

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E
DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO DO ESTADO**

**EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE
PARTICULARES**

ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE

**Dissertação apresentada no
Curso de Pós-Graduação em
Direito da Universidade
Federal do Paraná, como
requisito parcial à obtenção
do grau de Mestre.**

ORIENTAÇÃO: PROF. DR. CLÈMERSON MERLIN CLÈVE

**Curitiba
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

ALEXANDRE REIS SIQUEIRA FREIRE

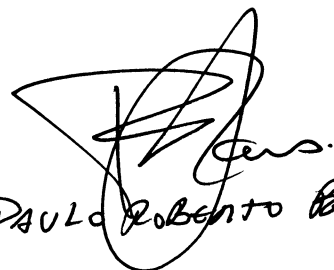
EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Professor Doutor Clémerson Merlin Clève
Setor de Ciência Jurídicas, UFPR

Professor  CELSO LUIZ DE OLIVEIRA

Professor

 PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

Para Clèmerson Merlin Clève.

*You don't need many heroes
If you choose carefully.*

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Mass, 1990.

*O racionalista tem perfeita consciência de
que deve a sua razão a outros homens.
Compreenderá facilmente que a atitude
crítica só pode ser o resultado da crítica de
outros e que só pode ser autocrítico através
da crítica de terceiros. Talvez expressar de
uma forma mais correcta a atitude racional
mediante a seguinte proposição: talvez tu
tenhas razão e talvez eu não tenha; e se,
pela nossa discussão crítica, não decidirmos
definitivamente qual de nós tem razão,
podemos esperar, na sequência dessa
discussão, ver as coisas um pouco mais
nitidamente do que antes.*

Karl Popper, *Em busca de um mundo
melhor*, Lisboa, 1988, p. 186.

AGRADECIMENTOS

A minha mãe e meus irmãos pelo apoio constante em minha vida.

À Denise Gama, pelo amor e dedicação devotados ao longo destes últimos anos e, por mostrar-me o modo adequado de apreciar a beleza do mundo e das pessoas à minha volta.

A Carlos Gama e Jeane Gama, por tudo que fizeram e fazem por mim.

Aos Amigos Marcelo de Carvalho Lima e Aline Nunes dos Santos, pelo que representam em minha vida.

Ao Professor Paulo Roberto Barbosa Ramos, pela influência no exemplo e pela relevância do estímulo.

Ao Professor Dimas Salustiano da Silva, por encorajar-me a alçar vôos que, várias vezes, duvidava poder empreender.

Aos amigos Flávio José, Francisco Rabello, Joaquim Shiraishi, Jairo Augusto, Guilherme Soares, Antônio Graça, Eder Dion, Melina Reck, Maria Angela Del Claro, Cristian Duarte, Anderson Marcos, Roberto Del Claro, Vinicius Klein, Marco Marrafon, Paulo Ricardo Schier, pelos bons momentos vividos em Curitiba.

Aos Professores José Antônio Perez Gediél, Luiz Guilherme Marinoni, Luiz Edson Fachin, pelo aprendizado haurido nas discussões travadas nos encontros no programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal do Paraná.

À Professor Celso Luiz Ludwig, pela convivência enriquecedora que me permitiu conhecer melhor e debater vários temas afins a minha pesquisa.

A Márcia Zollinger, que me ensinou, em pouco tempo, os diversos significados da amizade, categoria muito propalada é bem verdade, porém, poucas vezes refletida e praticada.

Por fim, agradeço ainda à Coordenadoria de Apoio à Pesquisa e ao Ensino Superior – CAPES pela concessão de bolsa de estudos que cobriu parte do período em que desenvolvi a pesquisa.

RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo sistematizar as principais teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais no tráfico comercial jurídico privado, mediante a exposição dos aspectos gerais de cada teoria, bem como aludindo as principais críticas elas direcionadas. A partir dessa perspectiva, posiciona-se pela construção jurídica denominada de modelo de três níveis, que através da conciliação de três teses aparentemente divergentes, propõe uma teoria adequada do tipo inclusivo para análise da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Esta adota como ponto de partida as premissas de que no domínio da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que se discute é *como e em que medida* tais direitos exercem influência nas relações entre cidadão e cidadão, consistindo a questão do *como* os direitos fundamentais influem nas relações entre particulares num *problema de construção*, enquanto a questão da *medida em que* o fazem formula um *problema material de colisão*, implicando, em última instância, numa *questão de ponderação de bens*.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Ziel dieser Dissertation ist es die hauptsächlichen Theorien über den Wirkungsgrad der Grundrechte in den privatrechtlichen Beziehungen zu systematisieren,, indem die allgemeinen Aspekte jeder einzelnen Theorie, sowie auch ihre hauptsächlichen Kritiken beleuchtet werden. Von dieser Perspektive ausgehend wird das sogenannte dreistufige Modell der Rechtsthese gewählt, welches durch Ausgleich der drei anscheinend gegensätzlichen Thesen, zu einer angemessenen Theorie gelangt, einer Theorie des Inklusivtyps welche die Analyse der Auswirkung der Grundrechte auf die Beziehungen zwischen Privatpersonen ermöglicht. Diese Theorie hat als ihren Ausgangspunkt die Prämisse dass *was* im Wirkungsbereich der Grundrechte in Beziehungen von Privatpersonen diskutiert wird, ist das *wie* und *wie weit* diese Recht einen Einfluss auf die zwischen menschlichen Beziehungen ausüben, wobei die Frage beantwortet werden muss wie die Grundrechte die Beziehungen zwischen Privatpersonen in einem konstruierten Problem beeinflussen, während die Frage des *in wie weit* ein tatsächliches Problem des Zusammenstoßes darstellt, was schlussendlich eine Frage der Abwägung der Werte bedeutet.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Omisso – segue com a versão para depósito

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
 CAPÍTULO 1: TEORIA DAS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	16
1.1 Considerações preliminares.....	16
1.2 Teoria dos limites internos ou restrições diretamente constitucionais.....	21
1.3 Restrições indiretamente constitucionais.....	24
1.3.1 Reserva de lei simples.....	27
1.3.2 Reserva de lei qualificada.....	28
1.3.3 Reserva de lei geral.....	29
1.3.4 Teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais.....	31
1.4 Configuração ou conformação de direitos fundamentais.....	41
 CAPÍTULO 2: TEORIA DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	45
2.1 Considerações preliminares.....	45
2.2 Concorrência entre direitos fundamentais.....	46
2.3 Colisão de direitos fundamentais.....	48
2.3.1 Colisão de direitos fundamentais em sentido estrito.....	49
2.3.1.1 Colisão de direitos fundamentais idênticos.....	50
2.3.1.2 Colisão de direitos fundamentais diferentes.....	53
2.4 Colisão de direitos fundamentais em sentido amplo.....	54
 CAPÍTULO 3: REGRA DA PROPORCIONALIDADE.....	56
3.1 Delimitação terminológica.....	56
3.2 Regras parciais da proporcionalidade.....	60
3.2.1 Regra parcial da adequação.....	61
3.2.2 Regra parcial da necessidade.....	61
3.2.3 Regra parcial da proporcionalidade em sentido estrito.....	62
3.3 Metodologia de aplicação da regra da proporcionalidade.....	63
3.3.1 A relação de subsidiariedade.....	64
3.4 Fundamento normativo da regra da proporcionalidade.....	65
3.5 Objeções à regra da proporcionalidade.....	68
3.5.1 Ameaça ao princípio da separação dos Poderes.....	69
3.5.2 Violação ao princípio da segurança jurídica.....	72
3.5.3 Ausência de controle objetivo e intersubjetivo da ponderação.....	74
 CAPÍTULO 4: A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO AOS PODERES PÚBLICOS.....	83
4.1 Considerações preliminares.....	83
4.2 A vinculação do Poder Legislativo.....	88

4.3 A vinculação do Poder Executivo.....	90
4.4 A vinculação do Poder Judiciário.....	96
 CAPÍTULO 5: A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES.....	 100
5.1 Considerações preliminares.....	100
5.2 Teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.....	102
5.3 Teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.....	105
5.4 Teoria dos deveres de proteção do Estado.....	116
5.5 Teoria da convergência estatística.....	119
5.6 Teoria do modelo de três níveis de efeitos.....	123
 CONCLUSÃO.....	 130
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 134

INTRODUÇÃO

Desde o advento do Estado Social e a conseqüente emergência da sociedade técnica de massas, os direitos fundamentais passaram a vincular não mais tão somente as entidades públicas, vez que, enquanto normas objetivas, irradiam efeitos por toda ordem jurídica, impelindo as entidades particulares a observá-los no tráfico jurídico privado.

Do reconhecimento de que os direitos fundamentais vinculam entidades privadas, emergiram diversas teorias que, cada uma à sua maneira, ou reconhecem nos direitos fundamentais uma eficácia apenas mediata nas relações entre particulares, ou vêem a mesma eficácia de forma imediata, vinculando diretamente as relações entre os particulares.

O presente trabalho tem como objetivo sistematizar as principais teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais no tráfico do comércio jurídico privado, mediante a exposição dos aspectos gerais de cada teoria, bem como aludindo as principais críticas orientadas a essas teses. Posiciona-se pela construção jurídica denominada de modelo de três níveis, que, através da conciliação de teorias aparentemente contraditórias, propõe uma teoria correta do tipo inclusivo para análise da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O modelo de três níveis é uma abordagem proposta pela teoria estrutural concebida por Robert Alexy à problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Este modelo teórico adota como pontos de partida as premissas de que, no domínio da teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o que se discute é *como e em que medida* tais direitos exercem influência nas relações entre cidadão e cidadão. Nos quadrantes dessa construção teórica, a questão do *como* os direitos fundamentais influem nas relações entre particulares consiste num problema de *construção*, enquanto a questão acerca da *medida* em que o fazem formula um problema material de *colisão*.

Dessa perspectiva, empreender-se-á uma análise sobre a teoria das restrições dos direitos fundamentais, pois a sua apreensão será imprescindível para o enfrentamento do tema central desta investigação, vez que fornecerá subsídios importantes para a compreensão de que, no quadro da construção teórica do modelo de três níveis dos direitos fundamentais, não há lugar para direitos fundamentais absolutos, tampouco para posições jurídicas definitivas.

Depois desenvolver-se-á uma análise sobre a teoria das colisões de direitos fundamentais, permitindo a formação da base para a compreensão de que a medida da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares consiste em um problema material de colisão.

Em seguida, abordar-se-á a teoria da regra da proporcionalidade, dando especial ênfase à regra parcial da proporcionalidade em sentido estrito, o que

estribará a compreensão da categoria ponderação, bastante recorrente na construção teórica do modelo de três níveis, pois consistindo *a medida* da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas um problema de colisão, a resolução desta questão perpassa, necessariamente, pelo manuseio da ponderação de bens, identificada, para os fins desta investigação, com a regra parcial da proporcionalidade em sentido estrito.

Tratar-se-á da teoria da eficácia dos direitos fundamentais em relação aos Poderes Públicos ressaltando que hodiernamente o Estado assume, para além do dever de abstenção de ingerências injustificadas, o dever de proteção dos direitos, liberdades e garantias.

Deve-se ressaltar que esta investigação será permeada por mediações da teoria estrutural, elaborada por Robert Alexy, que considera os direitos fundamentais categoria dogmática, devendo ser compreendidos a partir de três dimensões, a saber: uma dimensão analítica, uma dimensão empírica e, por último, uma dimensão normativa.

Preocupa-se a dimensão analítica com a construção sistemático-conceitual do direito positivo, condição para a análise dos conceitos fundamentais (ex. conceito de norma, conceito de norma de direito fundamental, direito subjetivo, sujeito de direito, deveres jurídicos), perpassando pelas construções jurídicas (ex. âmbito de proteção dos direitos fundamentais, restrições de direitos fundamentais, colisão dos direitos fundamentais, assim como a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas), pela investigação das estruturas do sistema jurídico (ex.

dimensão objetiva dos direitos fundamentais, efeito irradiante dos direitos fundamentais), e estendendo-se até a fundamentação jusfundamental (ex. regra da proporcionalidade e suas regras parciais).

Pretende a dimensão empírica conhecer a ordem jurídica objetiva, descrevendo leis e decisões judiciais, o que propicia o lançamento de prognósticos acerca dessas últimas. Essa dimensão da teoria estrutural compreende, em seu objeto, a eficácia do direito, vez que consiste na condição de validade positiva da lei e da jurisprudência.

Por sua vez, exerce um papel importante a dimensão normativa no âmbito da aplicação dos direitos fundamentais, pois esta pressupõe uma fundamentação intersubjetiva e jurídico-normativa dos juízos de valor (ex. interpretação e concretização dos direitos fundamentais). Corresponde, em outras palavras, às questões axiológicas que o material normativo versado na dimensão empírica não tem capacidade de preencher ou dar uma resposta satisfatória, cedendo espaço a críticas fundamentadas racionalmente.

Destarte, o entrelaçamento e o indissociamento das três dimensões consubstancia condição necessária para a compreensão da natureza pragmática do direito constitucional, fornecendo, a partir do arranjo dogmático, subsídios teóricos importantíssimos para a solução de problemas no domínio dos direitos fundamentais, em especial para a questão central deste ensaio teórico.

CAPÍTULO 1: TEORIA DAS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Considerações preliminares

É sabido que o exercício de direitos fundamentais com âmbito de proteção à margem da atividade conformadora do legislador poderá ensejar controvérsias entre os titulares, bem como conduzir à colisão com interesses da comunidade. Esta afirmação tem arrimo na prevalência da tese de que não existem direitos fundamentais absolutos. Os direitos fundamentais são relativos. Portanto, as intervenções no domínio dos direitos fundamentais são possíveis, e o seu exercício pode ser restringido ou limitado. Conforme se demonstrará, essas intervenções não devem ser entendidas como formas de redução dos direitos fundamentais, mas sim como mecanismo destinado a garantir e fomentar o seu exercício, bem como proteger os bens constitucionais da sociedade.

Restrições de direitos são normas restritivas de posições jurídicas que, *prima facie*, se devem considerar direitos fundamentais.¹

Segundo GAVARA DE CARA, as restrições são “[...] una modificación normativa o factual não contrária a la Constitución de alguno de los elementos

¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

configuradores de derecho fundamental (titular, destinatário y objeto) con la consecuencia de que afecta a su ejercicio”²

Entrementes, não é qualquer disposição legislativa que tem o condão de restringir direitos fundamentais. Essas espécies normativas devem ser normas constitucionais ou normas infraconstitucionais com autorização constitucional. Neste sentido, as restrições a direitos fundamentais são catalogadas como restrições diretamente constitucionais e restrições indiretamente constitucionais. Por conseguinte, as normas restritivas de direitos fundamentais são normas constitucionais.

De acordo com BOROWSKI, as normas restritivas de direitos fundamentais podem ser tanto regras quanto princípios.³ Se um direito é assegurado mediante regra, é necessariamente um direito não limitável. Por conseguinte, está garantido por uma norma não susceptível de ponderação, ou seja, sabe-se previamente que não existem colisões com outros direitos ou bens constitucionais passíveis de resolução por meio de ponderação.⁴ Os conteúdos dos direitos fundamentais garantidos através de regras são plenamente determinados.

² GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 158.

³ BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de derecho constitucional*, 59 (2000). p. 40

⁴ BOROWSKI, Martin. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de derecho constitucional*, 59 (2000). p. 39-40.

Por sua vez, restrições mediante princípios realizam-se na dimensão da ponderação, através da aplicação da regra da proporcionalidade.⁵

Essas normas restritivas operam modificações normativas ou factuais em um ou em alguns elementos configuradores dos direitos fundamentais. O elenco destes elementos é formado por: (i) os sujeitos dos direitos fundamentais (titular e destinatário); (ii) o âmbito de proteção material, definido e delimitado como base no objeto de proteção (suposto de fato acrescido do bem jurídico regulado) e os limites que tenham o direito fundamental; e (iii) a justificação constitucional dos limites, que se funda, primeiro, na autorização de restrição (reserva de lei), destarte, na dimensão formal, e, segundo, nos limites materiais (regra da proporcionalidade e conteúdo essencial do direito fundamental)⁶.

Do elenco apresentado, destaca-se, no sítio da teoria das restrições, o âmbito material de proteção dos direitos fundamentais. De acordo com CANOTILHO, deve-se falar em restrição a direitos fundamentais somente após conhecer-se o âmbito de proteção das normas constitucionais que as consagram. Há que se checar qual é o objeto protegido, o bem jurídico regulado e a previsão de restrição pela Constituição.⁷ CANOTILHO entende que esta operação é uma tarefa metódica cujos procedimentos não se diferenciam daqueles relativos à concretização

⁵ BOROWSKI, Martín. La restricción de los derechos fundamentales. *Revista Española de derecho constitucional*, 59 (2000). p. 42.

⁶ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 164. Conferir a resenha elaborada por STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p. 28.

⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.233.

de normas constitucionais. Para tanto, exemplifica a partir do direito de liberdade de profissão, inserto no rol de direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1976. Diante de uma lei eventualmente restritiva do direito de liberdade de profissão (art. 47º), é necessário circunscrever o âmbito de proteção da norma asseguradora de direito fundamental, o que poderá revelar que os bens albergados por esta disposição alcançam, tão somente, atividades lícitas, restando afastado do âmbito de proteção as atividades consideradas ilícitas.⁸ Outro exemplo interessante para ilustrar a temática, extraído, igualmente, da experiência constitucional portuguesa, versa sobre a restrição à liberdade de reunião, consagrada como direito fundamental pela Constituição Portuguesa.

É ainda opinião de CANOTILHO que o procedimento levado a cabo para determinar o âmbito de proteção do sobredito direito deverá considerar a existência de limites traçados pela própria Constituição, que prevê a liberdade de reunião para fins pacíficos e sem armas.⁹

Com efeito, uma disposição normativa proibitiva do contrabando ou da prostituição não é uma autêntica disposição normativa restritiva de direito, vez que o âmbito dessa não se estende a atividades ilícitas. De idêntica maneira, uma disposição normativa proibitiva de reuniões armadas não é, a rigor, uma lei restritiva do direito de reunião, visto que a própria Constituição estatui expressamente, como

⁸ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* 4º ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.233.

⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4º ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.234.

elemento constitutivo do âmbito de proteção material do direito de reunião, a sua natureza pacífica.¹⁰

Por conseguinte, uma restrição legal de direitos fundamentais ocorre quando o âmbito de proteção de um direito fundamental, constante de uma norma constitucional, é direta ou indiretamente restringido mediante disposição legal. É importante ressaltar que, no exercício do mister de restringir direitos fundamentais, a atividade legislativa deve ser orientada pela proporcionalidade, sob pena de incidir em excessos.¹¹

A partir dessas considerações, cabe frisar que a vinculação do legislador aos direitos fundamentais comporta uma dimensão negativa e uma dimensão positiva.

A dimensão negativa revela que o legislador não poderá intervir no âmbito dos direitos fundamentais restringindo-os sem autorização constitucional. Por sua vez, a dimensão positiva impõe ao legislador o encargo de criar estruturas normativas configuradoras para a máxima eficácia das normas constitucionais.¹²

Nesse passo, reserva-se para o item subsequente a análise sistemática dos tipos de restrições a direitos fundamentais freqüentemente encontradas nas mais diversas investigações desenvolvidas sobre o tema. Nesse desiderato, empreender-se-á abordagem das restrições estabelecidas diretamente pela Constituição, das

¹⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.234.

¹¹ Conferir, entre outros: ROTHEMBURG, Walter Claudius. Os direitos fundamentais e suas características. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Internacional*. Nº 30 (2000) p.155.

¹² Conferir MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 1-8.

restrições infraconstitucionais com chancela constitucional e, por fim, tecer-se-ão algumas considerações acerca das normas configuradoras de direitos fundamentais ou, como alguns teóricos indigitam, normas conformadoras de direitos fundamentais.

1.2 Teoria dos limites internos ou restrições diretamente constitucionais

Consoante GAVARA DE CARA, limites internos “ [...] son aquellos que sirven para determinar el contenido del derecho, resultando intrínsecos al mismo.”¹³

Nos quadrantes da doutrina constitucional alemã, a caracterização desses limites tem suscitado relevantes discussões, cujos resultados conduzem a dois pontos de vista acerca da matéria.

O primeiro ponto de vista, sustentado, entre outros, por GAVARA DE CARA, considera os limites internos aos direitos fundamentais como limites não autênticos, mas sim componentes constitutivos do suposto de fato. Estes componentes seriam, em verdade, descrições mais detalhadas do suposto de fato elaboradas pelo constituinte. Nesse sentido, tome-se como exemplo o disposto no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988, que assegura o direito fundamental à inviolabilidade de domicílio, admitindo-se restrição ao direito em caso de flagrante delito ou desastre, para prestar socorro, ou, durante o dia, por

¹³ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 159.

determinação judicial. Desse enunciado, extrai-se a norma que garante a todos o direito à inviolabilidade de domicílio. Entrementes, há limites, como a prática de atividade ilícita (caso de flagrante delito), e se houver a necessidade de assegurar outro direito fundamental (prestar socorro), ou para assegurar o cumprimento de ordem judicial (determinação judicial). Estabelece-se uma linha limítrofe entre direito e não direito. Para GAVARA DE CARA, estes limites não revelam limites em sentido estrito, vez que “ las posiciones de no derecho han de derivar directamente de la constitución debiendo formar parte de la descripción del supuesto de hecho de la norma que establece el derecho fundamental.”¹⁴

Por outro lado, ALEXY sustenta que esses elementos ditos constitutivos do pressuposto de fato são restrições diretamente constitucionais que se concretizam sob a forma de cláusula restritiva expressa, ou de cláusula restritiva tácita.

