada). Para o jurista espanhol, a submissão do Estado aos direitos fundamentais revela-se apenas uma das dimensões do sistema de garantias. Caso não vinculem os direitos fundamentais diretamente os atores privados, estaria ameaçada a

própria autonomia privada que não seria desenvolvida e exercitada pelos particulares vulneráveis em relações marcadamente de dominação (BILBAO UBILLOS, 2010, p. 264-266).

Argumenta o autor que a constituição é norma básica e elemento de unidade do ordenamento jurídico nacional, de forma que as relações interprivadas não estão excluídas da regulamentação constitucional. Não deve prosperar a separação rígida entre a constituição e o direito privado. Segundo o jurista espanhol, "no cabe duda de que las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos forman parte desde un principio del núcleo duro de la materia constitucional", no entanto "en un Estado social como el nuestro son también materialmente constitucionales los principios reguladores de las relaciones sociales, de las relaciones que se establecen entre particulares". O constituinte positiva uma série de diretrizes básicas "de una especial fuerza de irradiación" e acrescenta que "la reconstrucción del ordenamiento en clave constitucional implica que todas las normas del Derecho privado deven reinterpretar-se a la luz de la Constitución" (BILBAO UBILLOS, 2010, p-p. 266-267). Em síntese: a vinculação imediata de direitos fundamentais às relações entre os sujeitos privados é decorrência da opção pelo Estado Social.

Por fim, o constitucionalista espanhol elenca outro fator, que somados aos anteriormente esboçados, torna a doutrina da eficácia direta a mais adequada para os múltiplos desafios da contemporaneidade. Os direitos fundamentais gozariam de uma eficácia expansiva inerente à sua própria estrutura. Nas palavras do autor, "tienen un contenido principal, un sustrato mui abierto, por lo que tienden a expandirse, a penetrar y rellenar impetuosamente a todos los intersticios del ordenamiento". Ademais, irremediavelmente torna-se mais comum as demandas judiciais em torno das questões sobre os direitos fundamentais e o recurso a estes direitos pelos magistrados como elementos de suas fundamentações. As constantes possibilidades e descobertas em torno de direitos fundamentais caracterizam o cenário atual. Ao juiz, não resta alternativa a não ser desvendar esta nova realidade (BILBAO UBILLOS, 2010, p. 268).

Os teóricos filiados à operatividade direta dos dispositivos constitucionais enunciadores de direitos fundamentais frente a particulares, como brevemente assinalado acima, não patrocinam qualquer efeito absoluto ou indiscriminado destes direitos às relações privadas, pelo contrário, compartilham a idéia de que há limites imputáveis aos direitos fundamentais em todas as suas dimensões de aplicabilidade. Sustentam a exigência de se

ponderar os valores, bens e direitos, igualmente protegidos pela constituição, que estejam em colisão no caso concreto, cabendo ao magistrado considerar as particularidades envolvidas no litígio.

A despeito do consenso quanto à necessidade de se recorrer à ponderação, há significativas divergências no tocante aos critérios orientadores deste expediente. A seguir serão apontados alguns destes parâmetros formulados pelos doutrinadores estrangeiros e nacionais.

Bilbao Ubillos sugere a desigualdade no interior da relação jurídica entre particulares como critério através do qual estaria autorizado maior sacrifício da autonomia privada. As relações assimétricas, caracterizadas pela debilidade de uma das partes, muito se aproximaria das relações entre o cidadão e o Estado, de tal sorte que a autonomia privada admitiria maior restrição. Propõe a gradação da autonomia real dos envolvidos numa determina relação privada como primeiro critério. O segundo *standart* formulado pelo constitucionalista espanhol exige a incidência mais intensa de direitos fundamentais ao tráfico privado quando a dignidade da pessoa humana, sobre a qual se funda o direito público e o direito privado, é lesionada. A partir da utilização da técnica da ponderação, valendo-se o juiz destes critérios, a liberdade individual e os direitos fundamentais estariam preservados. Em outras palavras, "ninguna limitación inadmissible de la libertad individual se deduce de la mera afirmación de que los derechos fundamentales también rigen, ex Constitutione, en las relaciones jurídico-privadas" (BILBAO UBILLOS, 2010, p-p. 288-292).

