

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

HEITOR MOREIRA DE QUEIROGA

AS NOVAS NUANCES DO NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA
ANÁLISE DA SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

SOUSA – PB

2016

HEITOR MOREIRA DE QUEIROGA

AS NOVAS NUANCES DO NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA
ANÁLISE DA SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e
Sociais da Universidade Federal de Campina
Grande como requisito parcial para obtenção de
título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Esp. Vanina Oliveira Ferreira de
Sousa

SOUSA – PB

2016

HEITOR MOREIRA DE QUEIROGA

NEOCONSTITUCIONALISMO – APLICAÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e
Sociais da Universidade Federal de Campina
Grande como requisito parcial para obtenção de
título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Esp. Vanina Oliveira Ferreira de
Sousa

Aprovado em: 04 de Outubro de 2016.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Esp. Vanina Oliveira Ferreira de Sousa – UFCG
Professora Orientadora

Prof.^a Dr.^a Jacyara Farias Souza – UFCG
Professora Examinadora

Prof. Dr. Eduardo Pordeus Silva – UFCG
Professor Examinador

É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota.

(Theodore Roosevelt)

AGRADECIMENTOS

A Deus, primeiramente, por ter me concedido o dom da inteligência e da perseverança, para que, ainda que enfrentasse momentos difíceis, continuasse na luta para nunca desistir.

A minha mãe, Maria do Socorro Nóbrega Moreira, que me guiou sempre no caminho do bem e que esteve ao meu lado sempre.

A meu pai, Francisco Moreira de Queiroga Sobrinho (*in memoriam*), que, apesar de não estar aqui para fazer parte desse momento, me enche de bênçãos.

A minha tia, Ana Maria Braga, que me deu toda base necessária para que eu pudesse chegar até aqui.

As minhas irmãs, Solange Moreira de Queiroga e Suely Moreira de Queiroga, que sempre torceram por mim e por minha vitória.

Aos meus amigos de modo geral, pelas palavras de incentivo e motivação.

A minha orientadora, Vanina Oliveira Ferreira de Sousa, por me acompanhar nessa etapa de conclusão e me dá todo o apoio necessário.

A todos, que de forma direta ou indireta, contribuíram comigo por todo esse tempo. Meu humilde e sincero obrigado.

Dedico à minha família que sempre me apoiou. De modo especial a minha mãe que sempre esteve ao meu lado me incentivando e motivando para nunca desistir. Ao eu pai (*in memorian*) que lá de cima torce por mim todos os dias. As minhas irmãs por trazerem aos meus dias mais sabedoria e paz.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade abordar o tema dos direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico atual no que diz respeito à aplicação de tais direitos dentro das relações privadas. Será mostrado através de uma abordagem hipotético-dedutivo e de um procedimento histórico-evolutivo que tal aplicação deverá ser feita através do uso do Princípio da Proporcionalidade, conforme várias pesquisas bibliográficas apontam. Sendo assim, será possível por meio da técnica da ponderação a solução para possíveis conflitos que existam entre tais normas, ou seja, com o sopesamento de valores de uma norma fundamental em detrimento a outra. A argumentação jurídica será a validadora de tal decisão, que se valerá pelo princípio da dignidade humana, que é o principal norte na solução de conflitos dessa natureza. Ainda será mostrado como os direitos fundamentais ganharam esse destaque dentro da ordem jurídica atual, mostrando sua evolução, desde o *jus naturalismo*, passando pelo positivismo, até encontrar respaldo com o movimento neoconstitucionalista (pós-positivista) que surgiu com o fim da Segunda Guerra Mundial. Mostrar-se-á, também, os marcos que influenciaram na imposição dessa nova corrente, bem como suas principais acepções, culminando, assim, num conceito que seja mais aceito. Será também tratado o que são direitos fundamentais e qual a sua diferença em relação aos direitos humanos e aos direitos do homem, como se deu seu surgimento a partir da Revolução Francesa e qual o tipo de eficácia mais aceita, em que pesem existir a corrente mediata e a corrente imediata, esta se subdividindo em horizontal e vertical. Restará mostrado que a mais correta é a teoria da imediatidade, já que tais direitos devem sempre ser garantidos dentro de uma situação concreta, cabendo ao Judiciário a decisão que se valerá do direito “mais importante” em relação a outro.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-Positivismo. Eficácia. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT

This study aims to address the issue of fundamental rights within the current legal framework regarding the application of such rights within the private relations. It will be shown through a hypothetical-deductive approach and a historical-evolutionary procedure that such an application must be made through the use of the proportionality principle, as several bibliographical research points. Thus, it is possible by means of the solution of the weighting technique for possible conflicts that exist between these standards, that is, with the values reflection a fundamental rule over the other. The legal argument is the validator of such a decision, which will be valid for the principle of human dignity, which is the main north in resolving such conflicts. It will still be shown as fundamental rights won this highlight within the current legal system, showing its evolution from jus naturalism, through positivism, to find support with neoconstitucionalist movement (post-positivist) that came with the end of World War II. Show It will also milestones that influenced the imposition of this new chain and its main meanings, culminating thus a concept that is more accepted. It will also be treated which are fundamental rights and what is its difference in relation to human rights and human rights, as it did its emergence from the French Revolution and the kind of effectiveness more accepted, in spite exist to mediate chain and the immediate chain, this is subdivided horizontally and vertically. Remain shown that the most correct is the theory of immediacy, since such rights should always be secured inside a concrete situation, being the judicial decision that will be valid law "most important" in relation to another.

KEY-WORDS: Post-Positivism. Efficiency. Principle of Proportionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88 – Constituição Federal de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

HC – Habeas Corpus

Rcl. – Reclamação

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 MOVIMENTO NEOCONSTITUCIONALISTA (OU PÓS-POSITIVISTA)	13
2.1 DO CONSTITUCIONALISMO ANTIGO AO NEOCONSTITUCIONALISMO (OU PÓS-POSITIVISMO)	13
2.2 APROXIMAÇÃO CONCEITUAL DE NEOCONSTITUCIONALISMO	15
2.2.1 Neoconstitucionalismo Teórico.....	15
2.2.2 Neoconstitucionalismo Institucional.....	19
2.2.3 Neoconstitucionalismo Ideológico	21
2.3 MARCOS HISTÓRICO, FILOSÓFICO E TEÓRICO.....	24
3 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	28
3.1 BREVE HISTÓRICO A RESPEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	28
3.2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	30
3.3 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	32
3.3.1 Da Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais.....	33
3.3.2 Da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.....	34
3.3.2.1 Da Eficácia Indireta ou Mediata.....	35
3.3.2.2 Da Eficácia Direta ou Imediata	36
3.4. ANÁLISE CONJUNTA: HORIZONTALIDADE E VERTICALIDADE	38
4 APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	41
4.1 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS	41
4.1.1 Possibilidades de Conflitos entre Direitos Fundamentais.....	42
4.1.2 Casuística da Colisão entre Direitos Fundamentais.....	43
4.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	45
4.2.1 A Técnica da Ponderação	48
4.3 SOLUÇÃO DE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).....	51
4.3.1 Exame de Sangue Forçado em Investigação de Paternidade. Integridade Física <i>versus</i> Direito ao Conhecimento da Paternidade.....	52
4.3.2 Caso Glória Trevi. Direito à Intimidade <i>versus</i> Direito à Honra	54
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, os ordenamentos jurídicos que existiam até aquele período modificaram-se profundamente, junto com a doutrina e a jurisprudência que passou a ser adotada em vários países pelo mundo. O campo de estudo referente ao Direito Constitucional encontrou novo folego para dar origem a uma nova fase, qual seja, a do reconhecimento dado às regras e aos princípios constitucionais, dando ainda mais valor às Cartas Magnas.

Nesse cenário, situado no período pós-guerra, o Brasil, abre espaço para esse novo panorama com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que tratou da redemocratização do país. Ainda que de forma retardada em relação à tradição europeia, o ordenamento jurídico brasileiro se inseriu — dando seus primeiros passos nessa nova concepção paradigmática — no universo do neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo). Tal expressão, ver-se-á, vem sendo empregada com muita frequência, carregando consigo uma variedade de significados sem o conhecimento dos quais não se entende, por inteiro, o fenômeno.

Desse modo, importante analisar a influência movimento neoconstitucionalista (ou pós-positivista) no tocante a valoração dos princípios e regras constitucionais como normas que podem atuar na relação entre particulares, afim de solucionar possíveis conflitos entre direitos fundamentais, através do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação.

Nesse sentido, faz-se necessário entender as diversas acepções do termo neoconstitucionalismo, no que diz respeito as denominações teórica, institucional e ideológica. Ainda, assim, tratar-se-á também dos marcos histórico, filosófico e teórico que influenciaram esse novo movimento, permitindo, dessa forma, uma melhor compreensão de tal movimento.

Como se perceberá, o movimento neoconstitucionalista trouxe uma maior valorização para as normas constitucionais existentes nas Cartas Magnas que, com maior destaque, surgiu a partir da Revolução Francesa de 1789, contudo é só no período pós-moderno que os direitos fundamentais inseridos dentro do texto constitucional ganharam maior visibilidade, principalmente no que diz respeito ao princípio da dignidade humana. Foi com tal princípio que se percebeu a grande importância da aplicação e da ponderação dos valores dos preceitos fundamentais dentro de situações concretas visíveis dentro de relações jurídicas (privadas).

Ainda se objetivará, no presente trabalho, estudar os direitos fundamentais e sua evolução; diferenciar a eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais; perceber a diferença entre a eficácia imediata e mediata; e avaliar como se dará a solução de conflitos entre direitos fundamentais e o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF).

Com efeito, os direitos fundamentais, é dotado de eficácia imediata ainda que tenham doutrinadores que acreditem na ideia da eficácia mediata de tais normas. E esses direitos não devem ser confundidos com a ideia de direitos humanos e direitos do homem. Este trata das normas considerada *jus naturais*, ou seja, que tratam da própria natureza do homem de maneira divina, não estando, pois, positivadas em nenhuma carta; já aqueles estão positivadas, só que em âmbito internacional, em tratados, acordos. Os direitos fundamentais são trazidos dentro Constituição de cada Estado, que preserva os principais direitos que devem ser protegidos e garantidos, trazendo consigo a premissa de que são de natureza imediata.

Essa imediatidade traz consigo a ideia da horizontalidade e verticalidade. No sentido de que, na última, o conflito dos direitos fundamentais acontece entre um particular e o Estado superior, preservando-se, assim, os direitos do particular que na situação concreta tem menos poder que o Estado. Já na primeira, tratar-se-á de conflitos entre dois particulares que são dotados de direitos fundamentais e que merecem ter esses direitos garantidos e protegidos dentro de uma situação concreta.

É diante desse problema, qual seja, o conflito de direitos fundamentais nas relações privadas, que entra em cena o princípio da proporcionalidade, que através da técnica da ponderação fará o sopesamento de valores de cada direito que se encontra na iminência de ser violado, sempre tendo por base a preservação do princípio maior, que é o da dignidade da pessoa humana. Feito essa análise, resultar-se-á em uma decisão que será validada através de um argumento jurídico plausível que justifique a mesma por parte do Judiciário.

Para efeito de entendimento maior, será analisado duas situações concretas julgadas pelo Supremo Tribunal Federal em que havia a colisão entre direitos fundamentais dentro de uma relação privada, mostrando como foi feito o uso da proporcionalidade e da ponderação, bem como da argumentação jurídica que validou tais decisões.

2 MOVIMENTO NEOCONSTITUCIONALISTA (OU PÓS-POSITIVISTA)

As várias vertentes ou acepções do vocábulo “neoconstitucionalismo”, direciona-se para as vertentes teórica, institucional e ideológica. Nesse sentido, explora-se sobre o que a doutrina tem chamado de marcos histórico, filosófico e teórico do neoconstitucionalismo, contribuindo para que o leitor compreenda o objeto de estudo de maneira contextualizada.

Precisamente, o neoconstitucionalismo influenciou profundamente os sistemas jurídicos que foram surgindo após o fim da Segunda Guerra Mundial, modificando as constituições que estavam sendo promulgadas àquele período. Nesse cenário, a doutrina e a jurisprudência, ainda que em idiomas variados, vieram a estabelecer apontamentos importantes sobre tais constituições.

A normatividade passou a ser reconhecida, também, em relação aos princípios constitucionais, além das regras que já existiam, uma vez que encontrou, os princípios, campo próprio dentro das cartas magnas, originando uma nova fase, de grande relevância, para os estudos referentes ao Direito Constitucional.

2.1 DO CONSTITUCIONALISMO ANTIGO AO NEOCONSTITUCIONALISMO (OU PÓS-POSITIVISMO)

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial e, por consequência, o declínio do regime nazista que se instalava na Europa, em especial, na Alemanha, os juristas desse continente experimentaram uma profunda crise de identidade, e que mais adiante viria a modificar completamente o cenário constitucional de vários países, que até então se regia pelo positivismo jurídico.