Desde a formulação “pacíficamente e sem armas” do art. 8º, § 1º, da Lei Fundamental de Bonn de 1949, ALEXY lança o questionamento acerca da existência de cláusulas restritivas ou de elementos constitutivos de parte do pressuposto de fato, como sustenta a teoria dos limites imanentes. O mencionado autor, com supedâneo nesse exemplo, assevera que, do ponto de vista dogmático, o tratamento desta cláusula como elemento constitutivo do pressuposto de fato poderá acarretar a rejeição da existência de restrições diretamente constitucionais. Assim, “todas las restricciones directamente constitucionales serían entonces – totalmente

¹⁴ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 159.

en el sentido de la teoría interna – solo perifrasis del contenido de lo garantizado y podrían, em este sentido, ser calificadas de ‘inmanentes’.”¹⁵

Para ALEXY, a cláusula “pacíficamente e sem armas” deve ser considerada como uma regra que transforma o direito *prima facie* resultante do princípio da liberdade de reunião em direitos não-definitivos. Essa cláusula enuncia uma regra que limita a realização do direito fundamental, com a especificidade de ter sido o próprio legislador constitucional o instituidor da restrição definitiva. Contudo, o caráter de regra do dispositivo constitucional não elide a importância dos princípios. Esta ressalva permite, em casos duvidosos em que se discuta o caráter pacífico de uma reunião, “[...] sopesar el principio jufundamental de la libertad de reunión, entre otros, con los principios contrapuestos que impulsaron al legislador constitucional a dictar la cláusula restrictiva definitiva directamente constitucional.”¹⁶

Por conseguinte, para ALEXY, não há que se falar em limites internos, mas de cláusulas restritivas constitucionais expressas, referidas por regras que convertem um direito *prima facie* em um não-direito definitivo.

Essas cláusulas restritivas expressas podem ser integrantes de parte de um enunciado normativo que confere um direito fundamental ou em parágrafo separado do enunciado normativo que expressa um direito fundamental. O elemento

¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª reimpr. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 278.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª reimpr. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 279.

diferenciador entre estas duas disposições reside na facilidade de interpretação da cláusula restritiva do enunciado apartado.¹⁷

Pode-se afirmar, portanto, que restrições diretamente constitucionais sucedem quando o próprio texto constitucional dispõe sobre limites e restrições ao exercício do direito garantido.

1.3 Restrições indiretamente constitucionais

Diferentemente do que ocorre com as restrições diretamente constitucionais, em determinadas hipóteses, os direitos fundamentais são restringidos por disposições normativas infraconstitucionais mediante autorização constitucional.

Denomina-se esta hipótese de “reserva de lei”, sendo subdividida em reserva de lei qualificada (o texto constitucional fixa os objetivos e/ou outros requisitos para a lei restritiva) e reserva de lei simples (o texto constitucional não prescreve nenhum requisito específico para a lei restritiva).

Reservas de lei em matéria de direitos fundamentais são normas de competência.¹⁸ De acordo com ROSS, as normas de competência são aquelas que fixam quais as condições necessárias para a criação de uma norma legal. Essas normas constituem um conjunto unitário dividido em três feixes distintos, a saber: (i)

¹⁷ ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª reimpr. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 279.

¹⁸ ROSS, Alf. *Logica de las normas*. Trad. de José S. P. Hierro. Madrid: Tecnos, 1971, p. 93.

normas que determinam a competência pessoal para a participação no processo de inovação legislativa; (ii) normas que determinam a competência procedimental e, por fim, as (iii) normas que determinam a competência material.¹⁹ Segundo ROSS, o direito legislado consiste em direito sancionado, criado a partir de decisões de seres humanos, pressupondo normas de competência que indicam as condições sobre as quais terá lugar.²⁰

Sobreleva mencionar que a reserva de lei enquanto norma de competência, além de exercer uma função positiva mediante a outorga de poder para inovação legislativa, faz as vezes de regra de rechaço²¹. Nas palavras de GAVARA DE CARA, “por regla de rechazo, se entiende todo enunciado jurídico de tipo cualificatorio que califica ciertos enunciados como no jurídicos o como no pertenecientes a un determinado cuerpo jurídico.”²² Logo, a partir da análise da categoria reserva de lei, não serão qualificadas como normas jurídicas as disposições que não observem a competência pessoal, procedimental e material.

De acordo com ALEXYY, as reservas de lei não consubstanciam restrições, apenas conferem fundamentação à possibilidade jurídica de restrição dos direitos fundamentais. Nesse sentido, são normas dirigidas ao legislador. Daí

¹⁹ ROSS, Alf. *Logica de las normas*. Trad. de José S. P. Hierro. Madrid: Tecnos, 1971, p. 93.

²⁰ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la Justicia*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970, p. 77.

²¹ Sobre as categorias *regras de admissão* e *regra de rechaço* conferir: ALCHOURRON, Carlos e BULYGIN, Eugênio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1974. Especificamente sobre a relação entre norma de competência e regra de rechaço conferir: HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. *El derecho como dogma*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 129 e ss. Para o autor, os enunciados jurídicos qualificatórios podem ser normas de rechaço, negociações prescritivas, disposições derogatórias, normas de competência e permissões em sentido qualificatório.

²² GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 141.

afirmar-se que as restrições autênticas são normas de mandado ou de proibição direcionadas ao cidadão. Nesses termos, a competência restritiva de direitos fundamentais equivale à sujeição do titular de direitos fundamentais (normas de mandado ou de proibição).²³

Por fim, cabe mencionar que ALEXY faz menção a cláusulas restritivas diretamente constitucionais tácitas, indicando a fórmula construída pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, segundo a qual “teniendo en cuenta la unidad de la Constitución y la totalidad del orden de valores protegidos por ella, [...] los derechos fundamentales de terceros que entran en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional puedan excepcionalmente limitar, en respectos particulares, también derechos fundamentales irrestringibles.”²⁴

Este tipo de cláusula é objeto de questionamento de STEINMETZ, ao indagar se estas cláusulas tácitas não seriam os denominados limites imanentes, tendo em vista que não estão expressas, porém, decorrem da Constituição através de uma interpretação sistemática e unitária adicionada à ponderação de bens. Embora sugestivo este questionamento, ao que tudo indica, não detém elementos suficientes para conduzir à identidade aludida, vez que os limites imanentes detêm características que fogem àquelas mencionadas pelo autor.

²³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª reimpr. trad. Ernesto Garzón Valdes. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p.272-273; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001.p.33.

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª reimpr. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 281.

Em razão do papel exercido pela reserva legal no estabelecimento de restrições indiretamente constitucionais, faz-se necessário apresentar os traços essenciais do sistema geral de reserva de lei na teoria constitucional contemporânea.

1.3.1 Reserva de lei simples

Reserva de lei simples é aquela autorizada pela Constituição sem a prescrição de requisitos específicos para a lei restritiva. Devido às suas características, possui um espectro de incidência mais amplo.²⁵ Porém, o raio de abrangência inerente à reserva de lei simples não confere ao Legislativo o poder absoluto de restringir direitos fundamentais, vez que lhe é vedada a liberdade para a inserir na lei qualquer conteúdo, pois este é previamente definido pela Constituição.²⁶ STEINMETZ afirma, acertadamente, que o legislador está vinculado ao texto constitucional e, de forma mais intensa, aos direitos fundamentais, tanto no sentido formal quanto no sentido material. No sentido formal, estaria vinculado em razão do princípio da supremacia da Constituição e à norma de competência que lhe confiou a tarefa de impor restrições. No sentido material, sua vinculação dá-se em razão da observância da proporcionalidade e do conteúdo essencial do direito

²⁵ Nesse sentido conferir: MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 34.

²⁶ Nesse sentido conferir: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 68.

fundamental afetado.²⁷ Deste modo, toda intervenção legislativa demanda uma justificação constitucional para concretizar-se.

Por fim, é possível apontar como hipótese de reserva de lei simples, prescrita pela Constituição brasileira de 1988, o art. 5º, LVIII, ao assegurar que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

1.3.2 Reserva de lei qualificada

Na hipótese de reserva de lei qualificada, o texto constitucional, ao contrário do que sucede com a reserva de lei simples, fixa objetivo e impõe requisitos adicionais à lei restritiva de direitos fundamentais. Conforme GAVARA DE CARA, “ [...] se autoriza el desarrollo normativo de los derechos afectados no por su justificación en base a cualquier objetivo constitucional, sino en base a objetivos constitucionales individualizados y numerados.”²⁸

Tem-se como hipótese de reserva de lei qualificada prescrita pela Constituição brasileira de 1988 o art. 5º, XXIV, ao fixar que a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro.

²⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p.34-35.

²⁸ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 146.

1.3.3 Reserva de lei geral

Existem categorias jurídicas que são mais fáceis compreender que definir. Pode-se dizer que a reserva de lei geral é uma delas. Essa dificuldade em defini-la não passou despercebida a STEINMETZ que, desenvolvendo resenha acerca das espécies de reserva de lei em matéria de direitos fundamentais, qualificou a reserva de lei geral como sendo aquela que mais dificuldade oferece no labor de sua definição.²⁹

Na tentativa de traçar os lineamentos essenciais para a compreensão da reserva de lei geral, utilizar-se-á como referência a Lei Fundamental de Bonn de 1949, uma vez que ela admite a reserva de lei geral para fins de restrição a direitos fundamentais e tem sido, nesta quadra do desenvolvimento constitucional, objeto de investigação por parte da doutrina mais autorizada sobre a temática.

A Lei Fundamental de Bonn apresenta no seu art. 5º, § 2º, o único caso de reserva de lei geral. Prescreve o dispositivo que “estos derechos (derechos relacionados com la libertad de expresión y el derecho a la información) tienen sus limites em las diposiciones de las leys generales, las disposiciones legales adoptadas para protección de la juventud, y el derecho del honor personal”. Segundo MEINERT-BROCKMANN, aqui nas palavras de GAVARA DE CARA, desde a

²⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e principio da proporcionalidade**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001, p.36.

expressa disposição de leis gerais, seria despidiendo fixar critérios para a proteção a juventude e a honra pessoal.³⁰

De acordo com BETTERMANN, a lei geral não tem o mister de restringir ou limitar diretamente o direito fundamental em tela guardando apenas caráter acessório, indireto.³¹

Sobreleva mencionar que, apesar da ausência de referência expressa a reserva de lei geral, ao que tudo indica, ALEXY rechaça a adoção de reserva de lei geral ao afirmar que “os autores de la Ley Fundamental renunciaron expressamente a cláusulas restrictivas generales y dotaron a las diferentes garantías de derechos fundamentales con regulaciones restrictivas muy variadas.”³²

Destarte, não seria temerário afirmar que, *prima facie*, a reserva de lei geral pode equiparar-se à reserva de lei ordinária.

Diga-se, por fim, que a Constituição brasileira de 1988 não faz referência à reserva geral de lei em matéria de direitos fundamentais.

³⁰ Apud GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 146.

³¹ Apud GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 144.

³² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª reimpr. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 117.

1.3.4 Teoria do núcleo essencial dos direitos fundamentais

O núcleo essencial consubstancia um feixe intocável dos direitos fundamentais resguardado da intervenção dos poderes públicos. Por essa característica, o núcleo essencial é tido como *limite dos limites* (*Schranken-Schranken*), vez que circunscreve um espectro intocável dos direitos fundamentais, a salvo de qualquer espécie de restrição. Esses limites revelam balizas ao Poder Público na imposição de restrições aos direitos fundamentais. Segundo HESSE, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais inicia-se onde as possibilidades diferenciadoras de limitação normativa exaurem-se³³.

De acordo com OTTO Y PARDO, “la garantía del contenido esencial es límite de los límites porque limita la posibilidad de limitar, por señala um límite más allá de cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.”³⁴ Neste sentido, a defesa do núcleo essencial revela a necessidade de se evitar que os direitos fundamentais fiquem à mercê do poder público.

É curial assinalar que determinadas ordens jurídicas consagram expressamente em suas constituições a proteção ao núcleo essencial. É o caso da Lei Fundamental de Bonn de 1949, que prevê a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais em art.19, inciso II; a Constituição Portuguesa de 1976, que o

³³ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre, 1998. p. 266

³⁴ MANTIN-RETORILLO, Lorenzo e PARDO, Ignacio de Otto y. **Derechos fundamentales y constitución**. Madrid. Civitas, 1992, p. 126.

prescreve em seu art. 18, inciso II; e a Constituição Espanhola de 1978, que o contempla em seu art. 53, inciso I.

No caso da Lei Fundamental de Bonn, a inserção da cláusula constante no art. 19, inc. II, revela a tentativa de oferecer resposta à quase ilimitada intervenção legislativa no território dos direitos fundamentais, tal como reconhecida pela doutrina até o início do século passado.³⁵ Segundo MENDES, a proteção outorgada aos direitos fundamentais dava-se mediante a aplicação do princípio da legalidade da administração e dos postulados da reserva de lei e supremacia da Constituição, pois, estando submetidos ao sistema de reservas de lei, teriam sua eficácia esvaída pelo desenvolvimento da atividade legislativa do Estado.³⁶

Declarando expressamente a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, a Lei Fundamental de Bonn estabeleceu graus de intervenção legislativa no domínio desses direitos, prescrevendo, em seu art. 19, II, a cláusula de proteção aos seus núcleos essenciais. Tal artigo consiste em garantia material às “escavações de direitos fundamentais”³⁷ efetuadas por limitações excessivas. De

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 241.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 241-242. Segundo MENDES, em busca de resposta ao problema do esvaziamento dos direitos fundamentais pela atividade legislativa do Estado, desenvolveu-se a teoria das garantias institucionais, que consistia na proteção constitucional de um mínimo essencial de direitos concebidos como instituições jurídicas. Contudo, a ausência de mecanismos efetivos de fiscalização da constitucionalidade das leis – que foram reconhecidos somente em 1925 – e a falta de instrumentos asseguradores da efetividade de direitos fundamentais em face dos atos administrativos corroboraram para a onipotência do Poder Legislativo.

³⁷ A expressão é de HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre, 1998. p. 266.

acordo com HESSE, essa cláusula constitucional consiste em barreiras à limitação de direitos fundamentais resultantes de concordância prática.³⁸

A cláusula de limitação à atividade legislativa do Estado no âmbito dos direitos fundamentais é encontrada expressamente na Constituição Portuguesa de 1976 e na Constituição Espanhola de 1978.³⁹

Referidos limites, ressalte-se, enquanto cláusulas expressas na Constituição ou como princípios constitucionais imanentes, destinam-se a evitar o esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais, decorrente de restrições inadequadas, desnecessárias e desproporcionais.⁴⁰

Não existe um consenso em torno da natureza do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, encontrando-se na doutrina constitucional duas orientações que conduzem a resultados diferentes, a saber: a teoria absoluta e a teoria relativa.

Defendem os adeptos da teoria absoluta que o conteúdo essencial deve ser delimitado abstratamente, não podendo seus limites serem ultrapassados em

³⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre, 1998. p. 266. Segundo o autor, essas barreiras são excedidas quando um direito fundamental é limitado de injustificadamente, vez que tal limitação não foi proporcionalmente realizada. Essas limitações são para HESSE “de todo desprezadas, onde uma limitação conduz a isto, que o direito fundamental limitado não mais pode desenvolver eficácia na vida da coletividade. Aqui a limitação é, não só, em medida especial, desproporcional, mas ela suspende, simultaneamente, uma garantia constitucional conforme o objeto, um resultado que ao legislador ordinário é negado. Em ambos os casos, a limitação do direito fundamental viola seu ‘conteúdo essencial’”. p. 266-267.

³⁹ A Constituição portuguesa, em seu art. 18, nº 3, prescreve: “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”. Por sua vez, a Constituição espanhola confere ao seu art. 53, nº 1, a seguinte redação: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que em todo caso deberá respectar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos e libertades, que se tutelarán de acuerdo com lo previsto em el artículo 161, 2, a.”.

⁴⁰ Nesse sentido: HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre, 1998. p. 256; MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 243.

nenhuma circunstância, nem mesmo quando a intervenção tenha como justificativa a proteção a outros direitos fundamentais de mesma hierarquia. De acordo com MARTÍNEZ- PUJALTE, esta teoria acolhe uma interpretação material da noção de conteúdo essencial, contemplando um espaço passível de intervenção pelo legislador e outro em que lhe é inteiramente vedado intervir ⁴¹. Dentre os autores que se alinham a esta teoria, pode-se citar CANOTILHO⁴² e VIEIRA DE ANDRADE⁴³.

Por sua vez, os sectários da teoria relativa sustentam que o núcleo essencial só pode ser delimitado a partir do caso concreto, levando-se em consideração o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo, mediante a ponderação de meios e fins, com esteio na regra da proporcionalidade. O núcleo essencial seria aquele mínimo insusceptível de restrição com supedâneo no processo de ponderação⁴⁴. Essa teoria é perfilhada, entre outros, por HÄBERLE⁴⁵ e ALEXY⁴⁶.

Contudo, convém notar que nenhuma das teorias está imune a críticas. Consoante MENDES, a adoção, pela teoria absoluta, de uma concepção material do núcleo essencial, insusceptível de intervenção pelo legislador, poderá converter-se em fórmula vazia, em razão da dificuldade de demonstração em abstrato da

⁴¹ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antônio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 21.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 633.

⁴³ VIEIRA DE ANDRADE. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 234-235.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 244.

⁴⁵ HÄBERLE, Peter. *Le Libertà Fondamentali nello Stato Costituzionale*. Trad. Alessandro Fusilo e Romolo W. Rossi. Roma: La nuova Italia Scientifica, 1993. p. 85 e ss.

⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 2ª reimpre. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 286 e ss.

existência de um mínimo essencial. Ademais, a proteção a núcleo essencial de direitos fundamentais difíceis de se identificar poderá ensejar mácula ao objeto que se pretende tutelar.⁴⁷

De mais a mais, a concepção de núcleo essencial aponta para a existência de elementos principais e elementos secundários, o que traz como consequência dificuldades de ordem teórica e prática.⁴⁸ Neste sentido, MARTÍNEZ-PUJALTE aduz que ao “limitar el ámbito vedado a la acción legislativa tan solo a un <<núcleo duro>>, y forzar a la distinción, dentro de la esfera protegida por cada derecho, de una parte esencial y otra accesorio o accidental, se abre esta última a la libre disposición de legislador, relativizándose de nuevo la garantía de los derechos fundamentales.”⁴⁹ E HESSE adverte sobre esses riscos, indicando que a teoria absoluta poderá ensejar “o abandono dos direitos fundamentais, que estão sob a reserva legal, à disposição discricional do legislador, que só não deve violar o ‘núcleo essencial absoluto’ a ser determinado não facilmente.”⁵⁰

Essa atuação do legislativo no feixe acessório dos direitos fundamentais demanda uma fundamentação constitucional tal qual exigida no âmbito da teoria relativa dos direitos fundamentais, que admite a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais em relação a bens jurídicos constitucionalmente protegidos,

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 245.

⁴⁸ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antônio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 31.

⁴⁹ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antônio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 30.

⁵⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre, 1998. p. 268.

ressalvando-se que neste caso a limitação estende-se, tão somente, até o limite de um suposto núcleo essencial.⁵¹ No sentir de MARTÍNEZ-PUJALTE, essa teoria suscita o perigo do esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais, desconsiderando sua posição central no ordenamento jurídico.⁵² No mais, a teoria absoluta apresenta um problema de ordem teórica, quando implica uma divisão em duas partes, a saber: uma essencial e outra acessória dos direitos fundamentais, tida acertadamente como insustentável.⁵³

Por sua vez, a partir da análise da Constituição espanhola de 1978, MARTÍNEZ-PUJALTE aduz que a teoria relativa empresta outro sentido à garantia expressa no art. 53,1⁵⁴, convertendo-a em uma garantia meramente formal e retórica, vez que, conforme dispõe a teoria em comento, os direitos fundamentais podem restar limitados em razão de outros bens constitucionais, o que altera significativamente o papel central que exercem os direitos fundamentais na ordem

⁵¹ Nesse sentido: MARTÍNEZ-PUJALTE, Antônio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.30

⁵² MARTÍNEZ-PUJALTE, Antônio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.30

⁵³ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antônio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.31. O autor busca ilustrar tal situação a partir um caso levado ao Tribunal Constitucional espanhol em que se discutia o direito de greve. Segundo MARTÍNEZ-PUJALTE, "o bien de huelga de celo constituye una de las manifestaciones del derecho de huelga constitucionalmente reconocido, y entonces tal manifestación de la huelga debe ser objeto de la misma protección que cualesquiera otra, o bien el derecho fundamental a la huelga se circunscribe a la cesación en el trabajo que es lo que en definitiva sostiene el Tribunal Constitucional, a mi juicio con acierto, y entonces la huelga de celo no puede reclamar en absoluto la protección de los derechos fundamentales; pero lo que resulta cuando menos artificial es pensar que la huelga de celo forma parte del contenido del derecho de huelga, pero sólo con carácter accidental."

⁵⁴ Confere a Constituição espanhola ao seu art. 53.1. a seguinte redação: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos e libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 2, a." (conferir nota 37).

constitucional.⁵⁵ Exemplo das consequências extraídas da teoria relativa é encontrado na decisão STC 161/187 do Tribunal Constitucional espanhol, relativa à objeção de consciência sobrevinda.⁵⁶ Essa decisão considera conforme à Constituição a suspensão do direito de objeção de consciência durante a prestação de serviço militar, sob o pálio da garantia do bom funcionamento das forças armadas. Nada obstante, ao contrário do que sustenta o Tribunal Constitucional espanhol, concorda-se com MARTÍNEZ-PUJALTE quando defende a suspensão temporária de um direito fundamental implica em lesão completa do conteúdo deste direito.⁵⁷

HESSE propõe uma solução diferenciada, objetivando conciliar ambas as teorias, servindo-se, para tanto, da proporcionalidade enquanto forma de proteção às limitações arbitrárias e desarrazoadas, bem como à violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Para tanto, respalda-se na ideia de que a proporcionalidade não deve ser compreendida em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo contemporizar essa finalidade com o direito fundamental atingido pela medida.⁵⁸

Por fim, sobreleva mencionar outra importante discussão travada na doutrina e na jurisprudência alemãs intimamente relacionada com a proteção ao

⁵⁵ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antônio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.28.

⁵⁶ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antônio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.28.

