

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ – ESMEC
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

1.1. A questão dos fundamentos da ordem jurídica: o pós-positivismo

Obs.: A expressão “Direitos Fundamentais” expressa uma visão mais recente sobre certos direitos positivados, apesar de no texto constitucional haver uma grande quantidade de outras expressões, tais como direito humanos, liberdades públicas, direito subjetivo público.

1.2. Do Constitucionalismo clássico ao Neoconstitucionalismo

1.2.1. Constitucionalismo em sentido mínimo e em sentido pleno

Obs.: essa a separação feita pelo constitucionalista argentino Carlos Santiago Nino, sendo a primeira uma noção fluida e imprecisa do constitucionalismo, sem maiores bases teóricas, enquanto o segundo corresponde a uma noção bem calcada cientificamente.

1.2.2. As fases do constitucionalismo clássico

1.2.2.1. Período do surgimento e implementação

1.2.2.2. Período institucional

1.2.2.3. Período de democratização

1.2.3. Neoconstitucionalismo

1.2.3.1. Marcos Históricos

1.2.3.1.1. Liberalismo: as liberdades públicas;

1.2.3.1.2. Constituição Mexicana- 1917 (Direitos Sociais);

1.2.3.1.3. Constituição de Weimar- 1919 (Direitos Sociais);

1.2.3.1.4. Constituição Alemã- 1949 – Corte Constitucional 1951;

1.2.3.1.5. Constituição Italiana de 1947 – Corte Constitucional 1956;

1.2.3.1.6. Constituição Portuguesa de 1976;

1.2.3.1.7. Constituição Espanhola de 1978;

1.2.3.1.8. Constituição Brasileira de 1988.

CASO LÜTH

“Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da idéia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da *Grundgesetz* também têm esse sentido, pois ela quis sublinhar, com a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente [dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição de seus órgãos propriamente ditos], a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal. A isso corresponde o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para a proteção destes direitos, a Reclamação Constitucional, somente contra atos do poder público.

Da mesma forma é correto, entretanto, que a *Grundgesetz*, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 *et seq.*, 197 *et seq.*]; 6, 32 [40 s.]), estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais (...). Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Desta forma, ele influencia obviamente o direito civil. Nenhuma norma do direito civil pode contradizer esse sistema de valores, cada norma precisa ser interpretada segundo o seu espírito. O conteúdo normativo dos direitos fundamentais enquanto normas objetivas desenvolve-se no direito privado por intermédio do veículo (*Medium*) das normas que dominem imediatamente aquela área jurídica. Assim como o novo direito precisa estar em conformidade com o sistema axiológico dos direitos fundamentais, será, no que tange ao seu conteúdo, o direito pré-existente direcionado a esse sistema de valores; dele flui para esse direito pré-existente um conteúdo constitucional específico, que a partir de então fixará a sua interpretação. Uma lide entre particulares sobre direitos e obrigações decorrentes destas normas comportamentais do direito civil influenciadas pelo direito fundamental permanece, no direito material e processual uma lide cível. Interpretado e aplicado deve ser o direito civil, ainda que sua interpretação tenha que seguir o direito público, a Constituição”.

1.2.3.2.Marcos Filosóficos

1.2.3.3.Marcos Dogmáticos

1.2.3.3.1.A força normativa da constituição

1.2.3.3.1.1.A força normativa no STF:

- a) impossibilidade de coexistência no sistema de decisão de tribunais inferiores contrários aos julgamentos do STF, porquanto considerou o excelso pretório que ofender sua decisões corresponde desconsiderar a força normativa da constituição de quem é intérprete autêntico e final (RE-ED 227001 / DF - DISTRITO FEDERAL);
- b) o prómbulo não possui força normativa
- c) em função da força normativa da constituição, há o dever de o intérprete, quando da interpretação do texto constituição, procurar sempre adequá-lo à realidade social então vigente. É o que consigna Gilmar Ferreira Mendes em seu voto no RECURSO EXTRAORDINÁRIO 346.084-6 PARANÁ:

