

Vinculação dos particulares a Direitos Fundamentais: breves considerações da Filosofia Constitucional^{1 2}

The binding of individuals to the Fundamental Rights: brief considerations of Constitutional Philosophy

Roberta Camineiro Baggio³

Stanley Souza Marques⁴

Resumo:

Tomando como ponto de partida que a deliberação por qualquer dos modelos de vinculação dos particulares a direitos fundamentais decorre 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, este trabalho se envereda nos debates propostos pelas correntes do liberalismo igualitário e do comunitarismo, nas versões formuladas, respectivamente, por John Rawls e Michael Walzer. Deste confronto teórico, sucedem distintos papéis e significados atribuídos à constituição e ao seu sistema de direitos, os quais desdobram-se em modelos diversos para a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, indicando que a fundamentação filosófica e política de qualquer opção dogmática pode torná-la mais vigorosa.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais e Direito Privado; Liberalismo Igualitário; Comunitarismo.

Abstract:

Taking as starting point that the resolution for any of the linking models the individuals to the fundamental rights stems from indispensable methodological assumptions, namely, theoretical positions concerning the conception of the constitution as well as the most

¹ Uma primeira versão do debate proposto neste artigo foi apresentado no XXI Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido nos dias 6, 7, 8 e 9 de junho de 2012, na Universidade Federal de Uberlândia (UFU), quando a pesquisa ainda estava em andamento. Este artigo reflete os resultados finais alcançados.

² Artigo recebido em 29 de abril de 2013 e aceito em 3 de setembro de 2013.

³ 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). Contato: robertabaggio@uol.com.br.

⁴ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Contato: marques.stanley@gmail.com.

appropriate conception about fundamental rights into national legal system, this work engages the debates proposed by the currents of egalitarian liberalism and communitarianism, in versions made, respectively, by John Rawls and Michael Walzer. From this theoretical confrontation, appeared different roles and meanings attributed to the constitution and its rights system, which unfold in various models for linking the individuals to fundamental rights, indicating that the philosophical and political foundation for any dogmatic option can make it more vigorous.

Key-words: Fundamental Rights and Private Law; Egalitarian Liberalism; Communitarianism.

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. Nessa perspectiva, outra não poderia ser a função atribuída aos direitos fundamentais a não ser a 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 modernas, entretanto, 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".⁵ 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,

⁵ 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. p. 243.

a justiça e a própria liberdade não podem realizar-se espontaneamente".⁶ 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, a um só tempo, que os valores constitucionais expressos por estes direitos devem ser respeitados pelo Estado assim como 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".⁷

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",⁸ entre os quais podem ser mencionados os sindicatos, as igrejas, as associações cívicas, profissionais, desportivas, entre tantos outros que gozam de poder social e político.

Seguindo a abordagem de José Carlos Vieira de Andrade, há ainda 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".⁹ Diante disso, esvazia-se a

⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, 2010.

⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, 2010.

⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, 2010.

⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, 2010.

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".¹⁰

As recentes teorizações acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais são formuladas a partir do pano de fundo brevemente descrito. Tomando como ponto de partida o anacronismo da concepção liberal-burguesa, alguns modelos teóricos para a vinculação dos particulares a direitos fundamentais foram desenhados, 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".¹¹

E isso, sobretudo, 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.

Os três principais modelos de vinculação dos particulares a direitos fundamentais são objeto de investigação deste estudo. Desde já, porém, deve-se ressaltar a insuficiência da análise formal dos modelos tradicionais, quais sejam, efeitos indiretos, efeitos diretos, *state action* ou qualquer outro. A defesa de algum modelo exige discussões teóricas sobre as concepções de constituição e de direitos fundamentais adequadas ao ordenamento jurídico nacional, afinal, como adverte 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".¹² Acrescenta que deliberar, "por exemplo, por uma eficácia indireta [efeitos indiretos] dos direitos fundamentais, não responde à pergunta sobre como essa eficácia deve ocorrer".¹³

¹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares, 2010.

¹¹ SARMENTO, Daniel. 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, 2011. pp. 131-2.

¹² SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 108.

¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**, 2011.