⁵⁷ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antônio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p.29. De acordo com o autor, o próprio Tribunal Constitucional espanhol, na decisão STC 25/1981, qualificou os direitos fundamentais como fundamentos da ordem político-jurídica do Estado, servido-lhe de conteúdo básico. Neste sentido, MARTÍNEZ-PUJALTE sustenta que são inconciliáveis o caráter de fundamentalidade dos direitos fundamentais e a tese de sua irrestrita limitação, como propugna a teoria relativa.

⁵⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998. p. 267-268.

núcleo essencial dos direitos fundamentais. Trata-se da questão sobre o exato significado da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Dentre as teorias que se ocupam com a temática, cabe destacar duas, a saber: a teoria da interpretação objetiva e a teoria de interpretação subjetiva.

Suscitam os adeptos da teoria objetiva que a proteção conferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais cinge-se a uma garantia outorgada pela Constituição. Nesse sentido, pretendem demonstrar que o art. 19, II da Lei Fundamental de Bonn confere resguardo aos direitos fundamentais enquanto situação objetiva de norma de direitos fundamentais, e não enquanto tutela de posições subjetivas.⁵⁹

Essa teoria possui esboço na admissibilidade constitucional de medidas de sacrifício individual dos direitos fundamentais, tais como medidas de segurança, penas restritivas de direitos, penas privativas de liberdade ou mesmo desapropriações, demonstrando que a garantia ao núcleo essencial ampara o direito fundamental enquanto instituição, estendendo seus efeitos somente aos direitos fundamentais em abstrato.⁶⁰

Pode-se ter como uma variante da teoria absoluta a teoria institucional de HÄBERLE, segundo a qual a proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais

⁵⁹ Nesse sentido: MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 246.

⁶⁰ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antônio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 34.

resguarda tanto uma dimensão subjetiva quanto uma dimensão institucional.⁶¹

PEREZ LUÑO, com esteio nessa vertente da teoria do núcleo essencial, afirma que “la protección de contenido esencial debe entenderse como una garantía institucional que hace referencia a los fines objetivamente establecidos (institucionalizados) por la Constitución y en función de los cuales, precisamente, se reconocen los derechos y libertades fundamentales.”⁶²

Contudo, essa leitura de PEREZ LUÑO é considerada inadequada por MARTINEZ-PUJALTE, vez que se deve a HÄBERLE a construção da doutrina do duplo caráter - subjetivo e institucional - dos direitos fundamentais, o que implica em afastar qualquer interpretação de sua obra tendente a restringir a garantia do núcleo essencial tão somente à dimensão institucional, desconsiderando, assim, a dimensão subjetiva.⁶³

Por seu turno, os prosélitos da teoria subjetiva aduzem que o art. 19, II da Lei Fundamental de Bonn confere proteção apenas às posições individuais. Essa teoria destaca que os direitos fundamentais constituem direitos que a Constituição reconhece ao cidadão, declarando violadoras do conteúdo essencial as restrições às posições subjetivas do particular.⁶⁴

⁶¹ HÄBERLE, Peter. *Die Wesengehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*. 3ª ed. Heidelberg: Müller, 1983. p. 72 e ss.

⁶² PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª ed. Madrid: Tecno, 2003. p. 312.

⁶³ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antônio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 35.

⁶⁴ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antônio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 34.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, em reiteradas decisões, tem-se posicionado a favor da proteção da garantia dos direitos fundamentais como posições subjetivas. Esse posicionamento é acatado por ALEXY, que considera os direitos fundamentais primariamente como posições individuais.⁶⁵

Na tentativa de afastar o predomínio de posições unipontuais, ALEXY contemporiza a discussão entre ambas teorias - teoria objetiva e teoria subjetiva - ao sustentar que uma teoria objetiva, tal como a de KLEIN, que objeta, a partir da análise do art. 19, II da Lei Fundamental de Bonn, “la vigencia de una disposición iusfundamental sea reducida de forma tal que pierda toda importancia para todos los individuos o para la mayor parte de ellos o, en general, para la vida social”⁶⁶, pode encontrar-se ao lado da teoria subjetiva, porém, nunca substituí-la. Por sua vez, o caráter dos direitos fundamentais enquanto direitos individuais reza a favor da permanência da teoria subjetiva, pelo menos, ao lado da teoria objetiva.⁶⁷

Segundo MARTÍNEZ-PUJALTE, ao que tudo indica, esta discussão resta superada, sobretudo, se forem consideradas as recentes contribuições da doutrina alemã, em especial as de HÄBERLE, vez que, à medida em que os direitos

⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª reimpre. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 287. Segundo o autor, “cuando a Ley Fundamental estatuye al que, por su pretensión, es tan importante como una prohibición de afectar el contenido esencial de los derechos fundamentales, entonces hay que referir esto, por lo menos, también a las posiciones iusfundamentales de los individuos.”

⁶⁶ Apud ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª reimpre. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 286.

⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª reimpre. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 287-288. Para o autor, “El hecho de que los problemas de la garantía del contenido esencial sean quizás más fácilmente solucionables dentro del marco de una teoría subjetiva no es una razón suficiente para arrojar por la borda la teoría subjetiva.” p.288.

fundamentais possuem uma dimensão institucional e uma individual, a garantia do núcleo essencial recairá sobre ambas.⁶⁸

Nesse passo, HESSE contribui significativamente ao afirmar que a íntima relação entre a dimensão institucional e a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais deve levar à advertência de que o problema da proteção ao núcleo essencial não pode ser solucionado em termos de alternativa (*entweder-oder*), mas sim de complementaridade (*Sowohl-als auch*).⁶⁹

No item subsequente tratar-se-á da vinculação positiva da atividade legislativa no território dos direitos fundamentais consistente na imposição constitucional ao legislador de desenvolver estruturas normativas que possibilitem a máxima efetividade das normas constitucionais.

1.4 Configuração ou conformação de direitos fundamentais

É necessário ressaltar que o desenvolvimento legislativo em matéria de direitos fundamentais não consiste tão somente em imposição de restrições, mas poderá proporcionar a concretização de direitos fundamentais a partir da emissão de normas de configuração.⁷⁰ Essa faceta da atividade legislativa traduz-se em *tarefas*

⁶⁸ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antônio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 34

⁶⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998. p.268.

⁷⁰ Conferir, entre outros: GOMES CANOTILHO, José Joaquim e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, 142. Os autores fazem os senões da compreensão de que a idéia liberal dos direitos fundamentais veicula uma concepção inimiga da lei, equiparando regulamentação legal à restrição de direitos fundamentais: quanto mais regulamentação legal, menor é o espaço da liberdade.

de legislação atribuídas ao legislador para organizar juridicamente as condições e âmbitos de vida dos direitos fundamentais.⁷¹

As normas de configuração ou de conformação de direitos fundamentais são aquelas que completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental.

De acordo com VIEIRA DE ANDRADE, essa intervenção normativa serve para concretizar os preceitos constitucionais ou para introduzir direitos fundamentais na vida pública. Na primeira hipótese, as normas de concretização nada acrescentam ou extraem, restringindo-se a clarificar os conceitos, interpretando-os e repetindo mais claramente seu conteúdo.⁷² O legislador, nesse caso, nada mais faz que aclarar os limites imanescentes de um direito fundamental.⁷³ Na segunda hipótese, os direitos fundamentais são adaptados à vida real, o que proporciona uma otimização em sua concretização. A necessidade da inserção dos direitos fundamentais na vida pública é especialmente perceptível nos casos de direitos que possuem aspecto institucional.⁷⁴ Tenha-se, por exemplo, que as normas que regulamentam o direito de associação quanto à capacidade, à responsabilidade, à

Contudo, advertem, acertadamente, que as funções da lei em relação aos direitos fundamentais podem ser multiformes, e de modo algum se limitam à tarefa de os restringir.

⁷¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre, 1998. p. 251. Formulou a expressão grifada no texto.

⁷² VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 226.

⁷³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 226.

⁷⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 226.

ordem interna ou à forma de constituição da associação são imprescindíveis para o efetivo exercício daquele direito.⁷⁵

Segundo ALEXY, as normas configuradoras de direitos fundamentais reportam-se apenas às normas de competência, pois as que contêm mandados e proibições são restritivas. Exemplos de modelos de normas de competência configuradoras seriam as das instituições de direito civil, a saber: sucessão, propriedade, casamento etc, que são normas de direito civil, pois, à guisa de exemplo, sem as normas do direito de propriedade do Código Civil não teria sentido a garantia constitucional do direito fundamental de propriedade.⁷⁶

Para o sobredito autor, o conceito de configuração é manipulado tanto em sentido amplo como em sentido estrito. Em sentido amplo, é utilizado para indicar qualquer forma de intervenção normativa no âmbito dos direitos fundamentais, independente de a intervenção lesar ou não o conteúdo de direito fundamental. No sentido estrito, o conceito de configuração é manuseado como oposto ao de restrição, não importando em afetação ao âmbito de proteção do direito fundamental.

⁷⁵ Cf. DE FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Fabris, 2000 p.90

⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2ª reimpre. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 325.

ALEXY afirma que só uma concepção estrita de configuração atende melhor às exigências de racionalidade da fundamentação jurídica, uma vez que oferece uma nitida diferenciação entre normas configuradoras e normas restritivas.⁷⁷

Por fim, é importante ressaltar que uma norma configuradora não pode detalhar em demasia um direito fundamental, a ponto de tornar inviável seu exercício. Tome-se, como exemplo, a elaboração de norma infraconstitucional tendente a regular o direito de greve, previsto no art. 9º da Constituição Federal. O detalhamento excessivo deste direito poderá acarretar dificuldade em seu exercício.

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª reimpre. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 329.

CAPÍTULO 2 : COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Considerações preliminares

Os direitos fundamentais podem entrar em conflito em situações especiais: nas hipóteses de concorrência de direitos fundamentais e de colisão de direitos fundamentais. Esses tipos de colisão exercem papéis centrais no cenário da teoria dogmática dos direitos fundamentais, sendo objeto de reflexão nos principais problemas desse domínio da dogmática jurídica. Robert ALEXY dimensionou acertadamente a questão, ao afirmar que “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais”.⁷⁸

Está-se, portanto, diante de um dos temas de maior envergadura na dogmática dos direitos fundamentais, que, ao longo dos tempos, vem desafiando os estudiosos deste sítio da teoria do direito a buscar soluções adequadas ao conjunto de problemas decorrentes de sua manifestação.

O cenário projetado acima oferece razões suficientes para justificar a necessidade de tomar contato com o atual estado da arte da teoria das colisões de direitos fundamentais, uma vez que suas categorias de análise serão imprescindíveis para o enfrentamento do *leitmotiv* desta investigação.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático Trad. Luiz Afonso Reck. *Revista de Direito Administrativo* 217/67-79. Rio de Janeiro, Julho-setembro, 1999.

Na tentativa de se evitar equívocos conceituais, proceder-se-á a um exame analítico das principais categorias relacionadas às colisões de direitos fundamentais para, em seguida, abordar as soluções freqüentemente apresentadas pela comunidade científica e pela jurisprudência constitucional.

2.2 Concorrência entre direitos fundamentais

Haverá concorrência entre direitos fundamentais quando o comportamento de um mesmo titular preencher os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais.

Este conflito poderá derivar do *cruzamento* de direitos fundamentais, ou seja, o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias. Pode-se afirmar que o conteúdo destes direitos possui, em certos setores limitados, uma cobertura normativa simétrica.

Sobreleva mencionar que a concorrência entre direitos fundamentais poderá igualmente surgir a partir de uma *acumulação* de direitos, situação em que determinado bem jurídico conduz a uma reunião de direitos fundamentais em um único sujeito.

Nesse passo, frise-se que o fenômeno da concorrência entre direitos fundamentais ostenta certo grau de dificuldade na circunstância em que os direitos envolvidos sujeitam-se a limites distintos, devendo-se adotar critérios para determinar qual dentre vários direitos concorrentes assume relevo decisivo.

A partir de uma análise da Constituição Portuguesa, CANOTILHO apresenta um claro exemplo de concorrência de direitos fundamentais. O problema gira em torno do *numerus clausus* ao acesso às Universidades portuguesas, vez que nesta discussão têm sido suscitados direitos com limites divergentes, a saber: a liberdade de aprender (art. 43) e o direito ao trabalho (art. 58), não sujeitos à reserva de lei restritiva, e o direito de escolha de profissão ou gênero de trabalho (art. 47), em relação ao qual a Constituição Portuguesa admite restrições impostas pelo interesse coletivo ou pela própria capacidade, e o direito de acesso aos graus mais elevados de ensino em que a Constituição Portuguesa apresenta restrições no tocante à qualificação de quadros.⁷⁹

Não obstante a inexistência de um consenso acerca de critérios adequados para a seleção destes limites, na visão de CANOTILHO e MOREIRA, o critério mais adequado seria o de emprestar “prevalência aos direitos fundamentais menos limitados e de excluir a concorrência quando da presença de normas constitucionais de natureza especial.”⁸⁰

Este critério, porém, não implica na fixação de uma ordem de valores entre os direitos em concorrência. Sua proposta consiste em: (i) verificar se um dos direitos fundamentais concorrentes está sujeito à reserva de lei restritiva e se os demais são direitos sem reserva de lei expressa; (ii) através do juízo de comparação

⁷⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4º ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1 228. Os dispositivos citados referem-se à Constituição portuguesa de 1976.

⁸⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquim e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, 138.

dos pressupostos de fato (*tatbestand*), checar qual a pretensão que o indivíduo pretende realizar de forma mais direta e imediata.⁸¹

Contudo, o sobredito critério não será necessário à solução de concorrência de direitos fundamentais se esta for qualificada como uma concorrência parcial ou inautêntica.

Essa modalidade de concorrência surge a partir do instante em que uma das várias normas consagradoras de direitos fundamentais é uma norma especial em relação às demais. Neste caso, o critério da especialidade harmoniza a concorrência entre direitos fundamentais, assegurando o exercício do direito regulado pela normativa especial. Assim, o princípio da igualdade (art. 13) não colide com a proteção acrescida dos representantes eleitos dos trabalhadores em caso de despedida (art. 55).⁸²

2.3 Colisão de direitos fundamentais

Colisão entre direitos fundamentais, por sua vez, ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante, para tanto, a coincidência dos direitos envolvidos.

⁸¹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.229.

⁸² GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.228. Os dispositivos citados referem-se à Constituição portuguesa de 1976.

Robert ALEXY secciona as colisões de direitos fundamentais em colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo.⁸³

2.3.1 Colisão de direitos fundamentais em sentido estrito

Em sentido estrito, a colisão entre direitos fundamentais sucede a partir do momento em que o exercício ou realização de um direito fundamental de um titular irradia efeitos negativos sobre direitos fundamentais de outros titulares de direitos fundamentais idênticos ou diversos.

O conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido estrito proposto por ALEXY assemelha-se ao conceito de colisão autêntica de direitos fundamentais cunhado por RÜFNER.

Para RÜFNER, tem-se colisão autêntica de direitos fundamentais somente quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual.⁸⁴

Nesta senda, CANOTILHO alinha-se a RÜFNER ao considerar que existe uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito por

⁸³ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Luiz Afonso Reck. *Revista de Direito Administrativo*. 217/67-79, Rio de Janeiro, Julho-setembro, 1999.

⁸⁴ RÜFNER, Wolfgang. Grundrechtskonflikte. In: *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*. vol. 11. Tübingen. 1976. p. 453.

parte de outro titular.⁸⁵ Segundo CANOTILHO, nesta hipótese, ao contrário do que acontece com a concorrência, não se está perante um cruzamento ou acumulação de direitos fundamentais, mas perante um autêntico conflito de direitos.⁸⁶

Cumprе ressaltar que a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito pode derivar de direitos fundamentais idênticos ou não.

2.3.1.1 Colisão de direitos fundamentais idênticos

De acordo com ALEXY existem quatro tipos de colisão de direitos fundamentais idênticos.

No primeiro tipo está afetado, em ambos os lados, o mesmo direito fundamental como direito de defesa. Percebe-se, esse tipo de colisão, à guisa de exemplo, na situação em que facções políticas antagônicas resolvem simultaneamente apresentar-se no centro de uma cidade, acarretando um perigo de choque.⁸⁷

No segundo tipo trata-se do mesmo direito fundamental considerado como direito liberal de defesa de um titular e como direito de proteção de outro titular. O exemplo desta modalidade de colisão surge quando se atira em um detentor para salvar a vida de seu refém. No caso, segundo ALEXY, “[...] deve ser

⁸⁵ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.229.

⁸⁶ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.230.

⁸⁷ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Luiz Afonso Reck. *Revista de Direito Administrativo*. 217/67-79, Rio de Janeiro, Julho-setembro, 1999. 69.

acentuado que com a colisão entre o direito à vida, de um lado, do detentor do refém, e, de outro, do refém, somente é compreendida uma parte do problema total.”⁸⁸ É que é possível salvaguardar a vítima atendendo as reivindicações do seu detentor. Porém, dessa opção, emerge um terceiro elemento para a colisão, a saber, o dever de proteção perante a sociedade, que reivindica do Estado posturas tendentes a desestimular outras tomadas de refém. Esse dever de proteção expressa o bem coletivo “segurança pública”.⁸⁹

O terceiro tipo de colisão deriva do fato de muitos direitos fundamentais possuírem uma dimensão positiva e outra dimensão negativa. O exemplo para ilustrar a situação pode ser extraído do direito fundamental à liberdade de crença, vez que esse direito fundamental compreende tanto o direito de ter e de praticar uma crença como também o direito de não ter uma crença e de ser poupado de praticá-la.⁹⁰

O quarto tipo de colisão de direitos fundamentais idênticos de titulares diferentes emerge do acréscimo de uma dimensão fática à dimensão jurídica de um direito fundamental. É a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão

⁸⁸ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Luiz Afonso Reck. *Revista de Direito Administrativo*. 217/67-79, Rio de Janeiro, Julho-setembro, 1999. 69.

⁸⁹ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Luiz Afonso Reck. *Revista de Direito Administrativo*. 217/67-79, Rio de Janeiro, Julho-setembro, 1999. p.69

⁹⁰ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Luiz Afonso Reck. *Revista de Direito Administrativo*. 217/67-79, Rio de Janeiro, Julho-setembro, 1999. p. 69. O autor expõe os problemas que podem advir, ao comentar a resolução-crucifixo, uma das decisões mais discutidas do Tribunal Constitucional Federal alemão. Essa decisão versa sobre a possibilidade de o Estado ordenar a colocação de cruzes em salas de aula de escolas. Há no caso a colisão entre a liberdade de crença negativa dos não-cristãos com a liberdade de crença positiva dos cristãos, de praticarem seus credos nos domínios das instituições públicas. O Tribunal Constitucional Federal resolve a questão determinando a exclusão dos crucifixos das escolas estatais.

que ALEXY exemplifica essa faceta da colisão dos direitos fundamentais. O caso escolhido versa sobre o auxílio de custas processuais. Nesta decisão, discute-se o seguinte: partindo-se da igualdade jurídica, abonados e desabonados são tratados isonomicamente ao não receberem financiamento de custas judiciais e honorários de advogado. Contudo, do ponto de vista da igualdade fática, isso é um tratamento desigual, vez que os hipossuficientes têm a oportunidade de concretizar seus direitos minimizada. Entrementes, o fomento aos hipossuficientes poderá acarretar tratamento juridicamente desigual aos abonados, pois “fomentar determinados grupos significa já tratar outros desigualmente.”⁹¹ Nesse sentido, a compreensão do princípio da igualdade a partir das dimensões fático-jurídicas implica defrontar-se necessariamente com o paradoxo da igualdade. Segundo ALEXY, “o paradoxo da igualdade é uma colisão que se apresenta tanto mais intensamente quanto mais é realizado em Estado Social”⁹², não sendo por outra razão que “[...] o Tribunal Constitucional Federal alemão enlaça a idéia da igualdade fática com o princípio do Estado Social.”⁹³

⁹¹ BverfGE 12, 354 (367) apud ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Luiz Afonso Reck. **Revista de Direito Administrativo**. 217/67-79, Rio de Janeiro, Julho-setembro, 1999. p. 70.

⁹² ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Luiz Afonso Reck. **Revista de Direito Administrativo**. 217/67-79, Rio de Janeiro, Julho-setembro, 1999.p. 70

⁹³ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Luiz Afonso Reck. **Revista de Direito Administrativo**. 217/67-79, Rio de Janeiro, Julho-setembro, 1999.p. 70

2.3.1.2 Colisão de direitos fundamentais diferentes

Esta dimensão da colisão de direitos fundamentais possui acentuada importância nas hipóteses de colisão entre o direito fundamental de liberdade de manifestação de opinião e os direitos fundamentais do afetado negativamente pelos efeitos da emissão de opinião.

Tendo como plano de fundo essa questão, em 1958, o Tribunal Constitucional Federal alemão, em uma das sentenças mais significativas da jurisdição constitucional alemã, a *Lüth-Urteil*, alinhou os trilhos essenciais para sua jurisprudência da ordem de valores, que conduz a duas consequências fundamentais para a dogmática dos direitos fundamentais, a saber: à irradiação dos direitos fundamentais sobre toda ordem jurídica e por último à ubiquidade da ponderação.⁹⁴

Segundo noticia ALEXY, um efeito tardio da *Lüth-Urteil* é a resolução “soldados-são-assassinos”, na qual a condenação de pacifistas que qualificaram soldados de assassinos foi considerada inconstitucional. O caso envolve a colisão do direito de liberdade de opinião (art. 5º, alínea 1, frase 1, da Lei Fundamental) dos pacifistas como o direito de personalidade geral (art. 2º, alínea 1, em união com o

⁹⁴ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Luiz Afonso Reck. *Revista de Direito Administrativo*. 217/67-79, Rio de Janeiro, Julho-setembro, 1999.p. 70.

art. 1º, alínea 1, da Lei Fundamental) dos soldados, que contempla a proteção da honra.⁹⁵

O caso “soldados-são-assassinos” é um claro exemplo de uma colisão de direitos fundamentais distintos de titulares identicamente distintos.