1.2.3.3.2.A nova hermenêutica constitucional

1.2.3.3.3.A jurisdição constitucional

1.3. Positivismo X Constitucionalismo

1.4. Constitucionalização do Direito

1.4.1.Meios de Constitucionalização

1.4.1.1.Modificação Legislativa

1.4.1.2.Desenvolvimento dogmático dos institutos

1.4.1.3.Irradiação jurisdicional

1.4.2.Agentes da Constitucionalização

1.4.2.1.Legislador

1.4.2.2.Doutrina

1.4.2.3.Judiciário

1.4.2.3.1.Aplicação subordinada à mediação legislativa

1.4.2.3.2.Aplicação indireta mediante uma reinterpretação das normas privadas, valendo-se das chamadas Cláusulas gerais;

1.4.2.3.3.Aplicação direta, diante da ausência legislativa;

1.4.2.3.4.Aplicação direta a despeito da existência de legislação (situação específica brasileira de instituir um estado social como o controle difuso de constitucionalidade)

2. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. O que caracteriza um direito como fundamental

2.1.1.Direitos Naturais, Humanos, Fundamentais e subjetivos

2.1.2.Teoria Crítica dos Direitos Humanos: diamante ético

2.1.3.Definição de Direito Fundamental

2.1.3.1.Em sentido formal

2.1.3.2.Em sentido material

2.1.3.3.Em sentido misto

2.1.4.Perspectiva Funcional

2.1.4.1.alcance subjetivo

2.1.4.2.alcance objeto

2.1.5.Perspectiva Estrutural: espécie de norma

2.1.6.Direito e Moral

2.1.7.Direito e Valores

2.1.7.1.Apartação absoluta entre Direito e Valor

2.1.7.2.Confusão absoluta entre Direito e Valor

2.1.7.3.Conciliação

2.1.7.3.1.Valor como conteúdo das normas

2.1.7.3.2. Valor como uma espécie de norma mais abstrata

Obs.:As críticas de Habermas à noção de Constituição como ordem objetiva de valores: tentativa de valorizar a soberania popular e a vontade do parlamento

2.2. A titularidade dos direitos fundamentais

2.2.1.Estrangeiros

2.2.1.1.O texto constitucional art. 5º. *Caput*

2.2.1.2.A posição de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins

2.2.1.3.Solução compatível com a definição de direito fundamental

2.2.2.Pessoas físicas e jurídicas

2.2.3.Estado como titular de direito fundamental?

2.3. A Estrutura normativa dos direitos fundamentais

2.3.1. Direito fundamental, norma de direito fundamental e enunciado de direito fundamental

2.3.1.1. norma estatuída

2.3.1.1.1. Texto constitucional

2.3.1.1.2. Tratados internacionais

2.3.1.2. norma adstrita

2.3.1.2.1. Casos reconhecidos de elaboração de normas adstritas

2.3.1.2.1.1. Indeterminação dos enunciados: ex.: “casa” como asilo inviolável

2.3.1.2.1.2. Conjugação de vários enunciados: ex: dever de notificação prévia de vistoria em desapropriação, decorrência do devido processo e ampla defesa.

2.3.1.2.1.3. Extração direta do sistema, sem enunciado específico

2.3.2. Regras

2.3.3. Princípios

2.3.3.1. O problema do sincretismo metodológico

2.3.3.1.1. a noção clássica de princípio no direito brasileiro

2.3.3.1.2. a noção pós-positivista de princípio

Obs.: O termo “princípio” padece do problema semântico da plurissignificância. Paulo Bonavides indica seis diferentes significados que normalmente são emprestados ao termo. São eles: a) norma jurídica dotada de alto grau de generalidade; b) norma de alto grau de indeterminação, demandando uma especificação para regular um caso concreto; c) norma programática; d) norma dotada de hierarquia superior em um dado ordenamento jurídico; e) norma orientadora de interpretação; f) norma básica de um ordenamento; g) norma dirigida aos órgãos de aplicação do Direito cuja função é fazer a escolha acerca de um dispositivo ou norma.

