

CAROLINA FONTES VIEIRA

VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

COIMBRA, JUNHO DE 2006

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	02
1 TEORIAS DA EFICÁCIA MEDIATA OU INDIRETA E DA EFICÁCIA IMEDIATA OU DIRETA.....	05
1.1 TEORIA MEDIATA OU INDIRETA.....	05
1.2 TEORIA IMEDIATA OU DIRETA.....	13
2 A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS..	18
2.1 TEORIAS ALTERNATIVAS.....	18
2.2 ANÁLISE DO CASO CONCRETO.....	26
CONCLUSÕES.....	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39

INTRODUÇÃO

O exame dos direitos fundamentais é, sem sombra de dúvida, um dos temas mais interessantes e importantes da Teoria Jurídica. Esse fato se deve às inúmeras transformações operadas tanto no Direito como na própria sociedade ao longo dos últimos duzentos anos¹.

É neste período, ou sob esse contexto, que se deflagraram diversas inovações constitucionais, dentre elas a compreensão da Constituição e do Direito Privado² como conteúdos normativos em constante diálogo e interseção.

Além disso, é possível encontrar, dentre essas inovações constitucionais, a integração à teoria constitucional da concepção de uma dimensão axiológica dos direitos fundamentais.³ Ou seja, os direitos fundamentais, enquanto valores essenciais do Estado, passam a serem compreendidos como “postulados sociais” que exprimem uma determinada ordem de valores servindo, desta forma, e a partir de então, de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição⁴.

Neste quadro surge, entre tantos outros temas de merecedor apreço, a necessidade de discussão e reflexão sobre a eficácia ou incidência dos direitos fundamentais, mais especificamente a incidência destes direitos frente às relações jurídico-privadas⁵.

¹Essas transformações ocorreram, especialmente em relação aos direitos fundamentais, tanto em razão do período após segunda guerra mundial, como em razão das diuturnas declarações e tratados de direitos humanos que surgiram nestas últimas décadas.

²Conferir neste sentido: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo* (Coord). Rio de Janeiro: Renovar, 1998; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004; CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507. Acesso em 10 de jan. 2005; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 2005, p. 48 e seguintes; SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 24-28; BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 77 e seguintes.

³ Conferir neste sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 115-141.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 541.

⁵ Com efeito, essas indagações se intensificaram a partir da década de cinquenta, principalmente em função da decisão do Tribunal Constitucional Federal do caso *Lüth*. Referida

Vale dizer, se os direitos fundamentais eram concebidos *a priori* como direitos de defesa perante o Estado, conforme se verá melhor adiante, passam (os direitos fundamentais) a serem concebidos como direitos de proteção estatal, tanto em face dos Poderes Privados como dos novos (e velhos) poderes privados. Em outros termos, frente à noção contemporânea de Estado, urge a construção dogmática clara e precisa dos contornos de se e *como* os direitos fundamentais se apresentam nas relações privadas.

Com efeito, no âmago das reflexões que ora se propõem deve-se, inicialmente, analisar, ainda que sem pretensão de elaborar juízos de valor, mas, sim, como forma de delimitar o problema em questão, as diversas concepções que foram (e são) formuladas tanto na doutrina como na jurisprudência constitucional ao longo do último século.

Em outras palavras, conquanto a discussão em torno das diversas designações travadas pela doutrina e pela jurisprudência não seja essencial ao desenvolvimento do presente trabalho, tratar-se-á, a seguir, das principais designações do tema ora versado para fins metodológicos. Afinal, parece certo que, neste caso, a expressão a ser utilizada para indicar algo, para além do rótulo, diz respeito ao conteúdo⁶.

Com efeito, as expressões “eficácia entre terceiros dos direitos fundamentais” e “horizontalidade dos direitos fundamentais”, encontraram sua primeira formulação na doutrina constitucional alemã⁷. O conflito, ou problema, que, desde logo, exsurge desta concepção é que os direitos fundamentais incidem exclusivamente nas relações entre cidadão e Estado, sendo, segundo este entendimento, os demais particulares entendidos nesta relação como

decisão fez com que brotassem outros questionamentos na Teoria Jurídica. Vale dizer, passou-se a perquirir a respeito da possibilidade de irradiação dos preceitos jusfundamentais em outras áreas que não a pública, a possibilidade de vinculação e promoção dos direitos fundamentais pelos poderes públicos e as suas respectivas delimitações, os limites da constitucionalização do direito privado, assim como a possibilidade dos poderes privados estarem vinculados aos direitos fundamentais entre outros

⁶ O tema vinculação dos particulares a direitos fundamentais como questão jurídica autônoma é objeto da dogmática e da jurisprudência desde a década de 50 do século XX. À época, a tematização recebeu impulso decisivo na República Federal da Alemanha, sob a denominação de *Drittwirkung der Grundrechte* – literalmente, efeito frete a terceiros dos direitos fundamentais-, a partir de algumas decisões do Tribunal Federal do Trabalho, sob a influência de Hans Carl Nipperdey, e da antológica decisão do Tribunal Constitucional no Caso *Lüth* (1958). STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 31.

⁷ IPSEN, Jörn. *Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, v. II apud SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 9.

terceiros, ou externos à relação entre o indivíduo e o Estado. Todavia, esta concepção não encontra mais espaço dentro do fenômeno de objetivação dos direitos fundamentais, uma vez que neste entendimento os particulares configurariam, paradoxalmente, como terceiros e segundos na relação com o Estado.

Em outros termos, essa concepção não diz respeito propriamente a um terceiro nível de eficácia, ou de uma terceira classe de destinatários, mas sim de um segundo nível, já que está em pauta a vinculação entre particulares, em contraposição à clássica vinculação das entidades estatais, no âmbito das relações verticais entre particular e Estado⁸.

Destarte, cumpre, ainda neste ponto, afastar a fórmula “eficácia privada”, já que muito genérica, eis que não coloca em destaque o “ponto central da problemática”, ou segundo Ingo SARLET⁹, não destaca o “núcleo do problema”. Vale dizer, conquanto não esteja necessariamente equivocada, esta expressão pode ser cunhada para expressar outros fenômenos que não aqueles referentes especificamente à problemática da incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado, o que faz, portanto, com que a fórmula seja afastada.

Todavia, também por este argumento, a expressão “eficácia horizontal”, adotada por autores, tais como Robert ALEXY¹⁰, tem sido alvo de constantes críticas, pois, em se tratando de uma relação entre um particular e um outro particular detentor de poder social, isto é, frente a uma relação caracterizada pela desigualdade econômico-social dos sujeitos envolvidos, estar-se-ia, na verdade, em face de uma configuração similar a estabelecida entre Estado-cidadão e, desta forma, de natureza vertical, já que a existência de horizontalidade pressupõe uma hipotética igualdade jurídica.

Exclui-se, também, mas apenas em termos estritamente didáticos, a expressão “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”, pois o termo eficácia poderia conduzir a uma série de equívocos e imprecisões. Com

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 36. p. 54-103, set./dez. 2000. p. 59.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 503-515.

efeito, conforme se verá melhor no terceiro capítulo deste estudo, há uma certa confusão doutrinária no que tange aos aspectos de validade, vigência e eficácia dos direitos fundamentais.

Assim, embora seja correto afirmar que as expressões eficácia, vinculação e aplicabilidade possam ser utilizadas como sinônimas, optou-se, conforme ressaltado alhures, por uma expressão que torne mais clara e fidedigna a questão em análise.

Enfim, estas são as razões pelas quais se escolheu abandonar as expressões ainda tradicionais e correntes na doutrina, optando-se por tratar o tema sob o título “vinculação dos particulares a direitos fundamentais”, por traduzir o real campo de estudo do presente trabalho¹¹.

Afinal, conforme assevera Luís Roberto BARROSO, “é bem verdade que, a despeito da simplicidade que deve ser buscada, o Direito é uma ciência. Uma ciência é feita de princípios, conceitos e terminologia próprios. Jamais minimizem a importância de empregar as palavras adequadas para identificar as idéias que se quer expressar”.¹²

1 TEORIA DA EFICÁCIA MEDIATA OU INDIRETA E LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 TEORIA MEDIATA OU INDIRETA

A teoria da eficácia mediata, também denominada de eficácia indireta, foi desenvolvida inicialmente por Günther DÜRIG, mas foi através da sua adoção pelo Tribunal Constitucional Alemão, no célebre caso *Lüth*, que a teoria recebeu real destaque e posterior adoção por grande parte da doutrina e jurisprudência alemã. Com efeito, a teoria desenvolvida pelo autor alemão sustenta-se, basicamente, sob quatro pilares fundamentais.

¹¹ Wilson A. STEIMETZ utiliza, no entanto, as expressões eficácia horizontal, eficácia de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares e vinculação dos particulares a direitos fundamentais como sinônimas, ou melhor “ como expressões de idêntico significado e apropriadas para referir-se ao objeto de investigação. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação...*, p. 58.

¹²BARROSO, Luís Roberto. *Direito e paixão*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/direito_constitucional.htm. Acesso em: 10 de jan. de 2005.

O primeiro destes pilares diz respeito à aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio ou através das normas de direito privado. Isto é, de acordo com este ponto da teoria, as normas de direitos fundamentais seriam aplicadas, no caso concreto, através de parâmetros dogmáticos e interpretativos característicos do direito privado, de tal forma que as normas de direito privado serviriam como uma espécie de instrumento ou elemento intermediário para a aplicação das normas constitucionais portadoras de direitos fundamentais¹³.

O segundo parâmetro desta teoria dispõe que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais dependente da mediação concretizadora do legislador de direito privado, num primeiro plano, e do juiz e dos tribunais, em um segundo plano.

A mediação do legislador, como primeiro patamar de intermediação das normas de direito privado, justifica-se por algumas razões¹⁴. A primeira delas é que as normas de direitos fundamentais são expressas, na maioria das vezes, por uma linguagem vaga e imprecisa, o que demandaria, por parte do legislador, uma atuação no sentido de aclarar ou delimitar a aplicação destes direitos nas relações privadas.

Desta forma, e conforme assevera Konrad HESSE “ao legislador de direito privado corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em direito imediatamente vinculante para os participantes em uma relação jurídico privada”¹⁵, ou seja, caberia à lei previamente fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos em colisão.