Não por outra razão, empreende-se este trabalho 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.¹⁴ A partir dessa proposta teórica, é possível vislumbrar um ganho qualitativo na discussão filosófico-constitucional, sobretudo no que tange à superação de algumas limitações do debate acerca da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Tal abordagem justifica-se à medida que pode desembocar em um importante “papel de fundamentação [...] da escolha por um ou outro dos modelos”.¹⁵ Segundo Virgílio Afonso da Silva, as correntes que atualmente debatem os efeitos horizontais de direitos fundamentais não passam de molduras vazias, carentes de “discussões fundamentais e de grande densidade teórica”.¹⁶

Na linha proposta por este estudo, serão sintetizadas as três principais doutrinas sobre a operatividade de direitos fundamentais nas relações jusprivatistas, sendo apresentadas 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 teóricas.

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

¹⁴ 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 neste 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).

¹⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**, 2011, pp. 108-9.

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**, 2011.

Claus-Wilhelm Canaris identifica com clareza a problemática. Se por um lado encontram-se os dispositivos enunciadores de direitos fundamentais em hierarquia normativa superior ao direito privado, por outro está a impossibilidade de a constituição regulamentar as 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".¹⁷

O presente tópico é dedicado à investigação dos 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 e imediata); (iii) negação da produção de efeitos (*state action doctrine*).¹⁸

Nos subtópicos a seguir serão descritas, analisadas e interpretadas sucintamente 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 fundamentais¹⁹ tem como ponto de partida o direito

¹⁷ 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. p. 206.

¹⁸ Os modelos mencionados articulam a vinculação dos particulares, em relações com outros particulares, a direitos fundamentais. A vinculação do legislador aos direitos fundamentais é direta e pacífica na doutrina constitucional, uma vez reconhecidos o princípio da supremacia da constituição e a força normativa dos princípios e valores expressos pelos preceitos constitucionais. Ademais, oportuno assinalar que 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 investigar neste estudo.

¹⁹ No Brasil, o modelo de efeitos indiretos é minoritário entre os autores que estudam a temática, talvez, em vista, a juízo de Daniel Sarmiento, de "características singulares da nossa ordem constitucional, muito mais

geral de liberdade, constitucionalmente assegurado. Recorrem os adeptos deste modelo ao direito de liberdade, positivado pela maioria das constituições democráticas ocidentais, com o objetivo de inviabilizar qualquer efeito absoluto de direitos fundamentais nas relações de natureza privada, mantendo incólume a autonomia do direito privado.

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.²⁰

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 [...], seja a uma prestação".²¹ Diante desse novo paradigma, verificado a partir da segunda metade do século XX, sublinha Virgílio Afonso da Silva²² que os direitos fundamentais "desempenhariam uma função adicional: eles expressariam um sistema de valores, válido para todo o ordenamento jurídico".

Sustentam os defensores do modelo de efeitos indiretos que o conteúdo dos direitos fundamentais irradiaria por todo o direito, influenciando as relações entre particulares a partir da legislação e dos parâmetros dogmáticos hermenêutico-aplicativos do próprio direito privado. Quer isso dizer que os valores expressos pelos direitos fundamentais irradiariam pela esfera do direito privado mediante suas cláusulas gerais. Operariam os direitos fundamentais nas relações entre particulares de modo diverso do que se verifica nas relações entre o cidadão e o Estado, uma vez que nas primeiras, diferentemente das segundas, todos os envolvidos são titulares de direitos fundamentais, argumento também central na construção dos efeitos indiretos.

O legislador desempenharia a principal tarefa, qual seja, de conciliar os direitos fundamentais com a proteção da autonomia privada, princípio fundamental do direito

voltada ao combate à injustiça nas relações privadas do que a Lei Fundamental Alemã". SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais, 2011. p. 141. Não menos importante, pode ser mencionado o fato de o Brasil ser um país com um alto índice de desigualdades sócio-econômicas. Esta observação leva a crer que, a despeito da influência das teorizações estrangeiras, as peculiaridades do direito nacional não devem ser desprezadas.

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**, 2011, pp. 75-76.

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**, 2011, p. 77.

²² SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**, 2011.

privado e bem constitucionalmente assegurado, função decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. O Legislativo se encarregaria de definir o equilíbrio entre os direitos e valores conflitantes, 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 quando ausente previsão específica da legislação privada para o caso concreto, razão pela qual se fala em efeitos indiretos.²³

Profundas críticas ao modelo foram construídas por Juan María Bilbao Ubillos, filiado ao modelo de efeitos diretos. Para o autor, 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 Bilbao Ubillos, que diante da omissão legislativa seja inviabilizado 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 positivação privatística produz conseqüências indesejadas.²⁴

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. Esta postura decorreria da ausência de critérios experienciados pelo Judiciário para a solução de impasses complexos, capazes de

²³ Há, contudo, significativos dissensos entre os doutrinadores que compartilham o modelo de efeitos indiretos como proposta teórica mais viável. 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, Claus-Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*, 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. Outra matização da teoria dos efeitos indiretos está presente em ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares*, 2010. pp. 241-61.

²⁴ 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. 272-3.

ameaçar 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. No entanto, 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?".²⁵

Acrescenta 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 Ubillos²⁶ 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 isso a lentidão do Legislativo na regulamentação das disposições constitucionais.

O jurista espanhol, por fim, levanta uma provocação: "¿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?".²⁷

Não há como negar que o autor 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. Contudo, Bilbao Ubillos não consegue enfrentar o debate da ausência de legitimidade democrática que envolve o Judiciário.

2.2 Efeitos diretos

O modelo de efeitos diretos sustenta que direitos fundamentais irradiam sobre as relações privadas de modo semelhante à incidência destes direitos sobre as relações entre o cidadão e o Estado. Aplicam-se independentemente de qualquer mediação da

²⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? 2010.

²⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? 2010, pp. 273-4.

²⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? 2010, p. 275.

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: precisamente pelo fato de as relações interprivadas envolverem titulares de direitos fundamentais faz-se necessário harmonizar direitos fundamentais e a autonomia privada no caso concreto. Os bens, valores e direitos constitucionais em jogo terão seu alcance determinado a partir da apreciação das circunstâncias de cada caso específico.²⁸

Os doutrinadores adeptos do modelo de aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos fundamentais às relações entre os atores privados não rechaçam a ideia 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, isto é, vinculariam diretamente o Estado e os particulares.

Wilson Steinmetz, partindo do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, insere-se no círculo dos teóricos que defende a vinculação imediata dos particulares a direitos fundamentais. Adverte, entretanto, que a posição por ele defendida não sinaliza que "toda norma de direito ou garantia fundamental te[nha] aplicação imediata sempre, em toda e qualquer situação concreta, com plenitude de efeitos".²⁹ E isso por duas razões.

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

²⁸A despeito do consenso entre os teóricos filiados ao modelo de efeitos diretos quanto à necessidade de se recorrer à ponderação, há significativas divergências no tocante aos critérios orientadores deste expediente que, em razão de limites físicos impostos a este trabalho, não serão aqui investigados.

²⁹STEINMETZ, Wilson. 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, 2011. p. 126.

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".³⁰ Ademais, a fim de reforçar sua argumentação, menciona o parágrafo 2º do art. 103, da CF/88, através do qual se autoriza a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 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".³¹

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"³² para certos direitos não desfigura a aplicação imediata para a totalidade de posições jurídicas que constituem o direito ou garantia fundamental, sobretudo, enquanto ausente a regulamentação pelo legislador ou inexistente a condição material.

A segunda razão elencada pelo autor diz respeito à necessidade de ponderação. 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 o direito à 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".³³

Em defesa do modelo de aplicabilidade direta, Juan María Bilbao Ubillos aduz quatro argumentos, apresentados adiante: (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.³⁴

³⁰ STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada, 2011.

³¹ STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada, 2011.

³² STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada., 2011, p.127.

³³ STEINMETZ, Wilson. O dever de aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e nas interpretações da literatura especializada., 2011, p.128.

³⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? 2010, pp. 263-93.

Os fenômenos da autoridade e do poder não são exclusivos das relações entre o cidadão e o Estado. A modernidade 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 potenciais violadores de direitos fundamentais, seja por razões econômicas ou sociais que impliquem verdadeira submissão de um dos particulares. 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).³⁵

Argumenta o autor que a constituição é norma básica e elemento de unidade do ordenamento jurídico nacional, de tal sorte que as relações interprivadas não podem ser apreendidas fora da regulamentação constitucional. Nesse sentido, não deve prosperar qualquer separação rígida entre a constituição e o direito privado. Nas palavras do 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"³⁶, 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".³⁷ Acrescenta que "la reconstrucción del ordenamiento en clave constitucional implica que todas las normas del Derecho privado deben reinterpretar-se a la luz de la Constitución".³⁸

Os direitos fundamentais gozariam de uma eficácia expansiva inerente à sua própria estrutura: "tienen un contenido principal, un sustrato muy abierto, por lo que tienden a expandirse, a penetrar y rellenar impetuosamente a todos los intersticios del ordenamiento".³⁹ Ademais, irremediavelmente, tornam-se mais comuns as demandas

³⁵ BILBAO UBILLOS, Juan María ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? 2010, pp. 264-6.

³⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? 2010, p. 266.

³⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? 2010.

³⁸ BILBAO UBILLOS, Juan María ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? 2010, p. 267.

³⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? 2010, p. 268.

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 dos direitos fundamentais caracterizariam o cenário atual. Ao juiz, não resta alternativa a não ser desvendar esta nova realidade.

As principais críticas articuladas ao modelo de efeitos diretos envolve a violação da autonomia privada como principal consequência da adoção deste modelo. Segundo Canaris, a despeito de ser defensável, em termos lógico-jurídicos e práticos, a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações interprivadas,⁴⁰ as consequências seriam insustentáveis, na medida em que tal modelo implicaria destruição “[...] tanto do direito contratual quanto também [d]o direito da responsabilidade extracontratual, pois ambos seriam em larga escala substituídos pelo direito constitucional”.⁴¹ Assinala, por fim, 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.⁴²

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 a partir dos valores expressos pelas normas instituidoras de direitos fundamentais nada mais faz do que cumprir a anterior intenção legislativa.⁴³

2.3 *State Action Doctrine*

⁴⁰ 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 de direitos fundamentais às relações entre particulares.

⁴¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha, 2010, p. 214.

⁴² CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha, 2010.

⁴³ Cf. STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 173-4.

Os adeptos da *state action doctrine* partem da premissa de que as disposições de 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 nas relações entre particulares, a partir de uma concepção liberal dos direitos fundamentais; “es, desde un punto de vista sustancial, la salvaguarda de la autodeterminación individual y el pluralismo”.⁴⁴

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 relações privatistas. Nesse passo, afirma Virgílio Afonso da Silva⁴⁵ 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 sujeitos privados.

A tutela judicial dos direitos fundamentais nos Estados Unidos dar-se-ia, segundo lições de Bilbao Ubillo,⁴⁶ mediante 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”, dilata-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.⁴⁷

Inspirando-se em Bilbao Ubillos, argumenta Wilson Steinmetz que o recurso à artificialidade argumentativa da Suprema Corte norte-americana cumpre dois papéis: (i) “amplia-se o campo de abrangência do conceito de *state action* operando eficácia dos

⁴⁴ BILBAO UBILLOS, Juan María ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? 2010, p. 278.

⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**, 2011, p. 100.

⁴⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? 2010, p. 278.

⁴⁷ BILBAO UBILLOS, Juan María ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? 2010.

direitos fundamentais nas hipóteses em que um particular demanda outro particular⁴⁸, sob alegação de violação de direito fundamental individual, (ii) sem que se abandone a perspectiva liberal dos direitos fundamentais.

Talvez a crítica mais precisa elaborada na literatura constitucional brasileira à *state action doctrine* 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, não obstante a Corte Constitucional recorra à equiparação de condutas privadas a condutas estatais como fundamento para a aplicação de direitos fundamentais às relações privatistas, importa, na prática, o reconhecimento de que este catálogo de direitos também vincula os sujeitos particulares. Em breve síntese, pode-se afirmar que o recurso a esta estratégia argumentativa nada mais faz do que encobrir o que de fato ocorre: a sujeição dos particulares a normas instituidoras de direitos fundamentais.⁴⁹

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 moderna. Em outras palavras, há o reconhecimento de que através do direito preservar-se-ia o pluralismo, fenômeno não só irremediável, mas também desejado nas democracias.

É neste contexto que liberais igualitários e comunitaristas engendram esforços com vistas à edificação de 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

⁴⁸ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004, p. 179.

⁴⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**, 2011, p. 100.

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.

Recorrendo ao embate liberalismo igualitário *versus* comunitarismo pretende-se investigar possíveis influências das teorias da justiça às teorizações sobre a operatividade de direitos fundamentais no âmbito do direito privado, conferindo fundamentos político-filosóficos aos modelos anteriormente expostos.

