

**TRANSVERSALIDADE DS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA
PERSPECTIVA EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL
COMPARADO***

**MAINSTREAMING OF FUNDAMENTAL RIGHTS: AN EPISTEMOLOGICAL
PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL LAW COMPARED**

**Gabrielle Bezerra Sales
Gilvan Linhares Lopes**

RESUMO

Trata-se de análise epistemológica acerca do status do Direito Constitucional comparado, no que tange à recepção de institutos jurídicos, referentes à concessão de direitos fundamentais, sua efetivação, modalidade de efeitos produzidos e, conseqüente absorção no Ordenamento jurídico pátrio, face à atualização do conceito de Sociedade Civil e à transformação das relações públicas e privadas no cenário constitucional brasileiro da contemporaneidade. Esse estudo interessa a todos aqueles que visam entender, de forma crítica e aprofundada, os desdobramentos da mudança de paradigma constitucional para os demais ramos do Direito, notadamente para reelaboração da superada dicotomia que opõe Direito público e Direito privado.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO CONSTITUCIONAL; SOCIEDADE CIVIL; RELAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS; ESTADO; INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

ABSTRACT

It is epistemological analysis on the status of comparative constitutional law, with regard to the receipt of legal institutions, concerning the granting of fundamental rights, their effectiveness, mode of effects, and consequent absorption in the planning legal homeland, given the update of concept of Civil Society and the transformation of private and public relations in the contemporary Brazilian constitutional scenario.

KEYWORDS: CONSTITUTIONAL LAW; CIVIL SOCIETY; RELATIONSHIP PUBLIC AND PRIVATE; STATE; CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

Pré-compreensão do Tema

A análise do tema destaca, *prima facie*, um paradoxo metodológico insuperável acerca do conhecimento científico do Direito Comparado, colhido da experiência jurídico-brasileira, que se apresenta nas arcadas e desafia os operadores de um sistema jurídico, classificado, no cenário internacional, como periférico.

Do contrário, então, como explicar um País que sempre se mostrou tão obsequioso diante das inovações teóricas concebidas nos sistemas jurídicos centrais, adotando-as em seus códigos, semelhante a um processo de colonialização sistêmica[1], e dispensa a estes um tratamento acadêmico e curricular discreto.

Oportuno advertir que, embora estejamos tratando de um tema cujo acervo normativo nos conduz, necessariamente, a determinado sistema de matriz normativa publicista, o colonialismo jurídico sempre foi uma práxis vulgar, não exclusivamente ao Direito Constitucional.

Esta omissão do Sujeito-nacional diante do Objeto-transnacional, de fato, não vitima somente o tratamento técnico mais adequado e próprio acerca do conceito, da caracterização e do conteúdo do conhecimento do Direito Comparado, senão amesquinha os procedimentos comezinhos de natureza epistemológica[2].

A experiência com o Direito é que algo a humanidade não pode desviar-se, pois como *Realwissenschaft* ou *Science du réel*, reconhece paralelamente outros sistemas autônomos que lhe fornecem substâncias as quais serão articuladas por meio de uma linguagem científica e que pressupõe aos demais fenômenos sociais. Nesse sentido, o sistema jurídico é autogerador, como Kelsen chamou de *Sebsterzeugungsprozess*[3].

Isso, de certo, não significa menosprezar o conhecimento jurídico nativo, mas agregar a esse espetáculo científico uma densidade doutrinária aplicada, transparente e refletida a partir não somente do conhecimento da causalidade normativa (ideal, dever-ser), senão empírica (real), colhida pelos sistemas jurídicos centrais, como também superar esse revés metodológico com um prodigioso viés de novos saberes sólidos em nossa investigação científica.

Essa investigação é especialmente valiosa para o desenvolvimento e para a aplicação, a todo o Direito Constitucional, epíteto da “*idade da ciência*”[4], lhe justifica, para não encontrar o Direito Comparado somente a partir do momento em que se analisa e se faz uma reflexão acerca das suas teorias, já como realidades fixadas e irremovíveis sobre as quais terão de disciplinar os interesses locais em suas relações jurídicas públicas e privadas.

Nesse sentido, emprestamos ao Direito Comparado do qual o Direito Constitucional Comparado se faz penhorado uma dimensão epistêmica, ou seja, científica, que mira uma diversidade de textos constitucionais regionais e enfrenta o desafio de justificação de um conhecimento científico que compreenda pontos em comum e que são essenciais a vários sistemas jurídicos, em um cenário internacional em que o tempo se mostra ineficiente, como marco regulador, para fixar o instante determinante do conhecimento

de cada realidade jurídica, já que se observa uma reelaboração constante de princípios e de conceitos jurídicos sem implicar nas alterações gramaticais dos textos constitucionais.