Daniel Sarmento parece se inspirar no critério das relações assimétricas, formulado por Bilbao Ubillos, ao defender a desigualdade fática (material) como parâmetro a ser utilizado nos casos de colisão entre direitos fundamentais e autonomia privada. Segundo o constitucionalista brasileiro, "quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada" (SARMENTO, 2008, p. 261). Note-se, contudo, que a assimetria e a gradação da autonomia real dos envolvidos, de que fala Bilbao Ubillos, não se confundem com a desigualdade fática, articulada por Sarmento. É possível, por exemplo, se pensar em uma específica relação entre particulares marcada por um abismo material entre os sujeitos envolvidos e, a despeito da desigualdade fática, haja o pleno exercício da autonomia pelos particulares. Neste hipotético caso, à luz da argumentação de Sarmento, haveria maior tutela ao direito fundamental em face da desigualdade material. Recorrendo-se à metodologia de Bilbao Ubillos, a consequência seria

diversa, uma vez que nesta hipotética situação não houve qualquer comprometimento da autonomia privada dos envolvidos. Por óbvio, em inúmeras situações coexistirão a desigualdade material e o comprometimento da autonomia privada da parte mais vulnerável, no entanto, não se pode estabelecer uma correlação necessária entre estas circunstâncias; "a desigualdade material não interfere, necessariamente, na autenticidade das vontades" (SILVA, 2011, p. 157).<sup>14</sup>

### **2.2.1 Críticas ao modelo de efeitos diretos**

Para os seguidores do modelo de efeitos indiretos, a violação da autonomia privada é a principal consequência dogmática da vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais. Segundo Canaris, a despeito de ser defensável, em termos lógico-jurídicos e práticos, a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações interprivadas<sup>15</sup>, as consequências seriam insustentáveis, na medida em que tal modelo implicaria na destruição “[...] tanto do direito contratual quanto também [d]o direito da responsabilidade extracontratual, pois ambos seriam em larga escala substituídos pelo direito constitucional”. Arremata o jurista ao afirmar que “isso contradiz a autonomia do Direito Privado, desenvolvida organicamente no decorrer de muitos séculos, contrariando, também no que diz com o direito alemão, a função dos direitos fundamentais que, em princípio” vinculam, exclusivamente, o Estado (CANARIS, 2010, p. 214).

Outras objeções levantadas dizem respeito aos princípios democrático, da separação de poderes e da segurança jurídica. Argumenta-se que a segurança jurídica é preservada desde que os direitos fundamentais (de conteúdo aberto e impreciso) se projetem sobre as relações privatistas a partir da mediação do Poder Legislativo e, subsidiariamente, mediante atuação do Poder Judiciário. Ademais, afirma-se que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais é competência do Legislativo e que o juiz, ao preencher as cláusulas gerais mediante os valores expressos pelas normas instituidoras de direitos fundamentais nada mais faz do que cumprir a anterior intenção legislativa (STEINMETZ, 2004, p-p. 173-174).

---

<sup>14</sup> Veja-se, a propósito, as observações formuladas por Virgílio Afonso da Silva em sua obra *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. p-p. 156-158.

<sup>15</sup> O autor recorre ao artigo 9.º, n.º 3, 2ª frase, da LF para ilustrar a plausibilidade lógico-jurídica e prática da defesa da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares, sem, contudo, concordar com tal posição em razão de suas consequências dogmáticas, na sua opinião, insustentáveis.

### **2.3 State Action Doctrine**

Os adeptos da doutrina da *state action* partem do fundamento de que as disposições dos direitos fundamentais não produzem efeitos em face de relações nas quais o Estado esteja ausente. Em outras palavras, é esboçada uma alternativa à dogmática da operatividade de direitos fundamentais no âmbito do direito privado, a partir de uma concepção liberal dos direitos fundamentais; “é, desde um ponto de vista substancial, a salvaguarda da autodeterminação individual e do pluralismo” (UBILLOS, 2010, p. 278, tradução nossa).