2.3.4. Evolução na concepção dos princípios jurídicos;

2.3.4.1. Fase jusnaturalista;

2.3.4.2. Positivista;

2.3.4.3. Pós-positivista.

Obs: Cada fase representa uma evolução em relação à anterior, mas cada novo entendimento não importou a completa superação da noção anterior, o que permite asseverar que ainda hoje, período em que a noção pós-positivista domina o pensamento de grande parte dos juristas, persiste idéias ligadas às fases jusnaturalistas e positivistas.

2.3.5. Funções dos princípios

2.3.5.1. Função fundamentadora;

2.3.5.2. Função orientadora de interpretação;

2.3.5.3. Função de fonte subsidiária

2.3.6.Os princípios constitucionais:

- 2.3.6.1.Estruturantes;
- 2.3.6.2.Gerais;
- 2.3.6.3.Especiais

2.3.7.A distinção entre regras e princípios

2.3.7.1.Distinção forte (qualitativa) e distinção fraca (quantitativa)

Obs.: início da distinção com um artigo de Ronald Dworking em 1967: "The model of rules". Uma crítica a seu antecessor, Herbet Hart, na Cátedra de Filosofia do Direito em Oxford. Crítica à discricionariedade judiciária do positivismo.

2.3.7.2.Elementos da distinção forte

- 2.3.7.2.1.Quanto à estrutura
- 2.3.7.2.2.Quanto ao conteúdo
- 2.3.7.2.3.Quanto à aplicação

Regra	Princípio
- Aplicação no tudo ou nada (comando definitivo)	- Aplicação escalonada por ponderação (mandado de otimização)
- Aplicação	- concretização
- exclusão total de uma regra em caso de antinomia	- sopesamento em caso de conflito
- aplicação direta	- aplicação mediante regras
- estrutura lógica fechada com descritor e prescritor	- estrutura aberta consistente na determinação de um fim, que é normalmente um valor

Obs.: Luiz Roberto Barroso, citando Ana Paula de Barcelos, afirma que um sistema deve ter um ponto de equilíbrio entre regras e princípios, porque aquelas prestigiam a segurança jurídica e estes a justiça. Embora pareça de certa forma coerente, tal afirmação demanda uma maior acuidade.

2.3.7.3.Princípios com fins determinados e princípios com fins indeterminados

Ob.: Exemplo do primeiro o princípio do pleno emprego e do segundo a dignidade da pessoa humana.

2.3.8.Postulados (Humberto Ávila)

2.3.9.Os direitos fundamentais à luz da teoria dos princípios

- 2.3.9.1.apenas regras
- 2.3.9.2.apenas princípios
- 2.3.9.3.misto

2.4. Categorias de direitos fundamentais

- 2.4.1. Gerações ou dimensões dos Direitos
- 2.4.2. Direitos de *status negativus*
- 2.4.3. Direitos de *status positivus* ou sociais ou prestações
- 2.4.4. Direitos de *status activus* ou políticos

2.5. Aplicabilidade dos direitos fundamentais

- 2.5.1. Dimensão subjetiva
- 2.5.2. Dimensão objetiva
 - 2.5.2.1. criação de competências negativas
 - 2.5.2.2. eficácia nas relações privadas
 - 2.5.2.3. critério de interpretação e configuração do direito infra-constitucional
 - 2.5.2.4. dever de tutela pelo Estado
 - 2.5.2.4.1. Tutela legislativa: proibição de omissão e insuficiência
 - 2.5.2.4.2. Tutela administrativa: políticas públicas e reserva do possível
 - 2.5.2.4.3. Tutela jurisdicional: a nova jurisdição constitucional
- 2.5.3. Aplicação direta e Indireta
 - 2.5.3.1. Antes de aplicar a norma o juiz deve verificar se ela é compatível com a constituição
 - 2.5.3.2. Deve guiar a determinação do sentido da norma pela constituição