¹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais...* p. 238.

¹⁴ “Sob o prisma da vinculação do legislador aos direitos, pode-se conceber uma vertente negativa e uma vertente positiva. Pela primeira, a pretexto de garantir uma esfera de liberdade natural intangível pelo Estado, o legislador estaria proibido de autorizar qualquer ingerência dos poderes públicos as relações privadas, a não ser que haja fundamentação constitucional autorizadora. Pela segunda, haveria um mandado dirigido ao legislador para que seja garantido aos direitos fundamentais realizar plenamente sua eficácia. Neste aspecto, especialmente, sobressai a busca da superação do desinteresse da teoria liberal dos direitos fundamentais pelos pressupostos sociais que condicionam a realização dos direitos fundamentais”. FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares*. Curitiba: UFPR, 2004. Monografia (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2004. p. 180.

¹⁵ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. De Ignacio Gutiérrez. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1992. p. 64

A segunda razão, por sua vez, é que os representantes do povo estão diretamente vinculados às normas de direitos fundamentais de tal forma que a criação ou formulação de toda e qualquer norma de direito privado deva estar conforme as normas de direitos fundamentais, sob pena de padecerem de inconstitucionalidade e, portanto, de não existirem perante o ordenamento jurídico pátrio¹⁶.

Logo, para a teoria mediata haveria uma supremacia do legislador na tarefa de conformação dos direitos fundamentais em relação aos outros intérpretes da lei, sendo que é justamente esta primazia pelo legislador na conformação dos direitos fundamentais na esfera privada que garantiria uma maior segurança jurídica ao tráfico jurídico, assim como permitiria uma maior e melhor promoção dos princípios da segurança jurídica e da separação de poderes¹⁷.

Ademais, compete igualmente aos juízes e tribunais, ao interpretarem as normas de direito privado, intermediarem a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações jurídico privadas, isto é, caberia a estes operadores do Direito interpretar e aplicar as normas de direito privado tendo como base ou como fio condutor as normas de direitos fundamentais.

Esta intermediação ocorreria, de acordo com Wilson Antônio STEINMETZ, principalmente de duas formas: (a) interpretando e empregando os enunciados legislativos de direito privado em conformidade com as normas de direitos fundamentais e; (b) adequando as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados de direito privado com o conteúdo valorativo dos direitos fundamentais.

É justamente no tocante a esta última forma de mediação que se desenvolve o terceiro pilar desta teoria. De acordo com este fundamento os direitos fundamentais influenciam a interpretação do direito privado como se fossem princípios objetivos, de tal forma que toda interpretação e aplicação das normas de direito privado devessem guardar irrestrita compatibilidade com as normas de direitos fundamentais, inclusive quanto às cláusulas gerais.

Ao analisar a orientação adotada pelo Tribunal Federal Alemão quanto a este ponto da teoria da eficácia indireta, Ingo SARLET, afirma que “o conteúdo

¹⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação...* p. 141.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais...* p. 241.

dos direitos fundamentais como normas objetivas se desenvolve no Direito Privado por meio dos dispositivos que regem diretamente este âmbito jurídico, de tal sorte que a influência dos direitos fundamentais como critérios valorativos se realiza sobretudo por meio das disposições jurídico-privadas de cunho imperativo e que integram a ordem pública em sentido amplo”¹⁸.

Aliás, para a realização desta influência se oferecem, ainda de acordo com o referido autor, além dos conceitos jurídicos indeterminados, essencialmente as cláusulas gerais de Direito Privado¹⁹. Essas cláusulas funcionariam “como pontos de ingresso dos direitos fundamentais no direito civil”²⁰ ou operariam a “irrupção dos direitos fundamentais no direito privado”.²¹

Tem-se, então, para a teoria da eficácia imediata na ausência de normas legislativas que disciplinem determinada e específica matéria, caberá ao intérprete da norma dar eficácia e aplicabilidade as normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas através ou por intermédio da utilização das cláusulas gerais de direito privado.

Ou ainda, segundo Ingo Wolfgang SARLET, citando o pensamento de Günther DÜRIG, haveria a necessidade de construção de certas ligações entre o Direito Privado e a Constituição para, então, submeter o primeiro aos direitos fundamentais. Neste sentido, continua o autor, esta ponte é representada pelas cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador – verdadeiras fontes de irrupção dos direitos fundamentais no Direito Privado – os quais devem ser interpretados e aplicados pelos juízes sempre

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo. v. 9, n. 36, p. 54-104, 2000. p. 70.

¹⁹ De acordo com Judith Martins-Costa as cláusulas gerais podem ser assim entendidas: “estas normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas cláusulas gerais”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 286.

²⁰ Ibid, p. 70.

²¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação...* p. 147.

em conformidade com a ordem de valores subjacente aos direitos fundamentais”.²²

O quarto fundamento desta teoria refere-se à necessária independência entre o sistema de direito privado e o sistema constitucional. Asseveram os defensores desta teoria que o direito privado protegeria bens tão importantes quanto os direitos fundamentais defendidos pela ordem constitucional, ou seja, se o direito constitucional visa proteger direitos fundamentais ao ser humano o direito privado, por sua vez, visa permitir espaços de liberdade e autonomia que permitam aos cidadãos desenvolverem-se dignamente enquanto seres humanos.

Com efeito, como ramo do direito apto a desenvolver de forma mais detalhada e clara a liberdade entre os sujeitos privados deveria este setor do ordenamento jurídico ter a sua identidade e a sua autonomia preservadas, sob pena de ocorrência do fenómeno denominado de estatização do direito privado. Neste sentido é a lição de Ingo SARLET:

Sustentam, nesta linha de pensamento, que constitui uma perversão da própria idéia dos direitos fundamentais o fato de se utilizá-los para destruir o também jusfundamentalmente assegurado Direito Privado, apenas para controlar o abuso do poder social, razão pela qual advogam que é ao legislador que, em primeira linha, incumbe a tarefa precípua de exercer este controle sobre os poderes privados, ampliando os instrumentos disponíveis para tanto, como ocorre, por exemplo, com a previsão da obrigação de contratar, em determinados casos, combatendo os cartéis e assegurando a livre concorrência, impedindo a imposição de cláusulas contratuais abusivas e etc. este mesmo sentido, Canaris já havia ressaltado que a existência de poderes sociais não constitui problema autônomo, mas apenas um aspecto da problemática geral das perturbações da paridade contratual, para cuja solução o ordenamento jurídico dispõe de um amplo instrumentário²³.

Enfim, diante dos quatro pilares ou fundamentos essenciais desta teoria, pode-se claramente visualizar diversas utilidades ou benefícios que a adoção desta teoria traz para as relações particulares que envolvem os direitos fundamentais.

O principal deles, mas frise-se, não o único, certamente diz respeito a preservação de um espaço de autonomia privada e, por conseguinte, da proteção da liberdade individual. Com efeito, a liberdade individual seria preservada, de acordo com esta teoria, na medida em que os direitos fundamentais fossem aplicados apenas mediatamente, isto é, os direitos

²² SARMENTO, Daniel. *Direitos...* p. 238.

²³ SARLET, Ingo. *Direitos Fundamentais...* p. 76.

fundamentais, tais como o direito a igualdade e a liberdade, não seriam aplicados diretamente às relações jurídico privadas garantindo assim, entre outros princípios, a consagração do princípio ao livre desenvolvimento da personalidade.

Em outros termos, a aplicação mediata possibilitaria que certos valores ou sentimentos naturais do ser humano, tais como a raiva, a paixão, a criatividade e a fantasia não fossem eliminados ou demasiadamente restringidos²⁴²⁵.

Nada obstante os salutares benefícios que esta teoria traz à teoria constitucional, cumpre salientar que a teoria defendida por grande parte da doutrina alemã não permaneceu isenta de críticas. Com efeito, embora a teoria da eficácia direta se legitime por diversos fatores positivos, tais como realçados acima, ela foi palco, segundo diversos de seus opositores, de inúmeros equívocos.

Segundo alguns doutrinadores a tese segundo a qual haveria as normas de direitos fundamentais, para serem aplicadas na esfera privada necessitariam de intermediação – em um primeiro momento pelo legislador e num segundo plano pelo juiz – em razão de seu elevado grau de abstração e indeterminação é falso.

Vale dizer, embora dotado de alto grau de indeterminação, os direitos fundamentais vinculam diretamente e amplamente todos os poderes públicos

²⁴ Neste diapasão deve-se salientar ainda que se na esfera privada vige o princípio segundo o qual *tudo aquilo que não está proibido, lícito é*. Assim, todas aquelas ações que não fossem restringidas por lei ou pela própria Constituição Federal seriam válidas, ou seja, a esfera de autonomia privada que gozam os indivíduos em suas relações com outros indivíduos só estaria validamente restringida quando a lei assim dispusesse. E mais, de acordo com Alexandre Siqueira FREIRE é justamente a partir dos direitos e garantias fundamentais que se logrará definir o regime da liberdade e autonomia privadas. Ao excluir da intervenção do legislador determinadas matérias está-se a garantir uma esfera de liberdade onde estaria proibida a intervenção da própria ordem jurídica. Seriam os direitos fundamentais a garantia de um mínimo de liberdade, uma esfera de existência humana na qual não penetraria qualquer comando ou proibição. Ao mesmo tempo em que constituem garantias da liberdade individual, os direitos fundamentais também estabelecem conteúdo ético mínimo ou limites para as próprias ações humanas FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares*. Curitiba: UFPR, 2004. Monografia (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2004.

²⁵ Neste sentido dispõe José Carlos Vieira de ANDRADE que a aplicação apenas mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas tentam “evitar que, através de um intervencionismo asfixiante ou de um igualitarismo extremo, se afecte o sentimento de liberdade, a iniciativa e a capacidade de realização dos indivíduos concretos. Privilegiam, por isso, as normas constitucionais que indiciam a autonomia privada, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade negocial”.

gerando, inclusive, direitos subjetivos aos particulares. Desta forma, não há razões ou motivos para que se entenda porque na esfera das relações jurídico-privadas, a referida indeterminação dos direitos fundamentais, por si só passam a ser tidas como impeditivas de uma eficácia indireta, “ainda mais quando tal concepção, levada ao extremo, acabaria por negar o reconhecimento dos direitos fundamentais como direitos subjetivos oponíveis entre particulares”.²⁶

Diante disto é possível argumentar que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, através dos institutos de direito privado, não traz uma maior segurança jurídica a estas relações. Outrossim, saliente-se que a segurança jurídica não é o único valor almejado pelo Direito, mas sim um valor que deve ser temperado com tantos outros valores, tais como a Justiça.²⁷

Outra questão que deve ser vista com ressalvas se refere ao fato de que uma possível aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas levaria a perda ou ao enfraquecimento da identidade e da autonomia do direito privado. Tal argumento pode ser considerado em parte falacioso, visto que nenhum ramo do direito sobrevive atualmente às margens da normatividade constitucional.

