

Para Que Serve uma Teoria dos Direitos Fundamentais?

Rodrigo de Oliveira Kaufmann

*Pós-Graduado (Lato Sensu) em Processo Civil pelo IBEP,
Mestre em Direito e Estado pela Faculdade de Direito da UnB,
Doutorando em Direito pela UnB, Advogado.*

DOI: 10.11117/22361766.13.01.02

SUMÁRIO: Introdução: os direitos fundamentais e a teoria dos direitos fundamentais; 1 Teoria dos direitos fundamentais e importação de modelos; 2 Entre o discurso e a prática: o efeito simbólico dos direitos fundamentais; 3 Espaço democrático e espaço jurisdicional; Conclusão: para que serve uma teoria dos direitos fundamentais?; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO: OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição de 1988 representou um divisor de águas nos estudos de direito constitucional ao renovar, substancial ou formalmente, a metodologia aplicável à compreensão dos direitos fundamentais. A leitura meramente literal do texto constitucional a partir do contexto do juspositivismo não mais era adequada para um processo de interpretação que pretendia ser concretizador da axiologia do novo momento democrático institucional. Paralelamente, o impacto e a euforia da nova diretriz constitucional pautada no efeito reflexivo e irradiador dos direitos fundamentais fez surgir no Brasil um discurso hermenêutico eminentemente valorativo, na tentativa de oferecer instrumentos e suportes teóricos que pudessem melhor realizar o sentido da Constituição¹.

Passados quase 18 anos de vigência da Constituição Federal brasileira, o discurso dos direitos fundamentais continuam a ser o cerne da compreensão dos mais variados institutos jurídicos nos diversos ramos que se distribuem entre o direito público e o direito privado. Em certa medida, a linguagem dos direitos fundamentais ajuda a moldar para nós a própria interpretação jurídica e, mais do que isso, transforma, em um intenso processo de mutação, nossa jurisprudência, nossas leis e a nossa própria Constituição.

¹ A título de exemplo: Mendes, Coelho, Branco (2000); Sarlet (1998), Sarmento (2003); Barroso (1996, 2003); Streck (2002); Guerra Filho (1999).

Portanto, não é pouca a importância atual dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, também não é desprezível o risco da formulação de um discurso equivocado desses direitos. Uma formulação teórica consistente passa obrigatoriamente por um constante processo de crítica metodológica de seus pressupostos, de seus fundamentos e, por que não dizer, de sua própria ideologia.

O presente esboço de artigo tem o objetivo de discutir metodologicamente aspectos centrais de nosso discurso dos direitos fundamentais e tentar antever eventuais problemas na sua aplicação a partir dos pressupostos sobre os quais esse discurso é formulado.

1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E IMPORTAÇÃO DE MODELOS

A Constituição de 1988, como dito, destacou uma função essencialmente política dos direitos fundamentais seja na regulação do funcionamento do Estado, seja na eleição de princípios tidos como fundamentais para dirigir a dinâmica da sociedade civil. Os direitos fundamentais representam valores ou axiomas aceitos que, muito embora, não tenham delimitação conceitual muito exata, são de percepção por qualquer um.

A formação do sentido próprio dos direitos fundamentais não se dá no domínio da jurisprudência, mas, antes disso, nos complexos contextos socioculturais nos quais as pessoas e os juízes estão inseridos. Existe, portanto, não só uma relação de dependência entre realidade histórica e direitos fundamentais, mas também uma relação de mútuo condicionamento: os direitos fundamentais são formados a partir da realidade social e também por conta de sua força irradiante² influenciam e condicionam essa mesma realidade. Nesse jogo histórico, todos são participantes, e ninguém é juiz.

Cumprir observar, portanto, o vínculo íntimo entre os direitos fundamentais, a sua compreensão e a sua interpretação e as realidades locais historicamente formadas que, apesar de fundamentações universalistas, continuam a apresentar peculiaridades e especificidades.