3. DIREITOS E GARANTIAS

Direitos	Garantias
- São bens em si mesmos	- São instrumentais em relação aos direitos
- Os direitos são principais	- As garantias são acessórias
- Os direitos se assentam nos indivíduos independentemente do Estado (parcial)	- Reportam-se ao Estado em atividade de relação com os direitos
- Os direitos de liberdade são forma da pessoa agir	- As garantias são modos de o Estado se organizar e agir
- Os direitos fundamentais valem por aquilo que valem o indivíduo	- As garantias têm valor instrumental e derivado dos direitos
- Os direitos são declarados	- As garantias são estabelecidas
- Os direitos se inserem imediatamente na esfera jurídica dos indivíduos	- As garantias se inserem mediamente na esfera jurídica dos indivíduos

Garantias: indivíduo – liberdade – instituições

3.1. Espécies:

- subjetivo
- 3.1.1. Garantias de direito objetivo X garantias de direito
 - 3.1.2. Garantias qualificadas X Garantias simples
 - 3.1.3. Garantias individuais X Garantia institucionais
 - 3.1.4. Garantias processuais X Garantias materiais
 - a. Processualidade ampla de Elio Fazzalari
 - b. Legitimação pelo procedimento de Niklas Luhman

4. LIMITES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. Área de regulamentação (disciplinamento) X área de proteção

4.2. Espécies de limites

4.2.1. Necessidade de concretização

obs.: nesse caso, nem todos os autores consideram isso um limite, pois diante da inexistência de concretização o exercício seria pleno.

4.2.2. Reserva de lei

Obs2. Nesse caso a existência de controle de constitucionalidade difuso e concreto arrefece em grande medida a razão de ser da limitação. De fato, o legislador nesse caso, vai definir a área de proteção do direito fundamental, o que fará mediante uma categorização (*definitional balancing*) dos vários valores envolvidos. Essa decisão do legislador deve ser prestigiada, salvo se houver razões de fato e de direito não consideradas em abstrato, o que autorizará o juiz a afastá-la mediante uma determinação do âmbito de incidência distinto por meio de uma ponderação em concreto.

Obs3: Enquanto não houver a determinação legislação da área de proteção ela deve ser entendida como correspondente à área de disciplinamento.

4.2.2.1. tácita ou expressa: pode o legislador limitar sem prévia previsão nesse sentido no texto constitucional?

4.2.2.1.1. SIM: Teoria dos Limites Imanentes □ categorização, mas não veda uma nova escolha pelo Judiciário mediante declaração de inconstitucionalidade

4.2.2.1.2. NÃO: pois não haveria distinção entre normas constitucionais com reserva e sem reserva. Neste caso estaria implícita a vedação de uma ponderação abstrata, sendo permitida apenas a concreta levada a efeito pela Administração e, principalmente, o Judiciário

4.2.3. Limites Constitucionais Gerais em casos especiais

4.2.4. Direito Constitucional de Colisão

Obs4.: Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis têm um posicionamento interessante: só há possibilidade de uso do direito constitucional de colisão (aplicação da proporcionalidade, ponderação, etc) no caso de norma sem reserva, pois naquelas que existem reserva legal a limitação e definição caberia penas e tão-somente ao Legislador, o que nos parece incoerente com a existência do controle concreto de constitucionalidade.

4.2.5. Limites dos Limites

5. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1. Origem da ponderação: contraposição ao formalismo

5.2. Noção de ponderação

5.2.1. Ponderação como instrumento para solução de conflito de princípios

5.2.2. Ponderação como instrumento para solução de qualquer conflito normativo

5.2.3. Ponderação como instrumento da teoria da argumentação para análises de argumentos, sem necessidade de serem normativos

5.3. Ponderação X Subsunção

Obs.: A subsunção não é excluída da aplicação dos direitos fundamentais, porque se ele for veiculado por regra, necessária a subsunção, se for por princípio, a partir deles se extraem (mediante ponderação) regras, a quais se aplicam por subsunção.