No intuito de desenvolver um conhecimento científico[5] na esfera do Direito Constitucional Comparado a partir de uma reflexão dos fenômenos uniformes transnacionais, faz-se necessário um conhecimento próprio e não propedêutico como assim qualificou Santi Romano, lembrado por Bonavides.[6]

Certamente, o conceito que emprestamos ao Direito Constitucional Comparado em nada se aproxima daquele proposto por Santi Romano. De certo, tomamos essa expressão, primeiramente, para reconhecer sua completa inadequação conceitual, pois não se está aqui a evocar um mero exercício de analogia ou de justaposição dos sistemas constitucionais nacionais, senão para identificar o Direito Constitucional Comparado como ramo de conhecimento sobre o ordenamento jurídico, como algo extremamente cativante, denominado pelos alemães de *Rechtsvergleichung*.

Assim, é imprescindível não confundir a abordagem da evolução histórica constitucional de uma entidade política soberana com a análise de determinados fenômenos uniformes de uma dessas unidades políticas autônomas e os pressupostos empíricos (fáticos) de sua caracterização.

Portanto, o estudo do Direito Constitucional Comparado não pode ser tomado a partir das imprecisas conotações históricas dominantes alhures em nossas arcadas, *exempli gratia*, as Lições de Legislação Comparada de Beviláqua, cingida como um mero esforço de comparação de textos legais estrangeiros.

Nas entidades políticas ocidentais, que romperam o terceiro milênio e adotam o direito escrito do *expert* em Direito Constitucional Comparado reclama-se uma pesquisa que compreenda a realidade que cerca esses sistemas jurídicos, a jurisprudência, o meio social, a doutrina e a prática jurídica.

É nesse espaço público que os subsistemas jurídicos mais se intercalam, ampliando o âmbito de penetração de suas normas jurídicas sem colocar em risco a independência e a unidade de cada ramo científico.

O Direito Constitucional Comparado colhido da nova “*civil society*”[7] é aquele em que a comunicação superou as barreiras formais da linguagem, e o tempo caiu em desuso como instrumento viável de apreensão do processo de interação e de integração social e, conseqüentemente, as relações privadas não podem mais ser interpretadas a partir das categorias conceituais remissivas ao período clássico da Sociedade ocidental[8].

De fato, a idéia de Sociedade Civil por Hegel denominada de *bürgerliche Gesellschaft*, uma forma que se organizava por meio da produção, da satisfação básica das necessidades de seus membros com a simultânea sublimação de outros valores socialmente relevantes, é apenas uma mera referência histórica.

Submetida a um processo de intensa diferenciação em seus elementos, a atual Sociedade Civil, composta por instituições, organizações e associações cuja atuação não se limita às fronteiras nacionais, pauta alguns temas jurídicos e deles se apropriam dentro de uma

dinâmica de representação, transformando-os em questões *suprapessoais* dentro do debate inaugurado que se desloca da esfera privada e chega à esfera pública política para desafiar os princípios fundamentais de constituição das entidades políticas soberanas, por exemplo, o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático, o princípio da dignidade da pessoa humana, como a eficácia e a tutela dos direitos fundamentais.

Essa, de fato, é uma discussão jurídica que a todos é dado saber, seja de modo vulgar, seja por meio de um conhecimento científico, elaborado, e que não se deixa aprisionar no âmbito interno dos sistemas jurídicos nacionais.

Eis aí, indisfarçavelmente, a importância do estudo do Direito Constitucional Comparado comprometido com uma nova Sociedade transnacional, que interage de forma instantânea numa dinâmica acelerada dentro do binômio “*On/Off*” não somente num mundo real, senão virtual.

Em sua dinâmica, produz seguidamente novos fenômenos sociais que desafiam a doutrina e a jurisprudência jurídicas, com o sacrifício de notáveis paradigmas pela inserção de novas teorias, igualmente com a exclusão de categorias jurídicas e reelaboração de conceitos jurídicos e adaptação de outros.

Nesse sentido é primorosa a contribuição de Reale, afirmando que:

(...) aos olhos do jurista o Direito se põe prevalecentemente como norma, mas esta não pode deixar de ser considerada uma realidade essencialmente histórica: mas as normas jurídicas não são o mero reflexo do fato, não são o “retrato sintético do fato”: elas envolvem uma tomada de posição opcional e constitutiva por parte de quem as positiva, à vista do fato e segundo critérios de valor[9].

