



AJURIS

Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul
Administração e Expediente: Rua Celeste Gobbato, nº 81, 3º andar
Dep. Revista da AJURIS - Porto Alegre - RS
Fones: (51) 3284.9131 - 3284.9146 - Fax: (51) 3284.9135
Endereço Eletrônico: revista@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO
Carlos Rafael dos Santos Júnior

VICE-PRESIDENTE CULTURAL
Ricardo Pippi Schmidt

DIRETOR DA REVISTA
Almir Porto da Rocha Filho

FUNDADOR
Lenine Nequete

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Athos Gusmão Carneiro
Moacir Adiers
Sérgio José Dulac Müller
Ruy Rosado de Aguiar Júnior
Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior
Arnaldo Rizzardo
Araken de Assis
Jorge Luis Dall'Agnol
Antonio Guilherme Tanger Jardim
José Antônio Paganella Boschi
Carlos Alberto Etcheverry
Gilberto Schäfer
Paulo de Tarso Vieira Sanseverino
(Coordenador)

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira
Tupinambá Pinto de Azevedo
Maria Aracy Menezes da Costa
Rogério Gesta Leal
Alexandre Mussoi Moreira
Adroaldo Furtado Fabrício
Arminio José Abreu Lima da Rosa
Alberto Delgado Neto
Clademir José Ceolin Missaggia
Giovanni Conti
Ingo Wolfgang Sarlet
Eugênio Facchini Neto (Diretor da ESM)
Nereu José Giacomolli (Vice-Diretor da ESM)

Revista da AJURIS é uma publicação da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, pelo seu Departamento, vinculado à Vice-Presidência Cultural.

Revista da
AJURIS
ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA COMENTADA
MEMÓRIA DO JUDICIÁRIO
PALESTRAS E CONFERÊNCIAS
PONTO DE VISTA

ANO XXXII - Nº 98
JUNHO DE 2005



AJURIS

DO VÍNCULO DO PODER JUDICIÁRIO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

LEONARDO MARTINS

Mestre e Doutor pela Humboldt-Universität zu Berlin, Alemanha
Pós-Doutorado pelo Hans-Bredow-Institut para a Pesquisa da Mídia, da Universidade de Hamburg, Alemanha
Professor de Direito Constitucional da UFMS e de Direito Público Brasileiro na Humboldt-Universität zu Berlin

SUMÁRIO: I. Introdução II. Locus dogmático do objeto de estudo: da medida da relevância dos direitos fundamentais em face das relações privadas III. Do vínculo do legislador IV. Vínculo específico da administração pública e governo e seu controle jurisdicional V. Vínculo específico do judiciário 1. Interpretação do direito infraconstitucional “à luz dos direitos fundamentais” 2. A decisão “LÜTH” do Tribunal Constitucional Federal alemão 3. Decisão “antena parabólica” do TCF alemão 4. Eficácia horizontal da autonomia privada junto à interpretação de contratos bancários 5. Eficácia horizontal indireta na interpretação do novo Código Civil brasileiro a) Função social do contrato e o “risco” da constitucionalização b) “Boa-fé”, “proibidade”, “usos” e “bons costumes” c) Dano moral junto a violação de direitos da personalidade. Conclusão: teses Bibliografia

I. INTRODUÇÃO

A doutrina constitucional brasileira tem, desde a promulgação da Constituição Federal ora vigente, avançado muito pouco no que tange à elaboração de uma dogmática dos direitos fundamentais. Estes são reduzidos não raro à categoria de meros “princípios gerais” integradores do ordenamento jurídico ou, ainda, considerados tão somente normas “programáticas”, tendo como tais muito pouca “força normativa”¹.

O papel dos direitos fundamentais enquanto regras jurídicas, que obrigam os seus

¹ Sobre esse caráter dos direitos fundamentais de “princípios gerais do direito”, cf. em geral, ROTHENBURG (1999), pp. 13 ss. Ainda sobre a noção de “princípio geral”, cf. Ávila (1999), pp. 151 / 154 ss. e *idem* (2004), pp. 26 ss. Com um fundamento teórico bastante específico, ALEXY (1996), pp. 78 ss., compôs uma teoria e uma dogmática principiológica do direito de inspiração anglo-saxã (DWORKIN), que vai muito além desta idéia vaga de princípio. Cf. sua recepção no Brasil por Silva, Virgílio Afonso (2002), pp. 23, 24 ss.; *idem* (2003), pp. 610 ss. e a crítica em MARTINS (2004 c), sob “4.1” – “4.4”. Sobre a concepção e significado dos direitos fundamentais como normas programáticas, muito em voga na República de Weimar em face dos direitos fundamentais sociais, no Brasil, cf. Sarlet (2001). V. também *idem* (2004), p. 121 ss.

destinatários, “órgãos estatais” como se verá, a fazer, deixar de fazer ou permitir algo, tem sido frequentemente esquecido pela literatura especializada. A jurisprudência, por sua vez, sem o socorro da pesquisa jurídico-científica, tem pouco podido preencher essa lacuna.