5.4. Tipos de ponderação

5.4.1. ponderação em sentido lato (*definitional balancing*) X ponderação em sentido estrito (*balancing ad hoc*)

Obs.: no primeiro se analise argumentos e contra-argumentos para definição de uma categoria jurídica, que deverá ser aplicada generalizadamente. No segundo, há uma ponderação direta de interesses e bens, diante do caso concreto, sem repercussão geral.

5.4.2. Ponderação em abstrato e ponderação em concreto

5.4.2.1. Como se dá normalmente a ponderação em abstrato

5.4.2.1.1. identificam-se e analisam-se os enunciados normativos em sua situações padrões e comuns de aplicação

5.4.2.1.2. caso apresentem, nessa análise padrão, atrito entre as normas, se faz a ponderação levando em conta esses elementos

5.4.2.1.3. aplica-se a ponderação aos diversos casos concretos, salvo se os padrões abstratos analisados não forem adequados ao caso concreto, quando, então, deverá se refazer a ponderação com esses elementos factuais particulares.

Obs.: a ponderação em abstrato pode levar a conclusão totalmente oposta daquela extraída de um caso concreto. Imagine-se uma ponderação abstrata entre o direito à honra em conflito com o direito à integridade física. Abstratamente é possível que a ponderação indique a prevalência deste, pois se hipotetizará alguém agredindo outro que lhe dirigiu insultos verbais. Mas no caso de Glória Trevis (a retirada de material genético seu e de seu feto autorizada pelo Supremo) apresentou solução plenamente oposta.

5.5. A ponderação e o princípio da proporcionalidade

5.6. Etapas da ponderação

5.6.1. Identificação dos dispositivos normativos aplicáveis

Obs.: neste instante temos que identificar no texto da Constituição os enunciados normativos pertinentes, bem como definir uma interpretação usual, *a priori* dos mesmos. Para se operar essa etapa e a seguinte, é importantíssima a retórica, a fim de identificar quais enunciados são relevantes e quais fatos são pertinentes.

5.6.2. Identificação das circunstâncias concretas e suas repercussões sobre os elementos normativos

5.6.3. Fase da decisão relevância do princípio (ou regra) da proporcionalidade

5.7. Parâmetros de controle da ponderação

5.7.1. Prevalência das regras sobre os princípios

5.7.2. Prevalência dos direitos fundamentais sobre outros direitos constitucionais

5.7.3. Esses parâmetros podem ser afastados no caso concreto?

5.8. Críticas à ponderação

5.8.1. Falta de racionalidade

5.8.2. Alto grau de subjetivismo

5.8.3. Rompimento com os valores do Estado de Direito: segurança jurídica e vedação ao arbítrio

5.8.4. Anti-democrático: com constantes reavaliações das decisões das instâncias político-democráticas

5.8.5. Enfraquecimento da normatividade da constituição

Obs.: É muito importante destacar que normalmente se encontra nos livros menção de que a ponderação somente se faz necessária nos *hard cases*, ou seja, quando o sistema não apresenta uma resposta para a composição de dois direitos fundamentais. Contudo, entende-se por “resposta do sistema” uma norma legislativa, daí porque, na Alemanha, haveria pontualmente um *hard case*, porque lá o juízo não tem a liberdade de lidar diretamente com a Constituição, o que nos é permitido em razão do controle difuso. Entretanto, a ponderação se faz presente, no Brasil, no diuturno labor jurisdicional, quando menos para que seja verificado, no caso concreto, o acerto da ponderação *in abstracto* realizada pelo legislador.

Obs2.: Ademais, é comum se mencionar a ponderação como instrumento necessário para a definição de conceitos jurídicos indeterminados. Entretanto, será ela útil em toda interpretação/aplicação, porquanto todo enunciado demanda, em maior ou menor medida, a ponderação.