2.4 Colisão de direitos fundamentais em sentido amplo

A colisão de direitos fundamentais em sentido amplo ocorre quando estão em conflito direitos fundamentais individuais e bens coletivos constitucionalmente protegidos.⁹⁶

CANOTILHO qualifica a colisão de direitos fundamentais em sentido amplo como colisão de direitos fundamentais em sentido impróprio ou colisão de direitos fundamentais não autêntica. Para este autor, a colisão de direitos fundamentais em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.⁹⁷

Os conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos de estatura constitucional ocorrem quando o exercício de direito fundamental ocasiona prejuízo a um bem protegido pela Constituição. Nesta hipótese, não se trata de qualquer valor, interesse, exigência, imperativo da comunidade, mas sim de um bem

⁹⁵ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Luiz Afonso Reck. *Revista de Direito Administrativo*. 217/67-79, Rio de Janeiro, Julho-setembro, 1999.p. 71.

⁹⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez de Derecho* 2ª ed. Trad. de Jorge M. Seña Barcelona: Gedisa, 1997, p. 79-208.

⁹⁷ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4º ed. Coimbra. Almedina, 2001, p. 1.229.

jurídico.⁹⁸ Bens jurídicos relevantes, diga-se, são aqueles que a Constituição elegeu como dignos de especial reconhecimento e proteção.

Por conseguinte, está-se diante da colisão entre direitos fundamentais e bens jurídicos relevantes quando interesses individuais contrapõem-se a interesses da comunidade reconhecidos constitucionalmente.

Por sua vez, os interesses comunitários relevantes não são todos ou quaisquer bens jurídicos, vez que se limitam àqueles bens protegidos constitucionalmente. Logo, somente a necessidade de proteção destes últimos ampara a restrição de direitos fundamentais quando com eles colidentes.⁹⁹

Desde estas considerações, pode-se concluir que os conflitos no sítio dos direitos fundamentais se apresentam sob as modalidades: (i) concorrência de direitos fundamentais; (ii) colisão entre direitos fundamentais em sentido estrito e (iii) colisão de direitos fundamentais em sentido amplo.

⁹⁸ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4º ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1 230.

⁹⁹ GOMES CANOTILHO, José Joaquim e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, 136.

CAPÍTULO 3 : REGRA DA PROPORCIONALIDADE

3.1 Delimitação terminológica

Não obstante a relevância da proporcionalidade para a teoria constitucional contemporânea, a comunidade científica ainda não formou um consenso em torno de sua terminologia.

Os termos mais recorrentes na linguagem jurídica são princípio da proporcionalidade¹⁰⁰, preceito da proporcionalidade¹⁰¹, dever de proporcionalidade¹⁰², proibição de excesso¹⁰³, proibição de não-suficiência¹⁰⁴ e regra da proporcionalidade¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Conferir entre outros: CLÉVE, Clémerson Merlin. Contribuições previdenciárias – não-reconhecimento – art. 95, “d”, da Lei n. 8.212/91 – inconstitucionalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, n. 14, p. 106-134, 1996; STUMM, Raquel Denise. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995; BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000; MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, 23 (1994). p. 371; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 248; GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno ao princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, Jorge. *Perspectivas constitucionais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.260; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 71; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 84-85; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁰¹ HECK, Luiz Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1995 p. 176-177; LEIVAS, Paulo Cogo. *A estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais*. Dissertação. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002. p. 30 e ss.

¹⁰² ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./ maio 1999; reafirmando sua posição conferir do mesmo autor: *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁰³ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1998; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso

Na literatura jurídica nacional, o termo mais usual é “princípio da proporcionalidade”, acatado sem muitas controvérsias.

No entanto, enquadrar a proporcionalidade como princípio não é a opção metodologicamente mais adequada, como supunha o autor destas linhas em outro lugar¹⁰⁶, pelo menos, a partir da utilização das categorias extraídas do modelo normativo proposto pela teoria estrutural de ALEXY.¹⁰⁷

ALEXY, com base nos critérios de estrutura e aplicação, divide as normas em duas categorias: as regras e os princípios. Neste sentido, as regras expressam deveres definitivos e são aplicadas mediante subsunção¹⁰⁸. Por sua vez, os princípios expressam deveres *prima facie* cujos conteúdos definitivos somente são fixados após o sopesamento com princípios colidentes. Destarte, os princípios são normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas.¹⁰⁹

Bastos Editor, 2000. STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁰⁴ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 1998, P. 265. O autor, ao tratar da questão, vale-se do termo *proibição por defeito*.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; AFONSO DA SILVA, Luiz Virgílio. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

¹⁰⁶ CLÈVE, Clémerson Merlin e FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: GRAU, Eros Roberto, CUNHA, Sérgio Servulo. **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 231-243.

¹⁰⁷ Neste sentido: ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.112; ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./ maio 1999. Luiz Virgílio. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002;

¹⁰⁸ Sobre a doutrina da subsunção conferir: SCHAPP, Jan. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica**. Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1985. p. 87-100.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 103.

Logo, a proporcionalidade, desde teoria estrutural de ALEXY, não pode ser concebida enquanto princípio, vez que não produz efeitos de forma gradual, nem sequer é aplicada mediante regras de prevalência no caso concreto de modo a outorgar-lhe primazia em certas hipóteses fáticas.

O próprio ALEXY categoriza explicitamente a proporcionalidade como regra, afastando a possibilidade de enquadrá-la como princípio nos termos de sua proposta de modelo normativo.

Segundo ALEXY, a proporcionalidade não pode ter a mesma sorte dos princípios no sentido por ele proposto, uma vez que as máximas parciais da proporcionalidade não são ponderadas em face de algo distinto. Assim, “no es que unas veces tenga precedencia y otra no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas.”¹¹⁰ Nesse sentido, cita como posicionamento semelhante o entendimento de HAVERKATE, segundo o qual as regras aplicam-se por meio de subsunção.¹¹¹

Portanto, a partir destas considerações e revendo posição outrora assumida, adota-se para os fins desta investigação o entendimento segundo o qual a proporcionalidade consubstancia-se em regra jurídica aplicada mediante subsunção, não sendo passível de ponderação.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 112.

¹¹¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 112.

É importante ressaltar que se vem admitindo a aplicação da regra da proporcionalidade para obrigações de ações positivas. Nessa hipótese, a regra da proporcionalidade é aplicada no sentido da proibição da não-suficiência (*untermaßverbot*).¹¹²

O conceito da proibição da não-suficiência (*untermaßverbot*) surge na quadra mais recente da teoria constitucional alemã. É empregado pela primeira vez por CANARIS, em artigo intitulado *Grundrechte und Privatrechte*¹¹³, redigido em 1984, posteriormente revisto e ampliado, dando corpo à obra homônima mais densa¹¹⁴, que, sob a curadoria de SARLET e MOTA PINTO, recentemente foi traduzida para o vernáculo sob o título *Direitos fundamentais e direito privado*.¹¹⁵ Segundo BOROWSKI, trata-se de conceito correspondente à proibição de excesso (*übermaßverbot*) e deixa-se derivar logicamente do caráter principiológico das obrigações de ação estatal.¹¹⁶

No sentido da proibição de não-suficiência, a regra da proporcionalidade exige que o Legislativo, bem como o Executivo, ao vincularem-se a uma obrigação, não deixem de promover os limites mínimos. Nesses termos, o Estado estaria

¹¹² Cf. BOROWSKI, Martin. *Grundrecht als Prinzipien: Die Unterscheidung prima-facie Position und definitiven Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verl. -Ges., 1998.

¹¹³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrecht und Privatrecht*. Acp 184 (1984): 201-246.

¹¹⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrecht und Privatrecht*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1999.

¹¹⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

¹¹⁶ BOROWSKI, Martin. *Grundrecht als Prinzipien: Die Unterscheidung prima-facie Position und definitiven Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos Verl. -Ges., 1998. p.119.

limitado, de um lado, por meio dos limites superiores da proibição de excesso e, de outro lado, por meio de limites inferiores da proibição de não-suficiência.¹¹⁷

Entrementes, acompanha-se neste ensaio o entendimento esposado por AFONSO DA SILVA¹¹⁸, ao afastar uma identificação entre a regra da proporcionalidade e a proibição de não-suficiência, vez que possuem estruturas diversas, cabendo à regra da proporcionalidade dar conta somente das situações de excesso estatal e não daquelas relacionadas à sua omissão.¹¹⁹

Proceder-se-á, na fase subsequente desta pesquisa, a um ensaio acerca do conjunto das regras parciais denominadas sucessivamente de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, que compõem a regra da proporcionalidade em sentido amplo.

3.2. Regras parciais da proporcionalidade

A regra da proporcionalidade estrutura-se a partir das regras parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

¹¹⁷ MAURER, H. *Staatrecht*. München: Beck, 1999. p. 235-236.

¹¹⁸ Luiz Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798/27: São Paulo, 2002. p. 26-27.

¹¹⁹ Conferir em língua portuguesa: GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 1998, P. 265. O autor, ao tratar da questão vale-se do termo *proibição por defeito*.

3.2.1 Regra parcial da adequação

A regra parcial da adequação sugere que o meio deverá ser considerado adequado se for apto a fomentar¹²⁰ o objetivo pretendido. Exige-se que o meio apenas fomente a realização de um objetivo, não sendo exigida sua plena satisfação. Portanto, a medida não será adequada tão somente a partir da completa promoção do fim almejado, sendo o fomento parcial insuficiente para caracterizá-la como inadequada.

Destarte, um meio só poderá ser considerado inadequado quando o seu manejo não promover em nada a realização do objetivo almejado¹²¹.

3.2.2 Regra parcial da necessidade

A regra parcial da necessidade expressa que um meio será reputado necessário caso a realização do objetivo a ser atingido não possa ser fomentada com

¹²⁰ Neste sentido: SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798/27: São Paulo, 2002. p. 36. Ao comentar a difusão do conceito de adequação no âmbito da literatura nacional, o autor observa que o emprego do verbo *fomentar* demonstra-se mais correto do que a utilização do verbo *alcançar*, freqüentemente referido por relativa parte da doutrina. Referindo-se à expressão *alcançar* conferir: MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**, 23 (1994). p. 371; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 248. Valendo-se da expressão *atingir* para caracterizar a adequação da medida, conferir: GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno ao princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.260; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, p. 71; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 84-85.

¹²¹, SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798/27. São Paulo, 2002. p. 36.

a mesma intensidade através de outro meio que limite, em menor medida, o direito fundamental afetado.

3.2.3 A regra parcial da proporcionalidade em sentido estrito

A regra parcial da proporcionalidade em sentido estrito exige uma correspondência juridicamente adequada entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio escolhido¹²². Nesse sentido, a proporcionalidade em sentido estrito expressa o equilíbrio resultante do confronto entre vantagens e desvantagens ocasionadas na medida restritiva a direito fundamental necessária à proteção de outro direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido.

ALEXY identifica a regra da proporcionalidade em sentido estrito com o método da ponderação de bens, eis que, nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais, “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de um principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”¹²³. A regra parcial da proporcionalidade em sentido estrito consubstancia a *lei de ponderação*, que vale para o sopesamento de princípios independentemente de sua natureza¹²⁴. Para MEDINA GUERREIRO, a regra da proporcionalidade em sentido estrito identifica-se com a ponderação de bens, uma vez que afirma “ [...] la valoración y ponderación recíproca de todos los bienes involucrados, tanto de los

¹²² ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Fontamara, 1993, p. 33.

¹²³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 161.

¹²⁴ Idem, *ibidem*, p. 161.

que justifican el limite como de los que se ven afectados por ello, lo cual exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes de caso”¹²⁵.

De acordo com ALEXY, a regra da proporcionalidade em sentido estrito deriva dos direitos fundamentais enquanto mandados de otimização segundo as possibilidades jurídicas. Por outro lado, as demais regras parciais são deduzidas como mandamentos de otimização com relação às possibilidades fáticas.¹²⁶

3.3 Metodologia de aplicação da regra da proporcionalidade

Feitas as considerações necessárias sobre as regras parciais que estruturam a regra da proporcionalidade, proceder-se-á nesta fase da investigação a um ensaio acerca da metodologia de sua aplicação, enfocando, sobretudo, a ordem pré-definida em que as regras parciais se relacionam.

Quando a regra da proporcionalidade é reivindicada para sopesar direitos fundamentais que se encontram em estado de colisão, deverá ser checado se estes direitos foram estatuídos direta ou indiretamente por princípios constitucionais. Isto se faz necessário em razão de o teste da proporcionalidade apenas iniciar-se ante à legitimidade constitucional do objetivo perseguido.

¹²⁵ MEDINA GUERREIRO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 121-122.

¹²⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 112.

Constatada a conformidade do fim da medida com as normas constitucionais, proceder-se-á ao delineamento da situação que ensejou a tensão, objetivando a identificação dos pontos determinantes do caso. Estas fases são consideradas controles prévios à subsunção da regra da proporcionalidade. Levados a efeito os testes de verificabilidade, aplicam-se as regras parciais da adequação, da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, observando-se a ordem de pré-definição.

3.3.1 A relação de subsidiariedade

Ressaltou-se que, após os exames prévios, segue-se à aplicação gradativa das regras parciais da proporcionalidade, observando-se a relação de pré-ordenação entre elas, o que afasta a possibilidade de alteração da ordem de emprego, vez que guardam entre si uma relação de precedência que se traduz em critério para o adequado manejo da regra da proporcionalidade.

A relevância desta relação de pré-ordenação evidencia-se a partir da máxima de que o uso da regra da proporcionalidade não faz supor a análise obrigatória do conjunto das regras parciais, eis que a inadequação de uma medida será suficiente para caracterizá-la como desproporcional.

Portanto, pode-se concluir que a proporcionalidade em sentido estrito apenas será analisada a partir da confirmação sucessiva das regras parciais que a antecedem, implicando em uma relação de subsidiariedade¹²⁷.

No pensar de Luiz Virgílio AFONSO DA SILVA, a relação de subsidiariedade significa que

“ [...] a análise da necessidade só é exigível se, e se somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade”¹²⁸.

Neste sentido, pode-se deduzir que os casos rotineiros¹²⁹ são satisfeitos com a simples aferição da adequação e da necessidade da medida, pugnando-se apenas o exame da proporcionalidade em sentido estrito nos casos difíceis¹³⁰.

3.4 Fundamento normativo da regra da proporcionalidade

Conforme Robert ALEXY, a fundamentação da regra da proporcionalidade deriva do caráter principiológico das normas de direitos

¹²⁷ Nesse sentido: SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798/27: São Paulo, 2002. p. 36; STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001. p. 154. Para o autor, a relação de subsidiariedade existente entre as regras parciais da proporcionalidade revela uma progressão de tipo lógico em sua aplicação, eis que checa-se a proporcionalidade de uma decisão normativa através do sub-princípio subsequente, se e se somente se, ela satisfaz o princípio precedente.

¹²⁸ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798/27: São Paulo, 2002, p. 34.

¹²⁹ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: um tratado sobre la justificación jurídica**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 23-25.

¹³⁰ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: um tratado sobre la justificación jurídica**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 32.

fundamentais.¹³¹ Neste sentido, afirma que há uma correspondência biunívoca entre os princípios e a regra da proporcionalidade. Aqueles implicam esta, esta implica aqueles. Assim, pode-se inferir, logicamente, que o fundamento normativo da regra da proporcionalidade esteia-se na natureza dos princípios.¹³²

Os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo se realize na maior medida do possível, com respeito às possibilidades jurídicas e fáticas¹³³, concretizando-se de forma gradual.

ALEXY sustenta a relação da regra da proporcionalidade em sentido estrito com a relativização das possibilidades jurídicas:

[...] si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental¹³⁴.

Por outro lado, o mesmo autor afirma, a partir de uma constelação simples de um exame de necessidade, que a regra da necessidade fundamenta-se no caráter de princípio enquanto mandamento de otimização em relação às situações fáticas:

¹³¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 111.

¹³² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 111; ; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001. p. 169.

¹³³ ALEXY, Robert. *El concepto y validez del derecho* 2ª ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona, 1997. p. 205.

¹³⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 112.

La constelación más simples esta caracterizada porque e ella están en juego solo dos principios y dos sujetos juridicos (Estado/ciudadano). Su caracterización es la siguiente: el Estado fundamenta la prosecución del fin *F* con el principio *P1* o *F* es idéntico a *P1*. Existen, por lo menos, dos medios, *M1* e *M2*, que son igualmente adecuados para lograr o promover *F*. *M2* afecta menos intensamente que *M1*, o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio, *P2*. Bajo estos presupuestos, para *P1* es igual que se elija *M1* o *M2*. *P1* no exige que se elija *M1* o *M2*. En tanto principio, *P2*, impone una optimización tanto por lo que respecta a las posibilidades fácticas, *P2* puede ser realizado en una medida mayor si se elige *M2* y no *M1*. Desde un punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fácticas, bajo el presupuesto de la validez tanto de *P1* como de *P2*, sólo *M2* está permitido y *M1* está prohibido. Lo dicho vale para cualesquiera principios, fines y medios. Por lo tanto, la máxima de la necesidad que el Tribunal Constitucional Federal entre otro ha formulado como mandato afirmando que 'el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo' se infiere del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.¹³⁵

A regra da adequação, por sua vez, a exemplo da regra da necessidade, origina-se do caráter principal das normas de direitos fundamentais, eis que:

Si *M1* no es adecuado para la promoción u obtención del fin *F* exigido por *P1* o idéntico con *P1*, entonces *M1* no es exigido por *P*, es decir, para *P1* es igual si se utiliza *M1* no es exigido por *P1*, es decir, para *P1* es igual si se utiliza *M1* o no. Si, bajo estas circunstancias, *M1* afecta la realización de *P2*, entonces, por lo que respecta al aspecto de la optimización con relación as posibilidades fácticas, *M1* está prohibido por *P2*. Esto vale para todos los principios, fines y medios. Por lo tanto, también la máxima de la adecuación se sigue del carácter de principios de las normas de derecho fundamentales¹³⁶.

Pode-se afirmar que, enquanto mandamentos de otimização, segundo as possibilidades fácticas e jurídicas, os princípios, nos casos de restrição, exigem as regras da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

¹³⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 113.

¹³⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 114-115.

O fundamento da regra da proporcionalidade a partir das normas jusfundamentais enquanto princípios é denominada de fundamentação jusfundamental.

ALEXY reconhece que outras fundamentações à regra da proporcionalidade não devem ser excluídas, pois, na medida em que funcionam, são consideradas reforços para a fundamentação jusfundamental.¹³⁷

3.5 Objeções à regra da proporcionalidade

Não obstante a recepção da proporcionalidade como uma regra decorrente das normas de direitos fundamentais, a sua expansão por todo o ordenamento jurídico tem suscitado objeções. Observa-se que tais objeções cingem-se à:

- a) ameaça ao princípio da separação de poderes;
- b) violação do princípio da segurança jurídica;
- c) ausência de controle objetivo e intersubjetivo da ponderação de bens.

¹³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales** trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 115.

3.5.1 Ameaça ao princípio da separação de Poderes

A primeira das objeções é levantada a partir da suposição de que a regra da proporcionalidade compromete a relação de equilíbrio entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário.

Este desequilíbrio seria provocado pelo exame de proporcionalidade efetuado pelo Poder Judiciário em intervenções legislativas na esfera dos direitos fundamentais. A ameaça seria maior na medida da extensão e intensificação do manejo da regra da proporcionalidade.¹³⁸

FORSTHOFF assevera que a transposição da proporcionalidade dos domínios do Direito Administrativo para o território do direito constitucional consistiria em “mudança qualitativa” não sendo, ademais, admissível a sujeição do Direito Constitucional à categoria própria do Direito Administrativo.¹³⁹

Neste sentido, o publicista alemão explica que, para a compreensão da proporcionalidade, deve-se levar em consideração que:

[...] tiene lugar en la práctica dentro de un marco legal relativamente reducido y, en consecuencia, abarcable de una sola mirada: por una parte, los medios soberanos a disposición de la policía; de la otra, la alteración de la seguridad o el orden públicos, ya sea debida a conductas personales o a situaciones de hecho. El enjuiciamiento de si una medida era necesariamente adecuada al fin perseguido no presenta ninguna dificultad en un marco tan fácilmente retenible. Esto se cambia por completo cuando se transporta el principio de la proporcionalidad al derecho constitucional; y si hace falta una demostración de que los conceptos jurídicos constitucionales y administrativos no son permutables entre si, aquí se nos brinda el principio de proporcionalidad. No debería precisar más

¹³⁸ Nesse sentido: STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p. 194.

¹³⁹ Conferir BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. Malheiros: São Paulo, 2001, 389.

explicaciones, el hecho de que la situación del legislador, que está destinado para configuraciones generales, solo a duras penas puede ser comparada con la de la policía, que ha de escoger entre los medios presentes el que sea más adecuado para el apartamiento de la alteración.¹⁴⁰

Para FORSTHOFF, a proporcionalidade implica a “degradação da legislação – um dos mais importantes fenômenos da vida constitucional – ao situá-lo debaixo das categorias do Direito Administrativo”.¹⁴¹ Destarte, observa-se que, embora o autor admita a aplicação da proporcionalidade no âmbito do Direito Administrativo, refuta sua aplicação no âmbito do Direito Constitucional.

Segundo HUBER, a expansão da proporcionalidade pode ameaçar o princípio da Separação dos Poderes, principalmente as relações travadas entre o Legislativo e o Judiciário:

“De modo especial os princípios abertos de direito se tornam perigosos quando transpõem as respectivas fronteiras, abandonando dessa maneira os seus conteúdos. É aí que eles favorecem os deslocamentos secretos de poder na organização do Estado, tais aqueles, por exemplo, ocorridos entre juiz e legislador e administrador, conforme se há demonstrado”¹⁴².

PHILIPPE, pesquisador do controle de proporcionalidade na jurisprudência constitucional francesa, ressalta as críticas tecidas acerca da ameaça da proporcionalidade ao equilíbrio fundamental entre os poderes no Estado Democrático de Direito:

“O conteúdo fluído do princípio o autoriza, segundo seus detratores, a fazê-lo objeto de extensões incontroláveis. A invocação da proporcionalidade intervém como uma fórmula ritual que serviria de álibi

¹⁴⁰ Apud PEDRAZ PENALVA, Ernesto. El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia constitucional y literatura especializada alemanas. In: PEDRAZ PENALVA, Ernesto. *Constitución, jurisdicción y proceso*. Madrid: Akal, 1990, p. 277-311.