Cenário em que, dado seu apelo universalista, desponta a teoria dos direitos fundamentais, destacando-se como uma elaboração de um novo discurso que transcende os paradigmas formais de fundamento e legitimidade para um conteúdo ancorado em sua justificação e legitimação.

Provoca, necessariamente, uma releitura teórica do clássico binômio direito público e direito privado. Requer, em última instância, uma confrontação entre os principais catálogos normativos desses distintos ramos do Direito, a dizer, o Código Civil e a Constituição Federal.

Incontestemente é afirmar que a Carta Magna, ao ser encontrada penhorada pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou melhor, pela eficácia contra particulares “*Drittwirkung*”, conforme acentua Canaris[10], empresta um sentido mais amplo e assegura uma eficácia *erga omnes* aos direitos fundamentais no sentido de invocação tanto contra atos do Estado quanto daqueles produzidos por outros membros da Sociedade Civil.

A compreensão de uma relação antinômica entre esses dois ramos referenciais, presentes em todo e qualquer compêndio jurídico, embora advindo da Antiguidade, perdurou como referência e inspirou o credo liberal do Estado de Direito, do qual o nosso sistema constitucional é diretamente afilhado.

O Direito, enquanto conhecimento científico, sempre demonstrou textura para suportar os apelos da doutrina, que traduz na maioria das vezes um delírio acadêmico por meio da utilização de muitas expressões que ampliam seu portfólio quantitativo com múltiplas classificações, cujo caráter inédito é apenas gramatical. Isso não se nota, conforme demonstra Sales[11], quanto aos contornos teóricos do Direito público e do Direito privado.

Martins-Costa salienta que cumpre esclarecer a contextualização da suposta dicotomia entre os ramos, público e privado do Direito, afirmando que:

(...)surge o modelo da incomunicabilidade, que é uma resposta típica do século XIX ao fenômeno das fontes do Direito. O modelo da oposição de base entre a Sociedade Civil e o Estado, oposição que, no Brasil, adquirirá contornos particulares, diversos dos que marcaram a dicotomia nos países da Europa continental. Mas a dicotomia estará traduzida, por igual, na estatuição dos campos do Direito Privado e do Direito Público: um será o direito da Sociedade Civil e o outro será o Direito do Estado. E, como num espelho- onde os reflexos são pelo transverso- a dicotomia importará numa *assimilação*: livre é a pessoa proprietária, o “sujeito proprietário”: a liberdade será assimilada à propriedade[12].

A rigor, a compreensão de Direito Público na era contemporânea só pode firmar-se, precisamente, se abordada a partir da instrumentalização do Estado de Direito, aliado da idéia de Constituição.

Nesse sentido, é possível deduzir que o tema nos prende ao debate, seja no que se refere aos limites de eficácia dos direitos fundamentais para que não se evada da fenomenologia jurídica, seja da cultural[13]. Produto da inteligência humana ao se distanciarem dos fenômenos naturais, os direitos fundamentais são direitos subjetivos positivos, assim, são postos e não prepostos[14].

A realidade (*Umwelt*) é uma ordem constituída de leis próprias, universais, cuja elaboração e existência dispensam a contribuição humana. Existe “*per si*” e se torna posteriormente objeto cognoscente[15]. Suas normas desprezam juízo racional de valor – correta/falsa - senão retratam um estado das coisas, cuja exatidão, validade e eficácia de suas leis causais para explicar seus fatos são paradigmáticas ao Mundo Social que nele se encontra, dada a sua inviolabilidade e perfectibilidade[16].

É, com efeito, a ordem do “Ser” (*Sein*) não capitulado pelo livre-arbítrio, pela idéia de liberdade. A liberdade, enquanto valor irrenunciável ao Homem, faz parte de uma causalidade normativa somente revelada dentro dos limites internos do sistema jurídico[17].

A questão dos direitos fundamentais representa, portanto, um fenômeno humano e jurídico, senão por reconhecer a liberdade como reserva ética fundamental de suas elaborações teóricas, que se manifestam por intermédio de concepções e de prescrições

jurídicas ancoradas, seja no Direito Público, seja no Direito Privado que evolui e atua em conexão com a vida coletiva, política, social e institucional do homem[18].

Os direitos fundamentais, enquanto fenômenos jurídicos, somente podem ser apreendidos na ordem do “Dever-ser” (*sollen*)[19]. Esse ponto central da reflexão kelsiana nos remete sempre a idéia de querer, a idéia de liberdade, que, como ato de vontade jurídica, vê-se fixado como algo “devido” por uma prescrição normativa (pública ou privada) para indicar uma conduta (possível objetivo de vontade), senão uma conduta humana pré-escrita e vinculante, revelando um caráter (embora parcial) funcional fundamental do fenômeno jurídico[20].