A jurisprudência norte-americana, contudo, sob o pretexto de ampliar a aplicação de direitos fundamentais, procura equiparar algumas ações privadas às ações estatais, de modo a abranger no raio de ação das garantias constitucionais não só as relações entre o cidadão e o Estado, mas também as relações privatistas. Neste sentido, afirma Virgílio Afonso da Silva que “o casuísmo da Suprema Corte norte-americana sempre encontra uma forma, por mais artificial que seja, de igualar o ato privado questionado a um ato estatal” quando a finalidade é reprimir violações perpetradas por atores privados (SILVA, 2011, p. 100).

A tutela judicial dos direitos fundamentais naquele país dar-se-ia, segundo lições de Bilbao Ubillos, a partir de dois enfoques: (i) se a atividade de um particular supostamente violador de direito fundamental pode, analogicamente, ser considerada uma função própria de Estado; (ii) se o poder público está suficientemente envolvido nesta atividade. A partir da ampliação dos conceitos de “poder público” e “ação estatal”, prolonga-se a margem de tutela das liberdades constitucionais, de tal sorte que, condutas privadas, inicialmente fora do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, passam a estar vinculadas a estes direitos (UBILLOS, 2010, p. 278).

Inspirando-se em Bilbao Ubillos, argumenta Wilson Steinmetz que o recurso à artificialidade argumentativa da Suprema Corte norte-americana cumpre dois papéis, quais sejam, (i) “amplia-se o campo de abrangência do conceito de *state action* operando eficácia dos direitos fundamentais nas hipóteses em que um particular demanda outro particular”, sob alegação de violação de direito fundamental individual, (ii) sem que se abandone a perspectiva liberal dos direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004, p. 179).

#### **2.3.1 Críticas à State Action Doctrine**

Talvez a crítica mais acertada elaborada na literatura constitucional brasileira à doutrina da *state action* seja a de Virgílio Afonso da Silva. Para o autor, há um conflito entre a literalidade da teoria da ação estatal e a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Ocorre que, embora a Corte Constitucional recorra à equiparação de condutas privadas a condutas estatais como fundamento para a aplicação dos direitos fundamentais às relações privatistas, importa, na prática, no reconhecimento de que este catálogo de direitos também vincula os sujeitos particulares. Em breve síntese, pode-se afirmar que o recurso a esta argumentação nada mais faz do que encobrir o que, de fato, ocorre: a sujeição dos particulares às normas instituidoras dos direitos fundamentais (SILVA, 2011, p. 100).<sup>16</sup>

### **3 Possíveis contribuições acerca da fundamentação do debate da vinculação dos particulares a direitos fundamentais desde as perspectivas do liberalismo igualitário e do comunitarismo.**

O enfrentamento filosófico da questão da justiça por teóricos filiados ao liberalismo igualitário e ao comunitarismo a partir da década de 1970 contribuiu para a retomada das teorizações que atribuem ao direito a essencial tarefa de assegurar a estabilidade social na plural e conflituosa sociedade pós-moderna. Em outras palavras, há o reconhecimento de que através do direito preservar-se-ia o pluralismo, fenômeno não só irremediável, mas também almejado nas democracias contemporâneas. É nesse contexto, caracterizado pelo protagonismo do direito e, conseqüentemente, pela busca de sua força legitimadora, que liberais igualitários e comunitaristas, rechaçando o modelo positivista estritamente normativo, engendram esforços com o fito de edificar fundamentos éticos para o direito. E, não obstante ofereçam propostas distintas para a articulação entre ética e direito, convergem quanto à sua indispensável conexão. Para se ater a dois exemplos, o liberal igualitário John Rawls, sustenta uma ética universalista orientada por princípios de justiça como fundamento da ordem jurídica ao passo que a defesa do comunitarista Michael Walzer volta-se ao particularismo histórico-social com as suas diversas esferas de justiça como fundamento do direito.

---

<sup>16</sup> Veja, a propósito, a crítica à *state action doctrine* arquitetada por Bilbao Ubillos em ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 263/293.

Recorrendo ao embate liberalismo igualitário *versus* comunitarismo pretende-se investigar, em fase ainda preliminar, possíveis influências das teorias da justiça à dogmática da operatividade de direitos fundamentais no âmbito do direito privado, conferindo fundamentos político-filosóficos aos modelos anteriormente expostos.