Os direitos fundamentais precisam ser percebidos nesses contextos, e seu discurso somente pode ser construído a partir desse enfoque local³ mesmo que seus fundamentos possam ser compartilhados e as experiências repartidas.

2 Na nossa tradição, na linha da produção alemã, a força irradiante dos direitos fundamentais costuma ser relacionada ao julgamento do caso Lüth (BVerfGE 7, 198), de 15 de janeiro de 1958. Ver ainda nessa tradição Böckenförde (1993, p. 108). Acerca da chamada “força normativa”, ver Hesse (1992, p. 81).

3 Neves (2003, p. 141).

A importação de modelos teóricos de explicação e compreensão dos direitos fundamentais somente pode ter aplicação relativa desde que sofra o salutar processo da auto-referência⁴, de uma adaptação circunstancial.

Não há dúvida, por outro lado, de que a Constituição de 1988, na linha de uma tendência valorativa de interpretação, acabou por explicitar uma lacuna doutrinária ou teórica grave em nossos estudos de direitos fundamentais. Esse hiato teórico, fruto da incompatibilidade do pensamento constitucional pré-88 com as novas linhas hermenêuticas, acabou por ser completado pela maciça importação de um modelo específico de caracterização e compreensão dos direitos fundamentais.

O modelo europeu-alemão⁵, assimilado por nossos doutrinadores, aproxima os fenômenos relativos aos direitos fundamentais de um problema básico de solução judicial. A consequência da utilização desse modelo é a categorização de conceitos, a compartimentalização da análise de argumentos⁶, o destaque dos aspectos jurídico-técnicos dos direitos fundamentais em desprestígio à forte dimensão política desses direitos⁷.

A preocupação que se coloca é o tratamento dos direitos fundamentais a partir de experiências e casos estranhos ao desenvolvimento institucional brasileiro. Como parece intuitivo, a construção de uma teoria dos direitos fundamentais por empréstimo pode deformar sentidos e significados desses valores constitutivos do sistema constitucional nacional. Idéias como a liberdade de religião, o princípio da igualdade ou da não-discriminação⁸, a liberdade de expressão, a eficácia dos direitos sociais⁹ ou o próprio direito de propriedade parecem apresentar uma conformação peculiar a circunstâncias sociais e históricas da sociedade brasileira.

4 Para usar a expressão própria da teoria dos sistemas: Luhmann (1997, p. 49) e Teubner (1993, p. 27).

5 Dentre os autores de leitura obrigatória, destacam-se, apenas para citar alguns, Alexy (2001), Häberle (2003) e Hesse (1998).

6 Exemplo dessa tendência vinculada à tradição germânica é o exame em três níveis do chamado princípio da proporcionalidade, hoje muito famoso no Brasil: Mendes (1998, p. 67), Da Silva (2002, p. 23), Martins (2003, p. 15), Barroso (1996, p. 196), Stumm (1995, p. 76), Toledo (2000, p. 74) e outros.

7 Significativo dessa tendência "tecnicizante" do discurso dos direitos fundamentais é a linguagem quase que matemática utilizada por um dos seus principais defensores em recentes trabalhos: Alexy (2004).

8 Nesse sentido, cabe uma crítica, por exemplo, ao célebre e recente julgamento do STF no HC 82.424, que analisou o intrincado problema da liberdade de expressão em face de obra de cunho anti-semita. O direito comparado foi utilizado para instruir os votos, e, em vários momentos, os mesmos acórdãos foram utilizados para justificar posições divergentes. Em pouquíssimos momentos, o debate se voltou às circunstâncias brasileiras (o valor histórico-social do princípio da liberdade de expressão no Brasil e a propensão da obra gerar efetiva discriminação). Não haveria dúvida de que no Brasil a questão seria muito mais sensível em matéria de discriminação contra índios, negros ou nordestinos, assim como seria grave tal problema contra o negro nos Estados Unidos ou contra o judeu na Alemanha. Nessa linha, Rosenfeld (2003, p. 41).