Como elucida Marmelstein (2014, p. 9): “o nazismo foi como um banho de água fria para o positivismo ideológico, que até então era aceito pelos juristas de maior prestígio”. E é partindo desse ponto que é possível perceber que a sociedade contemporânea, de maneira geral, inaugurada no período pós-guerra, vive tempos de mudança, de intervalo entre algo que deixara de existir e algo que com certeza surgirá, mesmo que de forma ainda indefinida.

Nesse sentido, Santos (2001, p. 34), na totalidade ampla das ciências sociais, assevera que está em curso uma transição de caráter paradigmática:

Tenho vindo afirmar que nos encontramos numa fase de transição paradigmática, entre o paradigma da modernidade, cujos sinais de crise me parecem evidentes, e um novo paradigma com um perfil vagamente descortinável, ainda sem nome e cuja ausência de nome se designa por pós-modernidade.

O Direito não escapa de tal transição paradigmática, uma vez que o mesmo é produto de uma sociedade e de um tempo. Com efeito, sendo o Direito afetado por estes dois componentes tão subjetivos – sociedade e tempo –, os operadores de procedimentos jurídicos tradicionais perceberam, há algum tempo atrás, que existe uma insuficiência desses procedimentos para dar conta dos fatos da vida que foram e estão sendo experimentados nas últimas décadas, especialmente, no século XXI. Exemplos como conflitos de massa, demandas relativas à defesa do meio ambiente, à genética e à tecnologia, colisões de direitos fundamentais são alguns problemas dessa nova realidade que o Direito, as práticas que dele decorrem e a teoria que sobre ele se constrói precisam enfrentar.

Ainda assim, importante ressaltar que as Constituições existentes antes da Segunda Guerra Mundial já preceituavam direitos fundamentais e normas de valores econômico e social. Contudo, conforme entendimento de Bonavides (2006, p. 263): “a marca do positivismo era adotar como padrão os ditames legais, caracterizando tais direitos como meros programas, uma vez que não havia lei que os instrumentalizassem”.

No âmbito do Direito Constitucional, tais mudanças têm sido, faticamente, objeto de enfrentamento. Muita coisa tem sido escrita, seja no Brasil ou em outros países, acerca do que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo), cujo ideário se contrapõe ao positivismo, na medida em que busca efetivar os direitos humanos, como forma de evitar a barbárie vista no período anterior, dando potencial normativo à Constituição Federal de 1988 (CF/88) e as suas técnicas de interpretação.

Como assevera Carbonell (2003, p. 11), entretanto, o conteúdo desse novo constitucionalismo, quer na dimensão teórica, quer no domínio da prática, ainda está por descobrir-se, consoante se percebe a seguir:

Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo en su aplicación práctica y en su dimensión teórica es algo que está por verse. No se trata, como se acaba de apuntar, de un modelo consolidado, y quizá ni siquiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo, pues contiene en su interior una serie de equilibrios que difícilmente pueden llegar a convivir sin problemas.

Nesse cenário, convém conceituar as linhas essenciais do paradigma em desenvolvimento, abordando considerações de caráter histórico, tão-somente na medida necessária à apreensão do fenômeno sob foco.

2.2 APROXIMAÇÃO CONCEITUAL DE NEOCONSTITUCIONALISMO

De maneira clara, é possível conceituar o neoconstitucionalismo (ou pós-positivismo) como uma nova forma de interpretação dada ao Direito, partindo da valorização dos direitos humanos, em que sua máxima são os direitos fundamentais presentes nas Cartas Políticas de cunho democrático.

Como explicitado anteriormente, a teoria positivista foi marcante até o fim da Segunda Guerra Mundial. Sua principal filosofia era o estabelecimento da segurança jurídica, que deveria partir do cumprimento dos rigorosos ditames legais, não se permitindo reflexões quanto a estes, caracterizando um período conhecido como Estado de Direito. E por conta de tal entendimento, à época, que tudo isso culminou nas atrocidades promovidas pelo sistema nacional-socialista alemão, que protegido pela lei eliminou seis milhões de judeus.

Nesse lume, uma vez superado o positivismo pelo neoconstitucionalismo, o Estado de Direito fora superado pelo Estado Democrático de Direito.

Em síntese, a doutrina caracteriza o movimento neoconstitucionalista (ou pós-positivista) como um movimento que busca a reestruturação da Teoria Geral do Direito, cujo ponto de partida é o da promulgação de constituições que eram detentoras de forte conteúdo de natureza protetiva e com pretensão à efetividade, notadamente iniciada em meados do século XX, vinculando-se, em grande parte, aos vestígios da Segunda Guerra Mundial.

Contudo, importante ressaltar que esse movimento, não está limitado apenas ao universo teórico, pois tem sido esquematizado, basicamente, através de três vertentes ou acepções, de propositura de Paolo Comanducci (2003) e que tem sido adotada, entre outros, por Luis Prieto Sanchís (2003).

2.2.1 Neoconstitucionalismo Teórico

O neoconstitucionalismo em sentido teórico caracteriza-se, primordialmente, por apresentar uma alternativa, uma correção à tradicional teoria positivista, uma vez

que, segundo Comanducci (2003, p. 83): “los cambios de objeto de investigación no reflejan más la situación real de los sistemas jurídicos contemporáneos”. Tais transformações, ainda segundo o autor supracitado, dizem respeito: a) à positivação de um catálogo de direitos fundamentais; b) à onipresença de princípios e regras na Constituição; c) às peculiaridades de interpretação e de aplicação das normas constitucionais; e, por último, d) à natureza “invasora” da Constituição, que se faz presente em todo o ordenamento jurídico, condensando os vetores de compreensão dos enunciados normativos infraconstitucionais.

Nessa mesma linha de pensamento, Marmelstein (2014, p. 12) afirma que:

A ordem jurídico-constitucional de diversos países tornou-se centrada na dignidade da pessoa humana, fazendo surgir, dentro da comunidade jurídica, uma verdadeira teoria dos direitos fundamentais, cujas premissas são, em síntese, as seguintes: a) crítica ao legalismo e formalismo jurídico; b) defesa da positivação constitucional dos valores éticos; c) crença na força normativa da Constituição, inclusive nos seus princípios, ainda que potencialmente contraditórios; d) compromisso com os valores constitucionais, especialmente com a dignidade humana.

Faz-se necessário esclarecer que não significa dizer que os direitos fundamentais inexistiam antes do surgimento desse novo modelo constitucionalista, já que as origens de tais cláusulas remontam, no sentido de Alexy (2003, p. 32), a fatos e eventos bíblicos:

Las orígenes de los derechos fundamentales se remontan muy atrás en el tiempo. Basta recordar la declaración de semejanza a Dios del Génesis 1, 27: ‘Dios creó al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó’; la neotestamentaria declaración de igualdad que formula Pablo en su Carta a los Gálatas 3, 28: ‘No hay judío ni griego, no hay varón ni mujer, pues todos vosotros sois uno en Cristo Jesús’; [...].

O ponto essencial é a centralidade que os direitos fundamentais adquirem nos novos e recentes sistemas jurídicos, nos últimos cinquenta anos, algo vislumbrado já no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹, mas no conflito de primazia junto ao princípio da separação de poderes e sem repercussão prática ao longo do século XIX e da primeira metade do século XX.

A onipresença de princípios e regras nos diplomas constitucionais tem relação intrínseca com a necessidade de reconhecimento da força normativa da Constituição,

¹ A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

ou seja, a Constituição deixa de ser compreendida como simples carta de natureza política, em que há provocação extrajurídica aos poderes que nela se constituem, para aderir a um verdadeiro conjunto de normas superiores dentro de todo o ordenamento e, desta forma, dotadas de eficácia jurídica, capazes de regular os interesses e as ações dos sujeitos. Nesse sentido, Hesse (1991, p. 15) afirma:

Mas, — esse aspecto afigura-se decisivo — a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser: ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

É por isso, que Reale (2003) em sua teoria tridimensionalista do Direito, elaborada em meados dos anos 60, já asseverava que o direito é fato, valor e norma. Ou seja, validava a ideia de que os princípios são normas jurídicas, contribuindo para a grande reviravolta na ciência do Direito, principalmente no campo constitucional.

Já no que diz respeito às peculiaridades de interpretação e de aplicação das normas constitucionais vale destacar como sendo um dos traços que foram renovados pelo neoconstitucionalismo, partindo da ideia de que os métodos hermenêuticos tradicionalistas não se mostram mais suficientes para a construção de sentido dos preceitos da Constituição, destacando-se nesse diapasão as hipóteses em que há colisão entre direitos fundamentais, demonstrando que os critérios comuns de solução de antinomias jurídicas (cronológico, hierárquico e de especialidade) inúteis.

Em virtude das transformações ocasionadas pela centralidade dada aos direitos fundamentais nos novos e recentes sistemas jurídicos e, ainda, pelo reconhecimento da força normativa adquirida pela Constituição, esforços doutrinários têm sido focados na formulação de novas técnicas de interpretação, destacando-se a ponderação de bens e interesses constitucionais.

E por último a natureza “invasora” da Constituição vem para exprimir a capacidade que esta tem de se fazer presente em todos os campos do ordenamento jurídico, de forma a condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina e o agir dos atores sociais, como corrobora Comanducci (2003, p. 81):

En el ordenamiento italiano, también y sobre todo a partir de las deliberaciones de la Corte Constitucional, se ha producido una progresiva 'constitucionalización' del Derecho. Se trata de un proceso al término del cual el Derecho es 'impregnado', 'saturado' o 'embebido' por la Constitución: un Derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos.

Isto vale dizer que as demais disposições, de natureza infraconstitucional, passam a ser vistas através do prisma dos valores e das normas inseridos na Constituição, se necessário, de maneira corretiva, propiciando um olhar constitucional sobre todo o ordenamento jurídico.

Comanducci ainda acentua, todavia, a existência de duas correntes que se opõem dentro do neoconstitucionalismo teórico. A primeira tende a defender a tese de que tal movimento novo representaria uma continuação do primordial positivismo jurídico, em que se preservam os mesmos métodos de exame do Direito, incidindo sobre um objeto parcialmente modificado. Por outro lado, a segunda corrente infere que, nas palavras de Comanducci (2003, p. 83):

Las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico.

Em se tratando da doutrina nacional, Bonavides (2005, p. 461) defende a primeira corrente, mas não sem pôr em destaque a impossibilidade de uma interpretação unicamente silogística das normas constitucionais:

Não vamos tão longe aqui a ponto de postular uma técnica interpretativa especial para as leis constitucionais, nem preconizar os meios e regras de interpretação que não sejam aquelas válidas para todos os ramos do Direito, cuja unidade básica não podemos ignorar nem perder de vista (doutra forma não se justificaria o longo exórdio que consagramos à teoria da interpretação e seus distintos métodos), mas nem por isso devemos admitir se possa dar à norma constitucional, salvo violentando-lhe o sentido e a natureza, uma interpretação de todo mecânica e silogística, indiferente à plasticidade que lhe é inerente, e a única aliás a permitir acomodá-la a fins, cujo teor axiológico assenta nos princípios com que a ideologia tutela o próprio ordenamento jurídico.

Verifica-se, em síntese, que o neoconstitucionalismo teórico não pode ser avaliado de forma una e sem contradições. A escolha pela tese da continuidade *jus positivista*, ainda que ajustadas a um objeto parcialmente modificado, ou pela tese da

distinção qualitativa produz inegáveis consequências nas técnicas jurídicas a que devam ser empregadas, principalmente nos domínios da interpretação constitucional.

Como consequência disso, é possível destacar que a teoria dos direitos fundamentais já ocupa, nas palavras de Marmelstein (2014, p. 12): “um papel de vanguarda dentro da atividade jurídica prática e teórica, provando que não se trata de um modismo passageiro”.

Com efeito, pode-se inferir que a partir das palavras do autor supracitado, as principais Cortes Constitucionais ao redor do mundo quando submetidas a polêmicos julgamentos tem por base as premissas dessa nova teoria que valoriza os direitos fundamentais como normas de grande valoração.

2.2.2 Neoconstitucionalismo Institucional

O neoconstitucionalismo à luz da segunda vertente indica que o modelo constitucional remete a uma série de mecanismos institucionais e normativos que tem a função de limitar os poderes do Estado e proteger os direitos fundamentais.

Por essa linha de pensamento, é possível a conexão com um tipo de Estado de Direito, em que estariam em curso, ou até mesmo concluídas, as transformações apresentadas pela vertente teórica do neoconstitucionalismo.

Diante dessa concepção estrutural que remete aos princípios constitucionais e à conformação das regras e princípios como espécies normativas distintas, no entendimento de Alexy (1993, p. 81-82):

El marco de una teoría de los materiales normativos de los derechos fundamentales y, por lo tanto, un punto de partida para responder a la pregunta sobre la posibilidad y la racionalidad de los límites establecidos en los derechos fundamentales.