Em verdade, a leitura dos demais ramos do direito à luz do texto constitucional é um fenômeno louvável e até mesmo desejado, principalmente se considerarmos que a Constituição Federal de 1988 apresenta excelentes bases a todos os outros ramos do direito. É, inclusive, essa a lição de Daniel SARMENTO: “No Brasil, aliás, a constitucionalização²⁸ do Direito Privado não é sequer uma escolha do intérprete. A opção já foi feita pelo próprio constituinte,

²⁶ “Do ângulo da segurança jurídica, qual é o ganho real ao afastar a aplicação imediata de normas de direitos fundamentais em favor da aplicação de cláusulas gerais “preenchidas” pelo conteúdo valorativo-objetivo dos direitos fundamentais? Ora, se, de um lado, os enunciados lingüísticos que veiculam normas de direitos são imprecisos, de outro, as cláusulas gerais, por definição, também são enunciados legislativos ou parte deles, com elevado grau de indeterminação. A rigor, dos pontos de vista lingüístico, estrutural e dogmático, as cláusulas gerais são tão vagas quanto as disposições de direitos fundamentais. Assim, tarefas complexas de interpretação e aplicação existem tanto no âmbito dos textos de direitos fundamentais como o das cláusulas gerais”. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação...* p. 156

²⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais...* p. 286.

²⁸ “A publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507. Acesso em 10 de jan. 2005, p. 2.

que se dedicou a disciplinar, em linhas gerais inúmeros institutos de Direito Privado, como a família e a propriedade”.²⁹

Ademais, outro ponto da teoria mediata diz respeito ao condicionamento da eficácia de normas de direitos fundamentais nas relações privadas à mediação legislativa e judicial. Segundo os opositores desta teoria haveria dois pontos críticos em relação a este condicionamento. O primeiro deles é que haveria a legalização dos direitos fundamentais, ou seja, “a substituição do princípio da constitucionalidade pelo princípio da legalidade”³⁰. Outro ponto refere-se a morosidade ou até mesmo a omissão legislativa em diversas matérias de direito privado concretizadoras de direitos fundamentais.

Tais omissões, em maior ou menor grau, não podem passar despercebidas quando da análise da teoria da eficácia indireta. Na verdade, almejar que o legislador regulasse todas as matérias de direito privado, com o intuito de concretizar ao máximo os direitos fundamentais, é, no mínimo, pretensiosa, senão impossível, tendo em vista o grande número de conflitos que surgem diuturnamente no meio social. Assim, a necessidade de intermediação legislativa combinada com o fato de que, ao menos no ordenamento brasileiro, há um déficit legislativo, ou mesmo uma omissão legislativa em relação a algumas matérias, leva a conclusões contrárias a aplicação da teoria sob comento.³¹

Por fim, e sem embargo das outras críticas formuladas pela doutrina, deve-se refletir com maior detenção o fato da teoria mediata propor a aplicação direta dos direitos fundamentais, no caso de ausência de concretização legislativa e de concretização judicial insuficiente, para a aplicação dos direitos fundamentais por disposições próprias de direito privado, afirmando, inclusive, que quanto maior for a desigualdade entre os sujeitos mais forte deverá ser a eficácia dos direitos fundamentais.

Tal disposição revela-se, aparentemente, falsa. De acordo com Wilson STEINMETZ ao propor o *quantum* do poder do particular violador e não a própria violação em si como elemento determinante para o estabelecimento do grau de

²⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais...* p. 287.

³⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação...* p. 156.

³¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação...* p. 156-157

eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a teoria incorre em um equívoco, visto que passa a hierarquizar as lesões a direitos fundamentais.

Enfim, Daniel SARMENTO resume as principais críticas a esta teoria da seguinte forma:

há quem afirme, à direito, que a impregnação das normas de Direito Privado pelo valores constitucionais pode causar a erosão do princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis e comerciais. Da outra banda, a doutrina é criticada por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente dos incertos humores do legislador ordinário. Há ainda quem aponte para o caráter supérfluo desta construção, pois ela acaba se reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme à Constituição.³²

2.2 TEORIA IMEDIATA OU DIRETA

A teoria da eficácia imediata ou também denominada direta foi formulada inicialmente por Hans Carl NIPPERDEY³³ na década de 50 (cinquenta) e, posteriormente, também desenvolvida por Walter LEISNER. Essa teoria tornou-se dominante em vários países, como a Espanha, Portugal, Itália e Argentina, assim como por grande parte dos doutrinadores brasileiros e pela própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ainda que não admitida expressamente.

Esta teoria parte da premissa de que a ofensa a direitos fundamentais pode provir não apenas do Estado, mas de múltiplos atores sociais, de tal forma que os cidadãos e, por conseguinte, os direitos fundamentais de que são titulares, devem ser protegidos não apenas contra as ofensas estatais, mas, sobretudo, em face das lesões perpetradas pelos poderes sociais.

É justamente a partir desta premissa que os defensores desta teoria irão afirmar que os direitos fundamentais podem ser invocados diretamente nas relações jurídico privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador ou do juiz.³⁴

Então, de acordo com esta doutrina, algumas normas de direitos fundamentais, não todas, garantiriam aos particulares uma posição jurídica

³² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais...* p. 244-245.

³³ NIPPERDEY, Hans Carl. *Allgemeiner teil des Bürgerlichen rechts*. 15. ed., Tubanga, 1959, p. 59 e ss. apud ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 512.

³⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais...* p. 245.

ante os demais particulares, além é claro, de garantir a clássica proteção ao particular de uma esfera de liberdade. Isto é, algumas normas de direitos fundamentais garantem aos particulares uma posição jurídica frente a outros particulares, independentemente de seu poder ou de sua influência³⁵.

Convém frisar que alguns direitos fundamentais valerão como direitos subjetivos contra os particulares sejam eles detentores de poderes sociais ou mesmo perante outros indivíduos que disponham de uma mesma situação econômica e social, ou seja, para esta teoria os direitos fundamentais serão aplicados independentemente da situação de desigualdade entre os particulares.³⁶

Ademais, de acordo com Marcos Augusto MALISKA a teoria dos efeitos imediatos consistiria no fato “de que os princípios objetivos não afetam a relação cidadão/cidadão, influenciando a interpretação das normas de direito privado, mas influenciam, diretamente, os direitos privados subjetivos do indivíduo”.³⁷ Ou ainda, nas palavras de Robert Alexy, “los efectos e la relación ciudadano/ciudadano son consecuencias de la sujeción del Estado a los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos públicos”.³⁸

Daniel SARMENTO, por sua vez, afirma que diante de uma sociedade marcada por profundas desigualdades, como é o caso da sociedade brasileira, deve-se adotar, como forma de reforçar a tutela dos direitos humanos no campo privado, uma eficácia direta e imediata dos direitos individuais na esfera privada, não apenas por questões de direito, mas, fundamentalmente, por questões de ética e justiça³⁹.

Enfim, a teoria da eficácia imediata ou direta pode ser resumida em três pontos principais. A primeira delas é que os particulares podem opor direitos fundamentais não apenas em relação ao Estado, mas, também em relação a outros particulares, independentemente da mediação ou da intervenção do legislador ou do juiz, isto é, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não estaria condicionada a atuação do legislador ou de qualquer operador jurídico.

³⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação...* p. 165.

³⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, p. 278.

³⁷ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação...* p. 121.

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los...* p. 513.

³⁹ SARMENTO, Daniel. *Direito fundamentais...* p. 281.

A segunda delas é que os direitos fundamentais serviriam como direitos subjetivos constitucionais, independentemente de serem públicos ou privados. E, ainda, de acordo com esta teoria, os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos constitucionais, operariam sua eficácia sem a necessidade de utilização de qualquer mecanismo interpretativo, tais como as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.⁴⁰

Com efeito, deve-se ressaltar o fato de que, segundo grande parte dos autores que defendem esta teoria, os direitos fundamentais não operariam eficácia absoluta e irrestrita nas relações particulares⁴¹, isto é, cada situação de conflito ou de colisão de direitos fundamentais deve ser analisada separadamente, de tal forma que em cada caso concreto leve-se em consideração o princípio da proporcionalidade, assim como o princípio da autonomia privada⁴².

Assim, é importante salientar que muito embora a teoria da vinculação direta tenha sido formulada inicialmente por NIPPERDEY promulgando a eficácia geral, plena e irrestrita dos particulares a direitos fundamentais, atualmente, esse modelo da teoria da vinculação imediata é temperado, por grande parte dos autores que defendem essa teoria, com os princípios da proporcionalidade e da autonomia privada.

É nesse sentido, inclusive, que se manifesta Paulo Gustavo BRANCO, ao afirmar que “em qualquer caso é necessário ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada do particular, e que o grau de desigualdade da relação jurídica constitui dado relevante para decisão do caso”.⁴³

Quanto à jurisprudência brasileira é interessante notar que muito embora não se admita expressamente a aplicação direta dos direitos fundamentais às

⁴⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação...* p. 168.

⁴¹ Com efeito, segundo STEINMETZ essa formulação teórica poderia se enquadrar em uma formulação mais forte da teoria da eficácia imediata ou direta, embora existem outras versões tão importantes quanto a formulada por este autor. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação...* p. 169.

⁴² A eficácia imediata de direitos fundamentais nas relações entre particulares não é, necessariamente, letal à autonomia privada por no mínimo duas razões: (i) porque a autonomia privada é, também ela, um bem constitucionalmente protegido e, em razão disso, não pode ser afastada sem mais; e (ii) porque a dogmática e a jurisprudência constitucionais contemporâneas já produziram referenciais teóricos e metodológicos para solucionar as colisões entre direitos fundamentais e autonomia privada de forma racional e intersubjetivamente controlável. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação...* p. 198.

⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Inocência Mártires Coelho*, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 88

relações privadas, é esse o entendimento que se pode extrair de diversos julgamentos tanto do Supremo Tribunal Federal⁴⁴, como de outros tribunais superiores⁴⁵.

Destarte, assim como a teoria da eficácia indireta não transcorreu isenta de críticas, as teorias imediatas também foram palco de inúmeras objeções. As objeções podem ser resumidas em seis principais.

A primeira objeção realizada por seus opositores refere-se a uma possível restrição demasiada ao princípio da autonomia privada, isto é, de acordo com este posicionamento o princípio da autonomia privada estaria em risco, visto que as pessoas em suas relações não poderiam renunciar às normas de direitos fundamentais que são indisponíveis para a ação estatal.⁴⁶

Para aclarar esta objeção basta exemplificarmos com a seguinte situação: imagine um pai que possui dois filhos, mas que durante toda a sua vida fosse auxiliado por apenas um deles. Se, durante a realização das disposições testamentárias, esse pai deixasse toda a sua parte disponível a este filho que o auxiliou financeiramente e moralmente durante toda a sua vida, perquire-se se seria justo, ou mesmo legal, que o outro filho, argüindo o direito de igualdade, exige-se a vinculação deste princípio diretamente a esta relação (particular e privada), como forma de determinar a partilha da parte disponível igualitariamente entre os filhos. *Prima facie*, este não é o entendimento que

⁴⁴ Conferir nesse sentido RE 161.243-6/DF, RE RE-201819/RJ, RE 158215-4/RS, MS 24832/DF, HC 82424/RS

⁴⁵ Em recente julgamento, ainda pendente de decisão final, o Supremo Tribunal Federal ao tratar da vinculação dos particulares a direitos fundamentais editou o seguinte enunciado: “A Turma retomou julgamento de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição - v. Informativo 351. O Min. Gilmar Mendes, em voto-vista, negou provimento ao recurso por entender ser hipótese de *aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas*. Ressaltou que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, na espécie, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Após, o Min. Joaquim Barbosa pediu vista dos autos. RE 201819/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 16.11.2004. (RE-201819)”. Enunciado nº 370 do Supremo Tribunal Federal.

⁴⁶ Conferir neste sentido HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Trad. de Ignacio Gutiérrez. Madrid: civitas, 1995.

melhor se coaduna com os preceitos constitucionais e que, portanto, não merece acolhimento, visto que o Direito deve tutelar, entre outras coisas, o direito ao livre desenvolvimento intelectual e moral do cidadão. É inclusive este o entendimento esboçado pelo professor José Carlos Vieira de ANDRADE.⁴⁷

Além disso, a segunda objeção que se faz a esta teoria é que aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas poderia fazer com que grande parte dos conflitos envolvendo particulares (pessoas físicas ou jurídicas) fossem convertidos em problemas jurídicos constitucionais e, assim, que houvesse uma “inflação” dos conflitos jurídicos constitucionais.⁴⁸

Ademais, tem-se como terceira objeção o fato de que a utilização das normas de direitos fundamentais diretamente aos conflitos privados poderia levar a uma perda da identidade do Direito Privado. Segundo Claus Wilhelm CANARIS a Constituição não seria o local adequado para regular as relações entre indivíduos ou as relações entre indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado, pois nisto consistiria a tarefa precípua do Direito Privado. Ainda de acordo com o autor o Direito Privado possibilita situações muito mais diferenciadas para a solução dos conflitos jurídico privados do que própria Constituição poderia fazer.⁴⁹

Outrossim, segundo Ludwig Raiser, há a necessidade de que o direito privado não perca a sua especificidade ainda que sob o constante influxo das opções valorativas do legislador constituinte, visto que:

o direito privado torna possível a múltipla diferenciação da e na sociedade, constituindo um precioso contrapeso ao assistencialismo e reforçando, com seus instrumentos, o sentido de auto-responsabilidade do indivíduo, oferecendo, com isso, uma preciosa contribuição à democracia. Portanto, é necessário realizar uma sociedade fundada sobre o direito privado que não seja nem separada e nem absorvida pelo Estado, mas que esteja a ele integrada, garantindo-se sua autonomia, em um sistema vinculado à Lei Fundamental.

A quarta objeção que pode ser realizada a este teoria diz respeito a falta de amparo constitucional para a aplicação desta teoria, visto que a Constituição não ampara referida interpretação, ou seja, não há no texto constitucional

⁴⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...* p. 296-298.

⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...* p. 296-298.

⁴⁹ CANARIS, Claus Wilhelm. *A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha*, p. 225. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

norma que fundamente a eficácia direta. Se o legislador constituinte originário apenas referiu-se a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais é porque não quis a vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais. Em outros termos, se a Constituição não vinculou os particulares imediatamente aos direitos fundamentais, tal como fez em relação aos poderes públicos, é porque assim não desejou⁵⁰.

Ademais, a quinta objeção se deve ao fato de que pode-se questionar a referida teoria quando esta iguala a relação particular-Estado à relação horizontal particular-particular, visto que acaba, com esta atitude, resolvendo esses conflitos de forma demasiadamente simples, ignorando, por conseguinte, a vasta complexidade que as questões envolvendo particulares pode gerar.

Da mesma forma, esta teoria ao igualar as relações particular-Estado à relação horizontal particular-particular apresenta um equívoco, pois enquanto na relação particular temos um sujeito titular de direitos fundamentais e outro que embora não seja titular de direitos fundamentais tem o dever objetivo de proteger esses direitos, na relação cidadão versus cidadão, ambos são titulares de direitos fundamentais e ambos podem requerer ao Estado que protege o seu direito fundamental eventualmente lesado ou em vias de ser ofendido por outro particular. Desta forma, igualar as relações mostra-se, desde logo, incompatíveis.⁵¹

Por fim, a última objeção que se pode opor contra a teoria sob comento, refere-se, segundo alguns autores, ao fato de que a aplicação apenas mediata conduz a uma melhor concretização do princípio da segurança jurídica, assim como zela pelo princípio da separação de poderes. Com efeito, segundo os opositores desta teoria os direitos fundamentais seriam melhor observados e protegidos nos conflitos privados através da mediação legislativo e ou judicial.

3 TEORIAS ALTERNATIVAS E VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 TEORIAS ALTERNATIVAS

⁵⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação...* p. 172.

⁵¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação...* p. 172

Grande parte da doutrina ao tratar do tema vinculação dos particulares a direitos fundamentais concentra-se na exposição de duas teorias aparentemente antagônicas, mas que, por muitas vezes chegam a resultados práticos comuns.

Todavia, o estudo deste tema não pode ser encerrado apenas com o relato das peculiaridades e diferenças entre as referidas teorias, assim como não pode ser resumido a isto, visto que há algumas formulações teóricas que não se filiam nem a uma nem a outra teoria, mas que, por sua relevância teórica, oferecem algumas soluções salutare e, muitas vezes, verdadeiramente interessantes à aplicação dos direitos fundamentais nos conflitos privados.

Sendo assim, a primeira teoria que aparentemente não se vincula a nenhuma das correntes teóricas esboçadas acima é a proposta por José Carlos Vieira de ANDRADE⁵² a respeito da vinculação dos particulares a direitos fundamentais.

O autor ao desenvolver a sua teoria parte do dois pressupostos essenciais. O primeiro deles é que os direitos fundamentais, enquanto princípios constitucionais, não poderiam deixar de aplicar-se em todo o ordenamento jurídico e, desta forma, também deveria aplica-se às relações privadas.

O segundo pressuposto é de que no atual contexto social põe-se em relevo a necessidade de proteger os particulares não apenas em face do Estado, mas também, perante os indivíduos que detenham poder social ou jurídico capaz de submeter a vontade de outro particular⁵³.

É justamente com base neste último pressuposto que Vieira de ANDRADE irá acenar positivamente em relação à possibilidade de os particulares serem sujeitos passivos de direitos, liberdade e garantias. Com efeito, ao contrário do que afirmam alguns autores, o referido autor português irá aceitar a transposição direta dos direitos fundamentais às relações privadas quando o intérprete, ou operador jurídico, estiver diante de uma situação em que um dos particulares detém elevado poder frente a outro particular⁵⁴.

⁵² ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...* p. 270 -300.

⁵³ ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...* p 274.

⁵⁴ ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...* p 285.

Frise-se que o autor aceita a vinculação direta apenas e tão-somente quando é possível visualizar uma clara situação de desigualdade entre as partes, ou seja, quando um dos particulares detém poder jurídico ou de fato – e não apenas uma dependência psicológica – em face de outro particular.

Todavia, irá ponderar o autor que as situações de poder são muitas e diferenciadas, o que levaria a uma necessidade de se ponderar a aplicabilidade imediata de acordo com os tipos e graus de poder que somente o caso concreto irá fornecer com precisão⁵⁵. Neste sentido as palavras do referido autor:

O critério da desigualdade ou do poder social não deve, por isso, ser entendido como um critério classificatório, que nos permitisse em abstrato determinar as entidades que, além do Estado e demais pessoas coletivas públicas, seriam sujeitos passivos dos direitos fundamentais. Ele é, sobretudo, um critério teleológico que em concreto permite estender por analogia e graduar a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas⁵⁶.

Em outros termos, os particulares deverão temperar a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações privadas sempre à luz das especificidades do caso concreto, de tal forma que se possa proteger a liberdade do cidadão, assim como uma igualdade de tratamento frente a outros indivíduos em circunstâncias semelhantes. Até mesmo porque não se pode ignorar que ambos os sujeitos envolvidos na relação são titulares de direitos fundamentais.

Outro ponto abordado pelo autor em sua formulação teórica é que entre particulares que se encontram numa suposta igualdade, os direitos fundamentais se aplicariam de modo indireto ou lateral. Vale dizer, nas situações em que não prevalece a assimetria de poder, os direitos fundamentais não valeriam como direitos subjetivos, mas sim, como valores que devam ser concretizados, num primeiro momento pelo legislador e, num segundo momento, pelo juiz.⁵⁷

Ademais, na ponderação entre liberdade e autonomia privada o autor propõe “que a nossa Constituição seja interpretada no sentido de consagrar o

⁵⁵ ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...* p 285.