6. A NOVA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1. Hermenêutica clássica X hermenêutica filosófica

6.1.1. Noção de interpretação e hermenêutica

6.1.2. A hermenêutica filosófica

6.1.2.1. Schleiermacher

6.1.2.1.1. criação de método

6.1.2.1.1.1. interpretação gramatical

6.1.2.1.1.2. interpretação técnica

6.1.2.1.1.2.1. divinatória

- 6.1.2.1.1.2.2.comparativa
- 6.1.2.2.Dilthey
 - 6.1.2.2.1.dividiu as ciências em da natureza e do espírito
 - 6.1.2.2.2.tentou se livrar do psicologismo do antecessor
 - 6.1.2.2.3.criou a idéia de unidade da vida: o todo pela parte, a parte pelo todo
- 6.1.2.3.Heidegger
 - 6.1.2.3.1.superação da dicotomia autor/intérprete: ambos manifestação do “Ser”
 - 6.1.2.3.2.pré-compreensão (sintético) X compreensão (analítico)
 - 6.1.2.3.3.a idéia de horizonte
- 6.1.2.4.Gadamer
 - 6.1.2.4.1.pré-conceito e pré-juízo
 - 6.1.2.4.2.fusão de horizontes
- 6.1.3.Hermenêutica Jurídica
 - 6.1.3.1.Savigny (escola histórica)
 - 6.1.3.2.Jurisprudência dos Conceitos
 - 6.1.3.3.Ihering (jurisprudência dos interesses)
 - 6.1.3.4.Teoria Pura do Direito
 - 6.1.3.5.Tópica (Viehweg)
 - 6.1.3.6.Jurisprudência das valorações
- 6.1.4.A nova hermenêutica constitucional
 - 6.1.4.1.rompimento da dicotomia entre objeto/intérprete
 - 6.1.4.2.ingresso da ponderação da interpretação da Constituição, daí porque houve a ruptura da dicotomia interpretação/aplicação.
- 6.2. Interpretação e construção: texto X norma
 - 6.2.1.Reconhecimento de que o plano abstrato da norma não apresenta a solução das questões (utilização de cláusulas gerais)
 - 6.2.2.Interpretação e criação
 - 6.2.2.1.normas-dado X normas-resultado
 - 6.2.2.2.Critérios para mensurar o grau de liberdade do intérprete
 - 6.2.2.2.1.vaguidade do texto
 - 6.2.2.2.2.manutenção/modificação do contexto social de maneira geral ou incompatibilidade do contexto abstrato com o contexto concreto.
 - 6.2.2.2.3.existência ou não do controle concreto de constitucionalidade.

Obs.: considerar que a norma é produto unicamente da interpretação representa um desprezo, ainda que inconsciente ao trabalho legislativo, daí porque se mencionam a norma como um dado (manifestação legislativa abstrata) e um produto (resultado de uma aplicação em concreto).

Obs.2: a própria idéia que se faz de Constituição interferirá na atividade hermenêutica mais ou menos criativa: a) se tomada apenas como norma, haverá um método mais formalista; b) se tomada como a integração de forças políticas de um Estado, a interpretação deverá seguir eventual realinhamento de forças. Hoje, se compreende se

a Constituição os dois, pois o elemento normativo impedirá uma constituição fluída, absolutamente modificável.

6.2.2.3. Subsunção e nova hermenêutica

6.2.2.3.1. manutenção da subsunção, por tomar como premissa maior não a norma-dado formulada abstratamente pelo legislador, mas a norma-resultado, fruto da interpretação.

6.3. Interpretação, pré-compreensão, contexto e problema

6.3.1. pré-compreensão

6.3.1.1. do intérprete

6.3.1.2. institucional

6.4. Por que uma interpretação específica para a Constituição e os direitos fundamentais?

6.4.1. razões

6.4.1.1. Supremacia Constitucional

6.4.1.2. Linguagem constitucional aberta

6.4.1.3. Feição Política da Constituição

6.4.1.4. O caráter de definitividade ou exclusividade por algumas cortes constitucionais

6.4.1.5. Sentimento constitucional (sanção social)

Obs. Quanto à linguagem, embora não se ignore que a Constituição traga textos fechados em muitas hipóteses, a necessidade de isso ocasionar um novo parâmetro interpretativo vem porque não há critérios valorativos superiores (como ocorre na vaguidade infraconstitucional, que deve ser guiada pela Constituição).