Tal acepção institucional é explanada por Sanchís (2003), que afirma ser uma resultante da convergência de duas tradições constitucionalistas que até então sempre caminharam em sentidos antagônicos, qual seja a norte-americana original e a originada pela Revolução Francesa. O neoconstitucionalismo, por esse ângulo, tentaria superar as dificuldades históricas presentes em ambas as tradições.

A primeira tradição constitucionalista entende ser a Constituição a “regra do jogo”, sendo, pois, um pacto dos mínimos necessários à autonomia dos indivíduos, já

que possuem a qualidade de sujeitos privados e de agentes políticos, incumbindo-lhes a responsabilidade pelo desenvolvimento de suas próprias vidas.

Neste modelo, a ideia de “regra do jogo” sugere à supremacia que a Constituição deve ter sobre as demais normas de todo o sistema jurídico, demandando garantia desse aspecto característico pelo Poder Judiciário, supostamente o mais neutro dos poderes estatais, segundo entendimento do professor Sanchís (2003, p. 125):

En líneas generales, ésta es la tradición norteamericana originaria, cuya contribución básica se cifra en la idea de supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional: dado su carácter de regla de juego y, por tanto, de norma lógicamente superior a quienes participan en ese juego, la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más ‘neutro’ de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial.

Já no tocante à segunda tradição, a Constituição passa a ter uma forma bastante distinta, não sendo entendida apenas como “regra do jogo” ou pacto de mínimos necessários, mas como um projeto político profundo e articulado, trazendo em seu escopo um verdadeiro conjunto de diretrizes e princípios que vislumbram a realização de transformações sociais e políticas.

Nesse contexto, pode-se aduzir que a Constituição se atreve a disciplinar de maneira ativa e direta a vida das pessoas e, até mesmo, a atividade estatal. Sanchís (2003, p. 125-126) explica, porém:

Por diversas razones, destacando la abolición de la soberanía del pueblo frente a la soberanía del Estado y, por consiguiente, la hipertrofia de la legislatura, la Constitución no pudieron validar su fuerza normativa antes de que los poderes que se han hecho a lo largo del siglo XIX y primera mitad del siglo XX.

Desse modo, a tradição constitucional que nasceu com a Revolução Francesa acaba por resolver-se em legalismo, implicando a superioridade que as leis ordinárias detinham diante da Constituição.

Com efeito, Sanchís (2003, p. 125-126) ainda sugere a seguinte síntese dessas duas tradições anteriormente mencionadas:

Pero, como aproximación general, creo que sí es cierto que en el primer caso la Constitución pretende determinar fundamentalmente quién manda, cómo

manda y, en parte también, hasta dónde puede mandar; mientras que en el segundo caso la Constitución quiere condicionar también en gran medida qué debe mandarse, es decir, cuál ha de ser la orientación de la acción política en numerosas materias. Aunque, eso sí, como contrapartida, la fórmula más modesta parece haber gozado de una supremacía normativa y de una garantía jurisdiccional mucho más vigorosa que la exhibida por la versión más ambiciosa.

Cuida-se, em síntese, de entendimentos distintos no sentido do que pode e deve fazer uma Constituição, a segunda surge com mais pretensão que a primeira.

Depreende-se dessa análise que, por esse motivo, ambas seguiram rumos históricos divergentes, ou seja, o projeto norte-americano obteve grande sucesso nos quesitos estabilidade e adaptabilidade às mudanças sociais, conseguindo se permanecer sólida e atual ao longo dos séculos, em contrapartida, a proposta proveniente da Revolução Francesa almejou muito e realizou pouco, cenário, entretanto, que começa a passar por modificações após a Segunda Guerra Mundial.

As duas tradições do neoconstitucionalismo institucional que foram supra apresentadas convergem, no sentido de fundirem o forte conteúdo normativo e a consequente garantia jurisdiccional do primeiro paradigma com o vasto programa normativo do segundo, conforme sugere Sanchís (2003, p. 127):

Constituciones garantizadas sin contenido normativo y Constituciones con un más o menos denso contenido normativo, pero no garantizadas. En cierto modo, éste es el dilema que viene a resolver el neoconstitucionalismo, apostando por una conjugación de ambos modelos: Constituciones normativas garantizadas.

Ou seja, as constituições seriam consideradas garantidoras quando não possuísem conteúdo normativo e as constituições com um conteúdo normativo mais ou menos denso, não seriam, por vezes, garantidoras. Ademais, este é o dilema que o neoconstitucionalismo tenta solucionar, tentando unir ambos os modelos: Constituições Normativas Garantidoras.

2.2.3 Neoconstitucionalismo Ideológico

A terceira e última vertente do neoconstitucionalismo que merece atenção aduz a uma ideia filosófica de que o Estado Democrático de Direito é a melhor ou, até mesmo, a mais justa forma de representação da organização política, no entendimento de Sanchís (2003), ao passo que reúne esforços históricos afim de

colocar em primeiro plano a garantia dos direitos fundamentais, como corrobora o autor Martins (2006).

Os valores neles inseridas, vinculam-se, em último grau, principalmente à dignidade da pessoa humana e ao processo evolutivo e civilizatório da humanidade, dando, desta forma, embasamento à tese de uma ligação necessária entre o Direito e a Moral, ressaltando, assim, um dos principais detalhes do neoconstitucionalismo ideológico.

Por uma ótica mais ampla é possível concluir que com o advento do pós-positivismo há a instauração do Estado Democrático de Direito, cuja preocupação é com efetivação do princípio democrático, que tem como principal concepção o respeito às minorias. Assim, sob essa ótica, não mais é possível ocorrerem, ainda que com lei autorizadora, as barbáries havidas sob a égide do Estado de Direito, afinal o poder se torna legítimo por todos os ângulos.

Nesse cenário, a existência de normas de direitos fundamentais que passam a surgir nos ordenamentos jurídicos de faceta constitucionalizada compreende-se como o resultado da transformação de uma moral que, até então, era caracteristicamente crítica em uma moral necessariamente legalizada, segundo o autor Vale (2007), em consonância com Sanchís (2003), que as normas de direitos fundamentais podem assim ser caracterizadas como a tradução jurídica dos valores morais de uma comunidade em determinado momento histórico.

De modo que não significa, essencialmente, uma superação dos campos próprios do Direito e da Moral, pelo contrário, demonstram as esferas conceituais de cada um e, ao mesmo tempo, as conexões existentes entre esses sistemas de normatividade.

Com efeito, tais conexões que se fazem presentes entre o Direito e a Moral foram severamente arguidas pelo positivismo jurídico, cuja expressão, no ponto de vista de Kelsen (1998, p. 77-78) é de natureza paradigmática. Em sua formulação de uma teoria pura, tal autor rejeita a legitimação das regras jurídicas que tivessem por preceito a concordância com os preceitos morais, entendendo ele que esse não seria um problema relacionado à ciência do Direito:

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. Embora as normas

jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.

[...]

A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. [...] Uma tal legitimação do Direito positivo pode, apesar da sua insuficiência lógica, prestar politicamente bons serviços. Do ponto de vista da ciência jurídica ela é insustentável. Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar — quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa — a ordem normativa que lhe compete — tão-somente — conhecer e descrever.

Em sentido contrário, a centralidade de que é dotado os direitos fundamentais dentro dos sistemas jurídicos atuais, que são identificados pelo traço marcante do neoconstitucionalismo teórico, e a abrangência de tais direitos como sendo o centro dos principais valores contemporâneos que passam a ser doadores de legitimidade às normas jurídicas enfrentam a ruptura instigada entre Direito e Moral pela teoria positivista, no sentido que fora supramencionado.

O ponto de partida, contudo, não se põe na tentativa de edificar o Direito, ou até mesmo de prová-lo, em fundamentações externas, mas sim numa formulação que seja interna à ordem jurídica, qual seja a da legitimação por intermédio dos direitos fundamentais, conferindo sentido aos comandos da lei, conforme entende o autor Ferraz Junior (2003, p. 358-359):

Para entender isso, é preciso esclarecer um pouco a noção de *sentido*. Conforme o uso que estamos fazendo dela, a expressão tem relação com a orientação do homem no mundo. [...] *Sentido*, assim, tem relação com a *valia* das coisas, com sua *dignidade intrínseca*. É isso que nos permite dizer, por exemplo, que um trabalho dignifica o homem, ainda que tenha um valor relativo, momentaneamente, para a sociedade. Assim, a perda do sentido não altera a factualidade da existência, pois algo ou alguém ou uma atividade qualquer pode continuar existindo em que pese ter perdido sentido. A perda do sentido afeta, porém, a orientação do homem. (Grifos do autor)

Diante de todo esse contexto, faz-se necessário depreender que o neoconstitucionalismo ideológico e o seu apogeu em relação ao Estado Constitucional de Direito não aparecem, todavia, sem dificuldades.

Nesse sentido, Sanchís (2003, p. 124) relembra, em um primeiro momento:

Democrático o la supremacía negativa por parte del legislador, teniendo en cuenta que una vez vigorizados la propia Constitución y sus respectivas garantías judiciales, de manera decisiva la reducción de sus esferas de toma de mayorías parlamentarias, lo que representa una consecuencia apropiada de la técnica de ponderación que en relación a los bienes e intereses constitucionales.

E em segundo lugar adverte que a ideologia neoconstitucionalista, com base em uma nova ótica da atitude interpretativa e das obrigações que competem à ciência do Direito, demanda, consoante ensinamento de Sanchís (2003, p. 124): “la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, bien una labor crítica y no sólo descriptiva por parte del científico del Derecho”.

A diferença diante da postura positivista, em geral, é de caráter mais íntimo, apontando problemas no campo da hermenêutica jurídica, principalmente diante das normas constitucionais.

2.3 DOS MARCOS HISTÓRICO, FILOSÓFICO E TEÓRICO

O aparecimento do movimento neoconstitucionalista está ligado diretamente, em sentido histórico, ao fim da Segunda Guerra Mundial. Depreende-se, então, que todas as desordens de caráter social, política, geográfica e, primordialmente, humanitária que decorreram de tal conflito mundial exigiram a reintegração de vários países no período pós-guerra.

Nesse cenário, surge a ideia de uma reconstitucionalização da Europa, vislumbrando, assim, um novo panorama jurídico, que viria para redefinir o lugar que a Constituição passaria a ter nos sistemas normativos, bem como o alcance do Direito Constitucional sobre as instituições contemporâneas, principalmente em se tratando dos direitos fundamentais, com base no princípio da dignidade humana, como sugere Barroso (2007).

É importante ressaltar que as principais referências dessa fase histórica são: a) a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, vinculada a implantação, em 1951, do Tribunal Constitucional Federal; b) a Constituição italiana, de 1947, ligada ao surgimento, posterior, em 1956, da Corte Constitucional; c) a Constituição portuguesa, de 1976; e d) a Constituição espanhola, de 1978. Conforme explica Barroso (2007, p 3):

Em virtude dos trabalhos dessas cortes, em especial da alemã, é que se iniciou a produção doutrinária e jurisprudencial que passou a considerar a Constituição como instrumento prescritor e concretizador de direitos. O texto constitucional deixou de ser visto como simples prescritor de programas sem eficácia e, por consequência, a lei perdeu a sua essencialidade, o que vale dizer: para se reconhecer um direito não é necessária a existência duma lei.

Sendo assim, é perceptível, em todos esses dispositivos, e na jurisprudência que passou a ser adotada nos anos seguintes, vislumbrarem-se os traços e as controvérsias essenciais do que viria a ser o novo constitucionalismo.

No Brasil, a criação da Constituição Federal de 1988 (CF/88) põe em ênfase o espírito da teoria neoconstitucionalista. O destaque e o amparo dados aos direitos fundamentais; o seu reconhecimento como força normativa dentro dos paradigmas constitucionais, seja referente às regras ou aos princípios; o aparecimento e a aplicação de novas técnicas de interpretação da órbita constitucional; e a característica dominadora da CF/88, colocando sentido aos enunciados no âmbito jurídico, tudo tem por base as cláusulas da CF/88, uma vez que colocou o Brasil no mesmo caminho dos países que já se encontravam envolvidos com este novo paradigma. É nesse sentido que Barroso (2007, p. 4) mostra a importância da promulgação do dispositivo constitucional vigente para o Direito Constitucional pátrio:

Sob a Constituição de 1988, o Direito Constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, manteve-se em relação à Constituição.

Ainda nesse sentido, Marmelstein (2014, p. 13) afirma que, a partir da promulgação da Constituição de 1988 e com o fim da ditadura militar pelo qual passava o Brasil, houve uma evolução no âmbito dos direitos fundamentais que passaram a ter papel de destaque, demonstrando uma evolução no Direito Constitucional:

Pré 88: - O vazio constitucional (Regime de Exceção); Anos 1990: - A ascensão do constitucionalismo; - Supremacia e força normativa da Constituição; - Controle de constitucionalidade (aspectos formais); - Efetivação judicial; Anos 2000: - A era dos direitos fundamentais; - Judicialização (STF).