O discurso dos direitos fundamentais se expressa numa linguagem própria, jurídico-científica[21], quando se descobre a necessidade de marcos normativos que penetram na Sociedade Civil e constroem uma ordem justa, cujas condutas individuais estão obrigadas às normas jurídicas prescritas[22] – direta ou indiretamente [23].

Os direitos fundamentais, com suas implicações lógicas e metodológicas, despontam como um fenômeno normativo de ação no coletivo que resulta em conhecimento[24]. Tematizar o conteúdo desses marcos normativos dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Constitucional Comparado é igualmente refletir acerca do conhecimento científico do qual se constitui. Conhecer o fenômeno jurídico é conhecer o fenômeno social, como componentes que se imbricam, interface de uma mesma realidade jurídica e social.

Convergência dos direitos fundamentais: positividade e normatividade

Sob a temática da análise epistemológica dos fatos sociais e jurídicos é recorrente entre os autores a convergência histórica de que os direitos fundamentais retratam o passado, o presente e o futuro, simultaneamente.

No contexto de sua evolução e função social, eles são produtos da racionalidade e relacionados às estruturas do pensamento antropocêntrico, modelos teóricos que abarcam experiências jurídicas seculares.

Sua história é um relato da evolução humana correlata com o histórico de mudanças estruturais do meio social no qual eles se realizam, senão são concebidos por meio de uma seleção mútua e contínua das respectivas alterações estruturais sociais, justificando sua classificação em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.

A mais apropriada idéia de direitos fundamentais é como norma e como eixo de conduta humana normatizada. Como norma de conduta social reconhecida pelo poder estatal, quando se insere no contexto social, ganhando visibilidade, ora como direito objetivo, ora como subjetivo[25], ou seja, como norma ou como conduta.

Neste sentido, ao trazer o “Fato Social”, simultaneamente, transforma-o em “Fato Jurídico”, resultando numa aceitação social mais intensa das normas jurídicas relativas aos direitos fundamentais. Sua aceitação e o seu cumprimento como aquelas que compreendem “ser obrigado” (*Verpflichtet-Sein*) se deduzem a partir de sua expressão

com o valor do seu caráter mínimo redutor de conflitos, indispensável à Sociedade Civil no sentido de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais pela via da internalização espontânea ou por execução forçada dos agentes públicos ou privados.

Quanto à execução forçada das regras jurídicas, urge estabelecer uma diferença entre Poder e Autoridade. De fato, a ninguém é dado interferir na esfera individual do outro, sem contar com a aquiescência deste, pressuposição básica do fenômeno jurídico.

Essa probabilidade, que evoca Weber, no sentido de invasão de um indivíduo na esfera de outrem e a tentativa de imposição de sua vontade, quando há um pacto das esferas jurídicas individuais e requer um lastro de legitimidade que repousa necessariamente na fundamentação jurídica.

Mister lembrar que a norma jurídica não apenas reconhece função jurídica, senão confere poder, faculdade aos seus destinatários, reduzido na expressão “direito” consignado no artigo 1º do Código Civil de 2002.

Resulta, então, recorrer a uma diferença importante entre Poder jurídico e Autoridade, como interfaces do fenômeno jurídico, pois, enquanto o poder está fundamentalmente associado ao direito privado, às potencialidades de humanidade dentro da personalidade jurídica das pessoas naturais; a idéia de Autoridade é precária, dependente e ligada a posições ou a cargos públicos na esfera pública.

Essencial ao conceito de Autoridade estatal é a legitimidade. Ela se constrói pela possibilidade dela se extrair, primeiramente, a idéia de *função jurídica* e não de poder jurídico. A idéia de função jurídica decorre do fato de confinar a Autoridade Pública na via estreita da legalidade, ou melhor, do Direito, tornando-o “servo” desta, senão por não lhe franquear o campo da licitude, correlato à esfera privada.

Há subordinação dos fatos sociais à ordem jurídica e não ao Direito Público ou ao Direito Privado, por meio de sua previsibilidade deriva da necessidade que tem o Direito de tutela de certos bens na vida, imprimindo estabilidade e segurança nas relações sociais, privadas e públicas.

Assim, quando a norma jurídica *incide* sobre o suporte fático (*Tatbestand*), o que resulta e habita no mundo jurídico é o fato jurídico. O produto do fato jurídico é eficácia jurídica. Portanto, eficácia jurídica é do fato jurídico e *nunca* do fato social (suporte fático). O que decorre da causalidade normativa, referente aos direitos fundamentais e sua a efetividade é algo da mais alta magnitude, é o surgimento dos direitos subjetivos. Estes exurgem quando o direito objetivo (na acepção do termo - decisão política) se imiscui no mundo jurídico e produz fato jurídico.