As linhas argumentativas do liberalismo igualitário e do comunitarismo são desenvolvidas no âmbito da democracia liberal, embora haja distintas interpretações acerca dos princípios inerentes à sociedade democrática liberal. Variam as interpretações na medida em que liberais igualitários outorgam primazia à liberdade ao passo que comunitaristas conferem prioridade à igualdade. Esta discordância é resultado de compreensões irremediavelmente antagônicas acerca do pluralismo social e ideológico, que por sua vez, ensejam diferentes propostas para o processo democrático.

Liberais igualitários, como John Rawls, concebem o pluralismo a partir da multiplicidade de visões individuais acerca do bem viver. Em outros termos, narram as democracias modernas como sociedades onde se confrontam diversas concepções individuais acerca da vida digna. Não por outra razão, o ideal de justiça a ser defendido deva assegurar a identificação pessoal com algum projeto de vida, bem como a busca individual para a sua concretização. Sustentam, a partir de uma metodologia construtivista, uma concepção de justiça imparcial face às diferentes concepções individuais acerca da boa vida, através da qual viabilizar-se-ia a autodeterminação moral de todos os cidadãos. À luz da argumentação liberal, a primazia da autonomia privada exige o protagonismo dos direitos fundamentais, sem o qual haveria ingerências indevidas na realização dos planos mundanos dos cidadãos. Nesta perspectiva, à constituição é imputada a tarefa de positivizar as liberdades negativas e a interpretação constitucional deve ser orientada por normas e princípios constitucionais.

Comunitaristas, como Michael Walzer, a seu turno, compreendem o fenômeno do pluralismo como pluralidade de identidades sociais, descrevendo as democracias contemporâneas como espaço no qual se assentam heranças culturais peculiares. Diversamente da defesa liberal igualitária pela imparcialidade da concepção de justiça, recorrem, a partir de uma metodologia particularista, a uma concepção de justiça atrelada aos valores compartilhados por uma específica comunidade política. A argumentação comunitária confere prioridade à soberania popular, à ativa participação social nas discussões públicas. O Estado, diversamente do que pretende o pensamento liberal igualitário, não poderia ser neutro diante da noção comunitária acerca do pluralismo. Ao poder público estaria vedado o

tratamento igualitário dos cidadãos que possuem diferentes valores culturais. Neste sentido, atribui-se à constituição a função de positivar as liberdades positivas, sem as quais estaria comprometida a autodeterminação da coletividade ao passo que a hermenêutica constitucional orientar-se-á pelos valores éticos compartilhados.

Na defesa de tese liberal igualitária, John Rawls, filiando-se a peculiar e aprimorado contratualismo, parte de uma situação hipotética, na qual seres imaginários, numa situação inicial (original), em posição livre e igual e sob condições ideais, estabeleceriam princípios aplicáveis à estrutura básica de sociedade bem organizada e através dos quais se assegurariam a liberdade e a igualdade.

Na "posição original" (contrato hipotético), recorre Rawls ao "véu da ignorância", expediente através do qual os indivíduos ao celebrarem o contrato careceriam de informações acerca de suas peculiaridades; suas contingências seriam ignoradas ao se conjecturar sobre os princípios de justiça aplicáveis à sociedade democrática. As circunstâncias pessoais e a dos demais membros seriam desconhecidas, de tal sorte que não influenciariam na escolha dos princípios morais, tornando o cenário inicial equitativo (contexto inicial de igualdade). Ademais, os princípios deliberados nesta "posição original" e integrantes da concepção política de justiça, também aplicável à sociedade democrática, seria independente e imparcial face às subjetividades das visões acerca do bem. Rawls, ao articular, sob inspiração kantiana, uma concepção procedimental da razão prática, sustenta "uma concepção que renuncia a situar o fundamento normativo dos juízos políticos numa doutrina substancial acerca da natureza e dos fins do homem e da sociedade", esforçando-se o estudioso estadunidense a formular um procedimento de justificação neutro (ARAÚJO, 2010, p. 103).