¹⁴¹ Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 390.

¹⁴² Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 390.

à jurisdição que o emprega, para questionar as decisões tomadas pelos diferentes órgãos”.¹⁴³

Esta objeção à regra da proporcionalidade revela o problema da tendência a uma *super-expansão*¹⁴⁴, que no limite acarretaria o *relaxamento*¹⁴⁵ na aplicação do direito. Nesse sentido, a regra da proporcionalidade outorgaria excessivos poderes ao Judiciário na revisão de atos do Legislativo e do Executivo.¹⁴⁶

Tais observações devem ser consideradas, na medida em que a regra da proporcionalidade venha a ser manipulada como panacéia, posto que sua aplicação cinge-se a verificar se um ato normativo que afeta, restringe ou limita direito fundamental, é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.

Por outro lado, os direitos fundamentais não podem permanecer à livre disposição do Poder Legislativo, sob o pálio de que o controle de proporcionalidade sobre os atos normativos acarretaria ameaça ao equilíbrio fundamental entres os poderes detentores de soberania no Estado Democrático de Direito.

No mais, resta indiscutível que, por expressa disposição constitucional, o controle da constitucionalidade da atividade legislativa do parlamento é mister a ser desenvolvido pelo Poder Judiciário.

Ressalte-se que a eficácia dos direitos fundamentais vincula os poderes públicos, em especial o Poder Legislativo, às normas constitucionais em geral,

¹⁴³ PHILIPPE, Xavier. *Le Contrôle de Proportionalité dans les jurisprudences Constitutionnelles et Administratives Françaises*. Aix Marseille, 1990.

¹⁴⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 85.

¹⁴⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed ver. ampl.. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 85.

¹⁴⁶ Nesse sentido: STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2001, p. 196.

mediante o princípio da constitucionalidade, que expressa uma dimensão reforçada em relação aos direitos fundamentais¹⁴⁷.

Esta vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais representa autêntico giro de Copérnico, expresso na formulação paradigmática de KRÜGER, pela qual os direitos fundamentais não são concebidos na medida da lei, mas sim que as leis são emanadas na medida dos direitos fundamentais.¹⁴⁸

Em relação ao problema da expansividade da regra da proporcionalidade, compartilha-se do entendimento de que o seu manejo pautar-se-á pelo postulado da *reflexividade*, de forma que deva ser aplicado a partir do exame da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, reservando-se sua aplicação, à medida do necessário.¹⁴⁹

3.5.2 Violação do princípio da segurança jurídica

Outra objeção levantada em face da regra da proporcionalidade refere-se à possibilidade de violação do princípio da segurança jurídica.

Sustentam, aqueles que invocam tal objeção, que a relativização da lei, mediante a aplicação da regra da proporcionalidade, macularia o princípio da

¹⁴⁷ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 2º ed. res. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 328.

¹⁴⁸ Nesse sentido: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 363.

¹⁴⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e direitos fundamentais*. 2ª ed ver. ampl.. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001. p. 85. Conferir ainda STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001, p. 197.

segurança jurídica, posto que a lei subordinar-se-ia a sentimentos subjetivos, acarretando decisões irracionais que descambariam para além dos limites do direito.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, ao investigar esta objeção nos domínios do processo penal, conclui:

“[...] las críticas que oponen al principio de proporcionalidad los principios de seguridad jurídica y de igualdad se apoyan en la importancia de las formalidades procesales (justizförmigkeit) en el proceso penal y en las negativas experiencias históricas a las que ha conducido la concesión a los órganos de persecución de una discrecionalidad desvinculada de estas últimas. La desformalización – se aduce – ha derivado siempre en degeneración del proceso penal y en conversión de la búsqueda de la verdad en arbitrariedad jurídica”.¹⁵⁰

Para os autores que formulam esta objeção, a segurança jurídica tem no processo penal uma proeminência, face ao conceito de justiça orientado à solução do caso concreto.¹⁵¹

Embora GONZALEZ-CUELLAR SERRANO reconheça que esta crítica exponha as cautelas da doutrina na aplicação da proporcionalidade, tem-na como insuficiente, por não apresentar justificativas bastantes para pôr em dúvida a sua vigência e sua hierarquia constitucional.

Segundo o processualista espanhol, no tocante à insegurança daqueles que podem ter direitos fundamentais limitados, deve-se ressaltar o princípio da reserva de lei, que materializa a legalidade na restrição de direitos fundamentais pelo legislador.¹⁵²

¹⁵⁰ GONZALEZ - CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p.318.

¹⁵¹ GONZALEZ - CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p.318.

¹⁵² GONZALEZ - CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, p.319.

No mais, a segurança jurídica não deflui do conhecimento prévio da decisão a ser proferida pelo juiz no caso concreto. Decorre, sim, da ciência de que o juiz está vinculado a pautas normativas ao proferir uma determinada decisão.

3.5.3 Ausência de controle objetivo e intersubjetivo da ponderação

Das objeções feitas à aplicação da regra da proporcionalidade, a alegação de ausência de controle objetivo e intersubjetivo da ponderação de bens revela-se como a mais consistente, exigindo dos adeptos da regra da proporcionalidade argumentos substanciais para sua refutação.

Os argumentos esgrimidos pelos críticos da proporcionalidade questionam a metódica da ponderação de bens. Neste sentido, são reticentes à pretensa racionalidade da ponderação de bens, vez que esta não consegue assegurar em sua aplicação o controle objetivo e intersubjetivo de seus resultados.

GAVARA DE CARA, ao analisar as críticas tecidas por MULLER, MAJEWSKI e LERCHE, diz que, em razão da ausência de prescrição constitucional, a ponderação de bens pode implicar valorações subjetivas não controláveis pelos órgãos de decisão, o que acarretaria em “esvaziamento” do conteúdo material dos direitos fundamentais.¹⁵³

¹⁵³ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 293.

Neste sentido, MÜLLER sustenta que o procedimento de ponderação de bens induz ao subjetivismo e à irracionalidade vez que:

“Tal procedimento não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfactíveis, a uma forma da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional. O teor material normativo de prescrição de direitos fundamentais e de outras prescrições constitucionais é cumprido muito mais e de forma mais condizente com o Estado de Direito com a ajuda dos pontos de vista da hermenêutica e metodicamente diferenciadores e estruturantes da análise do âmbito da norma e com uma formulação substancialmente mais precisa dos elementos de concretização do processo prático de geração do direito, a ser efetuada, do que com representações necessariamente formais de ponderação, que conseqüentemente insinuam no fundo uma reserva de juízo [Urteilsvorbehalt] em todas as normas constitucionais, do que com categorias de valores, sistemas de valores e valoração, necessariamente vagas e conducentes a insinuações ideológicas”.¹⁵⁴

MURPHY, FLEMIN e BARBER tecem críticas severas à ponderação de bens, eis que, ante à ausência de controle objetivo do resultado da decisão, a ponderação pode ser nada mais do que uma “caixa preta” da qual o intérprete extrai qualquer coisa que ele quiser.¹⁵⁵

Nessa esteira, REDONDO afirma que a ponderação de bens consubstancia decisão necessariamente política, podendo ser feita a partir de critérios de ponderação ou mediante processos de validação pública conduzidos em ambientes que satisfaçam minimamente os pressupostos normativos da tradição

¹⁵⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos do trabalho do Direito Constitucional*. 2º ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 36.

¹⁵⁵ MURPHY, Walter, FLEMING, James e BARBER, Sortirios. *American Constitutional Interpretation*. Westbury: The Foundantion Press, 1995, p. 413.

democrática, porque a ausência destas condições pode levar a opção por valores arbitrários.¹⁵⁶

Vê-se que essas objeções são fundamentadas, pois, não se pode desconsiderar que desde o manejo da ponderação de bens, decisões subjetivas e não justificadas podem ditar o resultado de uma tensão principiológica.

Essas contraposições à pretensa racionalidade da ponderação de bens não passam despercebidas a ALEXY. Com efeito, faz ele menção às críticas erguidas nesse sentido e escreve:

“[...] muchas veces se ha objetado en contra del concepto de ponderación que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y principios no regulan por sí mismo su aplicación. Es decir, la ponderación quedaria sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaria el control a través de las normas y el método. Se abriría así el campo para el subjetivismo y decisionismo judiciales”.¹⁵⁷

Segundo ALEXY, estas críticas são procedentes se objetivam demonstrar que a ponderação não conduz em cada caso a apenas um resultado correto. Porém, perdem sentido à medida que se propõem a demonstrar a ausência de racionalidade da ponderação de bens.¹⁵⁸

¹⁵⁶ REDONDO, Manuel Jiménez. **Es posible una teoría unitaria y consistente de los capítulos relativos a derechos fundamentales?** In: Doxas, 1988, nº 5. p. 135. Críticas severas em torno da ponderação de bens são encontradas em: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e Validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 321 Segundo o autor, “ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de agurmentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e principios de direito.”

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 157.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 157.

A racionalidade da ponderação de bens é demonstrada desde a formulação da lei de colisão. Nesse sentido, a lei de colisão estrutura a solução da colisão de direitos fundamentais de forma que seja válida para todas as colisões de princípios ou direitos fundamentais, estabelecendo-se para estas hipóteses uma relação de precedência condicionada.

Na tentativa de evitar que o resultado da ponderação conduza à formulação de um enunciado de preferência, intuitivamente elaborado, a partir das concepções subjetivas de quem pondera, ALEXY esforça-se na construção de um modelo de fundamentação, no qual se distingue o processo psíquico conducente à determinação do enunciado de preferência e sua fundamentação.¹⁵⁹ Destarte, uma ponderação será racional se o enunciado de preferência a que conduz seja fundamentado racionalmente.¹⁶⁰

Para tanto, ALEXY estabelece uma distinção entre “la fundamentación no referida específicamente a la ponderación de enunciados condicionados de preferência” e “la fundamentación referida específicamente a la ponderación”.

A fundamentação não referida especificamente à ponderação de enunciados condicionados sugere a manipulação de todos os argumentos possíveis, tais como, cânones de interpretação, argumentos dogmáticos, práticos e empíricos

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 158.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 159.

em geral, precedentes, bem como argumentos especificamente jurídicos¹⁶¹, de tal sorte que

“[...] para a fundamentación de um enunciado de preferència condicionado y, por lo tanto, para la fundamentación de la regla correspondiente, puede, por ejemplo, harcerse referencia a la voluntad de legislador constitucional, a las consecuencias negativas de una determinación alternativa de preferència, a los consensos dogmáticos y a decisiones anteriores.”¹⁶²

Sucedo que, apesar de sua relevância, tais argumentos nada dizem acerca da especificidade da fundamentação dos enunciados de preferència, ou seja, não estão relacionados diretamente com a ponderação.

É mediante investigação dos arestos do Tribunal Constitucional Federal alemão que ALEXY encontra os argumentos jurídicos específicos para a ponderação. Da análise de um conjunto de decisões, ALEXY deduz uma regra constitutiva para as ponderações do Tribunal Constitucional Federal alemão, a qual ele anuncia da seguinte forma: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de um principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del outro.”¹⁶³

Esta regra preceitua uma lei que vale para a ponderação de qualquer tipo de princípios, sendo categorizada como lei da ponderação.¹⁶⁴

¹⁶¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 159

¹⁶² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 159.

¹⁶³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 160-161.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 161.

Enuncia a lei de ponderação que a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância de satisfação do outro.¹⁶⁵

Nada obstante, ALEXY reconhece que a lei de ponderação não oferece um critério de metrificação que possa determinar com precisão o grau de afetação e importância da realização dos princípios ou direitos fundamentais opostos. No entanto, aduz o que é importante na ponderação, ou seja, o grau da intensidade da não satisfação ou afetação de um princípio, por um lado, e o grau de importância da satisfação do outro princípio, por outro.¹⁶⁶

De acordo com o doutrinador, para a fundamentação deste tipo de enunciado, os argumentos esgrimidos não apresentam nenhum caractere específico de ponderação. Nesse sentido, pode-se considerar qualquer tese da argumentação jurídica.¹⁶⁷

ALEXY saca como exemplo de fundamentação de enunciados a paradigmática e multicitada sentença do Tribunal Constitucional alemão no caso Lebach, que envolvia uma colisão entre a proteção da personalidade, garantida pelo art. 2º, § 2º, combinado com o art. 1º, § 1º da Lei Fundamental, e a liberdade de informação, garantida pelo art. 5º, da Lei Fundamental.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 161.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 164.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 164.

Trata-se de situação em que um determinado programa de televisão pretendia exibir um documentário estitolado “O assassinato de soldados em Lebach” que retratava o homicídio de quatro soldados responsáveis pela guarda de um depósito de munições do Exército Federal alemão, localizado nas proximidades da cidade de Lebach.

Entendendo que a emissão televisiva violaria o seu direito de proteção da personalidade, um indivíduo condenado por cumplicidade, ainda em cumprimento da pena, provocou o Poder Judiciário para que se proibisse, através de uma medida cautelar, a exibição do documentário. Argumentou, para tanto, que, durante o filme, seu nome era expressamente mencionado e que uma foto sua era exibida, o que poderia comprometer a sua ressocialização após o cumprimento da pena.

Julgado o pedido improcedente em 2ª e 3ª instâncias, a questão foi submetida, mediante reclamação constitucional (*verfassungsbeschwerde*), ao Tribunal Constitucional Federal. Este, em decisão paradigmática, entendeu não ser possível a exibição do documentário, proibindo-a, por afronta ao princípio da proteção ao direito de personalidade.

ALEXY traz interessantes argumentos favoráveis à decisão do Tribunal Constitucional. De acordo com o autor, o intenso grau de afetação do direito de proteção de personalidade pelo documentário pode ser fundamentado por diversos fatores, dentre eles: o alcance das emissões de televisão, tendo em vista a popularidade deste meio de comunicação; os efeitos da forma de emissão, enquanto teatro documental, isto é, o fato de que, muitas vezes, a reconstituição teatral de um

delito por um programa televisivo nem sempre é fidedigna aos fatos que lhe deram origem; o alto grau de credibilidade que esse tipo de emissão goza perante o público; e os perigos, decorrentes de todos os fatores mencionados, que a exibição do documentário pode representar para a ressocialização do condenado.

Por outro lado, no que diz respeito à importância de satisfação do princípio da liberdade de imprensa, esta resta limitada aos olhos de ALEXY. Isso porque a exibição tardia do filme reconstituindo fatos que já haviam acontecido há algum tempo, não seria relevante à população. Nesse sentido, a repetição da informação não poderia ser considerada como suficiente importante para justificar a intensidade da afetação do outro direito em questão, qual seja, o de proteção da personalidade.¹⁶⁸

Não obstante reconheça que esta fundamentação é permeada por valorações, ALEXY sustenta que:

“[...] el solo argumento de que en la ponderación juegan algún papel las valoraciones no fundamenta todavía ninguna objeción en contra de la posibilidad de la fundamentación racional de decisiones de ponderación, a menos que se diga que la argumentación racional siempre se vuelve no-racional o irracional tan pronto como se ingresa en el ámbito de valoraciones que no están dadas de antemano con autoridad vinculante.”¹⁶⁹

No mais, ao negar racionalidade à ponderação, em razão da inserção de pautas axiológicas, estar-se-á recusando o mister da atividade jurídica, vez que o processo de fundamentação compreende valores.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 164-165.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 165.

Nesse sentido, a presença de valorações revela, na melhor das hipóteses, “ [...] que las ponderaciones poseen un grado de racionalidad más reducido que las interpretaciones”, não sendo, entretanto, bastante para caracterizar a irracionalidade das ponderações.¹⁷⁰

ALEXY aduz que a fundamentação referida especificamente à ponderação, além da objeção de irracionalidade, evita outros obstáculos freqüentemente associados à ponderação vez que “pone de manifiesto que la ponderación no es um procedimiento en el cual un bien es obtenido con ‘excesivo apresuramiento a costa de outro”¹⁷¹, desde a lei de colisão, a ponderação não pode ser considerada um procedimento geral e abstrato, revelando o autor que a ponderação não conduz a decisões particulares, o que poderia implicar na diluição de sua normatividade no caso concreto, eis que

“[...] de acuerdo con la ley de colisión, sobre la base de la decisión de ponderación, siempre es posible formular una regla. Por ello, la ponderación en el caso particular y la universalidad no son inconciliables”¹⁷². Por fim, nega a afirmação de que a ponderação de bens, não é mais do que um jogo de palavras, umas contra as outras, porque “ se establece um principio en contra de outro principio, algo que tiene las consecuencias formuladas en la ley de colision y de ponderación”¹⁷³.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 165.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 166.

¹⁷² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 167.

¹⁷³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 167.

CAPÍTULO 4: A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO AOS PODERES PÚBLICOS.

4.1 Considerações preliminares

Precede à análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares o exame da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, haja vista que a vinculação destes poderes às normas de direitos fundamentais consiste em uma dimensão relevante da teoria da eficácia.

Convém esclarecer que esta parte da investigação terá um caráter precipuamente expositivo, limitando-se a apresentar o tema a partir de subsídios colhidos das experiências constitucionais de Portugal, Espanha e Alemanha, que, ao contrário da Constituição Federal de 1988, possuem expressamente cláusulas de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. No entanto, como se pretende demonstrar, a ausência de disposição expressa não significa que os poderes públicos não estejam, no quadro da Constituição Federal de 1988, vinculados aos direitos fundamentais.

De acordo com CANOTILHO, o art. 18/1 da Constituição portuguesa¹⁷⁴, ao estabelecer a vinculação das entidades públicas mediante normas consagradoras de direitos fundamentais, indigitou como destinatários de tal vinculação os poderes públicos, a saber: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Nesse sentido, o texto constitucional, ao valer-se da expressão “entidades públicas”, tenciona, mediante

¹⁷⁴ A Constituição portuguesa de 1976 em seu art. 18, I, possui a seguinte redação.

uma espécie de “superconceito”, extirpar dúvidas acerca da sua extensão e vinculação, que deve ser compreendida como uma vinculação explícita e principal de todas as entidades públicas, alcançando todos os âmbitos funcionais dos sujeitos públicos.¹⁷⁵

Para CANOTILHO, a partir dessa perspectiva, pode-se afirmar que as entidades públicas estão sob uma *reserva de direitos fundamentais*, não importando a forma de atuação dessas entidades, vez que nenhum de seus atos escapa ao crivo dos direitos fundamentais.¹⁷⁶

Essa vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais faz-se presente na Constituição espanhola de 1978, que preceitua, em seu art. 9º/1, que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Segundo PÉREZ LUÑO essa cláusula revela uma recepção da eficácia geral dos direitos fundamentais pela Constituição espanhola.¹⁷⁷

Pode-se afirmar que é ponto pacífico, nos quadrantes da experiência constitucional espanhola, a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, não sendo, por outro lado, firme o entendimento acerca da extensão dessa vinculação aos entes privados. Essa controvérsia surge a partir da

¹⁷⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 591. Conforme o autor, o enunciado lingüístico *entidades públicas* sugere “a vinculação destas entidades, quer utilizemos uma perspectiva funcional – funções das entidades públicas –, quer apelemos para uma compreensão formal organizatória – os titulares ou órgãos dessas entidades. Em termos práticos, vinculação de uma entidade pública como, por exemplo, o legislador, significa que <<vinculados>> estão tanto os órgãos legislativos (Assembleia da República, Governo, assembleias legislativas regionais) como as funções, independentemente de saber por que são exercidas (os actos legislativos).”

¹⁷⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 591-592.

¹⁷⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 313.

interpretação da própria Constituição espanhola que, conforme assinalado alhures, preceitua, em seu art. 9º/1, uma proteção geral aos direitos fundamentais e, mais adiante, em seu art. 53/ 1, limita a vinculação dos direitos fundamentais ao poderes públicos. Tal cláusula limitativa guarda sintonia com o art. 41/ 2 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol, que restringe o alcance do recurso de amparo às violações procedentes dos poderes públicos.

Essa orientação vem recebendo severas críticas¹⁷⁸, vez que tem restringido demasiadamente o alcance da extensão do art. 51/2º da Constituição espanhola, que contempla proteção por meio do recurso de amparo às lesões ocasionadas no tráfego das relações privadas.¹⁷⁹

Por sua vez, a Lei Fundamental alemã assenta em seu art. 1º, alínea 3, que “Los derechos fundamentales relacionados a continuación vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho inmediatamente aplicable”¹⁸⁰. De acordo com HESSE, a partir dessa premissa, surge não só uma obrigação negativa de abstenção do Estado na afetação nos domínios dos direitos

¹⁷⁸ Neste sentido conferir, entre outros: PERCES-BARBA, Gregorio Martinez. *La Constitución española de 1978. Um estudio de derecho y política*. Valência: Fernando Torres, 1981. p. 247; QUADRA-SALCEDO, Tomás. *El recurso de Amparo y los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*. Madrid: Civitas, 1981. p. 81 e ss.

¹⁷⁹ Contudo, limitar-se-á, nessa fase da investigação, à sinalização dessa problemática, adiando seu enfrentamento por ocasião da abordagem da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas no domínio da experiência espanhola

¹⁸⁰ BENDA, Ernesto, MAIHOFER, Werner, VOGEL, Juan J., HESSE, Conrado, HEYDE, Wolfgang. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 861.

fundamentais, como também uma obrigação positiva de promover a realização dos direitos fundamentais.¹⁸¹

Para HESSE, o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais, bem como o sujeito obrigado pelos mesmos, vez que se encontra vinculado pelo caráter de aplicabilidade direta das normas jusfundamentais.¹⁸² E isso é válido não só quando o Estado desenvolve suas atividades de poder federal ou de poder estadual, mas também quando exerce funções mediante instâncias juridicamente autônomas, administrações locais, municípios, fundações de direito público, pessoas jurídicas de direito privado ou organizações em que se serve de seus serviços ¹⁸³. Portanto, independentemente das vestes trajadas, o Estado encontra-se vinculado em seus atos aos direitos fundamentais.