9 Exemplo claro é o estudo da eficácia dos direitos sociais, utilizando-se do instrumental teórico alemão de análise da eficácia dos direitos fundamentais. O posicionamento é retórico se não for coadunado com problemas típicos das circunstâncias de países periféricos como a limitação orçamentária, a reserva do possível, o problema das escolhas políticas, a própria corrupção, a má administração dos recursos públicos e a péssima distribuição de renda.

Nesse sentido, tomando a diferença entre escolas jurídicas, basta um simples exame da jurisprudência constitucional no direito comparado para se verificar a total diferença de perspectiva na avaliação de temas centrais para os direitos fundamentais. Vejam-se, por exemplo, o célebre caso *Roe vs. Wade* de 1973 acerca do aborto nos Estados Unidos e os casos *Schwangerschaftsabbruch I* e *II* de 1975 e 1993 julgados pela Corte Constitucional Alemã, ou ainda compare-se o entendimento dos Estados Unidos e da Europa acerca do que se chama de *hate speech* e o princípio da não-discriminação¹⁰. Também o nível de intervenção do Estado na economia e nas relações contratuais se dá de forma completamente diferente nos Estados Unidos e na Alemanha.

Finalmente, cumpre observar que a importação de modelos teóricos acaba muitas vezes por produzir um discurso dos direitos fundamentais absolutamente artificial. O exemplo típico diz respeito à tese da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, questão essa que nunca foi propriamente um problema central de nossos debates constitucionais. Como já tive a oportunidade de defender¹¹, apesar da maciça incorporação de uma tradição específica de discussão¹², vários dos problemas relacionados a uma *Drittwirkung* já albergavam algum tipo de tratamento no direito nacional, como faz prova o tema da responsabilidade civil objetiva do Estado (art. 37, § 6º, da CF), que, em larga medida, se assemelha ao *schutzpflicht* (dever de proteção) da escola germânica.

Obviamente que não há mais espaço para discursos xenófobos como se no mundo globalizado e interconectado houvesse ainda lugar para teorias nacionalistas. Entretanto, não há dúvida de que o intercâmbio de experiências, mesmo que judiciais, não podem ser analisadas, especialmente em matéria de direitos fundamentais, a partir de um olhar deslumbrado a permitir um processo de “colonização” de um desenho teórico dos direitos fundamentais. O direito constitucional comparado passa a ser, nesse contexto, duplamente importante: tanto pode servir como auxiliar para a superação de eventuais ambientes de estagnação da eficácia dos direitos fundamentais quanto de perigoso instrumento asfixiante de possibilidades hermenêuticas outras do nosso próprio texto constitucional.

2 ENTRE O DISCURSO E A PRÁTICA: O EFEITO SIMBÓLICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A experiência do discurso dos direitos fundamentais apresentou, no Brasil, com muito mais destaque que em outros países, uma faceta desvir-

10 Boyle (2001, p. 490).

11 Dissertação de mestrado *Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – possibilidades e limites de aplicação no direito constitucional brasileiro*, defendida em dezembro de 2003.

12 Sarlet (2000, p. 107), Sarmento (2004), Steinmetz (2004), Da Silva (2005). Não é por outra razão que Münch (1997, p. 30) afirmou que a *drittwirkung* alemã pode ser considerada um “produção de exportação”.

tuada: o uso do discurso para corromper o sentido próprio dos direitos constitucionalmente previstos e a conseqüente produção de efeitos contrários à construção de um Estado Democrático de Direito¹³.

O abismo social, a imensa desigualdade na distribuição de renda, a separação nítida entre subintegrados e sobreintegrados¹⁴, a inexistência de uma “esfera pública” de fiscalização e controle da atuação dos poderes públicos (ao menos no sentido de uma “esfera pública” consistente e minimamente esclarecida)¹⁵ acaba por evidenciar o uso, consciente ou inconsciente, de um dos efeitos mais perversos dos direitos fundamentais: o seu uso retórico ou meramente simbólico¹⁶.