Imperioso elucidar a compreensão do liberal igualitário acerca do pluralismo, a partir da qual desencadeará a construção de suas teorizações procedimentais. Rawls erige critérios intuitivos para conceber a sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais. A partir disso, formula a definição de sociedade bem ordenada<sup>17</sup> e a concepção política de justiça. A concepção de justiça seria independente das mais diversas doutrinas compreensivas religiosas, filosóficas ou morais. Em outros termos, a concepção de justiça

---

<sup>17</sup> Nas esclarecedoras palavras de Gisele Cittadino: "Ao descrever a sociedade bem ordenada, Rawls atribui três características. Em primeiro lugar, todos os seus membros aceitam os mesmos princípios de justiça. Em segundo lugar, todos acreditam, ou pelo menos têm boas razões para acreditar, que as suas principais instituições políticas e sociais realizam estes princípios. Finalmente, em uma sociedade bem ordenada os seus membros compartilham um sentido efetivo de justiça e é por isso que respeitam as regras de suas instituições básicas (CITTADINO, 2009, p. 80).

seria compatível com as mais diferentes visões sobre a vida digna, razão pela qual preservar-se-ia a estabilidade de uma sociedade bem ordenada. O indivíduo seria dotado da capacidade moral de ter um senso de justiça compartilhado por todos, ou seja, seria razoável, bem como gozaria da capacidade moral para deliberar racionalmente acerca de seus projetos de vida, ou seja, seria racional (CITTADINO, 2009, p-p. 80-81).

Compreendidos os pontos até o momento abordados, os princípios de justiça serão adiante examinados. O primeiro princípio deliberado sob as condições rawlsianas garantiria rol não extenso de liberdades fundamentais. Nas palavras do próprio autor, o primeiro princípio exige que "certos tipos de leis, aquelas que definem liberdades fundamentais, se apliquem a todos e permitam a mais abrangente liberdade compatível com uma liberdade semelhante para todos". Acrescenta que "a única razão para restringir as liberdades fundamentais e torná-las menos extensas é que, se isso não fosse feito, interfeririam umas com as outras" (RAWLS, 2008, p. 77). Tais liberdades estariam diretamente ligadas às peculiaridades sociais, econômicas e tecnológicas presentes em uma determinada sociedade e não se sujeitariam a restrições, salvo se presente tensão entre as liberdades elencadas como fundamentais. Em outros termos, apenas liberdades básicas poderão fundamentar restrições a outras liberdades básicas.

O segundo princípio erigido pelos sujeitos na tese contratualista rawlsiana estaria vinculado à distribuição de renda e riqueza à estrutura básica da sociedade. Este princípio exige que distribuições não-igualitárias de riqueza e de renda impliquem em benefícios a todos. Além disso, os cargos de autoridade e responsabilidade devem estar acessíveis à generalidade. Nas palavras de Rawls, as desigualdades sociais e econômicas estarão "dispostas de tal modo que tanto (i) propiciem o máximo benefício esperado para os menos favorecidos como (ii) estejam vinculados a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades" (RAWLS, 2008, p. 100).

Rawls faz uso de ordem lexical, para conceder prioridade ao primeiro princípio face o segundo princípio definido na "posição original" da justiça como equidade. A primazia do primeiro princípio resulta da noção rawlsiana acerca do pluralismo como diversidade de concepções individuais acerca da vida digna. A prioridade do primeiro princípio garante a prevalência da autonomia privada. Evita-se com isso a necessidade de se equilibrar os princípios de justiça. Ademais, impede restrições às liberdades fundamentais. As liberdades básicas não se sujeitariam a limitações em detrimento de vantagens sociais e econômicas. Nas

palavras de Cittadino, "a prioridade do primeiro princípio significa que a liberdade individual deve estar assegurada antes que se possa invocar o segundo princípio de justiça" (CITTADINO, 2009, p. 131). Ademais, o segundo princípio, ainda segundo o magistério da professora, impede que a utilidade dos direitos e liberdades básicas tenha sua utilidade reduzida em razão da carência material (CITTADINO, 2009, p-p. 146-148).

Liberais igualitários como Rawls, argumentam que garantir a autodeterminação moral seria a única forma pela qual haveria, por parte do Estado, o respeito integral ao indivíduo. Em outros termos, quer isso dizer, que a tese liberal igualitária seria compatível com os mais diversos modos de bem viver pretendidos pelos cidadãos, não havendo outra solução viável face o contexto contemporâneo, marcado pela existência de concepções de mundo incompatíveis e concorrentes entre si. Não se exige dos indivíduos a busca de projetos de vida que atendam aos valores sociais ratificados pelo Estado. Basta que sejam conciliáveis com as regras de direito, formuladas em consonância com os princípios de justiça.