No marco da Constituição Federal de 1988, é perceptível a ausência de uma cláusula expressa de vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais. Contudo, como já afirmado, tal ausência não implica numa isenção dos poderes no respeito aos direitos fundamentais. Pelo contrário, pois, em que pese o silêncio do legislador constituinte quanto à referida cláusula, pode-se conferir ao art. 5º, § 1º da Constituição Federal o mister de impor àqueles poderes um dever de proteção e realização dos direitos fundamentais.

¹⁸¹ BENDA, Ernesto, MAIHOFER, Werner, VOGEL, Juan J., HESSE, Conrado, HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p.94.

¹⁸² BENDA, Ernesto, MAIHOFER, Werner, VOGEL, Juan J., HESSE, Conrado, HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p.106.

¹⁸³ BENDA, Ernesto, MAIHOFER, Werner, VOGEL, Juan J., HESSE, Conrado, HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996, p.106.

De acordo com SARLET, o art. 5º, § 1º, enquanto postulado de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, impondo aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, conferindo-lhes a máxima efetividade.¹⁸⁴

Destarte, é possível outorgar ao art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 o mesmo sentido conferido ao art. 18/1 da Constituição portuguesa de 1976 e ao art. 1º, inc. III da Lei Fundamental alemã, o que implica na assunção de uma função de reforço, impondo um dever de proteção e realização dos direitos fundamentais pelos poderes públicos.

No mais, cabe destacar que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, fundamenta uma vinculação isenta de lacunas dos órgãos e funções estatais aos direitos fundamentais, independentemente da forma jurídica através da qual são exercidas estas funções.¹⁸⁵

Essa vinculação do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 implica tanto a retirada dos direitos fundamentais da esfera de disponibilidade dos poderes públicos quanto a obrigação desses poderes na realização dos direitos fundamentais.¹⁸⁶

Portanto, a vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais, mediante cláusulas de proteção, ocorre a partir de uma dimensão funcional – o

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 2º ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 326.

¹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 2º ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 327.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 2º ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 327.

exercício das funções estatais – e a partir de uma dimensão organizacional – decorrente da própria natureza das entidades públicas. Isso implica na sujeição dos poderes públicos aos direitos fundamentais através da constrição de sua atuação – efeito negativo da vinculação – bem como mediante a imposição de afazeres – efeito positivo da vinculação.¹⁸⁷

4.2 A vinculação do Poder Legislativo

Nesta quadra do constitucionalismo contemporâneo, superou-se a crença positivista da onipotência do legislador, dando-se lugar à expressão jurídico-positiva da decisão constitucional de supremacia dos valores contidos nas normas jusfundamentais, pois sendo os direitos fundamentais posições jurídicas constitucionalmente relevantes para a comunidade social, não podem submeter-se à livre disponibilidade do legislador ordinário. Nesse sentido, a vinculação do Legislativo aos direitos fundamentais é absoluta, não admitindo restrições.¹⁸⁸

Esta vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais representa, conforme já frisado em outra ocasião, o giro de Copérnico, expresso na formulação paradigmática de KRÜGER, pela qual os direitos fundamentais não são concebidos na medida da lei, mas sim, que as leis são emanadas na medida dos

¹⁸⁷ Nesse sentido conferir: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 591-592

¹⁸⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. T.IV p. 315.

direitos fundamentais.¹⁸⁹ Essa formulação, de acordo com CANOTILHO, exprime plasticamente a mudança de paradigma operada na relação entre o legislador e os direitos fundamentais.¹⁹⁰

Essa vinculação do legislador aos direitos fundamentais revela uma limitação material de sua liberdade de conformação, vez que no exercício de sua função regulamentadora seus atos deverão fundamentar-se na Constituição.¹⁹¹

Pode-se afirmar que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, exerce uma função limitadora à intervenção restritiva do legislador nos domínios dos direitos fundamentais. Nesse passo, o legislador, ao mesmo tempo em que se encontra legitimado para impor restrições aos direitos fundamentais, possui seus atos vinculados a eles.¹⁹² SARLET afirma que o art. 5, § 1º, da Constituição Federal porta uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, provocando a correção judicial não apenas dos atos legislativos, como também dos seus resultados.¹⁹³

Tenha-se que, para CANOTILHO, essa vinculação do legislador assume uma dimensão proibitiva e uma dimensão positiva. Em uma dimensão proibitiva, essa vinculação veda ao Legislativo a emanção de leis contrárias à Constituição, ou

¹⁸⁹ Nesse sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 363.

¹⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 592.

¹⁹¹ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 2º ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 328.

¹⁹² Nesse sentido conferir: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. T.IV p. 316. Para o autor, mesmo quando a Constituição remete à lei a atribuição de regulamentação de direitos fundamentais, o legislador não está livre para outorgar-lhe qualquer conteúdo, vez que se encontra vinculado ao sentido objetivo da norma constitucional.

¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 2º ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 329.

seja, implica na proibição da produção de leis inconstitucionais, pois, enquanto normas de competência negativas, as normas jusfundamentais estabelecem limites ao exercício da atividade legislativa do Estado.¹⁹⁴ Por sua vez, em uma dimensão positiva, essa vinculação do legislador aos direitos fundamentais importa em um dever de conformação das relações entre os cidadãos e o poder público e as relações travadas entre os particulares, segundo as diretrizes materiais traçadas pelas normas jusfundamentais.¹⁹⁵ Portanto, trata-se de um dever de realização dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que a extensão da vinculação das entidades públicas aos direitos fundamentais não se estende somente ao órgão, mas contempla também a função. Destarte, ao se reportar a “ [...] vinculação do <legislador> convém notar a não identificação desta expressão com o sentido jurídico constitucional de legislador.”¹⁹⁶ Nos termos da Constituição Federal, o art. 5º, § 1º, vincula todos os atos normativos, compreendendo os atos emanados por entidades públicas e entidades privadas desde que a lei imponha força de norma jurídico-pública.¹⁹⁷

4.3 A vinculação do Poder Executivo

O Executivo encontra-se, nos termos do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, vinculado aos direitos fundamentais. Nesse sentido, deve atuar não somente

¹⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 592.

¹⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 592.

¹⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 593.

¹⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 593

de acordo com a lei, mas, no seu restrito espaço de discricionariedade, aplicá-la pautando-se nas normas constitucionais garantidoras de direitos fundamentais.¹⁹⁸

No entendimento de SCHNEIDER, após a superação da teoria da não sujeição dos atos de soberania à justiça, não existem mais espaços nos domínios governamentais que não sejam afetados pelos direitos fundamentais.¹⁹⁹

Nesse passo, o Executivo encontra-se vinculado aos direitos fundamentais em todas as suas modalidades de atuação, inclusive sob as formas jurídico-privadas, compreendendo as pessoas jurídicas de direito privado que exerçam atos de império nas relações com particulares.²⁰⁰ CANOTILHO E MOREIRA são categóricos ao afirmarem que a melhor solução é a manutenção da eficácia dos direitos fundamentais, mesmo quando os poderes públicos utilizem meios privados tanto para a consecução de atividades públicas quanto para o desempenho de tarefas privadas.²⁰¹ O efeito dessa abrangência impede que os órgãos da administração mantenham-se à margem da vinculação aos direitos fundamentais, sob o pretexto de estarem atuando nas formas do direito privado. De acordo com a lição de CANOTILHO e MOREIRA, solução diversa implicaria em conflito com a

¹⁹⁸ SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 80.

¹⁹⁹ SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 80.

²⁰⁰ Nesse sentido: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional* 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. T. IV p. 317.

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2ª ed. revista e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, V. 1 p. 165.

eficácia geral dos direitos fundamentais, abrindo um inadmissível espaço livre dos direitos fundamentais.²⁰²

Conforme SCHNEIDER, o Executivo não pode subtrair-se de sua estrita vinculação aos direitos fundamentais sob o pretexto de valer-se da colaboração privada para o cumprimento de deveres públicos.²⁰³ Decorre dessa vinculação, o dever de conformação dos atos emanados do Executivo às normas constitucionais, implicando sua inobservância a nulidade insanável de seus atos.

De acordo com SARLET, o que importa é a constatação de que os direitos fundamentais vinculam o Executivo em todas as suas formas de manifestação e atividade, pois exercendo seu mister na conformidade do interesse público, deverá portar-se na qualidade protetor da sociedade.²⁰⁴

Resulta dessa vinculação uma questão interessante e constantemente ventilada pela doutrina, consistente na possibilidade de o administrador realizar juízo de inconstitucionalidade de lei, recusando-se a aplicá-la por considerá-la contrária aos direitos fundamentais. Conforme assinalam MOREIRA e CANOTILHO, estabelece-se um conflito entre a eficácia direta das normas jusfundamentais e a observância do princípio da legalidade, que igualmente vincula a administração pública.²⁰⁵ Portanto, tal problemática cinge-se à necessidade de

²⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2ª ed. revista e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, V. 1p. 165.

²⁰³ SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 80.

²⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 598-599.

²⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2ª ed. revista e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, V. 1p. 164.

conciliar a vinculação da administração ao princípio da legalidade e ao princípio da constitucionalidade.²⁰⁶

Há na doutrina um certo consenso quanto ao grau de dificuldade na elaboração de uma resposta satisfatória à problemática.²⁰⁷

Para MIRANDA, apesar dos órgãos administrativos e seus agentes não se encontrarem em plano análogo ao dos tribunais, e o princípio da legalidade administrativa consubstanciar-se em um dos fundamentos do Estado de Direito, é certo que a administração pública subordina-se à Constituição, não podendo compreender-se, à luz do princípio da proporcionalidade, a aplicação de normas que não estejam em sintonia com os direitos fundamentais, ensejando impugnação contenciosa mesmo a resistência dos cidadãos.²⁰⁸

Feitas as ponderações acima, MIRANDA opta por sustentar o não reconhecimento de qualquer faculdade de fiscalização de constitucionalidade pelos órgãos administrativos, tendo em vista possuírem funções distintas daquelas exercidas pelos órgãos jurisdicionais, bem como pelo imperativo de evitar-se a concentração de poderes nas mãos do Executivo.²⁰⁹ Para o sobredito autor, cabe aos agentes administrativos a representação às entidades hierarquicamente superiores

²⁰⁶ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 2º ed. ver. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 332; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. T.IV p. 282; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 596; VIEIRA DE ANDRADE, José Carlo. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 260.

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 2º ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 332; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. T.IV p. 282.

²⁰⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. T.IV p. 318.

²⁰⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. T.IV p. 318.

dos efeitos da aplicação das leis, devendo no aguardo da decisão de inconstitucionalidade pelo órgão competente vincularem-se às leis e às ordens concretas de aplicação dos órgãos superiores, estando isentos de responsabilização por possíveis violações aos direitos fundamentais decorrentes dessa aplicação.²¹⁰

Em que pesem as reticentes considerações à cessão de poderes aos agentes e órgãos do Executivo para deixarem de aplicar ordens concretas baseadas em lei contrastante com a Constituição, vem-se admitindo, em situações excepcionais, a concessão de um espaço de liberdade para a não aplicação da lei violadora dos direitos fundamentais.²¹¹ Todavia, o alcance e os contornos desse poder excepcional de não aplicação das leis inconstitucionais, consubstancia tema controvertido na doutrina, sendo considerado de difícil resolução.²¹²

MIRANDA reconhece que em casos especiais em que se discutiam direitos insusceptíveis de suspensão, nem por ocasião da instauração de estados de extralegalidade, poderão os órgãos administrativos absterem-se de aplicar a lei ou executar atos atentatórios aos direitos, liberdade e garantias.²¹³ Por sua vez, VIEIRA DE ANDRADE sustenta a recusa na aplicação da lei sempre que a violação a direito fundamental for evidente, devendo-se, no caso concreto, recorrer à ponderação,

²¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. T.IV p. 319.

²¹¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 262; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. T.IV p. 319; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 596-597; SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 332-333.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 332.

²¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. T.IV p. 318.

mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, de forma que, restando dúvida, prepondere a presunção de constitucionalidade do ato legislativo. Esse posicionamento é objeto de crítica por parte de CANOTILHO, que questiona a segurança do critério da evidência, dada a dificuldade em aferir-se, com precisão, a situação evidente, razão pela qual sugere o exercício de um controle preventivo, mediante apelo aos órgãos superiores, sempre que se defrontarem com leis cuja inconstitucionalidade seja patente ou provável.²¹⁴

Em relação à medida desta vinculação, tem-se afirmado que, no espaço de discricionariedade administrativa, “quanto mais tênue fôr a vinculação da administração à lei (como nos caso de actos de governo), tanto mais forte é a sua vinculação imediata pelos direitos, liberdades e garantias.”²¹⁵ Destarte, sob este prisma, os direitos fundamentais servirão como pautas materiais para as hipóteses de interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, servindo como parâmetro para a vinculação dos atos discricionários praticados pelos órgãos administrativos.²¹⁶

²¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 596-597. É importante registrar que o autor reconhece um espaço de não aplicação de ordens concretas de aplicação de leis inexistentes atentatórias aos direitos fundamentais quando estas implicarem na prática de um crime ou mesmo quando a aplicação da lei conduzir à afetação do direito à vida ou integridade física do cidadão. O sobredito autor inclui dentre as situações que dariam ensejo à não aplicação de ordens concretas aquelas hipóteses em que a lei poderá acarretar violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Fora dessas hipóteses, estará vedada a não aplicação de ordens concretas de aplicação normativa, vez que se mostram inseguros os critérios comumente referidos pela doutrina, incluindo neste *roll* o critério da evidência acima aludido por Vieira de Andrade.

²¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 598; SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 333.

²¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 598.

4.4 A vinculação do Poder Judiciário

A vinculação dos órgãos judiciários aos direitos fundamentais está identicamente garantida pelo art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, SCHNEIDER afirma que os órgãos judiciais estão constitucionalmente obrigados a aplicar imediatamente os direitos fundamentais.²¹⁷ Essa afirmação, segundo VIEIRA DE ANDRADE, chega a ser tão evidente que não seria necessária sua enunciação, tendo em vista que a imagem do juiz como um servo ou descobridor do direito é presente no imaginário social.²¹⁸

CANOTILHO aduz que essa vinculação dos órgãos judiciais aos direitos fundamentais dar-se mediante a constitucionalização da própria organização do Poder Judiciário e do procedimento judicial que, além de serem compreendidos na medida dos direitos fundamentais, devem ser por estes informados²¹⁹. Segundo SCHNEIDER isso é inquestionável, considerando-se os direitos fundamentais ao procedimento judicial que exigem, por exemplo, o direito a um juiz competente bem como a uma audiência pública.²²⁰ No mais, os direitos fundamentais vinculam o conteúdo dos atos jurisdicionais, atuando como medidas de decisão material que

²¹⁷ SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 81.

²¹⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2º ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 269.

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 598-599.

²²⁰ SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 81.

determinam e orientam as decisões judiciais.²²¹ Devem os órgãos jurisdicionais respeitar os direitos fundamentais em suas decisões, quando versarem sobre matérias de direito público, direito privado ou direito internacional²²². Dai a afirmação de SCHNEIDER de que os órgãos judiciais em suas decisões devem levar em consideração os direitos fundamentais enquanto elementos formadores do sistema jurídico.²²³

Deve-se assinalar que a amplitude do efeito vinculante dos direitos fundamentais contempla todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como os atos por esses praticados no exercício de suas funções. Ressalte-se que, para maioria doutrinária alemã, essa vinculação não atinge a jurisdição arbitral privada assim como a eclesiástica. Contudo, neste ponto, cabe destacar o entendimento esposado por SARLET, que analisando a questão a partir do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, entende que as decisões dos órgãos arbitrais privados são passíveis de revisão pelos órgãos jurisdicionais estatais, além de estarem vinculadas aos direitos fundamentais.²²⁴ No sentir de GONET BRANCO, uma decisão arbitral estrangeira não poderá ser homologada em território nacional se for atentatória aos

²²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 598-599.

²²² Conferir nesse sentido: VIEIRA DE ANDRADE, Jose Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 269.

²²³ SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 81.

²²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 334-335.

direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, porquanto violaria a ordem pública.²²⁵

Dessa amplitude da vinculação do Poder Judiciário, decorre o dever de conformação do poder normativo exercido pela jurisdição trabalhista aos direitos fundamentais.

Revela tal vinculação que o Poder Judiciário no desenvolvimento de sua função constitucional, exerce a fiscalização de constitucionalidade dos atos emanados dos demais poderes públicos, dispondo de um poder-dever de abster-se da aplicação de atos atentatórios à Constituição e em especial aos direitos fundamentais.²²⁶ De acordo com SARLET “é nesse contexto que se têm sustentado que são os próprios tribunais, de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo, que definem, para si mesmos e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e sentido ‘correto’ dos direitos fundamentais.”²²⁷ Além de absterem-se de aplicar normas jurídicas atentatórias aos direitos fundamentais, os órgãos jurisdicionais estão obrigados, mediante a aplicação, interpretação e integração, a conferir aos direitos fundamentais a máxima eficácia possível.²²⁸

Por fim, cabe ressaltar que os órgãos jurisdicionais devem interpretar e aplicar as normas em consonância com os direitos fundamentais,

²²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 133

²²⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 269.

²²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 335.

²²⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. T.IV p. 317.

buscando o preenchimento de lacunas existentes, a partir das normas jusfundamentais, o que não exclui a jurisdição civil, razão pela qual se impõe uma reflexão acerca do efeito irradiante dos direitos fundamentais sobre as normas de direito privado.²²⁹

²²⁹ Conferir SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 335.

CAPÍTULO 5: A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

5.1 Considerações preliminares

Hodiernamente, os direitos fundamentais não são apenas reconhecidos como normas constitucionais que vinculam tão somente as entidades públicas ou como referência para a validade das normas jurídicas.

Essa concepção foi superada pela mudança de significado operada no domínio dos direitos fundamentais, pois, na medida em que irradiam efeitos por toda ordem jurídica, não só as entidades públicas estão obrigadas a respeitá-los, mas também as entidades privadas.

Essa vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais é denominada pela expressão germânica *Drittwirkung*, que significa *eficácia perante terceiros*, conhecida também sob as designações de *eficácia horizontal* e *eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*.

Em relação a essas denominações lançadas sob os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, paira sobre a literatura especializada certa controvérsia, vez que a expressão *eficácia perante terceiros* carrega consigo a idéia de um terceiro nível eficaz, o que não é correto, pois trata-se de um segundo nível eficaz, haja vista que a questão versa sobre a vinculação de entidades privadas, ao

revés da clássica vinculação das entidades públicas no território das relações entre o particular e o Estado.

Em razão das considerações aludidas, relativa parcela da doutrina tem optado pelo uso da denominação *eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares*, bem como *vinculação dos particulares – ou entidades privadas – aos direitos fundamentais*, por expressar de forma mais adequada a dimensão específica da temática.²³⁰

Deriva essa teoria da Constituição de Weimar de 1919, que em seu art. 118, alínea 1, frase 2, reconheceu a livre manifestação do pensamento na esfera das relações laborais e econômicas, tutelando também, mediante previsão expressa em seu art. 159, frase 2, a liberdade de coalizão em face de restrições privadas. Em que pese sua proveniência situar-se na Constituição de Weimar, tudo indica que é sob a égide da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, que tal discussão é deflagrada, principalmente no quadro das relações de trabalho subordinado.

Essa discussão, no âmbito jurisprudencial, é encontrada, pela primeira vez, nos arestos do Tribunal do Trabalho Federal alemão, propagando-se para a jurisdição civil com a decisão, de 15 de janeiro de 1958, do caso Luth, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão.

Apesar do aperfeiçoamento das investigações sobre a matéria, não há um consenso em torno da forma de incidência da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, encontrando-se na doutrina constitucional cinco orientações que,

²³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p 115.

cada uma à sua forma, deságuam entre aqueles que reconhecem nos direitos fundamentais uma eficácia apenas mediata nas relações entre particulares e os que vêem a mesma eficácia de forma imediata vinculando diretamente as relações entre os particulares, a saber: (a) teoria da eficácia mediata; (b) teoria da eficácia imediata; (c) teoria dos deveres estatais de proteção; (d) teoria da convergência estatística; e (e) teoria dos três níveis de efeitos.

5.2 Teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

A teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi concebida por DÜRIG²³¹, que defende, em linhas gerais, a prevalência do princípio constitucional da liberdade, como postulado norteador das decisões sobre demandas jurídicas entre entes privados, sendo, esta tese, acatada, na Alemanha, por expressiva parcela da doutrina, bem como, mesmo que não expressamente, pelo Tribunal Constitucional.

Propugna essa teoria que os direitos fundamentais – primariamente direitos de defesa em face do Estado – apenas podem incidir no comércio jurídico entre entidades privadas após a aplicação, interpretação e integração das cláusulas

²³¹ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial: derecho a la educación; autonomía local; opinión pública*. Madrid. Civitas, 1994. p. 23-24.

gerais bem como conceitos jurídicos indeterminados do direito privado na medida dos direitos fundamentais.

Os sectários da teoria mediata da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares negam a possibilidade de aplicação direta destes direitos nas relações jurídicas travadas pelas entidades privadas, pelo fato de que esta aplicação poderia acarretar o fim do direito privado ao convertê-lo em mero direito constitucional concretizado.

Segundo DÜRIG a incidência imediata dos direitos fundamentais no comércio jurídico privado acarretaria uma estatização do Direito Civil e um esvaziamento da autonomia privada.

Sustentam os partidários desta teoria que importa em tarefa atribuída ao legislador a realização, no âmbito de sua liberdade de conformação e na condição de destinatário das normas de direitos fundamentais, a sua incidência às relações jurídicas entre os particulares.²³²

Decorre dessas considerações a idéia de que os direitos fundamentais não são oponíveis como direitos subjetivos nas relações entre os entes privados, mas que carecem de uma mediação a ser realizada pelo legislador, devendo, na ausência de normas jurídicas privadas, essa tarefa, de mediação, ser repassada ao Judiciário que, através de uma interpretação na medida dos direitos fundamentais, bem como, eventualmente, por meio de integração jurisprudencial de possíveis lacunas,

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2000, p. 123

revelando, assim, uma espécie de recepção dos direitos fundamentais pela ordem jurídica privada.²³³

Essa tarefa de mediação, atribuída em situações excepcionais ao juiz, deverá ser executada levando em conta, no exercício da atividade interpretativa, o efeito irradiante das normas de direito fundamental em relação às normas de direito privado.