6.5. Quem interpreta a Constituição?

6.5.1. Intérprete institucional ou social

6.5.2. necessidade de o intérprete institucional escutar (na qualidade de fragmentos de legitimidade) os demais intérpretes constitucionais informais: as pressões sociais não podem ser consideradas ameaça à independência: caso *Lochner* e reviravolta nos julgados acerca das normas do *new deal* ("the switch in time that saved nine")

6.6. Como se interpreta a Constituição?

6.6.1. Pontos de partida

6.6.1.1. qual o papel do juiz, ativista ou auto-limitativo?

6.6.1.2. A interpretação é construtiva ou declarativa?

6.6.2. interpretativismo e não interpretativismo Americano

6.6.3. Correntes alemãs

6.6.3.1. método hermenêutico clássico (Ernst Forsthoff)

6.6.3.2. método científico-espiritual (Smend)

6.6.3.3. método tópico (Theodor Viehweg)

6.6.3.4. método hermenêutico-concretizador (Hesse e Muller)

6.6.4. Características da nova hermenêutica

6.6.4.1.aberta

6.6.4.2.dialógico

6.6.4.3.pragmático

6.6.4.4.normativo

6.7. Princípios

6.7.1.Unidade da Constituição;

6.7.2.Efeito integrador: integração social em torno de valores;

6.7.3.Máxima efetividade;

6.7.4.Força normativa;

6.7.5.Interpretação conforme a Constituição.

7. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS

7.1. Razões da distinção entre o público e o privado

7.1.1.O início: constitucionalismo e direitos fundamentais – ruptura de paradigmas não só quanto ao Estado, mas também quanto à sociedade. Ou seja, a dogmática que inspirou as revoluções burguesas propunha a irradiação de suas idéias também perante a sociedade, contudo, o liberalismo (com sua compreensão de auto-regulação social) forçou uma guinada de posição.

7.1.2.A separação: superação do jusnaturalismo pelo positivismo e pelo liberalismo – o espaço de estado de natureza entre os particulares – código civil = certeza contra a volatilidade da política – submissão da administração e não da legislação (que seria em verdade criador do Direito) ao Direito – a própria noção de direitos fundamentais se resumia ao princípio da legalidade – eram direitos formais e não substanciais – surgimento do direito subjetivo como explicação da relação entre indivíduo e Estado – separação entre Estado e sociedade.

7.2. A constitucionalização do direito privado X Publicização

7.2.1.Pontos de resistência:

7.2.1.1.estanque separação entre sociedade e estado;

7.2.1.2.idéia de igualdade formal;

7.2.1.3.não intervencionismo estatal

7.2.2.Superação da distinção entre o público e o privado: retomada do humanismo – antropolização dos direitos fundamentais.

"Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra

claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais." ([RE 201.819](#), Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 11-10-05, *DJ* de 27-10-06)

7.2.3. Terminologia

7.2.3.1. Eficácia perante terceiro (Alemanha – Ipsen)

7.2.3.1.1. crítica: dá idéia de um terceiro sem direitos;

7.2.3.2. Eficácia horizontal

7.2.3.2.1. crítica: nem sempre há relação entre iguais nas relações privadas.

7.2.3.3. Eficácia dos direitos fundamentais no direito privado

7.2.3.3.1. crítica: dá uma idéia mais ampla, inclusive de submissão do legislador privado, o que não é o caso

7.2.3.4. Eficácia, incidência, aplicabilidade, validade

7.2.3.5. Aplicabilidade/incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas

7.2.4. Razões da constitucionalização

7.2.4.1. Constituição como uma ordem objetiva de valores;

7.2.4.2. Direitos fundamentais veiculados por normas-princípios

7.3. O cerne do problema

7.3.1. não é *se* aplica, mas *como* se aplica.