A constitucionalização dos direitos fundamentais ganha relevo nas teorizações liberais igualitárias enquanto aparato adequado para a salvaguarda da auto-realização dos cidadãos. A defesa intransigente dos direitos subjetivos (direitos e liberdades básicas) se dá pelo fato de Rawls conceber as sociedades democráticas como o espaço no qual todos os cidadãos são livres e iguais, cada qual gozando do direito de lutar pela concretização de seus projetos de vida (orientados pelas suas concepções razoáveis da boa vida), sem qualquer ingerência que venha a obstaculizar a busca de seu planos mundanos. Esta é a noção liberal da liberdade e o móvel para Rawls conceder prioridade ao primeiro princípio de justiça, não passível de mitigação, conforme já anotado.

Para o filósofo estadunidense, o papel atribuído à constituição decorre da inalienabilidade dos direitos e liberdades básicas. A constituição desempenharia a tarefa de assegurar os direitos e liberdades básicas e de afirmar o seu caráter prioritário. O primeiro princípio formulado na "posição original" assegura direitos e liberdades básicas a todos, bem como um justo valor para as liberdades políticas. Tal princípio aplicar-se-ia quando da elaboração da constituição, da qual resultará a positivação dos direitos e liberdades básicas. Rawls, portanto, sustenta a idéia de uma constituição-garantia, compatível com a tese da justiça como imparcialidade. A constituição estabeleceria os direitos e liberdades básicas, assim como a revisão judicial, a fim de que a legislação infraconstitucional não contrarie os ditames constitucionais. Nada mais imputar-se-ia à constituição. O segundo princípio de

justiça, por exemplo, não seria objeto da positivação constitucional, pois, "a própria história constitucional das sociedades democráticas que revela a ausência da necessidade de constitucionalização dos princípios distributivos que regulam as desigualdades econômicas e sociais" (CITTADINO, 2009, p. 151).

Nestes termos, é possível afirmar que a teoria liberal igualitária de Rawls pode ser utilizada como fundamento filosófico-político para a literalidade da *state action doctrine*, em especial, por dois fatores: (i) em razão da compreensão do pluralismo e (ii) e dos princípios de justiça erigidos na posição original e norteadores da estrutura básica de sociedade bem ordenada.

A argumentação rawlsiana em torno da proibição de restrições aos direitos fundamentais como regra, não parece compatível com os modelos de efeitos diretos e indiretos os quais, a despeito da distinção procedimental, conduzem a resultados muito semelhantes, senão idênticos. Pense-se, por exemplo, na ponderação, parâmetro recomendado para as hipóteses de conflitos entre direitos, bens e valores constitucionais, presente na teoria dos efeitos diretos e nas matizações da teoria dos efeitos indiretos.

Na medida em que a doutrina da ação estatal recorre a uma compreensão liberal dos direitos fundamentais, harmonizável com a cultura jurídica liberal estadunidense, mantendo a exigibilidade destes direitos exclusivamente frente ao Estado, a argumentação liberal igualitária pode ser empregada como seu fundamento filosófico-político, ampliando e aprofundando os critérios de legitimidade de sua aplicação.

O ponto de partida das teorizações comunitárias reside na compreensão do indivíduo enquanto membro de determinada comunidade, dotada de crenças, costumes e práticas sociais próprias. A identidade do cidadão seria construída a partir de tais crenças, costumes e práticas sociais peculiares e, em virtude disso, o sujeito não poderia se desvincular da herança cultural. O foco está na liberdade situada em tais práticas culturais. O comunitarista Michael Walzer, afastando-se da ética universalista de Rawls, indaga "O que escolheriam indivíduos como nós, situados como nós, que compartilham uma cultura e estão decididos a continuar compartilhando-a?" Igualmente questionariam "Quais opções já fizemos no decorrer da nossa vida cotidiana? Quais entendimentos compartilhamos (realmente)?" (WALZER, 2003, p. 4).

Segundo os comunitaristas, "nossa capacidade de autodeterminação" é erroneamente interpretada pelos liberais, além de ser negligenciadas "as condições sociais sob as quais esta capacidade pode ser exercida significativamente" (KYMLICKA, 2006, p-p. 253-254).