As construções teóricas 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. Grosso modo, divergem as interpretações na medida em que liberais igualitários outorgam primazia à liberdade em um cenário universalizante ao passo que comunitaristas conferem prioridade à igualdade em um contexto comunitário. Esta discordância é resultado de compreensões irremediavelmente antagônicas acerca do pluralismo social e ideológico, que, por sua vez, desdobram-se em diferentes propostas para o processo democrático. Em outras palavras, há um desacordo no que tange à realização dos valores da liberdade e da igualdade no pensamento democrático.

Liberais igualitários, como John Rawls, concebem o pluralismo a partir da multiplicidade de visões individuais acerca do bem viver. 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 deve assegurar a identificação pessoal com algum projeto de vida, bem como a busca individual para a sua realização. Sustenta 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 concretização dos planos mundanos dos cidadãos. Nessa perspectiva, à constituição é imputada a tarefa de positivar as liberdades negativas ao passo que a interpretação constitucional deve se orientar por normas e princípios constitucionais.

Comunitaristas como Michael Walzer, a seu turno, precisamente por compreender o fenômeno do pluralismo como diversidade de identidades sociais,

descrevem as democracias modernas como espaço no qual se assentam heranças culturais peculiares. Diferentemente 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 visão comunitarista confere prioridade à soberania popular, à ativa participação social nas discussões públicas. O Estado, em contraste com o pensamento liberal igualitário, não poderia ser neutro diante da noção comunitária acerca do pluralismo. Nesse 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 deve ser orientada pelos valores éticos compartilhados.

Esboçados os lineamentos mais gerais das teorias da justiça, analisa-se a seguir alguns elementos presentes nas propostas do liberalismo igualitário e do comunitarismo.

Na defesa de tese liberal igualitária, John Rawls, ao articular peculiar e aprimorado contratualismo, parte de uma situação hipotética, na qual seres imaginários, numa situação inicial, em posição livre e igual e sob condições ideais, estabeleceriam princípios aplicáveis à estrutura básica de sociedade bem organizada, 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. 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, sob inspiração kantiana, ao trabalhar com uma concepção procedimental da razão prática, defende "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",⁵⁰ esforçando-se em formular um procedimento de justificação neutro.

Rawls erige critérios intuitivos para conceber a sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais, por ele designado "sociedade bem ordenada" (democracia constitucional). Desta ideia intuitiva decorreriam outras duas ideias igualmente intuitivas. (i) A sociedade bem ordenada⁵¹ exige uma concepção política de justiça imparcial. A concepção de justiça deve ser independente das mais diversas doutrinas compreensivas religiosas, filosóficas ou morais, preservando-se, desse modo, a estabilidade de uma sociedade bem ordenada. (ii) Os indivíduos das democracias constitucionais são livres e iguais e gozam da capacidade moral de ter um senso de justiça compartilhado por todos, - seria razoável - bem como gozaria da capacidade moral para deliberar racionalmente acerca de seus projetos de vida - seria racional.⁵²

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: "[c]ada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos".⁵³ 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. Quer isso dizer que apenas liberdades básicas podem fundamentar restrições a outras liberdades básicas.

O segundo princípio ("princípio da diferença") escolhido pelos sujeitos no diálogo contratual diz respeito à distribuição de renda e riqueza pela estrutura básica da sociedade:

⁵⁰ ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. **Pluralismo e Justiça**: Estudos sobre Habermas. São Paulo: Loyola, 2010. p. 103.

⁵¹ 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, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009. p. 80.

⁵² CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**, 2009, pp. 80-1.

⁵³ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 345.

“as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições”. São elas: (i) “devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos; em condições de igualdade equitativa de oportunidades”⁵⁴; e (ii) “devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade”.⁵⁵

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. A autodeterminação moral estaria assegurada mediante uma concepção política de justiça imparcial face às diversas doutrinas compreensivas religiosas, filosóficas ou morais esposadas pelos cidadãos. Nesse sentido, a tese liberal igualitária seria compatível com os mais diversos modos de bem viver esposados pelos cidadãos.

A constitucionalização dos direitos fundamentais adquire relevo nas teorizações liberais igualitárias enquanto aparato adequado para a salvaguarda da autorrealização dos cidadãos. A defesa intransigente dos direitos subjetivos (direitos e liberdades básicas) ocorre 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 dificultar a busca de seu planos mundanos.