Continua Marmelstein (2014), ainda, que a partir de então, várias questões sociais de muita relevância passaram a ser debatidas em processos judiciais, e o Supremo Tribunal Federal tem-se tornado o árbitro final dessas questões, validando cada vez mais a proteção que deve ser dada aos direitos fundamentais, em detrimento da dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito ao marco filosófico do neoconstitucionalismo, aduz-se na ideia do pós-positivismo, conforme preleciona Barroso e Barcellos (2006, p. 336):

Designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

A ideia *jus naturalista*, corrente filosófica relevante ao Direito, baseia-se no ideário da existência e da supremacia de um direito natural, isto é, acredita que existe um sistema normativo totalmente alheio às necessidades humanas, que se validam por si só, dotadas de legitimidade baseada numa ética universal, independentes da ordem jurídica positiva.

Tal corrente *jus filosófica* perdurou por toda a Idade Média e serviu como base ao absolutismo europeu, constituindo o que ficou conhecido como *jus naturalismo* de origem divina, ou seja, estabelecendo que as normas surgiam a partir da vontade de Deus; e como *jus naturalismo* fundado na razão. Este último, já dava destaque à natureza e à razão humanas, como explica Barroso (1998), superando o de origem divina e constituindo a base da Idade Moderna.

Partindo desse cenário, depreende-se que o *jus naturalismo* racional, afim de combater o absolutismo, passou a ser adotado como a natural filosofia para o Direito, associando-se intrinsecamente aos ideais iluministas, ao passo que dava amparo jurídico-filosófico ao constitucionalismo moderno, iniciado no fim do século XVIII. Barroso (1998, p. 22-23), todavia, conclui:

O advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu. Paradoxalmente, representaram, também, a sua superação histórica. No início do século XIX, os direitos naturais, cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam a revolução, mas a conservação. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX.

Infere-se, portanto, que o positivismo jurídico veio para romper quaisquer conexões entre o Direito e a Moral, como visto, banindo do campo das normas jurídicas as considerações que davam destaque à questão dos valores sociais. Ou seja, a norma aplicada ao caso concreto a validava por si só, uma vez que resolveria a situação em análise, resguardando a presunção abstrata do processo subsuntivo.

A atividade subsuntiva do Direito, ou seja, a sua aplicação surge como um preceito à parte, ainda que com divergências doutrinárias, com sugere Kelsen (1998). Contudo, genericamente, é possível assegurar que a tarefa do aplicador do Direito, dentro do positivismo jurídico, incidia exclusivamente em um processo neutro, de caráter lógico-dedutivo, pela qual a norma abstrata se submetia à relação de fato prevista na norma abstrata, tida como hipótese, ocasionando uma conclusão natural e óbvia, declarada pelo intérprete do caso em análise, não exercendo, o jurista, nenhuma função criadora.

Observa-se, pois, que a corrente positivista se tornou, nos primórdios do século XX, a principal corrente adotada pelos operadores do Direito. Contudo tanta objetividade e neutralidade demonstraram-se falhas ao longo do tempo; fracasso esse associado à derrota do totalitarismo na Segunda Guerra Mundial.

É nesse cenário que, uma vez historicamente superado o *jus naturalismo*, e politicamente fracassado o *jus positivismo*, floresce um novo pensamento jurídico, iniciado a partir da segunda metade do século XX, reinserindo, no âmago do Direito, as preocupações de caráter moral, sem contrariar, todavia, o direito posto. Como acentua Barroso (2007, p. 22), é por intervenção dos princípios constitucionais, tidos como normas jurídicas, que ocorre a recuperação da legitimidade do Direito.

É partindo dessa evolução no campo teórico do Direito Constitucional que se vislumbra a aceitação e o desenvolvimento de novas ideologias no que se refere a força normativa da Constituição, bem como na expansão da jurisdição constitucional e na formulação de uma nova dogmática da hermenêutica constitucional.

3 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais surgiram dentro das Constituições influenciadas pela Revolução Francesa de 1789 até se firmarem nas constituições atuais com o aparecimento do movimento neoconstitucionalismo, que já fora abordado no corpo do presente trabalho monográfico.

Nesse lume, os tais direitos diferenciam-se dão a ideia de direitos humanos e direitos do homem em que pese o sentido de sua positivação ou não e em que âmbito cada um desses direitos se encontram, trazendo, desta forma, um conceito geral para tais direitos.

Por seu turno, a eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais dentro das relações privadas apresenta duas correntes, a que acredita numa eficácia mediata e outra na eficácia imediata, sendo esta possível nos modos vertical (entre Estado e particular) e horizontal (entre particulares).

3.1 BREVE HISTÓRICO A RESPEITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A oposição que passou a existir entre a burguesia e o absolutismo monárquico culminou, em 1789, com a Revolução Francesa, que se inspirava nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, consagrando, desta forma, o ideário de que toda sociedade que não tenham assegurados os direitos fundamentais e a separação de poderes não é detentora, pois, de uma Constituição, conforme preleciona o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

A partir daquele momento histórico, o padrão estatal estava simplificado e determinado na necessidade de se irromper com o Antigo Regime e, sendo assim, a liberdade passava a constituir o novo rumo na consecução do Estado.

A respeito do surgimento dos direitos fundamentais, Moraes (1999, p. 178) acrescenta que:

[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

Sendo assim, depreende-se que a teoria dos direitos fundamentais, como se conhece atualmente, é o resultado de uma lenta e profunda transformação das instituições políticas e das concepções jurídicas, sendo fortemente influenciada por institutos consagrados na Carta Maior.

Os embates travados contra absolutismo dos soberanos, a afirmação de direitos naturais inerentes ao homem, e, ainda importante mencionar, Cavalcanti (1964, p. 194): “a agitação política em torno das ideias de Locke, Rousseau, os enciclopedistas, os liberais que conquistaram a independência americana”. Tudo isso estabeleceu os elementos essenciais ao desenvolvimento do ideário concretizado na Declaração de Virgínia de 1777 e na Declaração de Direitos do Homem, proclamadas pela Revolução Francesa.

Nesse cenário, superado o momento de afastamento que existia entre o Estado e as relações privadas, a sociedade percebeu que a lei, sempre de natureza geral e abstrata, não tinha capacidade de assegurar a liberdade e a igualdade, visto que esta (a lei) se vinculava diretamente aos ideais burgueses de igualdade classista. Desta forma, é diante desta percepção e da ausência do Estado que a sociedade procura, então, a intervenção estatal, afim de limitar os abusos que vieram juntos com o surgimento do capitalismo.

É então que se inicia o movimento social, passando a estabelecer a ideia de que o Estado deve atuar positivamente para o conseguimento dos direitos fundamentais, ou seja, deve o Estado proporcionar condições básicas para uma vida digna à sociedade, consagrando o Estado Social, ao passo que busca o desenvolvimento econômico-social.

Com efeito, é possível perceber a influência que os movimentos na Europa tiveram nos textos constitucionais do Brasil, refletindo os novos ideais sociais. Diante dessa conjuntura, infere-se que foi após duas décadas de regime de exceção e da limitação aos direitos individuais, que a atual Constituição Brasileira, inspirada pelos ideais democráticos, consagrou os direitos fundamentais, impondo o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento primordial da República Federativa do Brasil, circunstâncias que se preponderam para a efetiva constitucionalização do direito e a consolidação da democracia no Estado de Direito.

3.2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Num primeiro momento, importante salientar que os direitos fundamentais podem ser também conhecidos em outras expressões, tais como: direitos humanos, direitos do homem, entre outros. Nesse sentido, a própria Constituição da República de 1988 traz em seu texto uma diversidade terminológica na abordagem de tais direitos, quais sejam, p. ex., direitos humanos (art. 4º, II), direitos e garantias fundamentais (Título II e art. 5º, § 1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI) e direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV).

Impede ressaltar, porém, que tais terminologias supramencionadas não devem ser confundidas entre si, ainda que todas elas estejam intimamente ligas ao princípio da dignidade humana e da limitação do poder, que é pressuposto para classificar uma norma como direito fundamental. Nesse sentido, Marmelstein (2014, p. 23) explica:

Os direitos do homem são valores de caráter ético-político que ainda não foram positivados, possuindo, desta forma, um conteúdo que se assemelha com o direito natural, não sendo, assim, direitos propriamente ditos, mas algo que surge antes deles e como seu fundamento, sendo a matéria-prima para os direitos fundamentais.

Ainda nesse sentido, Marmelstein (2014) que os direitos humanos são valores positivados na esfera de direito internacional, ou seja, positivados em forma de tratados ou pactos internacionais, sendo compatível com o próprio texto da Constituição, que faz essa distinção. Em síntese, os direitos do homem, os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem valores éticos, contudo o primeiro não está positivado e os dois últimos se positivam no plano internacional (direitos humanos) e no plano interno (direitos fundamentais).

Todavia, apesar da diversidade terminológica existente, opta-se por adotar a expressão “Direitos Fundamentais”, uma vez que tal termo engloba todas as demais espécies de direitos (Scalquette, 2004). Nesta mesma linha de pensamento, acrescenta Araújo e Junior (2005, p. 107) que: “a expressão direitos fundamentais é a mais precisa”.

Conforme já explicitado anteriormente, os direitos fundamentais surgiram como um meio para proteger o homem do poder estatal, junto aos ideais acrescentados pelo Iluminismo, nos séculos XVII e XVIII, em especial com as concepções das constituições escritas que passaram a existir.

Desta forma, a evolução do direito e, em sua grande parte, a influência dos problemas sociais, colaboraram fortemente para a expansão daqueles antigos preceitos, que foram conquistados nos movimentos do século XVIII, quais sejam, os direitos fundamentais.

Com efeito, Silva (2001, p. 178) preleciona que:

Os direitos fundamentais não devem ser tidos como uma contraposição dos cidadãos administrados diante da atividade pública, ou seja, como uma limitação ao Estado, mas sim uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dele depende.

Neste mesmo sentido, importante frisar, que os direitos fundamentais têm por objetivo obrigar o Estado a tomar medidas que sejam necessárias para a melhoria das condições sociais básicas aos cidadãos, além, indubitavelmente, de proteger o homem de possíveis arbitrariedades que possam ser cometidas pelo Poder Público.

Em termos mais precisos, afirma Araújo e Junior (2005, p. 109):

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).

Desse modo, percebe-se que os direitos fundamentais devem ser tidos como uma categoria de direitos instituída com a finalidade de proteção aos direitos à dignidade, à liberdade, à propriedade e à igualdade de todos os seres humanos. A expressão fundamental demonstra que tais direitos são imprescindíveis à condição humana e ao convívio social. Conforme o entendimento de Sarlet (2005, p. 70):

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

Na CF/88, os direitos fundamentais são observados no Título II e também em outros dispositivos nela dispersos nos quais se verifique características de

historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunciabilidade, próprias dos direitos fundamentais.

Imperioso mencionar a opinião que Junior (2001, p. 55) acerca dos direitos fundamentais e a CF/88:

A Constituição Brasileira de 1988 é, até o momento a que melhor acolhida faz aos Direitos Humanos em geral. Tanto em termos da quantidade e da qualidade dos direitos enumerados, como da concepção embutida no texto constitucional, a Carta de 1988 é inovadora.

Partindo dessa ideia, é possível extrair da mesma cinco elementos básicos que juntos fornecem o conceito de direitos fundamentais. Então, explica Marmelstein (2014, p. 18):

Se determinada norma jurídica tiver ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder e for reconhecida pela Constituição de um Estado Democrático de Direito como merecedora de uma proteção especial, é bastante provável que se esteja diante de um direito fundamental.

Desse modo, é possível formular um conceito do que seriam os direitos fundamentais; seriam, pois, normas jurídicas, que estão ligadas ao princípio da dignidade humana e da limitação do poder, positivadas no plano constitucional de um determinado Estado Democrático de Direito, que por sua importância dada aos valores sociais, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

3.3 EFICÁCIA E APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Partindo do histórico sobre o surgimento dos direitos fundamentais bem como do seu conceito, adentra-se, agora, ao tema que diz respeito à eficácia que as normas constitucionais têm dentro do ordenamento jurídico pátrio, algo, há muito tempo, discutido pelos doutrinadores brasileiros. Alguns dos mais renomados juristas, como Ruy Barbosa, Pontes de Miranda e José Afonso da Silva, dedicaram-se a discutir sobre o tema, elaborando suas próprias teorias.

Ainda que existam diferenças entre as teorias de cada autor, todas essas doutrinas percebem que algumas normas constitucionais, por falta de normatividade suficiente, não geram, de forma imediata, seus principais efeitos, ou seja, dependem,

para que isso ocorra, de uma atuação que concretize tais efeitos, por parte do legislador ordinário, sendo, pois, tais normas dotadas de eficácia plena ou reduzida.

Nesse sentido, assevera Sarlet (2001, p. 229) que:

Em todas as classificações se destacam dois grupos de normas, quais sejam, aquelas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional e aquelas que, desde logo, por apresentarem suficiente normatividade, estão a gerar seus efeitos e, portanto, dispensam uma *interpositio legislatoris*.(Grifos do autor)

Acrescenta-se, ainda, a lição de Félix (2007), segundo o qual, via de regra, as normas que consagram os direitos fundamentais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.