⁵⁶ ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...* p 286.

⁵⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e...*, p. 281-285.

princípio da liberdade como regra das relações entre indivíduos iguais”⁵⁸, desde que, é claro, “respeito aquele núcleo mínimo de conteúdo do direito para além do qual o indivíduo se reduz à condição de não-homem”.⁵⁹

Outro autor que propõe um modelo teórico alternativo, visto que não se enquadra em nenhuma das formulações teóricas esboçadas no quinto capítulo deste trabalho, é J. J. Gomes CANOTILHO. Este autor irá, a partir da multifuncionalidade dos direitos fundamentais e, em especial, da função de proteção dos direitos fundamentais, propor a superação da dicotomia existência entre a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais em prol do que ele denominou de soluções diferenciadas, ou seja, de soluções que levem em consideração o direito fundamental em causa no caso concreto. Segundo o autor essas soluções diferenciadas podem ser organizadas em cinco grupos principais.⁶⁰

O primeiro grupo refere-se a eficácia horizontal expressamente consagrada na Constituição, no qual as normas de direitos fundamentais podem estabelecer, elas próprias, a eficácia que deterão na ordem jurídica privada⁶¹, tal como a regra prevista no art. 40, § 3º da Constituição Portuguesa⁶².

O segundo grupo diz respeito a eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada. Na verdade este grupo refere-se, basicamente, a vinculação dos poderes públicos e, mais especificamente, do legislador, aos direitos fundamentais. Esta vinculação se operaria diretamente quando o legislador edita normas jurídico-privadas. Além disso, o autor ressalta, neste grupo, a vinculação do legislador ao princípio da igualdade asseverando, inclusive, que este operador jurídico não pode

⁵⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...* p 293

⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais...* p 294.

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...* p. 1273.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...* p.1274.

⁶² Artigo 34.º (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência) da Constituição Portuguesa de 1976: 1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis. 2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei. 3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei. 4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

estabelecer discriminações (negativas)⁶³ nas relações privadas sem que tenha um fundamento material para tanto.⁶⁴

O terceiro grupo engloba a eficácia horizontal imediata e mediação do juiz, no qual este operador do direito deve “fazer uma aplicação do direito privado em conformidade com a constituição” e desaplicar as normas de direito privado quando eivadas de inconstitucionalidade⁶⁵, assim como a interpretação conforme à constituição deverá levar em conta não apenas os conceitos jurídicos indeterminados, mas também as normas consagradoras de bens ou valores jurídicos absolutos, tais como a vida, a liberdade e a dignidade humana⁶⁶.

O quarto grupo, por sua vez, dispõe sobre os poderes privados e a eficácia horizontal. Assevera o autor que não há mais como desconhecer o fato de que as agressões à direitos fundamentais podem provenir de outros poderes que não sejam os públicos. Além disso, e muito embora o direito tenha tentado criar novas regulamentações protetivas aos particulares que se submetem aos denominados poderes privados, não há como ignorar que

(1) os direitos, liberdades e garantias não protegem apenas os cidadãos contra os poderes públicos; as ordens jurídicas da liberdade de profissão e da liberdade de empresa, por exemplo, podem também ser perturbadas por forças ou domínios sociais; (2) a função de protecção objectiva dos direitos, liberdades e garantias não pode deixar de implicar a eficácia destes direitos no âmbito de relações privadas caracterizadas pela situação desigualitária das partes; (3) conseqüentemente, as leis e os tribunais devem estabelecer normas (de conduta e de decisão) que cumpram a função de protecção dos direitos, liberdades e garantias.⁶⁷

⁶³ Neste sentido afirma Celso Antônio Bandeira de MELLO que “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição (...) Em síntese: a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 17-39.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*... p.1274-1275.

⁶⁵ A doutrina costuma definir como inconstitucional um ato normativo cujo conteúdo ou cuja forma contrapõe-se, de modo expresso ou implícito, ao contemplado em dispositivo constitucional. É a lei (em sentido formal ou material) em relação imediata de incompatibilidade vertical com normas constitucionais. Em outras palavras, diz-se que a inconstitucionalidade pode ser conceituada como a desconformidade do ato normativo – inconstitucionalidade material – ou do seu processo de elaboração – inconstitucionalidade formal – com algum preceito ou princípio constitucional. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*... Op. cit., p.1275-127.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*... Op. cit., p.1277.

Por fim, o quinto e, último grupo, trata da impossibilidade de confisco substancial da autonomia privada, ou seja, haveria um limite à eficácia horizontal que não poderia ser restringido ou mesmo ignorado. Vale dizer, haveria um *núcleo duro* que deveria ser obrigatoriamente respeitado quando se procura aplicar as relações privadas os direitos fundamentais.⁶⁸

Por fim, tem-se a teoria formulada por Robert ALEXY⁶⁹. Este autor propõe um modelo de três níveis de efeitos em terceiros, isto é, propõe uma teoria que convirja todos os aspectos não abrangidos por outras teorias ou abrangidos equivocadamente. Em outras palavras este autor ao analisar a teoria da eficácia direta, indireta e da teoria que propõe que os efeitos da relação cidadão versus cidadão são conseqüências da sujeição do Estado aos direitos fundamentais como direitos subjetivos públicos, apresentam pontos positivos, assim como pontos incomuns⁷⁰, mas, invariavelmente, também apresentam pontos inadequados a determinados conflitos privados.

O modelo apresentado por este autor divide-se-se em níveis pontos principais: “el de los deberes del Estado, el de los derechos frente al Estado y el de las relaciones jurídicas entre sujetos del derecho privado”.⁷¹

O primeiro nível desta teoria refere-se ao efeito mediato entre terceiros. Segundo o qual o fato dos direitos fundamentais valerem como princípios objetivos para todos os âmbitos do direito, implica que o Estado está submetido a levar em conta tanto a legislação civil como a jurisprudência civil. Esta jurisprudência, por sua vez, deve aplicar e interpretar a legislação civil a partir ou influenciada pelas normas iusfundamentais⁷².

O segundo nível trata das normas ou dos direitos frente ao Estado que possuem relevância na sua influência em terceiros. Assevera o autor que o fato de que, na interpretação e aplicação das normas de direito civil, o juiz deva levar em conta os direitos fundamentais não diz, contudo, que, a não

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...* Op. cit., p.1276-1277.

⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los ...* p. 503 -524.

⁷⁰ De acordo com este autor as três teorias poderiam conduzir a resultados semelhantes, apesar das diferenças existentes entre as três perspectivas, visto que as três teorias levam em consideração o fato de que na relação entre particulares, diferentemente do que ocorre na relação cidadãos versus Estado, ambas as partes são titulares de direitos fundamentais. ALEXY, Robert. *Teoría de los ...*, p. 516.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los...* p. 516.

⁷² ALEXY, Robert. *Teoría de los...* p.516.

observância desse dever estaria violando um direito fundamental, na forma de direito subjetivo. Ainda segundo este autor, uma conexão tal tem que existir para que seja coerente a jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre os efeitos dos direitos fundamentais e das normas iusfundamentais de direito privado.⁷³

Em outras palavras, o constitucionalista alemão ao tratar deste nível expõe, na verdade, a teoria dos deveres de proteção, segundo o qual o Judiciário ao solucionar ou decidir os conflitos jurídicos privados deve observar as normas de direito fundamentais, sob pena de violá-las. Viola-se, portanto, um direito fundamental do particular oponível frente ao Estado.

O terceiro nível refere-se aos efeitos iusfundamentais as relações jurídicas entre os sujeitos privados, ou seja, neste nível o autor trata do efeito imediato entre terceiros. Para ALEXY, “por efeito imediato em terceiro não se pode entender que os direitos frente ao Estado sejam, ao mesmo tempo, direito de cidadãos frente a outros cidadãos, nem se pode alegar um efeito imediato em terceiro mudando, simplesmente, o destinatário dos direitos frente ao Estado uma vez que as relações cidadão / cidadão, em razão de ambos serem titulares de direitos fundamentais, existe uma “força de efeito” diferente da que existe a relação cidadão / Estado”.⁷⁴ Ou seja, ALEXY admite que os direitos fundamentais projetam efeitos diretos sobre as relações privadas, assim como afasta a idéia de que esta eficácia direta colocaria fim ao princípio da autonomia privada, ou mesmo, exterminaria a identidade do Direito Privado.⁷⁵

Duas ressalvas devem ser realizadas a respeito desta teoria. A primeira delas é formulada por Marcos Augusto MALISKA a partir da constatação de que a teoria elaborada por ALEXY é omissa quanto às relações entre particulares marcadas pela desigualdade, isto é, o autor deixa sem resposta o problema de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas quando estas relações se caracterizem pela desigualdade fática ou jurídica entre os sujeitos envolvidos.⁷⁶

Essa omissão, contudo, se transportada para o panorama nacional acentua-se ainda mais, visto que num dos países campeões mundiais em

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria de los...* p. 516.

⁷⁴ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação...* p. 123-124.

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais...* p. 265.

⁷⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação...* p. 124-125.

concentração de renda e de desigualdades sociais, tal como o Brasil, não enfrentar a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas marcadas pela desigualdade ou ignorar o fato de que em diversas relações sociais serão e são marcadas pela sujeição de um particular em relação a outro é, no mínimo, não enfrentar verdadeiramente o problema.

A outra ressalva é formulada por Daniel SARMENTO segundo o qual o autor embora proponha um modelo de três níveis de efeitos não se perfilhando, portanto, a nenhuma das correntes (eficácia direta ou indireta) este autor (ALEXY) pode ser enquadrado entre aqueles que propõe a eficácia direta dos direitos fundamentais. Segundo Daniel SARMENTO:

o fato de ele não excluir a eficácia indireta dos direitos fundamentais a esfera privada, nem tampouco a existência de deveres de proteção do Estado, em relação às ameaças a tais direitos provenientes de terceiros, não nos parece, neste sentido, de maior relevância. Com efeito, a teoria da eficácia direta e imediata (...) não é incompatível com os efeitos decorrentes das outras duas teorias, mas apenas agrega àqueles efeitos um outro, de indiscutível relevo prático: permite-se a aplicação direta das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais sobre as relações privadas independentemente da mediação do legislador, ou d atividade de qualquer outro poder estatal⁷⁷.