Ressalte-se que a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, apesar da ampla recepção na Alemanha, não restou imune a críticas que, em apertada síntese, afirmam que a impregnação das normas de direito privado por valores constitucionais pode ensejar a mitigação do princípio da legalidade, majorando a indeterminação da insegurança na aplicação das normas de direito privado²³⁴, bem como consideram que essa tese não confere aos direitos fundamentais a proteção constitucional devida.²³⁵ Por último, é oportuno destacar que BILBAO UBILLOS considera despidiendo o caráter desta construção teórica,

²³³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 347; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 124.

²³⁴ Crítica formulada por A. Khol conforme citação de BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los Derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 317-318.

²³⁵ VEGA GARCÍA, Pedro de. *Dificuldades y Problemas para la Construcción de um Constitucionalismo de la igualdad (em caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)*. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.) *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 272.

por assumir as feições da interpretação conforme a Constituição, já amplamente aceita pela doutrina constitucional.²³⁶

5.3 Teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

A tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi sustentada por Hans Carl NIPPERDEY, na Alemanha, em 1950. De acordo com esse autor, apesar de certos direitos fundamentais inseridos na Lei Fundamental de Bonn vincularem somente os poderes públicos, outros direitos, por sua essência, seriam invocados imediatamente nas relações entre os particulares, independentemente de qualquer mediação realizada pelo legislador, sendo oponíveis em relação a todos.²³⁷ Segundo NIPPERDEY, hodiernamente, as violações perpetradas em face dos direitos fundamentais não são provenientes apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e econômicos e de terceiros em geral.²³⁸

²³⁶BILBAO UBILLOS, Juan Maria. **La eficacia de los Derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 313. O autor provoca o seguinte questionamento: “ (...) qué diferencia hay, en la práctica, entre la teoría de la eficacia mediata a través del juez y el principio general de interpretación conforme a la Constitución?” E responde: “No veo ninguna, francamente. A la misma solución puede llegar (con cláusulas generales o sin ellas) aplicando en el momento de interpretar las normas de Derecho privado el principio general.” p. 313.

²³⁷Cf. JULIO ESTRADA, Alexei. **La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2000. p. 103; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 245; GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. **Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial: derecho a la educación; autonomía local; opinión pública**. Madrid: Civitas, 1994 p. 23-24.

²³⁸Cf. BILBAO UBILLOS, Juan Maria. **La eficacia de los Derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 272.

NIPPERDEY afirma que negar a vinculação imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares implicaria em atribuir às normas jusfundamentais um caráter meramente declaratório.²³⁹ Nesse sentido, o sobredito autor chega a propugnar por uma eficácia absoluta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, uma vez que

“El efecto jurídico es más bien un efecto directamente normativo que modifica las normas de derecho privado existentes, sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas, o crea otras nuevas, sean éstas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación.”²⁴⁰

Walter LEISNER, responsável pelo desenvolvimento da tese de NIPPERDEY, sustenta, em razão do princípio da unidade da ordem jurídica e do princípio da força normativa da Constituição, que seria inadmissível conceber o direito privado como um gueto à margem da Constituição e dos direitos fundamentais.²⁴¹

Em importante julgado de 1957, o Tribunal do Trabalho Federal alemão aplicou a tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, quando reconheceu, com esboço em preceitos constitucionais, a invalidade de disposição contratual, que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado se, supervenientemente, estas viessem a contrair

²³⁹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 121.

²⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*: trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 513.

²⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 121; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 245.

matrimônio. Mais uma vez, o Tribunal do Trabalho seguiu essa mesma orientação, em um julgado de 1989, ao apreciar o caso de demissão de um químico que, alegando o direito à liberdade de consciência, absteve-se de colaborar em pesquisa, desenvolvida por empresa atuante na iniciativa privada, que desenvolvia medicamento que, ao ser usado em guerra, ajudaria os militares a combater náuseas. Nesse julgamento, o Tribunal do Trabalho deu ganho de causa ao químico, avocando diretamente o direito fundamental no deslinde da controvérsia trabalhista.²⁴²

Não obstante tenha sido a Alemanha o país onde se originou a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, esta tese não encontrou recepção na doutrina e jurisprudência germânicas, sendo, porém, amplamente acatada na Espanha e em Portugal.

A Constituição Espanhola de 1978 não prevê expressamente a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. Porém, expressiva parcela da doutrina, bem como o Tribunal Constitucional espanhol sustentam, com supedâneo em diversos argumentos, que os direitos fundamentais irradiam efeitos nas relações entre particulares.²⁴³

²⁴² BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los Derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 272.

²⁴³ Conferir, entre outros: NARAJÓ DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fé*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 199; BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los Derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 349 e ss; SANCHIS, Luis Pietro. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Madrid: Ed. Debate, 1990, 210 e ss; QUADRA-SALCEDO, Tomás. *El recurso de Amparo y los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981 p. 70; VEGA GARCÍA, Pedro de. *Dificultades y Problemas para la Construcción de um Constitucionalismo de la igualdad (em caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)*. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.) *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madrid.

NARANJO DE LA CRUZ aduz que as razões que objetam a extensão dos efeitos dos direitos fundamentais às relações entre particulares são unicamente compreensivas a partir do preconceito, despido de sustentação constitucional, de que os direitos fundamentais devam ser concebidos como direitos públicos subjetivos oponíveis, tão somente, em face do Estado.²⁴⁴

Este entendimento é compartilhado por PECES-BARBA, ao sustentar que “ para um observador imparcial, com un velo de ignorância, solo la evolucion de la cultura juridica en el mundo moderno, y que hiciera uma aproximación exclusivamente racional al tema, resultaria sin Duda evidente que los derechos fundamentales, regulan tanto las relaciones de los particulares con el poder, como también las relaciones de los particulares entre si.”²⁴⁵

QUADRA-SALCEDO defende que a obrigação de reverência dos direitos fundamentais pelos particulares provém da própria Constituição, não estando à mercê do legislador, haja vista a existência de um núcleo essencial aferido diretamente da Constituição que vincula todos os cidadãos.²⁴⁶

Para MARTÍNEZ-PUJALTE, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas encontra previsão sobretudo no princípio do Estado Social e de sua

Marcial Pons, 1996. p. 270-280; PÉREZ LUÑO, António Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 314; autores que posicionam-se contra a vinculação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas; ALFARO ÁGUILAR-REAL, Jesús. Autonomía Privada y Derechos Fundamentales. In: **Anuario de Derecho Civil**. Tomo XLVI, 1993, p. 69; GARCIA TORRES, Jesus, JIMÉNEZ BLANCO. **Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares**. Madrid: Civitas, 1986.

²⁴⁴ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fé**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p.200.

²⁴⁵ PECES-BARBA, Gregório. **Curso de derechos fundamentales. Teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/Boletim Oficial del Estado, 1995. p.617

²⁴⁶ QUADRA-SALCEDO, Tomás. **El recurso de Amparo y los Derechos Fundamentales em las Relaciones entre particulares**. Madrid: Civitas, 1981. p. 70.

projeção no âmbito dos direitos fundamentais, assinalada principalmente no art. 9.2 da Constituição espanhola de 1978.²⁴⁷

VEGA GARCIA afirma que a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares consubstancia mecanismo essencial de correção das desigualdades sociais, sustentando que o erro da tese da eficácia mediata reside em confundir a liberdade constitucional com a autonomia privada, uma vez que sob o prisma constitucional não existe liberdade em uma situação de clara desigualdade entre as partes.²⁴⁸

Por sua vez, PERÉZ LUÑO sustenta que o reconhecimento da extensão dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas apóia-se em dois argumentos: o primeiro reside no plano teórico e decorre da exigência lógica de coerência interna do ordenamento jurídico, sendo simultaneamente consequência do princípio da segurança jurídica; o segundo decorre do imperativo político hodierno, segundo o qual os poderes econômico-sociais, em muitas ocasiões, são mais implacáveis que o próprio Estado na violação dos direitos fundamentais.²⁴⁹

No quadro da jurisprudência espanhola, o problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas confundiu-se com a questão processual ligada à possibilidade de apreciação, pelo Tribunal Constitucional, de recurso de

²⁴⁷ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 88.

²⁴⁸ VEGA GARCÍA, Pedro de. Dificultades y Problemas para la Construcción de un Constitucionalismo de la igualdad (en caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). PERÉZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.) *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 270-280.

²⁴⁹ Cf. PERÉZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 314.

amparo, envolvendo litígio privado.²⁵⁰ É que, apesar do fato de ser o recurso de amparo instrumento processual destinado à proteção dos direitos fundamentais de atos perpetrados pelos poderes públicos²⁵¹, elaborou-se um engenhoso argumento de que a ofensa tutelada não é derivada do ato do particular, mas sim do Poder Judiciário que, no exercício da prestação jurisdicional, não protegeu adequadamente tais direitos.

Concorda-se com SARMENTO, no sentido de que não se pode imputar ao Poder Judiciário uma omissão censurável pela não tutela dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, se estes direitos não se estendessem a estes domínios²⁵². Destarte, ao contrário do que sustenta parca parcela da doutrina²⁵³, o fato de o Tribunal Constitucional espanhol, por questões processuais, relativas à admissibilidade do recurso de amparo, imputar ao Poder Judiciário, e não aos entes privados, a violação a direitos fundamentais nos conflitos privados, não é o bastante para caracterizar a opção pela teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais.²⁵⁴ Pode-se inferir a falibilidade deste argumento, a partir da consulta do conteúdo da multicitada decisão STC 18/1984, proferida pelo Tribunal

²⁵⁰ Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 248.

²⁵¹ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 313; GARCIA TORRES, Jesus, JIMÉNEZ BLANCO. **Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares**. Madrid: Civitas, 1986. Esses autores, com supedâneo no art. 44. 1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, tecem severas críticas à admissibilidade do recurso de amparo, pela jurisprudência constitucional, para a tutela de direitos fundamentais violados em litígios privados.

²⁵² Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 249.

²⁵³ ALFARO ÁGUILAR-REAL, Jesús. Autonomía Privada y Derechos Fundamentales. In: **Anuario de Derecho Civil**. Tomo XLVI, 1993, p. 69.

²⁵⁴ Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 249.

Constitucional espanhol, onde se constata uma inclinação à admissão da tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas. Veja-se:

“[...] no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en la relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de Derecho con el que consagra el artículo 1 de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”²⁵⁵

Mediante consulta a diversos arestos, PERÉZ LUÑO aduz que, em sucessivas decisões, o Tribunal Constitucional espanhol também tem reconhecido a eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, principalmente nos casos que versam sobre direito de greve e direito de manifestações sindicais em frente às empresas.²⁵⁶

O Tribunal Constitucional Espanhol, por ocasião do julgamento de recurso de amparo, no ano de 1993, versando sobre possível violação de direito fundamental de trabalhador, que foi demitido por ter se manifestado publicamente contra a empresa em que trabalhava, deu ganho de causa ao empregado despedido, sendo este o fundamento de sua decisão:

[...] la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano [...]
Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos de resto de la sociedad ni la libertad de empresa que establece el art. 38 de texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas

²⁵⁵ SEGADO, Francisco Fernández. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional. In *Revista de Informação Legislativa*. nº 121 (1994), p. 87; NARAJÓ DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p.207; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 249; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 153

²⁵⁶ Cf. PERÉZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2003. p. 313.

por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional²⁵⁷

Em Portugal, a extensão dos efeitos dos direitos fundamentais às relações entre particulares foi expressamente prevista no art. 18.1 Constituição de 1976.

Nada obstante, em que pese o reconhecimento expresso da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, alguns seguimentos doutrinários resistem ao reconhecimento da eficácia imediata, postulando a prevalência da tese da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.²⁵⁸ Porém, esse seguimento aparenta ser minoritário face àqueles que se alinham em defesa da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.²⁵⁹

Enfrentando questão relativa aos meios jurisdicionais de correção dos atos violadores dos direitos fundamentais, CANOTILHO e MOREIRA afirmam que esses atos atentatórios, quando perpetrados pelas entidades privadas, são ilícitos, posto que a Constituição portuguesa vincula diretamente as entidades privadas em

²⁵⁷ Cf. BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los Derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 390; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 250.

²⁵⁸ Entre os defensores da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas pode-se citar, entre outros: LUCAS PIRES, Francisco. *Uma Constituição para Portugal*. Coimbra: Almedina, 1975; MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. 72 e ss.

²⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2ª ed. revista e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, V. 1p. 164; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 145; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 602-612; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1150 -1160; ABRANTES, José João Nunes. *A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, 1990, p. 94 -113; PRATA, Ana. *A tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 137

matéria de direitos, liberdades e garantias.²⁶⁰ Depreende-se de tal afirmação que, para os autores, os direitos fundamentais vinculam todos os cidadãos, sem qualquer necessidade de uma mediação concretizadora dos poderes públicos.

Entretanto, CANOTILHO, em trabalhos individuais, ao que tudo indica, tem relativizado seu posicionamento, buscando, mediante adoção de soluções diferenciadas, conciliar a proteção dos direitos fundamentais com o princípio da autonomia privada e os princípios fundamentais do direito civil.

ABRANTES sustenta a adoção da tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sob o pálio de que a teoria da eficácia mediata não confere proteção ao núcleo essencial desses direitos, porque, nem sempre, a tutela do núcleo essencial pode derivar das cláusulas gerais da ordem civil.²⁶¹

Destaca o sobredito autor que a tutela da autonomia privada obriga o equacionamento do caso mediante uma ponderação de interesses, sobressaindo-se, como fator determinante, a existência, ou não, de simetria na relação entre as partes. Nada obstante, mesmo estando diante de uma relação simétrica, a autonomia privada será limitada pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais sem a necessidade de mediação do Poder Legislativo.²⁶²

²⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 145.

²⁶¹ ABRANTES, José João Nunes. **A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, 1990, p. 94 -113.

²⁶² ABRANTES, José João Nunes. **A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, 1990, p. 94 -113.

PRATA, igualmente, defende a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas, pois a Constituição portuguesa de 1976, ao albergar, como um dos seus valores, a concepção substancial de igualdade e de liberdade, assumiu como tarefa a erradicação da exploração e da opressão do homem pelo homem, não tendo cabimento a objeção da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares em nome da proteção da autonomia privada. Desta forma, segundo a referida autora, as entidades privadas devem respeitar de forma imediata e necessária os direitos fundamentais, independentemente de qualquer atuação mediadora do Poder Legislativo.²⁶³

VIEIRA DE ANDRADE, por sua vez, assume posição diversa das teorias dominantes da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Segundo esse autor, o disposto no art. 18.1, da Constituição portuguesa de 1976, que preceitua que as entidades privadas vinculam-se aos direitos fundamentais, não oferece solução ao modo como se opera essa vinculação. VIEIRA DE ANDRADE aduz que, no equacionamento do problema, é forçoso conciliar dois aspectos relevantes da ordem jurídica portuguesa, a saber: a preocupação com a justiça social e a proteção da autonomia privada, pois representam duas facetas distintas da idéia de liberdade no marco do constitucionalismo português. Partindo dessa perspectiva, sustenta que, nas relações privadas claramente assimétricas, incide a eficácia imediata dos direitos fundamentais, emergindo desta relação a possibilidade de a parte mais débil opor direito subjetivo fundamental àquela mais forte. Entretanto, tal

²⁶³ PRATA, Ana. *A tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra. Almedina, 1982, p. 137

circunstância não elide o fato de a parte mais forte, detentora de poder social, seja igualmente titular de direitos fundamentais, o que implica na necessidade de se proceder à ponderação de bens entre tais direitos e aqueles reivindicados pela parte mais débil da relação jurídica.²⁶⁴

Por outro lado, para VIEIRA DE ANDRADE, no domínio das relações simétricas entre particulares, a eficácia dos direitos fundamentais deve incidir de forma mediata, através de valores, que devem ser concretizados pelo legislador ordinário, influenciando, por sua vez, a interpretação judicial das normas privatistas, mediante cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

Destaca VIEIRA DE ANDRADE que, não sendo suficientes a aplicação da norma de direito privado bem com as cláusulas gerais para a tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas, deverá o julgador, no caso concreto, aplicar os preceitos constitucionais, fazendo-o com acuidade, harmonizando o direito fundamental e ao princípio da autonomia privada.²⁶⁵

Cabe ressaltar que, para o referido autor, durante o processo de ponderação entre o direito fundamental e o princípio da autonomia privada, deve-se conferir primazia à segunda, desde que a solução não importe em prejuízo insuportável ao princípio da dignidade da pessoa humana.²⁶⁶

²⁶⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 257.

²⁶⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 263-264.

²⁶⁶ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 267.

Em suas considerações sobre a extensão dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, MIRANDA reconhecendo as dificuldades que a problemática revela na conciliação entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada, propõe mesmo que de forma superficial, a adoção de soluções tópicas que busquem a concordância prática entre aqueles direitos e a autonomia privada, evitando, contudo, soluções que sacrifiquem o núcleo essencial dos direitos fundamentais.²⁶⁷

Essa discussão, acerca da forma de incidência dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas, ainda não foi objeto de discussão no âmbito da jurisprudência portuguesa, em que pese o fato de o Tribunal Constitucional já haver se manifestado sobre a extensão indiscutível da vinculação das entidades privadas ao direito fundamental do sigilo de correspondência.²⁶⁸

5.4 Teoria dos deveres de proteção do Estado

Tem-se sustentado, no âmbito do direito constitucional alemão, a tese de que a doutrina dos deveres de proteção do Estado oferece respostas adequadas a solucionar o problema da extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

²⁶⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 320-327.

²⁶⁸ NABAIS, José Casalta. Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, 1989, p. 75.

Os adeptos desta teoria afirmam, em linhas gerais, que os deveres de proteção derivados das normas jusfundamentais impõem aos poderes públicos um dever de proteção dos particulares face as violações aos bens jurídicos constitucionais, mesmo quando estes atentados consistirem em atos perpetrados por outros particulares.

Dentre aqueles que se alinham na defesa desta teoria, podem ser citados Joseph ISENSEE, Stefan OETER e Claus-Wilhelm CANARIS.

De acordo com ISENSEE, a teoria dos deveres de proteção é mais aceitável que as teorias da eficácia mediata e da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, em razão de opor os direitos fundamentais apenas em relação ao Estado, afastando os riscos para a autonomia privada, que derivariam da sujeição dos particulares aos direitos fundamentais.²⁶⁹

OETER entende que a teoria dos deveres de proteção, ao revés das demais teorias, afasta a possibilidade de ativismo judicial nas questões que versem sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Essa afirmação estriba-se na tese de que, na hipótese de o legislador deixar de exercer a custódia dos direitos fundamentais mediante emissão de normas de natureza privada, restaria vedado ao Judiciário colmatar a lacuna existente. Em tal circunstância, caberia

²⁶⁹ JULIO STRADA, Alexey. *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2000. p.139; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 259.

apenas a deflagração do controle da inconstitucionalidade por omissão, que na experiência alemã, é monopólio do Tribunal Constitucional.²⁷⁰

Defendendo, de forma intransigente, seus argumentos, o autor supracitado chega a pugnar pela substituição da doutrina da eficácia dos direitos fundamentais na relações entre particulares pela teoria dos deveres de proteção.²⁷¹

Para CANARIS, o legislador ordinário encontra-se imediatamente vinculado aos direitos fundamentais, não podendo atuar em seu desfavor, porque está incumbido de sua custódia. Por sua vez, os particulares não se submetem à mesma vinculação existente entre o cidadão e os poderes públicos, haja vista que, no comércio jurídico privado, os particulares não estão vinculados aos direitos fundamentais.²⁷² Contudo, atribui-se ao legislador a disciplina normativa das relações privadas, evitando, com isso, a ocorrência de atos atentatórios aos direitos fundamentais provenientes de terceiros. Dessas considerações, os atos emanados por entidades privadas não teriam que se amoldar aos direitos fundamentais inseridos na Constituição, mas sim aos *standards* lançados pelo legislador no exercício da custódia dos direitos fundamentais.²⁷³ Decorre dessa atividade, a faculdade conferida ao legislador de inserir, na ordem jurídica privada, direitos fundamentais,

²⁷⁰ JULIO STRADA, Alexey. *La eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*. Bogota: Universidade Externado de Colombia, 2000. p.140-141; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 259

²⁷¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 126.

²⁷² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p.130-133.

²⁷³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p.129-139; CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.234-243.

mediante regras prenhes de elevado grau de densidade, bem como de optar pela concessão de uma margem mais ampla de valoração pelo Judiciário, utilizando-se, na hipótese, de cláusulas gerais.²⁷⁴

5.5 Teoria da convergência estatística

Formulada por Jurgen SCHWABE, essa teoria, negando a relevância das teorias da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sustenta, em apertada síntese, que a atuação dos particulares, no exercício da autonomia privada, é sempre resultado de uma autorização estatal, sendo as ofensas aos direitos fundamentais derivadas do Estado, pelo fato de a este recair o encargo de proteger os direitos fundamentais, tornando, assim, supérflua, meramente aparente, a discussão em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.²⁷⁵

SCHWABE ressalta que, mesmo nas relações jurídicas travadas entre entes privados, trata-se ainda de uma proteção em face da intervenção do Estado, mesmo quando o ato atentado for perpetrado por particulares, porquanto se trata sempre de uma questão envolvendo a vinculação imediata do legislador e da jurisdição aos direitos fundamentais, tornando desnecessária uma fundamentação da

²⁷⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003. p.129-139.