Desta forma, se faz necessário evidenciar que a simples declaração constitucional de um direito fundamental não resolve todas as questões, como o disposto no §1º do art. 5º, da Constituição de 1988, declarando que todas as normas do artigo devem ter aplicação imediata, ou seja, conforme explica Silva (2001), elas são aplicáveis até onde possam, isto é, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento.

Isso implica dizer que o Poder Judiciário, uma vez invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes, o mandado de injunção é uma delas, por exemplo, para tornar todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente.

3.3.1 Da eficácia vertical dos direitos fundamentais

Ao tratar das eficácias vertical e horizontal no tocante aos direitos fundamentais, pretende-se distinguir a eficácia dos direitos fundamentais sobre o Poder Público da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares.

Desta forma, ensina Marinoni (2004, p. 168) que:

A norma sobre algum direito fundamental, qualquer que seja sua subjetivação, sempre contém valoração. De modo que o valor que ela contém, revela-se objetivamente, estendendo-se sobre a compreensão e atuação trazido pelo ordenamento jurídico, atribuindo-lhe uma eficácia irradiante.

Ainda nesse sentido, para o citado autor, as normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertencem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade.

Diante de tais ideias, é possível afirmar que o Estado, está vinculado à obrigação de não agredir os direitos fundamentais, além da missão de fazê-los ser respeitados pelos particulares em suas relações privadas. Como exemplo, podem-se citar as normas de proibição ou de imposição de condutas, como o caso da proibição da venda de medicamento reputado nocivo à saúde, protegendo o direito à saúde.

Com efeito, vale ressaltar que, para uma parte da doutrina, como Sarlet (2005), nos casos em que haja desigualdade entre dois particulares (diferenças de poder econômico social), também existe relação de natureza vertical.

Ou seja, ainda que se trate de uma colisão entre direitos fundamentais entres particulares, sem interferência do Estado em tal relação, deve-se considerar a verticalidade de sua eficácia, uma vez que há discrepância entre o poder econômico dos dois, por exemplo, sendo, pois, um mais elevado que o outro no caso concreto.

3.3.2 Da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Em contrapartida à eficácia vertical dos direitos fundamentais, obrigando ao Poder Público respeitá-los, verifica-se a existência da eficácia horizontal ou privada (*erga omnes*), que determina o cumprimento dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares.

A esse respeito, a Declaração de Virgínia de 1776 aduz em seu art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º. Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

Nessa mesma ideia, expressava a Declaração Francesa de 1789, em seu art. 2º: “o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis ao homem”.

Partindo do que as normas supramencionadas determinavam, Martínez (1999, p. 620) deixa claro que: “na origem histórica dos direitos humanos não existe base

alguma que justifique a exclusão do âmbito das relações privadas, dos direitos fundamentais”. Com efeito, tal observação se faz importante, uma vez que há quem não reconheça a incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas de natureza privada.

Nesse cenário, depreende-se que a eficácia horizontal, outras vezes chamada de "eficácia privada" ou de "eficácia em relação a terceiros", examina a problemática dos direitos fundamentais que existe dentro das relações entre particulares, assim como o vínculo que existe entre o sujeito privado e os direitos fundamentais. Todavia, é claro, que o efeito dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas é totalmente diverso e, até mesmo, menos impositivo do que se verifica nas relações com o Poder Público.

Infere-se, ainda, a questão de a eficácia horizontal dos direitos fundamentais possuir um caráter imediato (ou direto) sobre as relações privadas, para alguns, ou apenas de caráter mediato (ou indireto), para outros, como se analisará a seguir quais as diferenças entre cada um desses caracteres.

3.3.2.1 Da eficácia indireta ou mediata

Os adeptos desta teoria, que tem suas premissas nas formulações propostas pelo alemão Günter Dürig (1953), afirmam que os direitos fundamentais têm sua eficácia irradiada dentro das relações entre particulares, todavia, para que a autonomia da vontade não fosse destituída, descaracterizando, assim, a natureza privada da relação, tal incidência se daria apenas de forma mediata, indireta.

Nesse mesmo sentido, é possível afirmar que tal incidência dos direitos fundamentais se daria quando não houvesse normas jurídico-privadas sobre o tema posto em cheque e sua operacionalização seria através do uso da interpretação e integração das cláusulas gerais do direito privado de acordo com os direitos fundamentais, a exemplo da ordem pública, liberdade contratual, boa-fé, etc. Sendo indispensável, portanto, a intermediação do legislador infraconstitucional.

O professor Cavalcante Filho (2016, p. 10), sobre a temática, exemplifica:

Se alguém aderir ao estatuto de uma associação, e essa norma prever a possibilidade de exclusão sumária, tal regra seria admissível, pois derivou da autonomia privada do associado em aceitá-la. O direito à ampla defesa não incidiria diretamente na relação entre o associado e a associação, mas apenas de forma indireta (mediata), quando, v.g., a associação tomasse uma

posição contrária à boa-fé objetiva, induzindo o associado a crer que tal norma não seria aplicada: nessa situação, a cláusula geral da boa-fé autorizaria a incidência (indireta) dos direitos fundamentais.

Como se percebe, diante do exposto e da citação acima, de acordo com esta teoria, os direitos fundamentais não têm por função principal a resolução de conflitos no âmbito do direito privado, de tal modo que a sua aplicação deve-se realizar mediante os meios que estão à sua disposição, oferecidos pelo ordenamento jurídico.

Sendo assim, é incumbido ao legislador realizar a aplicação das normas fundamentais às relações jurídico-privadas e na ausência destas normas deverá o poder judiciário interpretá-las conforme estabelece os direitos fundamentais, isto é, uma espécie de recepção que o Direito privado daria aos direitos fundamentais.

Na lição de Marinoni (2004, p. 172):

Quando se pensa em eficácia mediata, afirma-se que a força jurídica dos preceitos constitucionais somente se afirmaria, em relação aos particulares, por meio dos princípios e normas de direito privado. Isso ocorreria através de normas de direito privado – ainda que editadas em razão do dever de proteção do Estado. Além disso, os preceitos constitucionais poderiam servir como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, porém sempre dentro das linhas básicas do direito privado.

Na Alemanha, adota-se a teoria da eficácia indireta ou mediata, ainda que com alguns ajustes e especificidades, de modo que haveria uma segunda forma de eficácia indireta a qual denominou “teoria dos deveres de proteção” (Sarlet, 2000). Nessa mesma linha de pensamento, Alexy (2001) afirma serem três as teorias, quais sejam, a de efeito imediato; a de efeito mediato e o produzido através de direitos “frente ao Estado”.

Impede ressaltar, contudo, que nos Estados Unidos há um posicionamento que nega a vinculação existente entre os direitos fundamentais e as relações entre particulares, ou seja, a Constituição daquele país estabelece limites somente no que diz respeito à atuação dos entes estatais, o denominado *State Action*.

3.3.2.2 Da eficácia imediata ou direta

Desde a década de 1950, a concepção a respeito da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais às relações entre particulares, teve como um dos primeiros

defensores o alemão Hans Carl Nipperdey (1953) que se empenhou a estudá-la e, de certa forma, aperfeiçoá-la para a preparação de uma tese.

Inicialmente, vale destacar que para tal teoria, em contrapartida à teoria da eficácia medita, a incidência dos direitos fundamentais dentro de uma relação entre particulares, não necessita de mediação por parte do legislador infraconstitucional, ou seja, a incidência se daria diretamente a partir da própria Constituição Federal, conforme pontua Rospa (2016, p. 7):

Essa doutrina atribui aos direitos fundamentais uma dimensão objetiva e outra subjetiva, bem como defende que possuem eficácia em todo o ordenamento jurídico. Todavia, a diferença básica está no fato de que a teoria da eficácia imediata ampara a tese de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo que essa aplicação não está condicionada à mediação dos poderes públicos.

Como é possível perceber, de maneira geral, os teóricos que defendem a eficácia imediata dos direitos fundamentais, determinam que tais direitos são aplicáveis diretamente em relação aos particulares, ainda que haja ou não normas infraconstitucionais em determinada decisão, sendo, pois, as normas constitucionais aplicadas como razões primárias e justificadoras.

Nesse cenário, no entanto, as normas constitucionais não necessariamente as únicas, atuando essas como normas de comportamento aptas para incidir nas relações privadas. Desta forma, a existência de uma regra legal que reforce de maneira expressa uma norma ou princípio constitucional não será obstáculo para a aplicação direta da norma constitucional, sabendo que a função do legislador é de natureza declarativa e não constitutiva.

Com efeito, destaca Kretz (2005, p. 92):

O reconhecimento da eficácia direta nas relações entre particulares é uma espécie de cláusula geral que efetiva o sistema de proteção dos direitos fundamentais, como também supre as limitações dos instrumentos de controle do direito privado, uma vez que estes, por si só, somente oferecem uma proteção genérica e fragmentária, fazendo-se necessário, assim, em certos casos, a aplicação direta dos direitos fundamentais.

É perceptível, porém que para boa parte dos ordenamentos existentes, a tese da eficácia direta é meramente especulativa, pois a maioria dos Estados não se posiciona constitucionalmente acerca da matéria. Ainda é possível notar algo nesse sentido na Constituição de Portugal, de 1976 que previu em seu art. 18/1: “Os

preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. De modo que tal feito não foi seguido pelo Constituinte brasileiro.

Nesse cenário, de modo a demonstrar a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, pode-se adotar o exemplo trazido por Canotilho (1980, p. 573), que apresenta a seguinte situação: “Uma empresa industrial estabelece como condição de admissão a renúncia a qualquer atividade partidária ou a filiação em sindicatos”. No caso em análise, a empresa está impedindo o direito da livre associação sindical como uma forma de requisito para admissão em seus quadros de funcionários.

Nesse sentido, os apoiadores da teoria em análise entendem ser necessária a observância direta dos direitos fundamentais, como princípios que norteiem também a vida civil, implicando que tais princípios se apliquem às relações privadas, garantindo o mínimo de liberdade dentro da ordem objetiva da comunidade.

Sob este aspecto, em última análise, os direitos fundamentais dos trabalhadores devem prevalecer sobre as regras impostas pela empresa, podendo aqueles acionarem o Poder Judiciário, caso achassem necessário, para requerer a admissão na empresa, nos termos estabelecidos, sem o impedimento dos direitos fundamentais.

3.4. ANÁLISE CONJUNTA: HORIZONTALIDADE E VERTICALIDADE

Ainda que apresentem diferença de sentidos, as teorias da verticalidade e horizontalidade – tanto referente à eficácia imediata (direta) quanto à medita (indireta), segundo expõe Félix (2006) que, possuem pontos em comum, tais como:

- 1) superação da concepção liberal-burguesa segundo a qual os direitos fundamentais só são oponíveis contra o Estado, pois esses direitos existem para garantir ao indivíduo liberdade e autonomia e devem ser invocados sempre que houver lesão ou ameaça em seus bens jurídicos, seja ou não o Estado o autor da ofensa;
- 2) os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetiva, cujos efeitos normativos alcançam todo o ordenamento jurídico, é a chamada "eficácia irradiante", decorrente do princípio da unidade da ordem jurídica;
- 3) em regra, aceita-se uma vinculação direta quando se tratar de entidades particulares detentoras de poder social, ou seja, quando se configurar uma clara relação de desnível (como ocorre no Direito do Trabalho brasileiro), capaz de afetar a paridade da relação jurídica, nesse caso seria uma relação semelhante ao âmbito das relações particular-Estado.

Contudo, apesar de a ordem constitucional pátria não ter recepcionado de maneira expressa um dispositivo que se relacione com a vinculação e a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, como se pode perceber na Constituição Portuguesa, é notável a inexistência de argumentos capazes de sustentar a negativa de uma eficácia horizontal, em se tratando diretamente dos direitos fundamentais, uma vez que tais normas não têm como únicos destinatários os poderes públicos.

Importante salientar que a autonomia privada, uma das premissas do direito privado, todavia, não fora negada, mas, pelo contrário, está reconhecidamente determinada pela Carta Magna como sendo um verdadeiro princípio constitucional, em seu art. 5º, inciso II, de modo que possa ser vislumbrada, também, no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na liberdade, na livre iniciativa.

Importante ressaltar, ainda, que reconhecida como princípio constitucional expresso, a autonomia da vontade deve ter limites, e nesse sentido, assevera Sarlet (2000, p. 138) em sua obra:

Não se deve esquecer que – pelo menos no âmbito das relações negociais, os particulares não atuam, em princípio, por força de uma delegação ou autorização do Estado (Legislador), mas, sim, em virtude de uma decisão autônoma, no âmbito de sua autonomia privada e do direito geral de liberdade, que apenas é reconhecida e objeto de regulação e proteção por parte do legislador.

Diante do exposto, nota-se ser indubitavelmente possível dentro do ordenamento jurídico brasileiro a eficácia direta (imediata) dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de modo que não se excluirá de tal relação o Princípio da Autonomia da Vontade.