Enfim, essas são as principais teorias que não se perfilham nem a tese da eficácia imediata nem a tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, mas que pelo seu conteúdo merecem e ganham destaque tanto na jurisprudência como na doutrina constitucional em geral. Saliente-se que além dessas teorias ditas alternativas não há como ignorar as teorias que simplesmente negam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, tais como a doutrina constitucional suíça⁷⁸, a doutrina norte-americana⁷⁹ e a doutrina desenvolvida na na República Federal da Alemanha, por SCHWABE.⁸⁰

⁷⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais...*, p. 265-266.

⁷⁸ A qual, também moldada no sistema romano-germânico, conserva a visão clássica (Liberal) dos direitos fundamentais como limites à atuação estatal, não vinculando, por conseguinte, nem mesmo indiretamente, os direitos fundamentais dos particulares.

⁷⁹ Segunda esta doutrina os direitos fundamentais, previstos no *Bill of rights*, impõem limitações apenas aos Poderes Públicos e não vinculam os particulares a direitos fundamentais, salvo o disposto na décima terceira emenda norte-americana. De acordo com Juan María Bilbao UBILLOS la Corte Suprema ha ampliado con carácter excepcional el radio de acción de las garantías del Estado (state action), de modo que las conductas de los particulares quedan fuera del alcance de estas garantías. Los supuestos e los que se ha aplicado esta doctrina jurisprudencial pueden clasificarse, pese a su disparidad tipológica, en dos grandes apartados: por un lado, los relacionados con actividades que entrañan

3.2 VINCULAÇÃO DOS PARTICULARES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na análise das diversas teorias a respeito da eficácia ou da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é possível verificar que todas as correntes procuram dar, aos conflitos privados envolvendo direitos fundamentais, uma solução uniforme, ou senão uniforme, ao menos com algum grau de pré-determinação ao caso concreto.

Sem embargo da opinião e da fundamentação de cada um desses autores e de suas respectivas teorias, adotar-se-á para fins deste estudo uma vertente que terá como foco principal à análise do caso concreto, suas peculiaridades, características e fundamentos, ou seja, procurar-se-á determinar, através da eleição de um ou alguns critérios, uma solução adequada para cada caso, considerando para tanto, o problema em toda a sua complexidade.

Isto é, sem a adotar *a priori* qualquer uma das correntes teóricas acima narradas, tentar-se-á formular um caminho a ser seguido pelo intérprete quando procurar encontrar uma solução para determinados conflitos jurídicos privados.

Para percorrer tal caminho, procurar-se-á apoiar numa interpretação tópica, ou seja, num método de interpretação constitucional⁸¹, ou numa técnica de pensar problemas, que se ocupa de aporias jurídicas e, conseqüentemente, do problema das lacunas e antinomias⁸². Ou ainda, nas palavras de Theodor VIEHWEG a tópica consiste:

não propriamente em um método, mas um estilo. Isto é, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidencia, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para solucionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles. Assim, num campo teórico como jurídico, pensa

materialmente el ejercicio de una “función pública”, y por otro, aquéllos e los que se detecta una “conexión” o “implicación” estatal significativa en la acción impugnada por el demandante.

⁸⁰Segundo esta teoria todos os problemas e questões relativas à vinculação dos particulares a direitos fundamentais seriam facilmente explicados e solucionados a partir de uma correta interpretação e aplicação dos direitos de defesa antes o Estado, em verdade, segundo o jurista alemão a suposição de deveres de proteção são supérfluas e errôneas, visto que o Estado não proíbe as intervenções de particulares em bens protegidos como a vida, a saúde, a educação, então, as permite. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação...*, p. 175-178.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de...*, p. 446.

⁸² DINIZ, Maria Helena . Op. cit, p. 483.

topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa. Como tentativa, as figuras doutrinárias do Direito são abertas, delimitadas sem maior rigor lógico, assumindo significações em função dos problemas a resolver, constituindo verdadeiras *fórmulas de procura* de solução de conflito.⁸³

Além disso, procurar-se-á dentro deste *método de pensar problemas* não ignorar o fato de que esses conflitos estão inseridos em um sistema jurídico e social muito peculiar. Ou seja, não há como ignorar que os conflitos privados no Brasil são dotados, ao menos em grande parcela deles, de uma gritante desigualdade social, econômica e até mesmo jurídica. Sendo assim, deve-se temperar a aplicação das normas cabíveis ao caso concreto, não desconhecendo onde e como se enquadram.

Portanto, o que se está a afirmar é, em outras palavras, que a aplicação de uma mesma norma a um conflito semelhante em outros países, tal como na Alemanha e nos Estados Unidos, será, muito possivelmente, diferente daquela norma que será aplicada ao conflito semelhante no Brasil, visto que diferentemente do que ocorre naqueles países, a atual situação financeira⁸⁴ e social do Brasil propõe (ou impõe) ao intérprete soluções diferenciadas. Até mesmo porque, frise-se, o âmbito normativo o qual estará inserido o problema é diverso e, portanto, deverá ser levado em consideração quando da análise do conflito em questão.

Enfim, se apenas diante do “caso concreto pode ser atribuído o peso específico de cada princípio e, por conseqüência, estabelecida a solução da controvérsia, torna-se patente a superlativa importância do problema no manejo dos princípios constitucionais, o que não significa que se possa descurar do sistema”.⁸⁵

Realizada esta advertência, o primeiro ponto a ser considerado nesta questão é a necessária escolha entre qual a norma a ser aplicada ao caso concreto. Acredita-se que deverá ser aplicada, preferencialmente, uma norma de direito privado ao caso concreto. Em outros termos, se houver, para

⁸³ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: departamento de imprensa nacional, 1979. p. 03.

⁸⁴ Nesse sentido é curial a consulta a página na internet do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: www.ibge.gov.br.

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 55.

determinado conflito uma norma de direito privado que a regule (solucione), então, deverá ser aplicada esta norma.

Com efeito, segundo Claus Wilhelm CANARIS o direito privado é o local adequado para regular as relações entre indivíduos ou as relações entre indivíduos e pessoas jurídicas de direito privado, afinal, nisto consistiria a tarefa precípua do Direito Privado.⁸⁶ Ainda de acordo com este autor o Direito Privado possibilita situações muito mais diferenciadas para a solução dos conflitos jurídicos privados do que própria Constituição poderia fazer, o que permitiria, portanto, que o legislador ordinário, através de uma ponderação prévia, determinasse valores, bens ou direitos que devessem naquela situação ser prestigiados.⁸⁷

Para aclarar esta informação basta a análise do seguinte exemplo. Se um sujeito X resolve comprar um determinado produto vendido pelo comerciante H, pode este sujeito se recusar a vender este produto, sob a alegação de que não concorda com a opção sexual do sujeito X?

Uma questão que poderia suscitar diversas soluções, a partir da análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, é claramente respondida pelo artigo 39, inciso IX da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Segunda esta disposição legal, é vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, entre outras práticas, recusar a venda de bens diretamente a quem disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento.⁸⁸

Neste caso, portanto, há que se aplicar diretamente a norma de direito infraconstitucional, haja vista a sua determinação àquela situação.

Nada obstante é curial salientar que a adoção de normas de direito privado, preferencialmente, não implica na adoção da teoria mediata, mas apenas na escolha de normas que *prima facie* parecem se adaptar melhor ao âmbito privado. Enfim, o que se está a explicar é que em havendo uma norma de direito privado que solucione diretamente aquele caso, não há razões para se procura aplicar as normas de direitos fundamentais. Até mesmo porque as normas de direito fundamentais são sopesadas para a criação da norma

⁸⁶ 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, 2003. p. 225.

⁸⁷ Ibid., p. 226.

⁸⁸ Conferir neste sentido MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 401-548.

infraconstitucional, isto é, servem de valor guia na formulação das regras infraconstitucionais.

Destarte, é curial salientar que é justamente quando a este ponto que surge um segundo questionamento. Conforme ressaltado anteriormente cabe ao legislador ordinário, na formulação da legislação infraconstitucional, a observância dos preceitos constitucionais, entre eles, os direitos fundamentais.

Nesse sentido, as normas privadas devem apresentar-se em conformidade com as normas de direitos fundamentais,⁸⁹ sob pena de serem expurgadas do ordenamento, uma vez que não há como aplicar uma norma infraconstitucional que não se coadune com as normas constitucionais.⁹⁰

Ademais, caso exista uma norma infraconstitucional regulando o conflito privado e, ainda, que tal norma seja *prima facie* compatível com os preceitos constitucionais, ainda assim, deve-se perquirir se a referida norma não impõe a outro particular uma restrição a seu direito fundamental de forma demasiada, ou seja, se não há a imposição de restrição tal que implique na anulação de um direito fundamental, da qual é titular.

Com efeito, já é lugar comum na doutrina constitucional de que toda ponderação de interesses deverá ter como limite o respeito ao núcleo essencial ou vital dos direitos fundamentais, ou seja, toda ponderação, seja ela realizada pelo legislador ou pelo aplicador do direito, deverá respeitar o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais em jogo, de tal forma a “demarcar um reduto inexpugnável, protegido de qualquer espécie de restrição”.⁹¹

Convém salientar mais uma vez que ao contrário do que ocorre nas relações cidadão *versus* Estado, está-se diante de relações cidadão *versus* cidadão, onde cada um dos pólos do conflito, ou seja, cada sujeito integrante do conflito, é titular de direitos fundamentais, o que proíbe que simplesmente se afaste a aplicação ou se restrinja demasiadamente um dos direitos fundamentais em jogo.

⁸⁹ Conferir neste sentido CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

⁹⁰ “Ao invés de anular a lei contestada por violação de direitos fundamentais, os juízes não lhe reconhecem a existência senão na medida em que ela se ache autorizada pelas reservas previstas pela Constituição para a limitação legislativa dos direitos fundamentais. Ou expresso doutra maneira: eles não reconhecem a existência de uma norma legislativa suscetível de estar em conflito com a Constituição”. BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, p. 479.

⁹¹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses...*, p. 111.