De certa forma, esse uso dos direitos fundamentais está no próprio cerne do nosso direito constitucional, vinculado a uma Constituição que se apegou a promessas e expectativas – resultado de um momento histórico específico –, muito mais do que se preocupou com formas concretas de efetivação de seus dispositivos. Não é a toa que o seu processo de sua alteração se dá em velocidade que estarrece os amantes da estabilidade institucional americana ou européia.

Também não há dúvida de que, ao lado do efeito retórico dos direitos fundamentais, sempre haverá espaço para o seu efeito normativo, ou seja, a consideração de sua força capaz de alterar o contexto em que se insere. Nesse sentido, não há dúvida de que o direito a um salário mínimo digno (art. 7º, IV, da CF) tenha forçado a, no mínimo, uma mudança de postura do Poder Público no sentido de envidar esforços para alcançar esse desiderato.

Nessa linha, Marcelo Neves destaca a “ambivalência do simbólico” ao afirmar que “a dimensão simbólica do normativo pode exatamente servir à superação de situações concretas de negação dos direitos. A referência simbólica a determinado instituto jurídico caracterizado por um alto grau de ineficácia normativo-jurídica serve tanto ao encobrimento dessa realidade e mesmo à manipulação política para usos contrários à concretização e efetivação das respectivas normas, quanto a uma ampla realização do mo-

13 Para Marcelo Neves, “a constitucionalização simbólica consistiria numa ‘superexploração’ do direito pela política, de tal maneira que a própria autonomia operacional do sistema jurídico estaria com isso prejudicada [...] hipertrofia do político-simbólico em desfavor da força normativo-jurídica do texto constitucional” (NEVES, 2003, p. 142).

14 O termo é de criação de Marcelo Neves quando fala da “sobreintegração de grupos privilegiados” ou “sobrecidadãos” para se referir às pessoas que apenas se utilizam do texto constitucional como garantias de direitos e prerrogativas, mas o afastam, sem maiores conseqüências, quando o texto impõe limites à sua esfera de ação política ou econômica. Por outro lado, os subintegrados são aquelas pessoas que não têm acesso aos benefícios do ordenamento jurídico, mas são integradas ao sistema como devedores, denunciados, indiciados, réus, condenados, etc. Os fenômenos são típicos no Brasil (1995c, p. 105-106).

15 A forte dimensão simbólica dos direitos fundamentais pode ser explicada a partir da inexistência de uma “esfera pública pluralista constitucionalmente integrada” (NEVES, 1995b, p. 158). Nesse sentido, é paradigmático o exemplo do chamado “direito à moradia”, trazido pela Emenda Constitucional nº 26/2000 sem qualquer alteração da política habitacional no Brasil e sem que tenha havido mudanças significativas na implementação desse direito.

16 Neves (1994).

delo normativo no futuro. A força simbólica de atos, textos, declarações e discursos de caráter normativo serve tanto à manutenção da falta de direitos quanto à mobilização pela construção e realização dos mesmos”¹⁷.

De qualquer forma, a alteração trazida pela EC 26/2000, com a previsão do direito à moradia, é um bom exemplo de direito fundamental, cuja previsão veio para iludir, frustrar e disfarçar um estado de inércia governamental na eventual concretização desse direito. A sensação de que algo está em andamento quando, em realidade, o que se pretende é meramente apresentar uma satisfação pública sem qualquer dimensão de eficácia, exerce um efeito nefasto para a construção do próprio Estado Democrático de Direito¹⁸.

Se é possível afirmar que o ambiente legislativo ou executivo são campos mais do que propícios para a proliferação dos direitos fundamentais simbólicos, é também de se observar que o próprio Poder Judiciário faz uso do discurso retórico dos direitos fundamentais.