Os direitos fundamentais subjetivos são efeitos das relações jurídicas cuja natureza não pode mais ser qualificada exclusivamente a partir de uma dicotomia clássica do Direito Público e do Direito Privado, da lógica dos subsistemas jurídicos, do conceito e do enunciado legal, pela subsunção até gramatical que nega, muitas vezes, a dimensão axiológica do bem jurídico violado, seja pela Autoridade estatal, seja pelo particular.

Constituição: elementos e interpretação

Conforme acentua Alexy[26], os direitos fundamentais não podem ser compreendidos meramente como instrumentos de contenção das decisões do poder estatal, senão para reconhecer sua funcionalidade numa relação jurídica Estado/Cidadão, na qual um é ou não, titular de direitos fundamentais, enquanto as relações jurídicas entre cidadãos são construídas com partes que são titulares de direitos fundamentais.

A reflexão dos direitos fundamentais, à luz do Direito Constitucional Comparado, admite diferentes formas de interpretação. Em nosso caso, uma compreensão da Constituição vigente, que compreende cada unidade política. Somente a compreensão desta “Ordem Jurídica Fundamental” vigente oferece a possibilidade de captar e de vencer, com propriedade jurídico-constitucional, a problematização que se coloca em relação aos direitos fundamentais diante da formação da vontade do estatal nos vários níveis de governo. A questão sobre os fundamentos de cada texto constitucional se refere à questão do Estado, mas igualmente à configuração da Sociedade Civil.

O sentido, no qual esse tema deve apontar, depende da tarefa que deve ser resolvida com o conceito de Constituição escolhido. A normatividade da Constituição é, todavia, de uma ordem concreta, e a vida, que ela deve ordenar, é real, que se desenvolve no cotidiano da Sociedade Civil.

Diz respeito ao Poder estatal soberano, confinado pelo Direito, como Ordem Jurídica, ou seja, num processo de integração estatal de colaboração consciente conforme o que fora traçado em suas matrizes normativas constitucionais.

Assim, como um processo de conduta estabilizadora, que se dá pela concretude dos princípios materiais da ordem constitucional e a perspectiva da sua força normativa e vinculante, a Constituição deve ser entendida como um processo fundamental de juridicização do Estado. Traduz-se, assim, na racionalização do exercício do poder político.

Toda Constituição, em sentido material restrito[27], cuida dos elementos primários do Estado, a forma de aquisição e de exercício do poder estatal, a organização e funcionamento do Estado, assim como os direitos fundamentais conferidos às pessoas.

As Constituições modernas trazem, ainda, no seu texto um apelo, conforme a melhor doutrina, de natureza axiológica, que reconhece um conteúdo finalístico[28]. De fato, hoje não se concebe o Estado de Direito, como nos termos kantianos, subtraído de um conteúdo finalístico, concreto e independente do querer dos governantes. O conceito de Estado puro e simplesmente racional, como uma realidade aprorística, já cumpriu sua função quando foi de fundamental importância para o liberalismo nascente do século XVIII.

Correlato à compreensão de Constituição é o conceito de Ordem Jurídica. Por meio desta, o Estado é concebido não somente como poder ou como força, senão como produto de um fenômeno jurídico.

Uma Ordem Jurídica que regula as relações intersubjetivas dentro da Sociedade, por meio de um Poder político, institucionalizado, a qual irradia-se sobre pessoas físicas ou

jurídicas, seus bens e igualmente sobre toda atividade alcançada por sua validade espacial.

As normas constitucionais, assim, tomam o Poder estatal e distribuem em funções públicas, em vários órgãos estatais, constitutivos da estrutura do Estado. As funções jurídicas são realizações ou manifestações da vontade humana que representam sua aplicação, criação e execução pelo destinatário da norma jurídica.

Elas se encontram no âmbito privado, Sociedade Civil e, no âmbito público, Estado. Nesse sentido, fala-se na tripartida estrutura de Poder, intrínseca ao modelo de Estado atual.

De fato, o Estado tem o monopólio do sistema repressivo e de constrangimento, franqueado aos particulares, excepcionalmente, como na hipótese de legítima defesa, de estado de necessidade, todas reconhecidas pela ordem jurídica. Contudo, essas formas de coerção e de coação sobre os indivíduos, exercidas pela Autoridade estatal, não são irrestritas e ilimitadas, de modo que lhes seja franqueado o seu exercício sem que se reconheça uma instância “*Interna* ou *Externa Corporis*”, isto é, administrativa, jurisdicional, instrumento do Estado para disciplinar o exercício desse poder.