7.3.2. é referente a determinados direitos, pois uns são inquestionavelmente aplicáveis (como propriedade e vida), e outros indubitavelmente não se aplicam (nacionalidade e não-extradicação).

7.4. Casos particulares relacionados com os direitos fundamentais

7.4.1. Até que ponto as liberdades podem ser limitadas por contrato? Exemplo: *relaties shows*

7.4.2. É legítimo que um clube social recuse o ingresso de novo sócio sem declinar o motivo ou fazê-lo por motivo de classe social, rendimento, cor, raça?

7.4.3. É válida a cláusula em contrato que impõe ou impede a gravidez de uma das partes? E exigir o celibato?

7.4.4. Uma escola particular por recusar a matrícula de determinado aluno por conta de sua religião? E se for uma escola mantida por ordem religiosa?

7.4.5. Quais os poderes de sancionamento que os pais podem exercer sobre os filhos menores? Demanda prévio processo legal? Por quê? E os poderes sancionatórios de uma escola?

7.4.6. Pode um senhorio despejar um inquilino por falta de pagamento, quando admite outro inadimplente?

7.4.7. Hotéis, táxi, restaurantes podem se recusar a atender pessoas de determinado sexo, nacionalidade, cor, crença?

7.4.8. Pode ser vedada a participação de mulheres em determinadas festas folclóricas? E de exercerem determinadas profissões?

7.4.9. Uma atividade legal pode prejudicar a saúde ou a vida de um indivíduo?

7.4.10. É legítimo o boicote público de determinada obra cinematográfica por razões de racismo?

7.5. Pressupostos de aplicação

- 7.5.1. Poderes privados;
- 7.5.2. Constituição como ordem objetiva de valores

7.6. Teorias quanto à aplicação

- 7.6.1. Eficácia indireta e mediata;
- 7.6.2. Teoria dos deveres de proteção;
- 7.6.3. Eficácia direta e imediata;
 - 7.6.3.1. Problema: a autonomia da vontade e os direitos fundamentais
 - 7.6.3.2. Teoria Jane Reis e Daniel Sarmento:
 - 7.6.3.2.1. princípio material – ponderação – maior peso quanto mais privada for a relação entre particulares
 - 7.6.3.2.2. princípio material – ponderação – menor o peso da autonomia da vontade quanto maior a desigualdade entre as partes
 - 7.6.3.3. Teoria Luiz Virgílio:
 - 7.6.3.3.1. princípio formal – não se define seu peso por ponderação (ponderação seria = quanto mais se restringe um direito, mais se garante outro) – inaplicabilidade da proporcionalidade por não se aplicável a adequação (não se pode exigir que o fim colimado seja um direito fundamental) , nem da necessidade (não se pode exigir que o meio seja o menos gravoso possível)

7.7. A questão da aplicação dos Direitos Sociais

8. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008.

ÁVILA, Humberto Ávila. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional – ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**. 2ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria do Estado**. 4ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 9ª Edição, 2000.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 7ª Edição, 2ª Tiragem, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Lisboa : Almeidina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª Edição, Coimbra: Almedina, 1999.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípios**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FLORES, Herrera Joaquin. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GEBRAN NETO, *João Pedro*. **Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais – A busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Celso Bastos Editor, 1999.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

KRELL, Adreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**. 2ª. Edição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MORAES, Guilherme Pena. **Direitos Fundamentais – Conflitos e Soluções**. Niterói: Labor Jurídico, 2000.

MÜLLER, Frederich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 2ª Edição, Revista, trad. Peter Naumann, São Paulo: MaxLimonad, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direito fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006

SAMPAIO. José Adércio Leite (org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e relações privadas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel (org.). **Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. São Paulo : Renovar, 2006.

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

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção** *in* Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Número 1, janeiro/junho de 2003.

_____. **A constitucionalização do Direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Direitos Fundamentais – Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito Fundamentais – uma leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo : Malheiros, 2006.