Nesse caso, a falta de um maior compromisso com a responsabilidade das práticas governamentais, a falta de consciência dos juízes em relação ao seu papel institucional, o “hermetismo” do ambiente em que atuam e a própria falta de transparência e publicidade acerca das opções hermenêuticas tomadas são, com clareza, causas do uso retórico dos direitos fundamentais. A intenção, muitas vezes, tal como no poder legislativo, é a estabilização de relações ou mesmo a feitura de propaganda pessoal ou institucional com o uso público do poder¹⁹.

Direitos fundamentais, Estado Democrático de Direito e mesmo governabilidade são conceitos inter-relacionados e construídos dialogicamente a partir de cada realidade histórica. A utilização de uma das concepções de forma isolada e inconseqüente deturpa o seu sentido, uma vez que não promove o seu desenvolvimento em paralelo com as demais idéias²⁰.

3 ESPAÇO DEMOCRÁTICO E ESPAÇO JURISDICIONAL

O discurso dos direitos fundamentais, a partir da idéia da ponderação de valores balizada pela proporcionalidade de um lado e pela proteção do

17 Neves (2003, p. 142).

18 Na mesma linha, nunca é demais lembrar o paradigmático caso das omissões inconstitucionais especialmente na dimensão concreta e seu instrumento de proteção. O mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF) é um típico caso de utilização simbólica do discurso de proteção dos direitos fundamentais, já que parte do pressuposto de uma omissão dolosa do legislativo ou executivo, e não de fatores estruturais do sistema político-econômico.

19 A falta de autonomia do sistema jurídico e suas relações de promiscuidade com outros sistemas sociais, como a política, é a chamada “alopoiese” na expressão de Marcelo Neves (1994b, p. 58; 1995a; 1995c, p. 97). Cita-se aqui a linha de argumentação desenvolvida pelo Ministro Celso de Mello para flexibilizar a noção de “reserva do possível” na ADPF 45, mesmo tendo julgado prejudicada a ação.

20 É fácil perceber que, no Brasil, a Constituição nominal de 1988, ao contrário do que defendia Loewenstein, não segue o caminho para se tornar constituição normativa, mas apenas aumenta sua dimensão simbólica e retórica (Neves, 1995c, p. 106).

núcleo essencial de outro, inevitavelmente coloca o Poder Judiciário no papel central da dinâmica do Estado Democrático de Direito.

A “tecnicização” de um procedimento capaz de bem organizar a complexidade de significados dos direitos fundamentais remete a um sujeito aplicador/intérprete que necessariamente tenha o domínio teórico dessa técnica²¹. A questão não é propriamente o reconhecimento de uma subjetividade inerente a esse procedimento – fato ainda não plenamente reconhecido pelos defensores dessa metodologia de estudo –, mas principalmente o deslocamento dos critérios a serem analisados.

Se direitos fundamentais são efetivamente fruto de um contexto histórico-cultural específico, o domínio de seu conteúdo não depende de uma técnica de decisão ou de concordância prática. Todos indistintamente, porque meros coadjuvantes desse contexto, têm igual legitimidade para realizar opções de moralidade política pela simples razão de que não estamos no campo em que se buscam “verdades” ou “justiça”. Pelo simples fato de inexistir gradação de importância de experiências pessoais, não há como resumir o discurso dos direitos fundamentais a um bom manejo de um instrumental teórico norteado pela indicação do princípio mais “justo”²².

A questão primordial é que o discurso dos direitos fundamentais vinculado a um trabalho especificamente realizado pelo Poder Judiciário acaba por se transformar em um discurso excludente, que pouco aprimora as potencialidades do conteúdo semântico dos direitos fundamentais. Em vez de realizar, em ótima medida, tais valores, o debate se limita a um espaço reduzido, com poucos participantes, muito longe de ser democrático. Nesse sentido, os direitos fundamentais deixam de ser emancipatórios da condição do cidadão do Estado Democrático de Direito para passarem a ser meras ferramentas de decisão de exclusivo uso de poucos²³.