Esse Poder estatal, exercido pelos Agentes Públicos, não existe como um fenômeno próprio no Estado Democrático de Direito. Nada obsta, porém, que se investigue as reações do exercício desse poder na Sociedade, sua conveniência e oportunidade, sua legalidade e legitimidade, tendo como matriz normativa a Constituição que lhe institucionalizou e determinou sua forma de ser.

A concepção de Constituição moderna, neoconstitucionalista, acolhe a tese dos direitos fundamentais como acervo que integra o seu texto, de caráter vinculante e limitativo face ao Poder estatal. É uma associação inseparável da reflexão do Estado de Direito, reduzido às normas constitucionais obrigatórias por meio da força do Direito que legitima o exercício do Poder estatal.

Inconveniências terminológicas e efetivação horizontal dos direitos fundamentais no direito privado: considerações finais

À guisa de conclusão e recordando Alexy, não há nenhuma inconveniência em contrastar a atuação estatal aos direitos fundamentais, uma vez que aqueles agem por meio de representação, conferindo aos poderes outorgados um sentido meramente utilitarista, jamais autônomo.

Contudo, o mesmo padrão lógico não se aplica nas relações privadas. De fato, as relações privadas têm como base ética e a liberdade, que seguindo a tradição do constitucionalismo ocidental, é direito fundamental tutelado. Não sendo crível dispensar aos Cidadãos titulares de direitos fundamentais o mesmo tratamento jurídico dado às entidades estatais.

Com isso, não se pode sucumbir radicalmente ao apelo e ao prestígio da tese da efetividade horizontal dos direitos fundamentais e, dessa forma, sacrificar o paradigma

ético-jurídico fundamental das relações privadas, a Liberdade, que demandou séculos em sua construção.

É inegável, outrossim, que os direitos fundamentais, em vários sistemas constitucionais ocidentais, não se deixam aprisionar, sendo igualmente reconhecidos nas relações jurídicas privadas.

Nessa abordagem do Direito Constitucional Comparado, ganham relevo os Estados que adotam, na sua estrutura de poder político, uma Corte Constitucional com jurisdição constitucional definida, caso da Espanha e da Alemanha, nos quais a peleja em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas ficou cingida, precipuamente, às questões processuais, conforme se observa na Alemanha pela utilização da queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerden*)[29] e na Espanha por meio do recurso de amparo, ficando assim: Na hipótese de violação de direitos fundamentais por entidades privadas, assim como naquelas relações as quais se estabeleçam entre a jurisdição ordinária e a jurisdição constitucional.

Cotejar o objeto do Direito Constitucional desperta algo mais abrangente do que sua compreensão enciclopédica ou oracular. Como subsistema do Direito Público interno ganha, portanto, visibilidade por não ser mais o próprio Direito do Estado, senão por ser o mais típico ramo do Direito dos Direitos Fundamentais, pelo que autoriza falar não exclusivamente em Estado de Direito, senão em Estado de Direitos.

Este caráter plural do Direito Constitucional abre uma brecha fecunda que alivia as fronteiras de atrito entre o Direito Público e Direito Privado, na perspectiva de um novo Direito Constitucional “**transversal**” de uma ordem de valores objetiva conforme acentua Grimm[30], por apego a uma distinção de naipe substantivo dos enunciados, ou seja, da natureza das normas jurídicas, que adere à proeminência do conteúdo normativo-constitucional que ao seu crivo faz toda a ordem jurídica se render.

Todo o sistema jurídico, inclusive o Direito Civil, reconhece nos enunciados constitucionais um caráter unificador, dotado de uma inegável transversalidade que empresta um sentido construtivo na formação, interpretação e aplicação das normas jurídicas infraconstitucionais.

Com efeito, o estudo desta transversalidade dos direitos fundamentais não se faz refém dos contornos sistêmicos nacionais, senão para considerar uma análise extensivamente que ancora no Direito Constitucional Comparado.