²⁷⁵ MOTA PINTO, Paulo. O direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. In. **Portugal-Brasil ano 2000**. Coimbra Editora, 1999. p. 231; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 133.

eficácia dos direitos fundamentais no comércio jurídico privado, a partir da tese da ordem objetiva de valores, presente nas teorias da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais.²⁷⁶

SCHWABE considera, identicamente, supérflua a importância devotada à teoria dos deveres de proteção, pois, a partir do momento em que o Estado não veda as ingerências praticadas pelos particulares em bens jurídico-constitucionais – v.g. saúde, educação etc – as está avalizando, participando, de certa forma, nas violações perpetradas a estes direitos fundamentais, de tal modo que se estaria diante da função defensiva dos direitos fundamentais.²⁷⁷

Por fim, concorda-se com SARMENTO ao afirmar que SCHWABE, reconduz, por um lado, os direitos fundamentais a direitos públicos subjetivos concebidos pela teoria liberal clássica, mas, de outra banda acaba imputando ao Estado o ônus sobre qualquer ato perpetrado por particular que acarrete em violação aos direitos fundamentais.²⁷⁸

Essa teoria não é isenta a críticas, pois, a que tudo indica, sugere uma abordagem totalitária, ao entender que a autonomia privada consiste numa benesse conferida pelo Estado ao cidadão, desconsiderando que a liberdade humana não

²⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 135, amparado nas lições do Professor alemão Hans-Uwe ERICHSEN, especialmente no trabalho *Die Drittwirkung der Grundrechte*. In JURA 1996, pp. 527-533.

²⁷⁷ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 134.

²⁷⁸ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 263.

nasce, muito menos é criada com o Estado, mais o precede.²⁷⁹ Por outro lado, é errôneo sustentar a imputação ao Estado de toda ação praticada por particular, tão somente pelo fato de ele não a ter impedido, pois consistiria em responsabilizá-lo por todo e qualquer ato não previsto em lei.²⁸⁰ Por derradeiro, mostra-se frágil o argumento sustentado por esta teoria de que se deve atribuir ao Estado a lesão de direitos fundamentais ocasionada por ato de particular, sem ater-se ao fato de que aquele particular estaria vinculado ao direito fundamental maculado.²⁸¹

Em seguida, será abordada a teoria dos modelos de três níveis, desenvolvida por ALEXY, que, a partir de uma perspectiva conciliatória entre as três principais teorias que se importaram com a problemática da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, sustenta que a questão acerca da forma como os direitos fundamentais incidem nas relações entre particulares consiste em um problema de construção, e que a discussão relativa à medida dessa incidência nada mais é do que um problema material de colisão.

Logo na introdução deste ensaio afirmou-se que a pesquisa seria permeada pelos subsídios teóricos fornecidos pela teoria estrutural dos direitos fundamentais. Com efeito, houve esforço, ao longo do seu desenvolvimento, em apresentar as principais categorias analíticas dessa teoria, que serviriam de

²⁷⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 129-139; SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 263.

²⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 443; SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 263.

²⁸¹ NARAJÓ DE LA CRUZ, Rafael. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 207; SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 263.

sustentação para a comprovação final da hipótese central desse trabalho. Esta consistiu na afirmação de que, em sendo a questão material da medida da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas um problema de colisão autêntica de direitos fundamentais, a resposta constitucionalmente adequada para o problema perpassaria necessariamente, em última instância, pela manipulação da regra da proporcionalidade e, em especial, da regra parcial da proporcionalidade em sentido estrito, consistindo, a teoria mais adequada para operacionalizar essas categorias, a construção jurídica do modelo de três níveis de efeitos.

Dessa perspectiva, versou-se sobre temas essenciais que serviram de embasamento necessário para sustentar-se a opção, neste ensaio teórico, pela tese do modelo de três níveis, uma vez que a simples predileção por esta ou aquela proposta não atenderia às finalidades do propósito inicial desta investigação, qual seja, sistematizar a discussão acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, justificando as razões pela qual optou-se por uma, dentre as várias possibilidades que cada qual à sua maneira, ofereciam respostas à problemática em voga.

Desta forma, as considerações tecidas acerca da teoria das restrições dos direitos fundamentais, bem como a teoria da colisão destes direitos, perpassando pela abordagem essencial acerca da regra da proporcionalidade e de suas regras parciais, devem ser consideradas como a base sobre a qual se assenta a teoria do modelo de três níveis, exigindo-se, por parte do investigador, para a sua

compreensão, uma abordagem, mesmo que de forma subentendida, das dimensões analítica, empírica e normativa, já versadas na fase inicial desta pesquisa.

5.6 A teoria do modelo de três níveis de efeitos

Parte ALEXY da compreensão já assentada de que os direitos fundamentais influem nas relações travadas no comércio jurídico privado, possuindo, nesta medida, um efeito perante terceiros ou um efeito horizontal.²⁸²

Logo, o que se discute é *como e em que medida* exercem essa influência nas relações entre cidadão e cidadão. Para ele, a questão do *como* os direitos fundamentais influem nas relações entre particulares consiste num problema de construção, enquanto a questão acerca da *medida* em que o fazem formula um problema material de *colisão*. Esses dois problemas resultam do fato de existir uma diferença fundamental entre as relações travadas entre o cidadão e o Estado e aquelas firmadas no tráfico comercial entre os particulares. É que a relação entre cidadão e Estado consiste em uma relação entre um titular de direito fundamental e um não titular de direito fundamental, ao passo que a relação entre cidadãos é, por sua vez, uma relação entre titulares de direitos fundamentais.²⁸³

Destaca o referido autor, como teorias de construção, a teoria do efeito mediato em relação aos particulares, a teoria do efeito imediato em relação aos

²⁸² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 510.

²⁸³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 510-511.

particulares e a teoria dos efeitos de proteção. Depois de uma percuciente análise, aponta como ponto de convergência entre essas teorias a proeminência da atividade judicial, afirmando a existência de uma equivalência em seus resultados,²⁸⁴ que está relacionada ao fato de as três construções jurídicas reconhecerem que a gradação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares decorre de uma *ponderação de bens*.²⁸⁵

Em que pese a constatação de que as três teorias alcançam, a partir da ponderação bens, resultados iguais, ALEXY propugna por uma teoria correta, que consiga explicar de forma satisfatória a incidência dos direitos nas relações entre particulares. O fundamento da busca por essa teoria consiste em oferecer uma resposta correta à questão sobre como deve ser pensada em cada caso a extensão dos efeitos dos direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais na ordem civil.

Na opinião do autor, a suposição de que há uma construção jurídica correta, entre aquelas mencionadas, é falsa, vez que, não obstante o fato de sublinharem corretamente alguns pontos da problemática dos efeitos horizontais, consideram, equivocadamente, que os aspectos por elas abarcados constituem a solução completa.²⁸⁶

²⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 513-514. De acordo com o autor “dos construcciones jurídicas son equivalentes en sus resultados cuando todo resultado que puede ser alcanzado dentro del marco de la una puede se también alcanzado dentro del marco de la otra.

²⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 514.

²⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 514

Nesse sentido, só um modelo que envolva todos os aspectos das complexas relações jurídicas dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas seria capaz de oferecer uma solução completa e adequada à problemática.²⁸⁷

Partindo, então, da conjugação dos aspectos das três construções analisadas, ALEXY propõe uma teoria correta, denominada de modelo de três níveis de efeitos: o nível de deveres de proteção do Estado, o dos direitos frente ao Estado e o das relações jurídicas entre particulares.²⁸⁸

No primeiro nível situa-se a teoria do efeito mediato dos direitos fundamentais, onde os poderes públicos vinculam-se aos direitos fundamentais, devendo considerá-los como valores objetivos da ordem jurídica na elaboração, na aplicação, bem como na interpretação das normas de direito civil.²⁸⁹

Essa dimensão do modelo de três níveis é exemplificada, no domínio da jurisprudência civil, a partir de excerto extraído da decisão Lüth, proferida pelo Tribunal Constitucional alemão em 1950.

O caso em apreço está relacionado à tentativa de boicote do filme “Unsterbliche gelibte” (*amada imortal*) pelo diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, por representar incentivo ao anti-semitismo.

²⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 516.

²⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 516.

²⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 516.

Diante da situação, o diretor do filme, Veit Harlan provocou o Judiciário para evitar o boicote. O Tribunal de Justiça de Hamburgo, com base no art. 826 do Código Civil alemão, deferiu o pedido de Harlan, determinando que Lüth se abstivesse da prática de Boicote.

Insatisfeito, Lüth recorreu para o Tribunal Constitucional Federal, através de reclamação constitucional (*verfassungsbeschwerde*), alegando violação de sua liberdade de expressão pelo Tribunal de Justiça de Hamburgo.

Analisando a questão, o Tribunal Constitucional Federal houve por bem acatar os argumentos de Lüth, entendendo ser possível a lesão do direito fundamental de livre expressão pelos tribunais civis quando da aplicação de regras de direito privado.

ALEXY destaca, dessa decisão, a passagem em que o Tribunal Constitucional Federal afirma que por determinação constitucional deveria o Tribunal de Justiça de Hamburgo examinar se as normas de direito civil aplicáveis ao caso estariam em consonância com os direitos fundamentais.²⁹⁰

O segundo nível agrupa a teoria dos deveres de proteção que implica na oposição de direito fundamental ao Estado quando este, no exercício da atividade jurisdicional, ao apreciar um conflito operado no tráfico jurídico privado, desconsiderar um direito fundamental.²⁹¹

²⁹⁰ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 516.

²⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 516-520.

ALEXY sustenta que o simples fato de que o juiz deva interpretar e aplicar as normas de direito privado observando a ordem de valores jusfundamental não significa que ao violar este dever esteja lesando direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos. Esta conexão tem que existir para dar coerência a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre suas decisões acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Sem esta conexão não haveria como o Tribunal Constitucional Federal verificar que, no caso L^üth, o Tribunal de Justiça de Hamburgo violou o direito fundamental do recorrente, em razão do art. 5º, § 1º, frase 1, da Lei Fundamental de Bonn. Inexistindo essa conexão, a reclamação constitucional não seria conhecida, pois a violação de direito fundamental na qualidade de direitos subjetivos consubstancia requisito intrínseco a sua admissibilidade.²⁹²

No terceiro nível, dá-se a incidência da eficácia imediata dos direitos fundamentais, o que não implica em alteração de posições entre os destinatários destes direitos quando da assunção, pelo particular, do papel de sujeito passivo da relação jurídica, mas sim que, por razões jusfundamentais, existem nas relações entre particulares direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências, sem as quais não haveria que se falar em relações jurídicas privadas.²⁹³

²⁹² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 517.

²⁹³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 521.

No quadro deste modelo, não há espaço para a sobreposição de uma construção jurídica em relação às outras, pois estão, nesse arranjo teórico, simetricamente postas em três níveis, cada um deles referindo-se a um aspecto sobre a mesma coisa, implicando em opção por um desses níveis na fundamentação de um caso concreto uma questão de funcionalidade, e não em questão de primazia.

Desde essas considerações, ALEXY afirma que só a negação absoluta de qualquer efeito em relação aos particulares seria suficiente para refutar a forma exposta sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo débeis os demais argumentos. Desse modo, não subsiste a alegação de que o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas acarretaria a limitação ou eliminação da autonomia privada, haja vista que a própria autonomia privada é uma garantia institucional, o que a protege de limitações injustificadas. No mais há que se ter em vista que a delimitação de competências no domínio privado é uma questão material, importando num problema de ponderação.²⁹⁴

Em relação às objeções de que os efeitos dos direitos fundamentais a partir do modelo de três níveis tornariam supérfluo o direito civil, deve-se considerar que na maioria das vezes as normas jusfundamentais não estabelecem uma única solução para a resolução das demandas entre os particulares, haja vista que, cabendo ao legislador optar por uma solução dentre às várias possíveis, torna-a vinculante ao juiz. Por outro lado, optando o juiz por resolver as demandas privadas, unicamente,

²⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 523

através das normas constitucionais, ladeando as normas ordinárias, estaria atuando de forma incompatível com a proteção da segurança jurídica.²⁹⁵

Assim, a que tudo indica, o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não torna supérfluas as normas de direito civil, pois continuam necessárias e vigentes, acarretando para o juiz que as considere insuficientes, o ônus da argumentação, capaz de justificar a predileção pelos princípios jusfundamentais na resolução das demandas privadas.

Esta construção responde às exigências de uma teoria correta, que se preocupa com a forma de incidência em cada caso dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Ademais, mediante a ponderação de bens, consegue ajustar os diversos interesses que estão em jogo no tráfico comercial privado, oferecendo para cada caso uma solução adequada.

²⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. p. 523

CONCLUSÕES

1. Os direitos fundamentais são passíveis de intervenções, desde que constitucionalmente justificadas.
2. As restrições de direitos são normas restritivas de posições jurídicas que devem ser consideradas *prima facie* direitos fundamentais.
3. As normas restritivas de direitos fundamentais podem ser tanto regras quanto princípios.
4. Os direitos fundamentais garantidos mediante regras são plenamente determinados, não admitindo colisão com outros direitos ou bens constitucionais.
5. As restrições mediante princípios realizam-se na dimensão da ponderação de bens através da regra da proporcionalidade e de suas regras parciais.
6. O desenvolvimento legislativo em matéria de direitos fundamentais não consiste tão somente em imposição de restrições, mas poderá proporcionar a concretização de direitos fundamentais, a partir da emissão de normas de configuração.
7. As normas de conformação de direitos fundamentais são aquelas que completam, precisam ou concretizam o conteúdo de proteção de um direito fundamental.
8. Os direitos fundamentais enquanto normas principiológicas podem entrar em conflito em situações especiais, nas hipóteses de colisão de direitos fundamentais e concorrência de direitos fundamentais.

9. Haverá concorrência entre direitos fundamentais quando o comportamento de um mesmo titular preencher os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais.

10. Está-se diante de uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante, para tanto, a coincidência dos direitos envolvidos.

11. As colisões de direitos fundamentais são resolvidas mediante a aplicação da regra da proporcionalidade e suas regras parciais, em especial a regra da proporcionalidade em sentido estrito.

12. A partir das categorias extraídas do modelo normativo da teoria estrutural do direito, a proporcionalidade não pode ser enquadrada como princípio, vez que não produz efeitos de forma gradual, nem mesmo é aplicada mediante regras de prevalência no caso concreto de modo a outorgar-lhe primazia em certas hipóteses fáticas.

13. A proporcionalidade não pode ser categorizada enquanto princípio, pois as máximas parciais da proporcionalidade não são ponderadas em face de algo distinto.

14. A regra parcial da adequação sugere que o meio deverá ser considerado adequado se for apto a fomentar o objetivo pretendido, não se exigindo sua plena satisfação.

15. A regra parcial da necessidade expressa que um meio será reputado necessário caso a realização do objetivo a ser atingido não possa ser fomentada com a mesma intensidade através de outro meio que limite, em menor medida, o direito fundamental afetado.

16. Por sua vez, a regra parcial da proporcionalidade em sentido estrito exige uma correspondência juridicamente adequada entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio escolhido, expressando o equilíbrio resultante do confronto entre vantagens e desvantagens ocasionadas na medida restritiva a direito fundamental, necessária à proteção de outro direito fundamental ou bem constitucionalmente escolhido.

17. Existe uma relação de simetria entre a regra da proporcionalidade e o método de ponderação de bens.

18. A regra da proporcionalidade em sentido estrito deriva dos direitos fundamentais enquanto mandados de otimização segundo as possibilidades jurídicas, ao passo que as demais regras são deduzidas na qualidade de mandados de otimização com relação às possibilidades fáticas.

19. Os direitos fundamentais vinculam os poderes públicos impondo-lhes não só obrigações negativas de abstenção, mas também obrigações de fomentar-lhes a realização.

20. Os direitos fundamentais irradiam efeitos no domínio das relações entre particulares.

21. Dentre as teorias que procuram explicar a forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, a construção teórica denominada de modelo de três níveis atende adequadamente às exigências da problemática do *como* e *em que medida* os efeitos dos direitos fundamentais irradiam no domínio privado.

22. Sendo a medida da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas um problema material de colisão, a sua solução perpassa inevitavelmente pelo manuseio da ponderação de bens.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, José João Nunes. **A Vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Lisboa, 1990.

AFONSO DA SILVA, Luiz Virgílio. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

ALCHOURRÓN, Carlos e BULYGIN, Eugênio. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1974.

ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. México: Fontamara, 1993.

_____. **El concepto y la validez de Derecho**. 2ª ed. Trad. de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. Luiz Afonso Reck. **Revista de Direito Administrativo**. 217/67-79, Rio de Janeiro, Julho-setembro, 1999.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2ª reimp. trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALFARO ÁGUILAR-REAL, Jesús. **Autonomía Privada y Derechos Fundamentales**. In: **Anuario de Derecho Civil**. Tomo XLVI, 1993.

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: um tratado sobre la justificación jurídica**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./ maio 1999.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

BENDA, Ernesto, MAIHOFER, Werner, VOGEL, Juan J., HESSE, Conrado, HEYDE, Wolfgang. **Manual de derecho constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. **La eficácia de los Derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

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

BOROWSKI, Martin. **Grundrecht als Prinzipien: Die Unterscheidung prima-facie Position und definitiven Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte**. Baden-Baden: Nomos Verl. –Ges., 1998.

_____. La restricción de los derechos fundamentales. **Revista Española de derecho constitucional**, 59 (2000).

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Grundrecht und privatrecht**. Acp 184 (1984): 201-246.

_____. **Grundrecht und privatrecht**. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1999.

_____. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.234-243.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2ª ed. revista e ampl. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

_____. **Direito Constitucional**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4º ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____ e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. Contribuições previdenciárias – não-reconhecimento – art. 95, “d”, da Lei n. 8.212/91 – inconstitucionalidade. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 14, p. 106-134, 1996.

_____ e FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In. GRAU, Eros Roberto, CUNHA, Sérgio Servulo. **Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 231- 243.

DREIER, Ralf. **Recht - moral - ideologie**. Frankfurt: M: Suhrkamp, 1981.

_____. **Derecho y Justicia**. Santa Fé – Colômbia: Editorila Temis, 1994.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Fabris, 2000.

GALLEGO ANABITARIE, Alfredo. **Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial: derecho a la educación; autonomía local; opinión pública**. Madrid: Civitas, 1994.

GARCIA TORRES, Jesus, JIMÉNEZ BLANCO. **Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares**. Madrid: Cívitas, 1986.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GONZALEZ - CUELLAR SERRANO, Nicolas. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno ao princípio da proporcionalidade. In. MIRANDA, Jorge. **Perspectivas constitucionais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

_____. **Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

HÄBERLE, Peter. **Le Liberta Fondamentali nello Stato Costituzionale**. Trad. Alessandro Fusilo e Romolo W. Rossi. Roma: La nuova Itália Scientifica, 1993.

_____. **Die Wesengehaltesgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz**. 3ª ed. Heidelberg: Müller, 1983.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e Validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HECK, Luiz Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1995.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. **El derecho como dogma**. Madrid: Tecnos, 1984.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 1998.

JULIO ESTRADA, Alexei. **La eficácia de los derechos fundamentales entre particulares**. Bogota: Universidade Externado de Colômbia, 2000.

LEIVAS, Paulo Cogo. **A estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais**. Dissertação. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002.

LUCAS PIRES, Francisco. **Uma Constituição para Portugal**. Coimbra: Almedina, 1975.

MANTIN-RETORILLO, Lorenzo e PARDO, Ignacio de Otto y. **Derechos fundamentales y constitución**. Madrid: Cívitas, 1992.

MATÍNEZ-PUJALTE, Antônio-Luis. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MAURER, H. **Staatrecht**. München: Beck, 1999.

MEDINA GUERRERO, Manuel. **La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales**. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo**, 23 (1994).

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

_____, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. T.IV

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria Geral do Direito Civil**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos do trabalho do Direito Constitucional**. 2º ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 36.

MURPHY, Walter, FLEMING, James e BARBER, Sortirios. **American Constitutional Interpretatio**. Westbury: The Foundantion Press, 1995, p. 413.

NABAIS, José Casalta. Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, 1989.

NARAJO DE LA CRUZ, Rafael. **Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fé**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

PERCES-BARBA, Gregório Martinez. **La Constitución española de 1978. Um estúdio de derecho y polytica**. Valência: Fernando Torres, 1981.

_____. **Curso de derechos fundamentales. Teoria general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid/Boletim Oficial del Estado, 1995.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. El princípio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia constitucional y literatura especializada alemanas. In: PEDRAZ

PENALVA, Ernesto. **Constitución, jurisdicción y proceso**. Madrid: Akal, 1990, p. 277-311.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 8º ed. Madrid: Tecno, 2003.

PHILIPPE, Xavier. **Le Contrôle de Proportionalité dans les jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises**. Aix Marseille, 1990.

PRATA, Ana. **A tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REDONDO, Manuel Jiménez. **Es posible uma teoria unitária y consistente de los capítulos relativos a derechos fundamentales?** In: Doxas, 1988, nº 5.

QUADRA-SALCEDO, Tomás. **El recurso de Amparo y los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares**. Madrid: Civitas, 1981.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la Justicia**. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1970.

_____. **Logica de las normas**. Trad. de José S. P. Hierro. Madrid: Tecnos, 1971.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. Os direitos fundamentais e suas características. In **Cadernos de Direito Constitucional e Internacional**. Nº 30 (2000).

RÜFNER, Wolfgang. Grundrechtskonflikte. In: **Bundesverfassungsgericht um Grundgesetz**. vol. 11. Tübingen. 1976.

SANCHIS, Luis Pietro. **Estudios sobre Derechos Fundamentales**. Madrid: Ed. Debate, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In. **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SCHAPP, Jan. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica**. Trad. Ernildo Stein. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1985.

SCHNEIDER, Hans Peter. **Democracia y Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SEGADO, Francisco Fernández. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y su interpretación por el Tribunal Constitucional. In **Revista de Informação Legislativa**. nº 121 (1994)

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2001,p.33.

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

VEGA GARCÍA, Pedro de. Dificuldades y Problemas para la Construcción de um Constitucionalismo de la igualdad (em caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (Org.) **Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

VIEIRA DE ANDRADE. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

VILLALON, Pedro Cruz. Formación y evolución de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**. 25 (1989).