Essa crítica, por óbvio, não afasta a função do Poder Judiciário e o papel que exerce na defesa desses direitos. A questão é que apenas do ponto de vista operacional de um Estado Democrático de Direito uma decisão judicial acerca de direitos fundamentais pode ter mais importância do

21 Nessa mesma linha, autores chegam a criticar a utilização do princípio da proporcionalidade pelo STF porque não abordado segundo uma “versão oficial” ou “versão científica”. Nesse sentido, Da Silva (2002, p. 31).

22 Costuma-se indicar o princípio da proteção da dignidade da pessoa humana como o princípio dos princípios e, portanto, a fonte inicial de qualquer trabalho de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. O problema é que, diante da largueza de sentido dessa idéia, a sua utilização acaba por depender muito mais das pré-compreensões do intérprete do que propriamente da construção de um discurso minimamente consensual. O princípio da dignidade da pessoa humana somente adquire consistência semântica em casos dramáticos e paradigmáticos. Fora desses casos-limites seu uso, especialmente jurisdicional, tem forte dimensão retórica.

23 A deformação do discurso técnico dos direitos fundamentais é tão grande que se chega a situações esdrúxulas – para não dizer trágicas –, como a possibilidade de decisões importantes em matéria de direitos fundamentais serem prolatadas de forma monocrática. Isso ocorreu, por exemplo, na famosa ADPF 54, no qual o importantíssimo tema do aborto do feto anencefálico foi decidido a partir de uma liminar.

que sua prática e compreensão por todos que são legítimos intérpretes (não necessariamente judiciais) da Constituição.

Se, do ponto de vista funcional, o Poder Judiciário, os juízes e os juristas desenvolvem sua própria racionalidade, sua própria linguagem e seu próprio método, tal circunstância não pode ser analisada apenas com base nesses mesmos pressupostos, em uma circularidade hermética e que pouco se oxigena com elementos trazidos de fora do sistema.

O processo de diálogo ou de debate com essa esfera de decisão não pode corroborar essa racionalidade, mas confrontá-la, testá-la, apontar seus equívocos, tentando promover o aprimoramento do sentido dos direitos fundamentais fora do Poder Judiciário principalmente. Tais valores, para alcançarem toda a sua completude, precisam ser densificados em uma esfera democrática de decisão que conte com ampla participação de organizações da sociedade civil²⁴, e não nos estritos limites da produção judicial.

Em outras palavras, os direitos fundamentais formam uma categoria do domínio político e democrático, e não do domínio jurídico-judicial; por esse motivo, sempre é importante uma certa visão crítica ou um olhar de suspeita acerca da atividade dos tribunais nesse campo²⁵.

CONCLUSÃO: PARA QUE SERVE UMA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

A produção de um discurso dos direitos fundamentais não pode prescindir de uma pergunta nuclear pressuposta: para que serve uma teoria dos direitos fundamentais? Esse aspecto metodológico da produção científica nessa área, embora para muitos seja inconsciente, define os rumos e os caminhos a serem adotados.

O papel do jurista e de sua racionalidade deve ser, ao máximo, emancipatório e inclusivo e reconhecer as limitações de sua própria área. Não é por outro motivo que a atividade cotidiana de uma Suprema Corte ou Corte Constitucional é fundamentalmente política, no sentido de ter que representar, em matéria de direitos fundamentais, uma abordagem que seja mais ou menos aceita (a persuasão pelo consenso ou pela administração do dissenso) e que, ao mesmo tempo, caiba nos limites de seu próprio discurso racional. Entretanto, não há dúvida de que, se essa abordagem for mal desenhada, é o discurso racional que cede e dá espaço à opção mais democráti-

24 Na linha do que pregou Häberle quando fez menção à sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (2001, p. 149).