Finalmente, o caráter refratário dos Direitos Fundamentais não mais confinado aos apelos regionais dos sistemas jurídicos, oferece uma oportunidade de contrastabilidade entre ramos jurídicos de naipe diferente, assimilação e consolidação da irrenunciável transversalidade dos direitos fundamentais nas relações privadas apropriada como objeto do Direito Constitucional Comparado, cuja vocação transcende a *performance* clássica do binômio Constitucional/Civil, Interesse Público/Interesse Privado, não mais íntegra para afiançar somente a ação interventiva estatal, senão até pela sua inevitável exclusão na relação jurídica, assim também qualificá-la.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg(Breisgau);München:Alber Studienausg. 2002.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 6. Auflage, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do Direito. Tradução Márcio Pugliese, Edoson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BVerfGE 7, 198: **Lüth-Urteil e BVerfGE 25, 256** Blinkfuer.

CANARIS. Claus-Wilhelm. **Grundrechte und Privatrecht**. Berlin: Walter de Gruyter, Heft 159, 1999.

DINAMARCO, Candido. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ENGISCH, Karl. **Einführung in das juristische Denken**. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 1956.

GRANGER, Gilles-Gaston. **A ciência e as ciências**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 1994.

GRIMM, Dieter. **Die Karriere eines Boykottaufrufs**: Wie ein Drehbuchautor Rechtsgeschichte machte. Zum 50. Geburtstag des Bundesverfassungsgerichts, IN: Die Zeit. 40/2001.

HABERMAS. Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beitrag zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.

KAUFMANN, Arthur. **Was ist das: die Natur?** Über einen schwierigen Begriff, Herrenhalber Texte 77, 1987.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtstheorie**. Wien: Verlag Österreich, 2. Auflage, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PARSONS. Talcott. **Structure and Process in Modern Societies**. Illinois: The free of Glencoe, 1960.

REALE, Miguel. O Direito como Experiência. São Paulo: Saraiva, 1999.

SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da Norma Constitucional**. São Paulo: Manole, 2004.

[1]De fato a expressão colonialização é também utilizada no sentido que aqui damos por Habermas numa perspectiva filosófica em sua obra: Neste sentido, *exempli gratia*:na Carta Política de 1824(FRANCA), 1891 (USA), de 1934(WEIMAR), de 1937 (POLACA), de 1946 (refratária de WEIMAR) e finalmente de 1988 (PORTUGAL).

[2]No Direito Comparado a expressão Epistemologia é comumente rivalizada com a expressão Gnoseologia, que alguns identificam esta com a Teoria do Conhecimento e aquela com a Teoria da Ciência. Como colhemos no sistema inglês o uso da expressão e o sentido que lhe empresta *Epistemology* como Teoria do Conhecimento, enquanto os franceses optam pela expressão *Théorie de la Connaissance* para distinguir de *Épistémologie* e finalmente os alemães adotam, neste sentido, usam a expressão *Erkenntnistheorie* que distinguem de *Epistemologie*. Isto nos autoriza emprestar, aqui, o sentido de Gnoseologia como Teoria do Conhecimento que abarca toda e qualquer forma de saber como o vulgar, o revelado, o filosófico, enquanto a Epistemologia alcança apenas a forma de conhecimento científico como regras e procedimentos especiais. Numa perspectiva universal, vale destacar; os franceses com a expressão, para distinguir de, o mesmo acontecendo como os alemães que utilizam a expressão.

[3]KELSEN, Hans. **Reine Rechtstheorie**. Wien: Verlag Österreich, 2. Auflage, 2000, p. 239.

[4]GRANGER, Gilles-Gaston. **A ciência e as ciências**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 1994, pg. 12.

[5]DINAMARCO, Candido. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 101-102. Segundo o autor, “*mede-se o grau de desenvolvimento de uma ciência, pelo refinamento maior ou menor do seu vocabulário específico. Onde os conceitos estão mal definidos, os fenômenos ainda confusos e insatisfatoriamente isolados, onde o método não chegou ainda a tornar-se claro ao estudioso de determinada ciência, é natural que ali também seja pobre a linguagem, e as palavras se usem sem grande precisão técnica*”.

[6]BONAVIDES, Paulo. **Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.10.

[7] PARSONS, Talcott. **Structure and Process in Modern Societies**. Illinois: The free of Glencoe, 1960, p. 304.

[8] HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beitrag zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, p. 100-110.

[9] REALE, Miguel. O Direito como Experiência. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201.

[10] CANARIS, Claus-Wilhelm. **Grundrechte und Privatrecht**. Berlin: Walter de Gruyter, Heft 159, 1999, p.12 .

[11] SALES, Gabrielle Bezerra. **Teoria da Norma Constitucional**. São Paulo: Manole, 2004, p.20.

[12] MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 68.

[13] BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: Lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995, p.122. Referindo-se a escola pandectista início do século XIX na Alemanha diz: “*a concepção do Direito como uma realidade social “dada” ou “posta” e como unidade sistemática de normas gerais.*”

[14] ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg(Breisgau);München:Alber Studienausg. 2002. p. 18.