Nesse cenário, existindo, dentro de uma relação contratual, confronto entre a autonomia da vontade e um direito fundamental, haverá, desta forma, não um conflito entre um direito privado e um direito fundamental, mas sim, entre dois direitos fundamentais, em que sua solução deverá ter por base a ponderação de valores.

Contudo, ainda que se tenha a autonomia da vontade como preceito do direito privado, o particular não deve se valer disso para, por exemplo, adotar critérios que determine a contratação de empregados relacionadas a alguma categoria específica de pessoas. Ou seja, é necessário haver um equilíbrio entre os princípios que sejam base do direito privado (liberdade de ação, autonomia) e os direitos fundamentais,

prevalecendo, inquestionavelmente, os últimos por serem normas constitucionais, dotadas de supremacia, com ressalva as circunstâncias específicas de cada caso.

Diante do exposto, então, pode-se afirmar que se prima pela ponderação de valores, buscando o equilíbrio dentro de uma relação privada, de modo que nenhuma das partes precise pôr em xeque seus direitos, visto que, ambos são particulares e, pois, titulares de direitos fundamentais que devem ser respeitados acima de tudo.

4 APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A teoria da aplicabilidade imediata das normas constitucionais trata da necessidade da incidência de tais normas no caso concreto, principalmente em se tratando da horizontalidade (relação privada), no qual ter-se-á uma colisão entre direitos fundamentais, tal previsão encontra-se amparada no art. 5º, § 1º, da CF/88.

É certo, contudo, que ao se tratar da eficácia e da aplicabilidade de tais normas definidoras deve-se levar em consideração o seu enunciado e o seu objeto, haja vista que, a depender da situação, muitas dessas normas necessitarão de uma lei que regulamente a matéria para que possam ter eficácia.

Os direitos fundamentais para desenvolverem plenamente seus efeitos, também poderão depender de outra vontade integradora dos comandos, isto é, precisarão de um complemento legal, afim de que possa solucionar alguma possível colisão entre tais normas fundamentais.

4.1 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A colisão entre os Direitos Fundamentais é uma possibilidade de ocorrer, uma vez que a Constituição, muitas vezes, ampara ou resguarda dois ou mais direitos de natureza fundamental que podem, diante do caso concreto, se contradizerem.

Nesse sentido, Andrade (1987, p. 220) aponta que: “[...] haverá conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta. Desta forma, existe a possibilidade de conflitos entre tais bens jurídicos tutelados”.

Com efeito, no entendimento de Steinmetz (2001, p. 63), os conflitos entre direitos fundamentais podem ocorrer porque:

[...] não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisão *in concreto*.

Nesse contexto, portanto, infere-se que o acontecimento desse tipo de conflito se dá em virtude de as normas de direitos fundamentais possuírem certa flexibilidade

no que diz respeito a sua efetivação na vida social das pessoas, já que conforme fora falado, dentro da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os particulares podem/devem ter seus direitos garantidos e protegidos.

4.1.1 Possibilidades de Conflitos entre Direitos Fundamentais

Os conflitos que podem ocorrer ao se tratar da aplicação dos direitos fundamentais podem ser subdivididos em três situações distintas, quais sejam: a) a concorrência de direitos fundamentais; b) a colisão de direitos fundamentais; e c) os conflitos entre um direito fundamental e um bem jurídico tutelado.

Em se tratando da concorrência de conflitos que se deem em relação aos direitos fundamentais, na ótica de Canotilho (2002, p. 287):

[...] ela pode se manifestar sob duas formas: a) cruzamento de direitos fundamentais, que acontece quando o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias e; b) acumulação de direitos, hipótese que um determinado bem jurídico, leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais.

Da passagem supracitada, pode-se inferir que na hipótese de concorrência entre direitos fundamentais não existe uma oposição de pretensão jurídica requerida por mais de um titular, existe somente um titular e, contudo, mais de um direito fundamental expresso que concorrem para subsunção da conduta do titular.

Em relação à segunda situação, Gavera de Caran (1994, p. 289) esclarece que: “[...] el ejercicio de um derecho fundamental implica uma contradicción o uno perjuicio de um bien jurídico protegido por el texto constitucional”. Ou seja, a colisão entre os direitos fundamentais pode advir quando, diante do exercício de um direito fundamental haja um prejuízo de outro bem jurídico que, por sua vez, também seja resguardado pela Constituição.

E em se tratando da terceira e última situação, que trata dos conflitos entre o direito fundamental e um bem juridicamente tutelado, Canotilho (2002, p. 1137) separa esses conflitos de duas maneiras: “a) entre vários titulares de direitos fundamentais; e b) entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado”. Destarte, tal colisão relaciona-se com os conflitos entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais; e com o choque dos direitos fundamentais propriamente ditos, em que pese salientar que ambas as situações são condições de colisão.

Nesse mesmo entendimento, segundo Alexy (1997, p. 607), essa divisão figura de duas maneiras, quais sejam: a) concepção de colisão de direitos fundamentais em sentido estrito; e b) colisão de direitos fundamentais em sentido amplo:

Derechos fundamentales en el estricto sentido de la colisión se produce cuando el ejercicio o el rendimiento del derecho fundamental de un titular de derecho fundamental tiene consecuencias negativas sobre los derechos fundamentales de otros titulares de derechos fundamentales; y la colisión de los derechos fundamentales en el sentido amplio ocurrir cuando hay una colisión de derechos fundamentales de la persona y los derechos colectivos protegidos por la Constitución.

É perceptível, portanto, que a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e a colisão de direitos fundamentais em sentido amplo, podem se manifestar sob a forma de concorrência de direitos fundamentais.

4.1.2 Casuística da Colisão entre Direitos Fundamentais

Quando se parte para o campo prático da aplicação de normas e princípios no direito aos casos concretos deve-se saber, contudo, que há uma variedade de casos ou situações que se apresentam a quem interpreta e aplica as regras que formam o ordenamento jurídico brasileiro.

Existindo uma infinidade de casos que devem ser decididos ou solucionados é possível, todavia dependendo do modo com que se adota e do critério que se utiliza, classificá-los de muitas formas.

Nesse diapasão, Steinmetz (2001, p. 67) acredita numa classificação que seja bipartida, isto é: “[...] os casos rotineiros (também denominados de fáceis ou claros) e casos difíceis ou hard cases (casos difíceis), também denominados de duvidosos”.

Diante dos ensinamentos de tal autor, pode-se inferir que os casos rotineiros são aqueles que dependem de uma simples aplicação de uma determinada norma jurídica, ou seja, os casos que acontecem frequentemente, e que, por sua vez, tenham suas decisões aplicadas para todos os casos, a exemplo das multas que são aplicadas nos casos de infração às normas de trânsito.

No entanto, os casos difíceis (ou duvidosos) são aqueles na qual a decisão final não se obtém com a simples aplicação de uma determinada norma jurídica, ou seja, esses casos têm a necessidade de uma análise mais intensa em relação a interpretação e aplicação da norma que cabe ao caso concreto.

Ainda que tais casos, os difíceis e duvidosos, sejam bem menos frequentes do que os rotineiros, eles existem em todas as áreas do direito, contudo, mais especificamente no campo do direito constitucional em virtude da singularidade das normas constitucionais.

Steinmetz (2001, p. 69), em relação aos casos que sejam mais difíceis que:

As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis e duvidosos. Assim se caracterizam porque o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão é necessária além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige sobre tudo a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação jus fundamental.

É nesse sentido, com base no que se extrai da obra de Steinmetz (2001), que se frisa a importância do Princípio da Proporcionalidade, uma vez que é utilizado como sendo o método de solução de conflitos e tem a função primária de resguardar os direitos fundamentais. Verifica-se, desta forma, que os direitos fundamentais existem dentro de uma linha tênue permanente, limitando-se de maneira recíproca, ou seja, ora um prevalecerá em detrimento do outro, ora acontecerá o contrário.

Corroborando com a ideologia do autor ora mencionado, Marmelstein (2014, p. 364-365) afirma que:

As normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado Democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas frequentemente, no momento aplicativo, entre em “rota de colisão”.

[...]

Tais direitos são essencialmente conflitantes por estabelecerem diretrizes em direções opostas: os direitos de personalidade orientam-se no sentido da proteção da esfera privada, do sigilo, da tranquilidade, do segredo, de não divulgação de informação pessoal, da não exposição da imagem; já a liberdade de expressão segue o rumo da transparência, da publicidade, da livre circulação da informação, ou seja, caminha em direção totalmente contrária.

De fato, as normas constitucionais em linhas gerais, acima de tudo as que determinam os direitos fundamentais se encontram em situações de conflitos, é nesse lume que surge o princípio da proporcionalidade como uma ferramenta utilizada para solucionar tais conflitos da maneira mais justa.

4.2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade tem por finalidade buscar a ponderação entre direitos fundamentais que estejam em colisão, uma vez que tais direitos, apesar do *status* de constitucional, pode ter uma norma infraconstitucional que o restrinja ou o limite, principalmente quando a própria Constituição assim determina.

É esse o entendimento do doutrinador Guerra Filho (2006, p. 103), afirmando que: “A essência e a destinação do princípio da proporcionalidade é a preservação dos direitos fundamentais”.

Diante do que foi dito, pode-se auferir que por não serem dotados de um caráter absoluto, os direitos fundamentais podem, em algum momento, serem restringidos, contudo, tal restrição ou limitação tem por finalidade proteger ou preservar outro valor constitucional.

Partindo desse entendimento, Marmelstein (2014, p. 370) ensina que: “para se verificar se a lei que limita determinado direito fundamental é válida ou não, deve-se fazer uso do princípio da proporcionalidade”.

Depreende-se, dessa forma, que o Princípio da Proporcionalidade deve funcionar como meio indispensável para a determinação da legitimidade de leis e atos administrativos que venham a restringir direitos fundamentais, de acordo com as palavras de Sarmiento (2002, p. 77): “é uma poderosa ferramenta para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos como os ditames da razão e da justiça”.

Nesse contexto, o princípio pode ser definido como limite dos limites, conforme aduz Silva (2002, p. 24): “[...] o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais”.

Ademais, a Teoria da Proporcionalidade é o instrumento pelo qual se aplica o método da ponderação entre os princípios que estejam em conflitos, afim de solucionar tais conflitos entre princípios constitucionais.

É certo que, hoje em dia, o Princípio da Proporcionalidade ocupa uma posição de destaque dentro do Direito Constitucional, visto que, tornou-se, em relação aos direitos fundamentais, especialmente, nas situações em que haja restrições legislativas, a especificação de limites que devem ser respeitados, e em existindo colisão, o parâmetro que deve ser observado.

Contudo, é preciso entender que o Princípio da Proporcionalidade não se confunde com o princípio da razoabilidade, nem tampouco com o princípio da vedação ao excesso.

É o que preleciona Antunes (2006, p. 17), afirmando que: “o Princípio da Proporcionalidade possui uma maior abstração do que o princípio da razoabilidade, ainda, vislumbra-se que a razoabilidade possui uma função negativa, enquanto que a proporcionalidade uma função positiva”.

Na concepção da doutrina majoritária, a proporcionalidade, como princípio, surgiu na Idade moderna junto com o aparecimento do Estado Democrático de Direito.

Araújo citado por Antunes (2006, p. 11) ensina que:

O conceito de proporcionalidade como termo técnico jurídico no Direito Alemão foi utilizado pela primeira vez em 1802, por Von Berg, cujas ideias só bem mais tarde, cerca de um século depois, foram impostas de forma efetiva no campo do Direito de Polícia, por obra do superior tribunal administrativo da Prússia. Cumpre ressaltar acerca da jurisprudência constitucional da Alemanha, onde muito cedo, sedimentou-se o entendimento de que a proporcionalidade consubstancia relevante meio de controle estatal, visando à observância e concretização dos direitos fundamentais do cidadão.

Da citação anterior, percebe-se que tal ideia fora desenvolvida na Alemanha e se difundiu pelo resto mundo, de modo que vários estados a incluíram dentro de seus textos constitucionais.

No Brasil, a proporcionalidade é tida como um princípio e tem aplicação considerável no Judiciário para se garantir a efetividade dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos na Carta Magna.

Marmelstein (2014, p. 381) afirma que:

O princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva e suficiente) e proporcional em sentido estrito.

O renomado autor, ainda continua seu pensamento, afirmando que a doutrina, baseada nas decisões da Corte Constitucional alemã, tem apontado três dimensões desse princípio, quais sejam: a) a adequação; b) a necessidade; e c) a proporcionalidade em sentido estrito. Marmelstein (2014, p. 371) ainda afirma que:

“esses elementos devem ser analisados sucessivamente. Será possível uma limitação a um direito fundamental se estiveram presentes na corretamente esses aspectos”.