Para o comunitarismo, os liberais igualitários desprezam a conjuntura histórica, circunstância essencial para as teorizações sobre a questão da justiça.

O modo pelo qual o pluralismo é assimilado, como já sublinhado, conduz a profundas repercussões teóricas, tornando imprescindível sua investigação. Comunitaristas, como Michael Walzer, interpretam o fenômeno do pluralismo a partir da multiplicidade de identidades sociais, de culturas étnicas e religiosas. Ao desvincular a concepção do pluralismo das identidades individuais, outorga ênfase ao particularismo histórico e social. Segundo Gisele Cittadino, para o autor comunitarista, o pluralismo implica no reconhecimento da diferença. Constata, ainda, a motivação para os antagonismos presentes nas sociedades complexas: o medo da perda de valores, de tradições e de crenças. Diante de tal temor, sustenta o filósofo, que a tolerância seria o único instrumento pelo qual neutralizar-se-ia este sentimento. (CITTADINO, 2009, p. 85-90).

A tolerância defendida por Walzer não se restringe à esfera moral, como se visualiza no liberalismo igualitário. Não se limita a autorizar os indivíduos a viver segundo suas crenças. A tolerância é também política, é regra da democracia. Nas palavras de Cittadino, a tolerância "[...] permite uma confrontação ativa destas convicções, crenças e engajamentos singulares" e, embora sejam as identidades sociais "[...] irreduzíveis a qualquer padrão único ou universal, ainda que o particularismo seja a marca da natureza humana, nada disso inviabiliza a coexistência humana pacífica". Acrescenta ainda que "se o consenso definitivo é inalcançável e se estamos condenados a viver em meio ao conflito, é a tolerância pacífica que faz da política democrática uma atividade permanente" (CITTADINO, 2009, p. 88).

Para o autor, a concepção de justiça está desvinculada de princípios universais, abstratos e a-históricos. Atrela-se, ao contrário, às práticas compartilhadas por determinada comunidade. Assim, contrariamente à perspectiva de Rawls, Walzer advoga pela compreensão da justiça circunscrita às peculiaridades compartilhadas pelos sujeitos de determinada comunidade.

O comunitarista parte da premissa de que a justiça distributiva envolve bens sociais. Bens cujos significados estão condicionados à valoração materializada em comunidade específica, resultante de processos sociais. Afirma não existir "conjunto concebível de bens fundamentais ou essenciais em todos os mundos morais e materiais", caso contrário "deveria ser concebido de maneira tão abstrata que teria pouca utilidade ao se pensar em determinadas distribuições" (WALZER, 2003, p-p. 7-8).

A juízo de Michael Walzer, a despeito de os direitos fundamentais traduzirem uma exigência global, o conteúdo destes direitos seria preenchido a partir dos valores compartilhados pelos sujeitos de específica comunidade política. Ao Estado é imputada a tarefa de atuar na proteção e promoção dos valores compartilhados na sociedade democrática liberal, como anotado anteriormente. A constituição, seguindo esta linha argumentativa, ao positivar os direitos fundamentais, nada mais faz do que asseverar a autodeterminação da comunidade, ou seja, "o sistema de direitos fundamentais assegura as liberdades positivas enquanto capacidade de determinação e controle de uma existência conjunta". A constituição, à luz da concepção comunitária, reflete, pois, uma cultura política própria, assim como assinala um compromisso com ideais conjuntamente aceitos. Trata-se da noção de constituição-projeto, da qual cada cidadão que compartilha da tradição expressa constitucionalmente é ator principal, cidadão ativo "que recupera, atualiza e assegura os direitos fundamentais, tanto quanto influencia o processo político decisório (CITTADINO, 2010, p-p. 159-163).