[15] ENGISCH, Karl. **Einführung in das juristische Denken**. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 1956, p. 09.

[16] KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich. 2. Auflage, 2000, p. 95. No aspecto da teoria do conhecimento, lembra Kelsen a distinção entre os juízos lógicos: a) juízos ônticos que são enunciados analíticos que descrevem o ser, suscetível de uma averiguação pontual de verdade e falsidade: b) os juízos deônticos, que compreende o plano normativo do “Dever-ser” como descrição sobre prescrições normativas e acerca dos quais não tem sentido predicar verdade ou falsidade. Contudo, não se trata de uma relação alternativa excludente. Há, neste sentido, uma estreita relação entre as proposições jurídicas formuladas com os mecanismos que geram os fenômenos, vez que existe certo isomorfismo, diga-se, correspondência de estrutura entre os mecanismos propostos e os sistemas no mundo.

[17] KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich. 2. Auflage, 2000, p. 95.

[18] KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich. 2. Auflage, 2000, p.72. “*In der selbstverständlichen Behauptung, dass Gegenstand der Rechtswissenschaft das Recht ist, liegt die – weniger selbstverständliche – Behauptung beschlossen, dass Gegenstand der Rechtswissenschaft*

Rechtsnorme sind, menschliches Verhalten aber nur insoferne, als es in Rechtsnormen als Bedingung oder Folge bestimmt – oder mit anderen Worten – als es Inhalt von Rechtsnormen ist.“

[19]KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich. 2.Auflage. 2000, p.123: "*Ist aber erkannt, dass zu einem Verhalten Verpflichtet-Sein nichts anderes bedeutet, als dass dieses Verhalten durch eine Norm geboten ist, und kann nicht geleugnet werden, dass die Rechtsordnung – wie jede normative Ordnung – ein bestimmtes menschliches Verhalten gebietet, dann muss Verpflichten als eine wesentliche Funktion des Rechts angesehen(...).*"

[20] KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich. 2.Auflage. 2000, p.123: "*(...)- wie die folgende Analyse der Funktion des Berechtigens zeigt – sogar dieser gegenüber als die primäre Funktion anerkannt werden“.*

[21] A linguagem, neste aspecto, possibilita que um determinado comportamento observado e descrito que pode ser reajustado em uma esfera lingüística consensual.

[22] Neste sentido, cumpre lembrar que o fundador do purismo jurídico, Kelsen, não estava inclinado a reconhecer as normas jurídicas como expressão de uma vontade real e presente, senão que a norma integra uma ordem, diga-se, uma “**ordem despsicologizada**”. Muito embora as normas sejam ato-vontade, elas compreendem no seu sentido objetivo uma expressão subjetiva daquele que a formulou, contudo, investido de poderes legítimos para fazê-lo, para que assim, cumpra-se seu ciclo de validade. O que justificaria a representação do sistema de normas jurídicas na figura piramidal, posto que, a norma inferior extrairia sua validade na norma superior que conteria o seu fundamento de validez.

[23] KAUFMANN, Arthur. **Was ist das: die Natur? Über einen schwierigen Begriff**, Herrenhalber Texte 77, 1987, p. 33.

[24] KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. Wien: Verlag Österreich. 2 Auflage. 2000, p. 74.

[25] MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 225.

[26] ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 6. Auflage, 1997, p.514.

[27]Na tradição do Constitucionalismo ocidental, quanto ao conteúdo, as Constituições podem ser classificadas em formais e materiais. O aspecto formal se caracteriza pela forma de sua criação, que pressupõe uma Assembléia Constituinte que num momento solene se instaura e cria a Constituição, estabelecendo regras rígidas para sua alteração, quorum qualificado, para se distinguir do processo ordinário de formação legislativa definida no próprio texto Constituição. Vê Art. 59 e seguintes da Constituição Federal de 1988.

[28] Neste sentido, a Constituição Brasileira de 1988 não só tratou de qualificar o Estado Brasileiro, como também, impõe-lhe um conjunto de objetivos fundamentais

traçados no Art. 3º, como: Construir uma Sociedade livre, justa e solidária; Garantir o desenvolvimento nacional; Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[29] BVerfGE 7, 198: Lüth-Urteil e BVerfGE 25, 256 Blinkfuer.

[30]GRIMM, Dieter. **Die Karriere eines Boykottaufrufs**: Wie ein Drehbuchautor Rechtsgeschichte machte. Zum 50. Geburtstag des Bundesverfassungsgerichts, IN: Die Zeit. 40/2001. p. 11.