Neste contexto, e antes de ingressarmos no próximo questionamento, deve-se abrir um parêntese para explicar o que se pode entender por restrição, concorrência e colisão de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais podem entrar em conflito em situação especiais que nem sempre correspondem a uma forma de colisão. Vale dizer, os direitos fundamentais em conflito no âmbito privado (por exemplo: direito fundamental do empregador a não permitir que os bens de sua empresa sejam furtados pelos seus funcionários versus o direito de intimidade e privacidade destes funcionários de não serem revistados para impedir a prática do referido furto, o direito fundamental de uma associação de estabelecer critérios de ingresso versus o direito fundamental de determinado cidadão a fazer parte desta associação sem ser compelido a mudar a sua opção sexual e etc) podem ser solucionados no âmbito individual a partir da constatação que existem dois tipos de contradição de normas jurídicas em sentido lato: o conflito de regras e a colisão de princípios.

O conflito de regras, na clássica formulação de Ronald DWORKIN, se resolve pela lógica tudo ou nada, no sentido de que “se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras uma delas deve ser considerada inválida”.⁹²

Sendo assim, deve-se utilizar como instrumento de solução de tais conflitos os critérios da especialidade, cronológico e hierárquico.

O critério cronológico, embora não sirva a solução de tensões constitucionais, visto que as normas da Constituição são editadas em um único momento, caracteriza-se pela idéia de que *lex posterior derogat legi priori*, isto é, este critério remonta-se ao tempo que as normas que começam a ter vigência. O critério hierárquico, baseado na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre a outra, dispõe que na hipótese de conflito entre duas normas prevalecerá a de hierarquia superior – *lex superior derogat legi inferiori*. Por fim, o critério da especialidade que, tal como os dois anteriores, é

⁹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*; da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 28.

de reduzida ou nenhuma valia para o confronto de normas constitucionais, caracteriza-se pelo fato da lei especial derrogar lei geral.⁹³

Nada obstante, antes de ingressar na análise do conflito de princípios deve-se salientar que a colisão de direitos fundamentais não se confunde com a hipótese de concorrência dos direitos fundamentais. Esta, segundo Gomes CANOTILHO, é quando um comportamento de um mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais, enquanto aquela corresponde ao exercício de um direito fundamental por parte de um titular que impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência entre os direitos individuais.⁹⁴

A colisão de direitos fundamentais, por sua vez, divide-se em conflito entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais e colisão de direitos fundamentais, os quais Robert ALEXY irá denominar de colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, respectivamente⁹⁵.

É a partir destas duas espécies de colisão de direitos fundamentais que surge a necessidade de distinção, em primeiro lugar, da existência ou não de um verdadeiro conflito ou colisão, pois pode acontecer que este primeiro questionamento sirva apenas para excluir hipóteses de conflito, visto que, em verdade, os conflitos podem se apresentar apenas ilusoriamente.

De acordo com Mônica CASTRO, “nessa hipótese a colisão entre tais direitos é apenas aparente, pois o que de fato ocorre é uma limitação intrínseca e não extrínseca, quando então se daria, efetivamente, um conflito. Os limites imanentes dos direitos fundamentais só podem ser determinados mediante esforço interpretativo, haja vista estarem, no mais das vezes, apenas implícitos no ordenamento jurídico”.⁹⁶

José Carlos Vieira de ANDRADE, no mesmo sentido, afirma que há hipóteses que não se apresentam como verdadeiros casos de colisão de

⁹³ Para uma melhor compreensão sobre o tema conferir: DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.477-483; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Teoria da norma jurídica, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 1253.

⁹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin e Alexandre Reis Siqueira Freire. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. *Caderno da escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil*. Curitiba, mar./ago., 2002. p. 31.

⁹⁶ CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 99.

direitos fundamentais, mas hipóteses que exigem a determinação dos limites imanentes dos direitos envolvidos. E mais: nestas hipóteses, a norma constitucional não protege essas formas de exercício de direitos, isto é, esses tipos de situações estão excluídos da esfera normativa enunciada pela constituição o que permite ao intérprete solucionar o problema sem levar em conta o direito invocado.⁹⁷

Para aclarar tal posicionamento basta imaginar a seguinte situação: um particular, detentor do direito de livre expressão, consagrado expressamente pelo art. 5º, inciso IX da Constituição Federal de 1988 pode, difamar o nome de outro particular, também detentor do direito fundamental expressamente tutelado pelo art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988? Parece que não, pois neste caso não há um verdadeiro conflito entre a liberdade de expressão e o direito ao bom nome em caso de difamação⁹⁸, além, é claro, de configurar o tipo penal previsto no art. 139 do Código Penal.

Sobre este tema, José Carlos Vieira de ANDRADE arrola os seguintes exemplos:

Poder-se-á invocar a liberdade religiosa para efectuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um actor no palco, para pintar no meio da rua, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte? Ou invocar o direito de propriedade para não pagar impostos, ou o direito de sair do país para não cumprir o serviço militar, ou o direito de educar os filhos para os espancar violentamente? Ou invocar a liberdade de reunião para utilizar um edifício privado sem autorização, ou a liberdade de circulação para atravessar a via pública sem vestuário, ou o direito à greve para destruir ou danificar equipamentos da empresa...⁹⁹

Enfim, “a importante consequência prática do exposto é que, constando o intérprete, que no caso concreto o âmbito de proteção do direito ou o limite imanente do direito excluem a forma e o tipo de exercício do direito invocado, não haverá a preservação deste por meio do processo de ponderação, conforme sucede nos verdadeiros casos de colisão de direitos fundamentais”.¹⁰⁰

⁹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 217.

⁹⁸ SCHIER, Paulo. *Anotações...*, p. 163.

⁹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 216-217.

¹⁰⁰ FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996. p. 98.

Aliás, se for possível verificar, naquele conflito entre particulares, uma verdadeira hipótese de colisão caberá, então, ao intérprete ponderar os bens envolvidos, levando em conta, entre outros, os princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade.¹⁰¹

O princípio da unidade da Constituição propõe a idéia de que todos os dispositivos constitucionais sejam eles regras ou princípios, devam ser tomados sem qualquer distinção hierárquica e com igual grau de eficácia.

Segundo Clèmerson Merlin CLÈVE e Alexandre Reis Siqueira FREIRE “o princípio da unidade da Constituição evidencia sua importância como princípio interpretativo, a partir do instante em que se considera a Constituição como um sistema unitário de normas e procedimentos. Deve o intérprete harmonizar o espaço de tensão entre as normas de natureza constitucional”.¹⁰²

Ou ainda, de acordo com J.J. Gomes CANOTILHO:

O princípio da unidade da Constituição é uma exigência da “coerência narrativa” do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio da decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as “lerem” e “compreenderem”, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (Dworkin). Neste sentido, embora a Constituição possa ser uma “unidade dividida” isso em nada altera a igualdade hierárquica de todas as suas regras e princípios quanto à sua validade, prevalência normativa e rigidez.¹⁰³

Urge esclarecer que nas sociedades heterogêneas e pluralistas e que congregam Constituição compromissárias, tal como a República Federativa do Brasil, é inevitável o acolhimento de normas conflitantes em seu texto constitucional. Nada obstante, o *potencial* choque de normas não pode desmerecer o caráter sistemático e unitário da Constituição, visto que esses elementos – caráter sistemático e unitário – não impõem a inexistência de conflitos de normas, mas, na verdade, a possibilidade de resolução destas tensões a partir de critérios inferidos no próprio texto constitucional.¹⁰⁴

O princípio da concordância prática, por sua vez, “impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total)

¹⁰¹ Id.

¹⁰² CLÈVE, Clèmerson Merlin e Alexandre Reis Siqueira Freire. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. *Caderno da escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil*. mar./ ago., 2002. p. 34.

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional...*, p. 1170.

¹⁰⁴ SAMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses...*, p. 132.

de uns em relação aos outros”¹⁰⁵, o que lhe faz consectário lógico do princípio da unidade constitucional. Este princípio, de acordo com Edílson FARIAS, faria com que os direitos e valores fundamentais fossem harmonizados, no caso concreto, por meio de juízo de ponderação que viesse tanto preservar como promover ao máximo os direitos ou valores em conflito.¹⁰⁶

Ou ainda, segundo Ana Paulo de BARCELLOS, este princípio representa uma das exigências no processo de justificação jurídica, isto é, “o objetivo final do processo de ponderação será sempre alcançar a concordância prática dos enunciados em tensão, isto é, sua harmonização recíproca de modo que nenhum deles tenha sua incidência totalmente excluída de modo que nenhum deles tenha sua incidência totalmente excluída na hipótese”.¹⁰⁷

Convém, neste momento, trazer à colação uma advertência realizada tanto por Daniel SARMENTO¹⁰⁸ como por Ana Paula BARCELLOS em relação a este princípio. Ambos os autores concordam que é necessário reconhecer que, em algumas hipóteses e, ainda que se leve em consideração os princípios interpretativos enunciados acima, simplesmente não será possível obter qualquer harmonização entre os elementos em jogo, pois, invariavelmente, um afastará totalmente o outro e será preciso escolher entre eles. Neste sentido:

A não incidência em nenhuma medida de um enunciado válido e pertinente em determinado caso, não afastado por qualquer das exceções admitidas pela ordem jurídica, constitui uma quebra de sistema e deve, tanto quanto possível, ser evitada. De toda sorte, quando se tratar de um resultado inevitável, o processo de ponderação continuará a ser uma ferramenta importante de ordenação e fundamentação da escolha entre as soluções propugnadas pelos enunciados conflitantes.¹⁰⁹

Por fim, o princípio da proporcionalidade que, muito embora não seja previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, pode ser compreendido entre aqueles princípios ditos implícitos.

Este princípio configura-se como a realização do princípio da concordância prática no caso concreto, isto é, “este postulado aplica-se os casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos

¹⁰⁵ Ibid., p. 1211.

¹⁰⁶ FARIAS, Edílson Pereira de. Op. cit., 98.

¹⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 133.

¹⁰⁸ SARMENTO, Daniel. *A ponderação...*, p. 111-113.