25 Essa preocupação que inexistia no Brasil é o cerne do debate em torno da idéia do republicanismo nos Estados Unidos como uma alternativa viável ao próprio constitucionalismo de viés judicial. Não são raros os trabalhos que exploram uma perspectiva crítica sobre a atividade da Suprema Corte Americana no tratamento e na decisão acerca dessas questões. Cita-se apenas alguns: Waldron (2004, p. 209), Kennedy (1998), Tushnet (1999, p. 6).

ca. O contrário, ou seja, a vinculação a uma coerência lógica em desfavor de uma decisão mais ou menos abstraída de um consenso mínimo ou majoritário parte da errônea noção de que o tribunal (ou os tribunais) exercem uma função não só de guardião da interpretação constitucional, mas principalmente de “padrasto” de uma sociedade que não tem condições de escolher seus próprios caminhos. Não se deve ter rigor jurídico ou científico porque não se trata de tema que comporte a lógica dedutiva restrita da coerências teóricas jurídicas.

A concretude dos direitos fundamentais está nos espaços públicos de demandas e de suas práticas. Na linha de uma tópica constitucional, não há como pensar direitos fundamentais tendentes a formulações abstratas, ligados a uma avaliação despregada da realidade. Da mesma forma, no campo do Direito, doutrina não pode se perder em suas próprias preocupações de unidade lógica de um sistema previamente desenhado. A teorização excessiva, quando não norteadas pelos problemas práticos, passa a ser circular e a se perder em divagações sem maiores impactos. Como etapa final e derradeira da falência da configuração científica, passa-se a negar a realidade para se confirmar a teoria, passa-se a ler os dados concretos com os olhos voltados para uma abstração inconsequente. O que já é perigoso agrava-se quando essa mesma teoria é resultado de uma importação científica de um modelo de discurso.

O apego à lógica interna do discurso e a forçada tendência de confirmação das teses e dos argumentos inibe a espontaneidade dos direitos fundamentais e a percepção de novas possibilidades e perspectivas de eficácia desses direitos. De qualquer sorte, somente um discurso com ampla participação e democrático pode construir legitimamente, com o mote dos direitos fundamentais, práticas públicas e sociais condizentes com a dignidade do homem e com o próprio fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Colégio de Registradores, 2004.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BOYLE, Kevin. *Hate Speech* – The United States versus the rest of the world? *Maine Law Review*, v. 53:2, 2001.

DA SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito – os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, p. 22-49, a. 91, v. 798, abr. 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. Ciudad del México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

_____. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. Joaquín Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

_____. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre facticidade e validade*. Trad. Flavio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997a.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

_____. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication*. Cambridge e Londres: Harvard University Press, 1998.

LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976.

LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Trad. Santiago López Petit e Dorothee Schmitz. 1. reimp. Barcelona/Buenos Aires: ICE de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; CELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MÜNCH, Ingo Von. *Drittwirkung de derechos fundamentales en Alemania*. Trad. María Teresa Días i Ponte e David Felip i Saborit. In: CODERCH, Pablo Salvador (Coord.). *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994a. (Biblioteca de Direito Público)

_____. A crise do Estado: da modernidade central à modernidade periférica – anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília: OAB, a. XXIV, n. 58, abr./ago. 1994b.

_____. Da autopoiese à alopoiese do Direito. *Anuário do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFPE*, Recife: Universitária, n. 5, jan./jun. 1995a.

_____. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da constituição e permanência das estruturas reais de poder. *Revista Trimestral de Direito Público*, Rio de Janeiro: Malheiros, 12, 1995b.

_____. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*, v. 1, n. 1, 1995c.

_____. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Brasileira de Direito público – RBDP*, Belo Horizonte: Fórum, a. 1, n. 3, out./dez. 2003.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada – construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica – uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck et. al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.