Nesse lume, por adequação deve-se entender que podem ser utilizadas medidas condizentes ao alcance do objetivo maior previsto no mandamento que pretende cumprir, consoante lição de Cristovam (2010). Ou seja, é necessário que se responda a seguinte indagação, em conjunto entendimento com Marmelstein (2014, p. 372): “o meio escolhido foi o adequado e pertinente para atingir o resultado almejado? Caso a resposta seja não, verifica-se o desrespeito ao Princípio da Proporcionalidade, devendo a medida ser anulada pelo poder judiciário”.

Nas palavras de Cristovam (2010, p. 7): “o subprincípio da necessidade exige que o poder Judiciário apure a medida ou a decisão tomada, dentre as aptas a consecução do fim pretendido, é a que produz menor prejuízo aos cidadãos envolvidos ou a coletividade”.

Ou seja, a medida que deve ser tomada tem que realmente necessária, afim de não ser excessiva nem tampouco insuficiente para a resolução do conflito, conforme corrobora Marmelstein (2014).

Já a proporcionalidade em sentido estrito o elemento que se liga a idade da ponderação, uma vez que a proporcionalidade estabelece uma apreciação das vantagens e desvantagens que a medida poderá acarretar. Nesse ponto deverá ser respondida a seguinte indagação, segundo Marmelstein (2014, p. 372): “O benefício alcançado com a adoção da medida buscou preservar valores mais importantes do que os protegidos pelo direito que a medida limitou?”.

Para a resposta a tal pergunta, realizar-se-á uma tarefa de balanceamento ou de ponderação, meio pelo qual o jurista buscará levar em consideração todos os interesses em questão, afim de encontrar uma solução que seja constitucionalmente adequada, tendo por base uma argumentação que seja firme, coerente e convincente.

Em analogia a atividade de um médico, Marmelstein (2014, p. 373) esclarece:

Às vezes, o tratamento é adequado e necessário para curar o paciente, mas causará danos colaterais ainda piores do que aqueles que a doença provoca. Há que ser feito um sopesamento para saber se é melhor prosseguir com o tratamento doloroso ou conviver com a doença não tão grave.

É então que entra em jogo a técnica da ponderação, como sendo o instrumento indispensável para verificar a existência da proporcionalidade em sentido estrito no caso concreto, posto que, se esta for inexistente, o judiciário deverá anulá-la.

Nas palavras de Sarmiento (2002, p. 96): “a ponderação de interesses não representa uma forma de decisionismo judicial disfarçado, já que seu método se pauta pelo princípio da proporcionalidade, cujos critérios podem ser aferidos com certa objetividade”.

Nesse lume, para a realização da técnica da ponderação em relação aos interesses constitucionais, se faz necessário e indispensável o uso do princípio da proporcionalidade, pois a lógica próprio deste, com seus três elementos, é exatamente o que deve ser utilizado na ponderação.

4.2.1 A Técnica da Ponderação

Com a finalidade de solucionar as colisões entre princípios de natureza fundamental, deve-se utilizar o método da ponderação de bens, que se aplica conforme a teoria da proporcionalidade, de acordo com o que foi visto anteriormente.

É preciso lembrar que há determinadas situações em que as técnicas de interpretação tradicionais não se demonstram satisfatórias para solucionar conflitos que envolvam direitos fundamentais e, por consequência, os valores que eles representam. Ensina Marmelstein (2014, p. 382) que:

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores.

Na opinião de Barroso (2009, p. 334), a ponderação é: uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação a qual a subsunção se mostrou insuficiente.

Nesse mesmo sentido, é relevante a consideração apresentada por Antunes (2006, p. 08), ao afirmar que:

O método da ponderação de bens foi utilizado pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal Alemão na sentença Lüth em quinze de janeiro de

1958, na qual analisou-se e decidiu-se sobre a constitucionalidade de restrição a direito fundamental. O TCF decidiu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer, uma vez que não afetava interesses de terceiros dignos de proteção. Aludida preferência resultou em função das circunstâncias do caso concreto.

Foi então que, a partir do caso Lüth, caso que foi o marco para a aplicação de tal técnica, que o método da ponderação de bens começou a se desenvolver e consolidar na Alemanha e, posteriormente, em outros países pelo resto do mundo.

Quando se parte para um caso concreto e neste haja uma colisão de direitos fundamentais, com normas de mesma hierarquia e ambas válidas, a decisão normativa, legislativa ou judicial derradeira, verificará o indispensável da otimização e da harmonização dos direitos que tais normas conferem, atendendo ainda aos postulados da unidade da Constituição e da concordância prática.

Nesse pensamento, Marmelstein afirma (2014, p. 383) que:

Na técnica da ponderação, o jurista deverá, em um primeiro momento, tentar conciliar ou harmonizar os interesses em jogo, através do princípio da concordância prática. Somente depois, se não for possível a conciliação, é que se deve partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita.

Em sintonia com o que foi posto pelo renomado autor citado anteriormente, Morais (2003, p. 61), ensina que:

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Todavia, existem casos, que tal harmonização se revela praticamente impossível, como explica Marmelstein (2014, p. 389):

É nessas situações em que a harmonização se mostra inviável que o sopesamento/ponderação é, portanto, uma atividade intelectual que, diante de valores colidentes, escolherá qual deve prevalecer e qual deve ceder. E talvez seja justamente aí que reside o grande problema da ponderação: inevitavelmente, haverá descumprimento parcial ou total de alguma norma constitucional. Quando duas normas constitucionais colidem fatalmente o juiz decidirá qual a que “vale menos” para ser sacrificada naquele caso concreto.

Conforme se extrai das passagens supracitadas, é imprescindível que antes de se utilizar a técnica da ponderação, de forma a fazer sobrepor um princípio em relação ao outro, é necessário tentar solucionar o caso de colisão por meio da harmonização entre os princípios envolvidos.

Informa Sarmiento (2002, p. 99) que: “proceder a interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário, é possível harmonizá-los”.

Ademais, relevante ressaltar que antes mesmo de se solucionar o conflito, quando este se tratar de direitos fundamentais, é preciso realizar a identificação dos “limites imanentes” de cada direito. No entendimento de Sarmiento (2002, p. 100) limites imanentes: “representam a fronteira externa dos direitos fundamentais”.

Nesse contexto, a fixação de tais limites é anterior à resolução dos conflitos, uma vez que restará caracterizado o conflito quando a situação concreta estiver dentro dos limites imanentes referente a mais de uma norma constitucional.

Uma vez constatado que existe realmente um conflito, que só será possível verificar dentro de um caso concreto, inicia-se a ponderação propriamente dita dos interesses que estão envolvidos na contenda. Nesse momento, ocorrerá o que se chama de sopesamento de valores que estão relacionados ao conflito.

Com efeito, ensina Marmelstein (2014, p. 389) que:

Reconhecer a necessidade de sopesamento passa necessariamente pela aceitação da existência de hierarquia axiológica entre os valores constitucionais.

De fato, apesar de não existir, do ponto de vista estritamente normativo, hierarquia entre os direitos fundamentais, já que todos estão no mesmo plano jurídico-constitucional (princípio da unidade da Constituição), parece inquestionável, sob o aspecto ético/valorativo, a existência de diferentes níveis de importância dos direitos previstos constitucionalmente.

Depois de atribuído os pesos, decidir-se-á qual a intensidade com que esse grupo de normas sobressairá no caso concreto. Como aduz Barroso (2009, p. 335): “todo esse processo intelectual tem como fio condutor o Princípio da Proporcionalidade”.

Sarmiento (2002, p. 104) destaca também a importância de o julgador desvendar o peso genérico que a ordem constitucional prediz a determinados princípios e, logo em seguida, ao peso específico que se deve evidenciar no caso

concreto, indicando qual o nível de restrição de cada interesse, que será inversamente proporcional ao peso que representar.

Marmelstein (2014, p. 389) acrescenta que:

Certamente, alguns direitos, “valem” mais do que outros, sobretudo diante de conflitos que podem surgir em casos concretos, podendo, nesse aspecto, falar-se em hierarquia axiológica entre as normas constitucionais, incluindo-se aí, obviamente, os direitos fundamentais.

Uma vez que se atribua pesos, no processo de ponderação, surge, como consequência lógica, a argumentação jurídica. É através dela que os interesses que estão se contrapondo serão defendidos, com a finalidade maior de se chegar à solução da colisão entre direitos fundamentais, ou seja, decide-se pela aplicação do princípio que deve prevalecer ao caso concreto e qual o seu grau de intensidade. É com a argumentação jurídica que se aproxima as decisões judiciais do controle da racionalidade.

Nesse contexto, Barroso (2009, p. 338) afirma que: “nas hipóteses em que a solução produzida não decorre de uma lógica subsuntiva, o ônus argumentativo se potencializa, devendo o interprete demonstrar, analiticamente, a construção do seu raciocínio”.

Com efeito, pode-se deduzir que a utilização da técnica da ponderação dos princípios pode pôr em risco a decisão final, uma vez que tal decisão pode estar dotada de subjetivismos exacerbado, que decorre em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências. Por esse motivo, é necessário ter em mente alguns limites que devem ser respeitados na utilização da ponderação.

4.3 SOLUÇÃO DE COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Como pode ser constatado, verifica-se que ao ocorrer a tensão entre dois princípios que sejam dotados de reconhecimento pelo ordenamento constitucional em vigor, o de menor peso, a depender das circunstâncias e condições em relação ao caso concreto, cede o seu lugar ao de maior valor, em uma relação de precedência condicionada.

Importante ressaltar a diferença que ocorre em relação aos conflitos entre regras, onde não são estipuladas cláusulas de exceção, haja vista que, senão, estar-se-ia delimitando o princípio constitucional para situações futuras, quando poderá preceder frente a outros valores com os quais entre em colisão. Busca-se, pela ponderação, decidir, diante das condições do caso, qual valor possui maior peso, devendo prevalecer na situação.

Resta-se comprovada que a ponderação entre princípios constitucionais é uma tarefa muito complexa e importante no sentido de manter a ordem constitucional coesa e intacta. Com efeito, explica Lopes (2012):

Por essa razão é enorme a responsabilidade do Poder Judiciário, principalmente das Cortes Supremas dos Estados, quando do controle da constitucionalidade de leis restritivas de direitos, bem como da solução de tensões entre direitos fundamentais amparados pela Constituição, colidentes no caso concreto.

Nessa conjuntura, existe na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) alguns famosos casos onde foi utilizada a ponderação entre princípios fundamentais, afim de buscar a melhor solução em detrimento a supremacia do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

4.3.1 Exame de Sangue Forçado em Investigação de Paternidade. Integridade Física *versus* Direito ao Conhecimento da Paternidade

Um pertinente caso existente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se utilizou da técnica da ponderação entre princípios fundamentais, no tocante a uma ação declaratória, de rito ordinário, onde uma criança investigava a paternidade de seu suposto pai.

O Juízo da Segunda Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre motivou a realização de exame de ácido desoxirribonucleico (DNA), com a finalidade de solucionar a controvérsia. Todavia, o suposto pai se recusou à captação de sangue, desta forma, restou determinada a execução forçada da ordem judicial. Tal decisão fora mantida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Conforme julgamento do STF em sede do HC nº 71.373/RS:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.

(STF - HC: 71373 RS, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 10/11/1994, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-11-1996 PP-45686 EMENT VOL-01851-02 PP-00397)

Depois de tomada tal decisão, devido ao fato de o suposto pai estar na ameaça de sofrer algum tipo de violência ou coação no que tange sua liberdade de locomoção, por decisão do Tribunal de Justiça rio-grandense, foi impetrado o pedido de "*Habeas Corpus*" perante o Supremo Tribunal Federal, onde o assunto foi analisado. Com uma maioria de seis votos contra quatro, o Plenário do STF conferiu o *habeas corpus*, ainda que diante de debates fervorosos.

A parte minoritária defendeu que o direito ao conhecimento da real paternidade da criança deveria ser superior ao da integridade física do pai (MENDES, 2008).

Entretanto, a parte vitoriosa, na ocasião liderada pelo voto do ministro Marco Aurélio entendeu que o direito à intangibilidade do corpo humano não deveria ceder, no caso em análise, para possibilitar a feitura de prova em juízo. Destarte, fica óbvio que, diante da situação, o que se avaliou não foi o direito que a criança tinha em conhecer a identidade de seu pai *versus* a intangibilidade do corpo humano da outra parte; o que se julgou foi a obrigação de forçar um ser humano a dispor da sua integridade física para que, dessa forma, se pudesse fazer prova dentro de um processo judicial.

Diante de tal decisão tomada pelo STF, qual seja a de conceder *Habeas Corpus* para o suposto pai não fazer o exame forçadamente, muitos acreditaram não ser a mais acertada, uma vez que para estas pessoas o direito do filho em conhecer sua verdadeira paternidade deveria sobrepor-se ao direito da integridade física, que seria algo mínima na realização do exame de sangue.

Nesse cenário, o STF teve uma decisão equivocada, já que o sacrifício atribuído ao suposto pai é insignificante em relação ao direito da criança em conhecer a sua verdadeira origem genética, assim destacou Cristovam (2010, p.14): "tal direito

seria a própria extensão do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, inscrito no artigo 1º, inciso III da CF/88”.