Em breves termos, os comunitaristas concebem a constituição como um projeto, um ideal a ser perseguido a partir dos valores compartilhados por determinada sociedade. O conteúdo substantivo dos direitos fundamentais somente será determinado a partir da herança cultural da comunidade política, ou seja, "diferenças culturais conformam diferenças institucionais, na medida em que os princípios que compartilham são implementados por instituições concretas distintas, configuradas por homens e mulheres que as integram". Ainda segundo o magistério de Cittadino, "se o Estado adota uma postura neutra em face das diferenças culturais ou se, ao contrário, protege e estimula uma cultura particular, o faz como conseqüência da deliberação de uma comunidade política". Na medida em que os holofotes voltam-se ao particularismo histórico-social, há a defesa, pelos comunitaristas, da cidadania ativa. É através da participação popular que a constituição é interpretada e concretizada. Daí a necessidade dos instrumentos constitucionalmente positivados para que os direitos não apenas sejam formalmente assegurados, mas possam ser também exercidos. A positivação destes remédios constitucionais, assim como a prescrição constitucional dos direitos fundamentais, são reflexos da comunhão de valores em uma comunidade específica (CITTADINO, 2009, p.159-163).

Na medida em que o comunitarismo exige do Estado atuação voltada ao reconhecimento e à promoção dos valores constitucionais, sua intervenção nas relações

horizontais caracterizadas pelo abuso da autonomia privada configura uma inevitável exigência. Não há, porquanto, qualquer espécie de constrangimento quanto à atuação mais ou menos forte do poder público. Utiliza-se aqui a expressão “mais ou menos forte” conforme se adote, respectivamente, o modelo de efeitos diretos ou o modelo de efeitos indiretos, uma vez que na teoria da aplicabilidade direta, as disposições constitucionais são suficientes para autorizar a ingerência estatal na esfera privada. Em outros termos, os teóricos filiados à aplicabilidade direta e à aplicabilidade indireta de direitos fundamentais podem articular as suas propostas à perspectiva comunitarista como fundamento filosófico-político adequado.

Em síntese, o modelo de efeitos diretos e o de efeitos indiretos se aproximam à medida que superam a concepção liberal-burguesa dos direitos fundamentais. Reconhecendo os direitos fundamentais enquanto expressão de uma ordem objetiva de valores que deve irradiar para todo o ordenamento jurídico, seja imediata, ou mediatamente (a partir do instrumental privatístico), o círculo de teóricos filiados a estes expedientes dogmáticos acabam por vincular – de uma forma ou de outra – as relações jurídico-privadas a direitos fundamentais.

#### **4 Considerações finais**

Ao longo deste trabalho foi salientado não ser suficiente a mera eleição de algum modelo de vinculação dos particulares a direitos fundamentais. A exclusiva opção por qualquer das construções dogmáticas apresentadas carece de fundamentação e o risco de o debate ser orientado pela intersubjetividade do operador do direito torna-se eminente. Há, ademais, uma falsa pretensão de que seja possível a solução dos incontáveis casos em que se discuta a influência de direitos fundamentais sobre as relações entre particulares. É preciso que a deliberação por qualquer dos modelos decorra de pressupostos metodológicos imprescindíveis, quais sejam, posições teóricas acerca da concepção de constituição, bem como da concepção mais apropriada acerca dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio.

Nesta perspectiva, revela-se a importância de se enveredar no campo da filosofia constitucional, em especial nos debates propostos pelas correntes do liberalismo igualitário e do comunitarismo. Deste confronto teórico, que ocupa um espaço privilegiado na pauta da filosofia política contemporânea, sucedem distintos papéis e significados atribuídos à

constituição e ao seu sistema de direitos. A divergência entre liberais igualitários e comunitaristas decorre de compreensões antagônicas acerca do pluralismo, fenômeno intrínseco às democracias liberais pós-modernas. A apresentação das teorias da justiça, ainda que preliminarmente, tornou possível compreender que a partir das distintas propostas articuladas para a constituição e para os direitos fundamentais ensejam, por decorrência lógica, a defesa de diferentes modelos de vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Na medida em que a defesa de algum modelo de vinculação dos particulares a direitos fundamentais derive de específicas concepções de constituição e de direitos fundamentais, a fundamentação de qualquer opção dogmática torna-se mais vigorosa e o debate foge da indesejada subjetividade do intérprete.

## 5 Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 241/261.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidade da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 263/293.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 205/220.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2009.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumem Juris Editora, 2009.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito*. Temas e desafios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*. Um breve manual e filosofia política. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAWLS, JOHN. *Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011. pp. 131/165.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *A Constitucionalização do Direito*. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011. pp. 113/130.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.