¹⁰⁹ BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit., p. 138.

constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais entre duas grandezas”.¹¹⁰

Este princípio seria, para grande parte da doutrina, governado por três subprincípios ou conteúdos parciais¹¹¹, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é “um meio é adequado quando promove minimamente o fim. Na hipótese de atos jurídicos gerais a adequação deve ser analisada do ponto de vista abstrato, geral e prévio. Na hipótese de atos jurídicos individuais a adequação deve ser analisada no plano concreto, individual e prévio. O controle de adequação deve limitar-se, em razão do princípio da separação dos Poderes, à anulação de meios manifestamente inadequados”¹¹²

A necessidade, por sua vez, significa que a medida não pode exceder aos limites indispensáveis à salvaguarda do fim legítimo que se almeja ou uma medida para ser admissível deve ser necessária, ou ainda, de todas as medidas que igualmente servem a obtenção de determinado fim, cumpre eleger aquele que se mostra menos nocivo aos interesses do cidadão. Enfim, este subprincípio promulga a necessário procura pelo meio mais suave para a obtenção do fim almejado.¹¹³

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito refere-se a uma obrigação de fazer uso de meios adequados e proporcionais. Vale dizer, este princípio determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível. Isso significa, segundo Willis GUERRA que, “acima de tudo, não se fira o “conteúdo essencial” de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas (...), acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens”.¹¹⁴

Ou ainda, nas palavras de Robert ALEXY, “de la máxima proporcionalidad en sentido estricto se segue que los principios son mandatos

¹¹⁰ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 131.

¹¹¹ Conferir neste sentido: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições...*, p. 752-765.

¹¹² ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 132.

¹¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, p. 361.

¹¹⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio constitucional da proporcionalidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15 Região*, n. 20, p. 85-89, jul./set. 2002, p. 87.

de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas”.¹¹⁵

Enfim, de acordo com Daniel SARMENTO “na ponderação, a restrição imposta a cada interesse em jogo, num caso de conflito entre princípio constitucionais, só se justificará na medida em que: (a) mostrar-se apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto; (b) não houver solução menos gravosa, e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico”.¹¹⁶

Neste contexto, e cientes de que o tema em debate não possibilita a verticalização do tema colisão ou restrição dos direitos fundamentais, é possível afirmar que a vinculação dos particulares a direitos fundamentais não é determinada a priori, mas apenas quando o intérprete leva em consideração a análise do conflito privado em toda a sua complexidade, isto é, sem a análise de um conflito específico o intérprete não possui condições reais de determinar em que medida e em que grau a norma de direito fundamental será aplicada às relações privadas.

Ademais, além dos cânones interpretativos expostos alhures, impõe-se como guia interpretativo, em toda e qualquer forma de ponderação de bens, a observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio afirmar-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Isto é, “ao deparar-se com uma colisão concreta entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove”.¹¹⁷ Enfim, terá o operador jurídico como valor guia, ao sopesar os bens envolvidos, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, para que se adote *prima facie* as normas de direito infraconstitucional, tais normas deverão ser aplicadas se compatíveis formal e materialmente com a Constituição, se a restrição ao direito fundamental que

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoria...*, p. 112.

¹¹⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses...*, p. 96.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 74.

comportarem for compatível com a preservação de um núcleo essencial, se a restrição tiver como objetivo a salvaguarda de outro direito, bem ou valor constitucionalmente protegido, se a restrição se adequar ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo e seus três subprincípios, necessidade, adequação e proporcionalidade *strictu sensu* e, ainda, se a restrição for expressamente autorizada pela Constituição.

CONCLUSÃO

Ao longo deste estudo inúmeras questões foram suscitadas, sendo, portanto, de elevada pretensão concluir ou adotar conclusões fechadas e estáticas a respeito da vinculação dos particulares a direitos fundamentais.

Com efeito, para os que aceitam a ruptura do paradigma da modernidade, acatar apenas uma posição ou uma verdade é, na verdade, ingressar em um campo acentuadamente arriscado.

Desta forma, ainda que cientes do espectro de possibilidades que este trabalho apresenta e de que as conclusões esboçadas a seguir são conscientemente parciais, parece ao menos interessante sintetizar, em algumas breves proposições, as principais teses delineadas ao longo da pesquisa.

O fenômeno de constitucionalização dos direitos fundamentais recebeu impulso inicial, com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e com a Declaração de Virgínia, mas teve sua consagração inicial com as Constituições Mexicana de 1917 e com a Constituição de Weimar, em 1919. A partir de então, grande parte das Constituições passaram a abarcar um catálogo de direitos fundamentais em seus textos, ainda que em graus diversos.

Ademais, o Estado deixou de ser um “inimigo público” dos direitos fundamentais, e passou-se a admitir uma dimensão objetiva destes direitos e, conseqüentemente, o Estado passa não apenas o dever de respeitar os direitos fundamentais, clássica idéia de verticalidade, mas, fundamentalmente, passa a ter o dever-poder de fazer efetivos esses direitos na esfera privada.

Logo, põe-se em relevo a necessidade de proteção dos particulares não apenas perante o Estado, mas também, através do Estado, perante outros

particulares, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exerçam alguma forma de poder econômico e social.

Em outras palavras, ainda que o texto constitucional não se manifeste de forma expressa neste sentido, os direitos fundamentais vinculam particulares. Essa vinculação possui fundamentação no princípio da supremacia da Constituição, no postulado da unidade material do ordenamento jurídico, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no princípio constitucional da dignidade da pessoa, no princípio constitucional da solidariedade e no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais.

Finalmente, quanto à forma e o alcance da vinculação dos particulares a direitos fundamentais deve-se analisar, em primeiro lugar, mas nunca sem perder o caráter sistemático do ordenamento constitucional, se para o conflito privado que se apresenta ao intérprete, há ou não a existência de uma norma jurídica infraconstitucional. Caso haja, deve-se preferencialmente e caso tal norma esteja em consonância com os preceitos constitucionais, aplicá-la.

Ademais, deve-se verificar se não há em causa, algum tipo de restrição desproporcional que implique na anulação do direito ou bem constitucionalmente protegido em colisão, assim como se os preceitos os princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade foram devidamente observados no processo de ponderação, caso se trate de efetiva, e não mera aparente, colisão.

Finalmente, deve-se verificar se a ponderação e, substancialmente, a análise do caso concreto, desenvolve-se sob o parâmetro do princípio da dignidade da pessoa humana, visto que enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito, não deve ser apenas interpretado, mas, fundamentalmente, concretizado.¹¹⁸

¹¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, p. 545.

REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. Direitos Fundamentais no estado constitucional democrático. Tradutor: Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. V. 217, p. 55-66, 1999.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. v. 217, p. 67-79, 1999.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARCE, Joaquín e Flórez, Valdés. *El Derecho civil constitucional*. Cuadernos Civitas, 1991.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*; da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*; Limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Do país Constitucional ao país neocolonial*. São Paulo: Malheiros, 2003

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução de conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BROUSSARD, Domenico Corradini. Os direitos fundamentais e o primeiro dever fundamental. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba. v. 30, n. 30, p. 11-23, 1998.

CANARIS, Claus-Wilhelm Canaris. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6º Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. *Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DELGADO, José Augusto. A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, v.3, n. 5, p. 11-43, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo* (Coord). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de direitos*. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

_____. Direitos Fundamentais e política neoliberais. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba*. v. 30, n. 30, p. 141-149, 1998.

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. *Eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares*. Curitiba: UFPR, 2004. Monografia (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2004.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Os direitos fundamentais atípicos*. Lisboa: Aequitas Editorial Notícias, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O Princípio da Proporcionalidade em Direito Constitucional e em Direito Privado no Brasil*. Disponível na Internet:<<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em 10 de Janeiro de 2005.

_____. *Direitos Fundamentais: Teoria e realidade normativa*. São Paulo: RT n. 713, 1995.

HECK, Luis Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 781, p. 71-78, nov. 2000.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

LIMA, George Marmelstein. *Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 10 janv. 2005.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito?*, 10ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1989.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, v.36, n.141, p.99-109, jan./mar. 1999.

LOPES, Ana Maria d'Ávila. *Hierarquização dos direitos fundamentais?* Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 168-183, 2001.

MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima Marques. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da Corte Constitucional Alemã*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, v. 6, n. 24, p. 48-59, 1998.

_____. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na Ordem Constitucional*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 10, 2002

_____. Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Hermenêutica constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais e Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: AJURIS, v. 26, n. 76, p. 365-396, 1999.

_____. Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v.1, p. 198-208, 1992.

_____. Direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 20, n. 82, p. 5-27, 1987.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed., Coimbra: Coimbra, 1999.

MÜLLER, Friedrich. *Concepções Modernas e a Interpretação dos direitos humanos*. Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. 4 a 8 de setembro de 1994, Foz do Iguaçu, PR, pág. 100.

NEGREIROS, Teresa. *Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios*, in Ricardo Lobo Torres (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Do Estado de Direito Liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 1987.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. De Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais*. Porto: Coimbra, 2002.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes Rocha. *Direitos de para todos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista CEJ*. Brasília, v. 1, n. 3, p. 76-91, set./ dez. 1997. p. 8

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

_____. (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo. v. 9, n. 36, p. 54-104, 2000.

_____. Os Direitos Fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. Porto Alegre: *Interesse Público*, n. 17, p. 56-74, 2003.

_____. *Os Direitos Fundamentais e sua eficácia na ordem constitucional*. Porto Alegre: AJURIS, v. 26, n. 76, p. 365-396, dez. 1999.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SARTI, Amir José Finocchiaro. A constitucionalização do direito civil. *Revista Jurídica*. São Paulo, v. 51, n. 312, p. 32-38, out., 2003.

SCHELB, Guilherme Zanina. *Os Direitos Fundamentais e sua Eficácia nas relações privadas*. Curitiba: UFPR, 2001. Monografia (Mestrado em Direito do Estado), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Direito constitucional – anotações nucleares*, Curitiba: Juruá, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: o Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

TESSLER, Marga Barth. *Dignidade da Pessoa Humana – direitos fundamentais e multiculturalismo*. Revista do Tribunal Regional Federal – Quarta Região. Porto Alegre, v. 43, p. 15-26, 2002.

TORRES, Jesús Garcia e Antonio Jiménez-Blanco. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cuadernos Civitas.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: departamento de imprensa nacional, 1979.