Diante do exposto, fica claro, que o que se analisou na decisão do Supremo não foi o direito do filho em conhecer quem é seu verdadeiro pai, e sim a aquisição de uma prova judicial de maneira forçada ao direito do suposto pai em manter a sua integridade física, já que se poderia alcançar a prova judicial de outras maneiras.

Frise-se, portanto, que tal decisão parece acertada ao decidir pela não cominação de realização do exame de DNA de maneira forçada nesse caso, em motivo da prevalência da integridade física sobre a necessidade de realização de prova judicial.

4.3.2 Caso Glória Trevi. Direito à Intimidade *versus* Direito à Honra

Em seguida, outro caso que tomou enormes proporções pela divulgação na mídia nacional e internacional é o suposto “estupro carcerário” sofrido pela cantora mexicana Glória de los Angeles Treviño Ruiz (Glória de Trevi).

No caso, a cantora vinha sendo alvo de investigações em seu país por se envolver em agitado escândalo sexual que tratava do abuso de crianças e adolescentes, em razão da qual fugiu para o Brasil, sendo logo presa.

Contudo, surpreendendo a todos, a cantora apareceu grávida enquanto ainda estava sob custódia da polícia federal brasileira. Segundo a versão da cantora, a gravidez foi decorrente de um estupro praticado pelos policiais federais que estavam na responsabilidade de sua guarda; fato que tais policiais negaram enfaticamente. Conforme julgamento do STF em sede da Rcl. QO nº 2.040-1/DF:

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extraditção n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda.

Suspensão também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante. (STF - Rcl-QO: 2040 DF, Relator: NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 21/02/2002, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 27-06-2003 PP-00031 EMENT VOL-02116-01)

Tal caso em análise colocaria em risco a reputação das instituições brasileira, já que existira a possibilidade de os agentes da Polícia Federal terem cometido atentado contra a integridade física da cantora (crime de estupro).

Nesse sentido, como informa Lane (2004, p. 14), que:

A vítima, na oportunidade, não apresentou os supostos autores criminalmente, não podendo, desta forma, o Estado promover nenhuma ação penal contra os eventuais agressores da suposta vítima. Mas, ainda assim, os supostos criminosos poderiam sofrer sanções administrativas.

Marmelstein (2014, p. 392), em sua obra, informa que:

Para ficar esclarecida a questão, os policiais federais requisitaram à Justiça brasileira autorização para a coleta da placenta da cantora mexicana, durante o parto, para a realização do exame de DNA com a finalidade de instruir o inquérito policial instaurado para a investigação das acusações de estupro apresentadas pela extraditanda.

Determinada autorização foi deferida pela Justiça Federal brasileira, todavia a cantora introduziu reclamação perante o STF. Na oportunidade, a extraditanda se demonstrou contrária à coleta de qualquer material em seu parto. Em resposta, o Supremo foi, em parte, favorável à cantora, já que entendia que tal autorização só poderia ser concedida por aquele Tribunal, uma vez que a extraditanda estava sob custódia, enquanto aguardava o trâmite do seu processo de extradição.

Ainda que tenha recebido a reclamação por usurpação de competência, na fase de mérito, o STF deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material

biológico da placenta que seria retirada da cantora mexicana, valendo-se, ara tal decisão, da técnica da ponderação dos valores constitucionais em colisão.

A extraditanda utilizou precedentes a seu favor, afirmando que a Corte Brasileira considera a realização do exame como uma lesão à intimidade e à intangibilidade corporal, além de ser uma afronta à dignidade da pessoa humana.

Como argumentos apresentados a favor da cantora, pode-se afirmar que a “extraditanda goza, enquanto pessoa humana e mãe, do direito exclusivo de autorizar ou não a realização do exame material genético dela e de seu filho”. Considera-se ainda que a apreensão de material à sua revelia é uma extrema invasão na sua intimidade e vida privada, direitos estes protegidos pela Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos X e XLIX. Argumentos utilizados pelos advogados da autora na citada reclamação (Lane, 2004).

Em relação aos argumentos contrários a pretensão da autora da reclamação de não realizar o exame de DNA pode-se citar, conforme informa Lane (2004, p. 17):

O exame de DNA seria o único meio de esclarecer as circunstâncias da gravidez e com isso apurar as responsabilidades administrativas e penais; considera-se importante que os policiais federais que se encontravam trabalhando e na custódia comprometeram-se espontaneamente a fornecer material genético; a mídia deu contornos nacionais ao caso questionando instituições brasileiras; há o interesse do outro país, México; estão envolvidos 50 policiais e 11 detentos e ex-detentos com o interesse de buscar a verdade real em favor da defesa da honra e dignidade; o direito à intimidade da extraditanda é numérica e substancialmente inferior dos 61 injustiçados e da criança acerca de sua paternidade; não há qualquer procedimento invasivo na coleta da placenta, considerada como “lixo biológico”.

Diante da análise dos argumentos, decidiu-se pela realização do exame de DNA afim de poder se confirmar ou se excluir a paternidade da criança pelos acusados, e, por consequência, apurar a ocorrência do suposto estupro.

Ao final, realizou-se o exame e concluiu-se pela negativa da paternidade pelos policiais federais que custodiavam a extraditanda, restabelecendo-se, desta forma, a honra desses cidadãos, concluindo-se que o verdadeiro pai da criança era o próprio namorado, muito embora a forma como se deu concepção permaneça um mistério (Marmelstein, 2014).

Desta forma, restou provada a inocência dos policiais responsáveis pela guarda da cantora reestabelecendo-se, assim, a honra dos mesmos que se encontravam em uma situação extremamente constrangedora, sendo correta a decisão tomada pelo STF no caso em questão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto e objeto de análise no presente trabalho, os objetivos buscados acerca do estudo oportunamente mencionado foram alcançados, ao passo que é possível concluir que o trabalho monográfico demonstrou qual o papel que os direitos fundamentais desempenham hoje na sociedade com o surgimento do movimento neoconstitucionalista (ou pós-positivista).

Nesse sentido, foi trazido inicialmente como se deu o nascimento de tal movimento, trazendo seus aspectos teórico, institucional e ideológico, afim de se conceituar o que é o neoconstitucionalismo. E, conclui-se, pois, que é um movimento que buscou reestruturação da Teoria Geral do Direito em detrimento, principalmente, aos direitos fundamentais que até então não eram tidos como normas de caráter valorativo.

Foi a partir de tal movimento que foi possível perceber, diante do estudo dos marcos histórico, filosófico e teórico, que os direitos fundamentais a partir do fim da Segunda Guerra Mundial e com o surgimento das novas Constituições começou a desempenhar um papel mais importante dentro das relações jurídicas (privadas), levando sempre a sua análise e em que pese a forma como deveria ser analisado a sua aplicação dentro de tais relações.

Tal trabalho ainda demonstrou um breve histórico do surgimento dos direitos fundamentais dentro das Constituições, a partir da Constituição Francesa de 1789, que nasceu com a Revolução que culminou nesse mesmo período de grandes mudanças.

Nesse cenário, foi explanado o que seriam os direitos fundamentais, qual a sua importância dentro do ordenamento constitucional atual, afim de que fosse possível descobrir como se solucionariam os conflitos que envolvem esses direitos tão importantes.

Restou demonstrado, também, qual a diferença entre os termos direitos fundamentais, direitos humanos e direitos do homem, na qual o primeiro termo diz respeito aos direitos previstos dentro do ordenamento constitucional de determinado Estado, o segundo se refere aos direitos internacionalmente previstos, e o último em relação aos direitos não positivados e que tem sua origem em um plano superior e maior.

Em se tratando da eficácia e da aplicabilidade dos direitos fundamentais ficou estabelecido que a própria Constituição Federal determina uma aplicabilidade de natureza imediata a tais direitos. Com efeito, restou demonstrado a importância do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como sendo o valor supremo que é a base para todos os direitos fundamentais.

Ainda que sejam de aplicação imediata, foi posto que os direitos fundamentais são dotados de relatividade, isto é, esses direitos não são revestidos de caráter absoluto, uma vez que em caso de conflitos entre os mesmos, pondera-se para que prevaleça o mais apropriado ao caso concreto. Então, deve-se considerar os direitos fundamentais como princípios, ou seja, aceita-se que eles não possuem caráter absoluto, pois são passíveis de restrições recíprocas.

Com efeito, a partir do neoconstitucionalismo, os direitos fundamentais adquiriram o caráter de norma jurídica, desta forma sua aplicabilidade não é mais pretendida e sim obrigatória, pois são dotados de normatividade.

Os conflitos entre Direitos Fundamentais surgem por se viver em um Estado Democrático de Direito, e como tal a Constituição Federal pátria reflete as mais diversas ideologias através dos direitos fundamentais que positivados em seu texto. Tais ideologias, acabam, por vezes, colidindo-se entre si.

Destarte, o Princípio da Proporcionalidade surge como forma de solucionar tais conflitos entre normas de preceito fundamental, operacionalizando-se pelo método da ponderação.

Então, utiliza-se o método de ponderação entre princípios constitucionais, com a finalidade de solucionar as colisões entre princípios. Uma vez demonstrada a necessidade da ponderação, analisa-se, dentro do caso concreto, os limites iminentes dos princípios envolvidos, mostrando a existência real do conflito entre eles. Em seguida, parte-se para o sopesamento entre os valores em evidência, solucionando-se o conflito, ocorrendo através da argumentação jurídica, consoante já explicado no trabalho.

Contudo, importante frisar que, para não se cometer equívocos na utilização da técnica da ponderação, existem limites para sua aplicação. Entre tais limites pode-se citar a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais, que é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que se impõe como principal critério na direção da ponderação entre princípios constitucionais.

Nesse sentido, a ponderação entre princípios constitucionais é uma atividade complexa e importante no que diz respeito à manutenção da ordem constitucional coesa. Desta forma, analisaram-se casos em que o Supremo Tribunal Federal teve que se utilizar da técnica da ponderação entre princípios para solucionar conflitos no sentido das relações privadas.

Por fim, fica claro a importância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico atual, uma vez que tais princípios evoluíram bastante desde seu surgimento até serem reforçados e mais valorados com o Neoconstitucionalismo. Como base para todos os direitos de natureza fundamental tem-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana que serve de norte para a resolução de conflitos entre tais direitos, aplicando-se a técnica da ponderação, como restou demonstrado através da análise de casos existentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Fica claro, então que o STF busca a melhor solução dentro dos casos concreto de acordo com o que julga, na situação real, ser o direito fundamental “mais importante”, garantindo a pacificação dessas relações, sem, contudo, fossilizar a Constituição, ou seja, sem determinar que um direito fundamental sempre será, dentro de uma relação privada que possa aparecer, superior a outro direito fundamental, uma vez que possuem mesma hierarquia e deve ser ponderada em cada situação fática.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático**. In: CARBONELL, Miguel (ed.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos, 2001.

_____. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón de Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Ed. Almedina, 1987.

ANTUNES, Roberta Pacheco. **O princípio da proporcionalidade e sua aplicabilidade na problemática das provas ilícitas em matéria criminal**, 2006.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet:<<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 01/09/16.

_____. (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1980.

CARA, Juan Carlos Gavera de. **Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: La Garantía del Contenido esencial de los derechos fundamentales**. Ed. Almedina, 1994.

CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em <<http://www.tvjustica.jus.br>>. Acesso em 23 ago. 2016.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1964.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A resolução das colisões entre princípios constitucionais**, 2010.

FELIX, Renan Paes. **Direitos Fundamentais e sua eficácia no âmbito das relações privadas**. Revista Juristas, João Pessoa, a.III, n.92, 19/09/2006. Disponível em <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=37>. Acesso em 25 ago. 2016.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito**. In Revista de Direito do estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. Florianópolis: Momento atual, 2005.

LANE, Renata. **O entendimento do STF em alguns casos de colisão de direitos fundamentais. Monografia de conclusão de curso da Escola de Formação.** Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2004.

LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LOPES, Lorena Duarte Santos. **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em 10 set. 2016.

MADRID. Universidad Complutense. **Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-irg%C3%A9-1776.html>>. Acesso em 01 set. 2016.

_____. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.** Disponível: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 01 set. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos no dever de fundamentação das decisões judiciais no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo, n. 44, p. 101-120, nov. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal.** São Paulo: Atlas, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales. Teoría general.** Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1999.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. 1976. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em 16 set. 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, 27.^a ed., Saraiva, 2003.

ROSPA, Aline Martins. **Aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas**. Disponível em <http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/APLICACAO_DOS_%20DIREITOS_FUNDAMENTAIS_%20AS_RELACOES_PRIVADAS.pdf>. Acesso em 16 set. 2016.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001. A primeira edição portuguesa data de 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **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.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **O proporcional e o razoável**. In: RT, v. 798, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Ed. Livraria do advogado, Porto Alegre, 2001.

VALE, André Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo, n. 9, p. 67-77, jan./jun. 2007.