Para o filósofo, 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. Este princípio orientaria a elaboração da constituição, resultando na positivação dos direitos e liberdades básicas. Rawls, portanto, sustenta a ideia 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.⁵⁶

⁵⁴ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**, 2011.

⁵⁵ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**, 2011.

⁵⁶ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**, 2009, pp.146-51.

Nesses 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*, sobretudo 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. 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.

De outro lado, o ponto de partida das teorizações comunitaristas envolve a compreensão do indivíduo enquanto membro de determinada comunidade, dotada de crenças, costumes e práticas sociais próprias. A identidade do cidadão seria construída a partir destas idiosincrasias coletivas e, em virtude disso, não seria possível compreender a identidade do sujeito de modo desvinculado da herança cultural. 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?".⁵⁷ Prossegue o autor: "Quais opções já fizemos no decorrer da nossa vida cotidiana? Quais entendimentos compartilhamos (realmente)?".⁵⁸

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".⁵⁹ Segundo essa linha teórica, os liberais igualitários desprezam a conjuntura histórica, circunstância essencial para as reflexões sobre a questão da justiça.

⁵⁷ WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 4.

⁵⁸ WALZER, Michael. **Esferas da justiça**, 2003.

⁵⁹ KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp.253-4.

O modo pelo qual o pluralismo é assimilado, como já sublinhado, conduz a profundas repercussões teóricas, tornando imprescindível sua breve investigação. Comunitaristas, como Walzer, interpretam o fenômeno do pluralismo associando-o à 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. Para o autor, a concepção de justiça está desvinculada de princípios universais, abstratos e a-históricos. Pensar a justiça, ao contrário, é pensar as práticas compartilhadas por 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".⁶⁰

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.

A constituição, nesse passo, ao positivar os direitos fundamentais, nada mais faz do que asseverar a autodeterminação da comunidade, isto é, "o sistema de direitos fundamentais assegura as liberdades positivas enquanto capacidade de determinação e controle de uma existência conjunta".⁶¹ A constituição reflete 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".⁶²

⁶⁰ WALZER, Michael. **Esferas da justiça**, 2003, p.7-8.

⁶¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**, 2009, p. 161.

⁶² CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**, 2009, p. 163.

À medida que a atenção volta-se ao particularismo histórico-social, há a defesa 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 efetivamente exercidos.⁶³

Precisamente por exigir do Estado atuação voltada ao reconhecimento e à promoção dos valores constitucionais, sua intervenção se fará exigência inafastável nas relações horizontais que violem estes axiomas compartilhados. Não há, porquanto, qualquer espécie de constrangimento quanto à atuação do Poder Público junto às relações jusprivatistas, razão pela qual pode o comunitarismo ser utilizado como fundamento filosófico-político dos modelos de efeitos diretos e indiretos, com a ressalva de que na concepção comunitarista, o espaço da política é o privilegiado e prioritário na resolução de conflitos sociais e não necessariamente o Judiciário. Na medida em que a corrente de efeitos diretos indica uma predisposição ao caminho da judicialização, a defesa da soberania popular restaria secundarizada.

De todo modo, não há como negar que os modelos de efeitos diretos e indiretos se aproximam à medida que superam a concepção liberal-burguesa dos direitos fundamentais. Reconhecendo os direitos fundamentais como expressão de uma ordem objetiva de valores que deve irradiar por todo o ordenamento jurídico, seja imediata, ou mediadamente, o círculo de teóricos filiados a estes empreendimentos dogmáticos acabam por vincular - de uma forma ou de outra - as relações jurídico-privadas a direitos fundamentais. E nesse sentido, aproxima-se da corrente comunitarista que exige atuação estatal, em relações verticais e horizontais, com vistas à tutela dos valores compartilhados por uma específica comunidade.

⁶³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**, 2009, pp.159-63.

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 subjetividade 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.

Nessa 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, 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 indissociável das democracias liberais contemporâneas. 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 decorrem modelos diversos para a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, indicando que a fundamentação filosófica e política de qualquer opção dogmática pode torná-la mais vigorosa.

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. 241-61.

ARAUJO, Luiz Bernardo Leite. **Pluralismo e Justiça**: Estudos sobre Habermas. São Paulo: Loyola, 2010.

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. 263-93.

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. 205-20.

_____. **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, 2009.

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**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAWLS, JOHN. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 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, 2011. pp. 131-65.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 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, 2011. pp. 113-30.

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