O presente artigo pretende realizar uma contribuição no sentido de resolver um aspecto do problema, fechando parte da referida lacuna: Trata-se do estudo do modo do vínculo dos juizes aos direitos fundamentais. Para tanto, há de se valer com frequência do direito constitucional comparado, sobretudo, da dogmática alemã dos direitos fundamentais. Se, de um lado, o método hermenêutico-comparativo quando alçado ao plano constitucional é bastante profícuo, por outro, ele goza de legitimação constitucional positiva fundamentada no art. 5º § 2º CF³.

Para o alcance de seu propósito, a explanação dar-se-á em três fases, distribuídas por quatro tópicos. Em uma primeira (cf. abaixo, sob “II.”), há de se localizar, na dogmática geral dos direitos fundamentais, o objeto do estudo do presente artigo, qual seja, o vínculo dos órgãos do Poder Judiciário aos direitos fundamentais. Em seguida, começar-se-á a diferenciar o vínculo dos direitos fundamentais em razão de seus destinatários: primeiramente em face do legislador (sob “III.”) e depois em face dos órgãos de governo e da Administração Pública (IV.). Finalmente (sob “V.”), em uma terceira fase, chegar-se-á, então, à descrição dogmática específica do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais. Em sede de conclusão, oferecer-se-á uma síntese do presente trabalho apresentada por intermédio de teses.

II. LOCUS DOGMÁTICO DO OBJETO DE ESTUDO: DA MEDIDA DA RELEVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Assunto central da dogmática dos direitos fundamentais, o estudo do vínculo dos órgãos dos três poderes aos direitos fundamentais propicia ao estudioso uma “visão” do funcionamento de tais direitos. Como a norma deve ser observada no caso concreto? Há diferenças do vínculo de cada “Poder” aos direitos fundamentais? Se há, quais seriam elas?

Toda constituição é, em primeiro lugar, uma constituição do Estado. Sendo assim, as normas lá contidas são a princípio normas exclusivamente de direito público e, como tais, disciplinam as duas relações jurídicas de direito público por excelência, quais sejam, a relação do indivíduo para com o Estado e dos órgãos estatais entre si. Terceiros particulares só são vinculados às normas de direito constitucional diretamente, quando a constituição o determina expressamente (cf., p. ex., o art. 7º CF). Nada obstante, as constituições

modernas, assim como a constituição brasileira de 1988, são um exemplo eloqüente de ingerência maior na esfera social através da regulação direta do comportamento de particulares por suas normas. Desta forma, tais constituições extrapolam sua função clássica de ser o estatuto jurídico fundamental do Estado para alcançar e disciplinar também relações privadas consideradas de grande interesse público, tendo em vista sobretudo a consecução de um macro-compromisso social a ensejar a *criação das condições e pressupostos* de um Estado Social Democrático de Direito³.

O estudo exaustivo dos mencionados pressupostos do Estado Social não será perpetrado no presente ensaio⁴. Ao contrário, limitar-se-á à força normativa dos direitos fundamentais clássicos, também chamados de liberdades públicas pela tradição doutrinária brasileira, aqueles direitos que na clássica lição de Georg Jellinek⁵ fundamentariam um *status negativus* da liberdade individual em face do Estado, ou seja, de uma *liberdade negativa* (liberdade em face de; ou liberdade contra atividade coercitiva de outrem) que corresponde a uma obrigação de não fazer (omissão) por parte do Estado e ao indivíduo a pretensão jurídica de resistir à ação estatal (*Abwehrrecht*).

Embora os direitos fundamentais sociais sejam relevantes em constelações bastante específicas, a dogmática do vínculo do Judiciário nasceu a partir da interpretação de normas infraconstitucionais cuja aplicação pressupunha a observância do que a doutrina brasileira, recepcionando o conceito alemão da *mittelbare Drittwirkung*, chama de eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais.⁶ Esta eficácia que pressupõe uma relação jurídica triangular: “Indivíduo – Estado – Indivíduo”, só pôde ser desenvolvida até hoje junto aos direitos fundamentais clássicos como as liberdades de expressão, de acesso à informação, profissional, propriedade, consciência e crença, direitos da personalidade etc.⁷ Isto ocorre

³ A CF de 1988 representa de fato a tentativa desse compromisso macro-social, o que é legítimo. O problema foi que boa parte do compromisso não recebeu uma conformação jurídico-constitucional adequada, dificultando a criação de um sistema constitucional e, sobretudo, sua interpretação pelos operadores do direito. Experiência histórica semelhante ocorreu na Alemanha com a Constituição da República de Weimar de 1919: Como resultado dos grandes embates ideológicos da época, a primeira constituição republicana alemã foi, ao lado da outorga de direitos fundamentais clássicos, bastante prolixa na outorga de muitos direitos sociais considerados pela jurisprudência como meras “normas programáticas” sem força vinculante. Sobre o assunto, por muitos, em geral, cf. Hesse (1959).

⁴ A respeito, v. as obras de Sartet referidas em *idem* (2003), p. 88 ss.

⁵ JELLINEK (1919), p. 87, 94 ss.

⁶ Sobre o assunto, v. em geral: Bonavides (2003), pp. 392 ss. e Mendes (1999), pp. 221 ss. Outra tradução existente (de Peter NAUMANN) é “eficácia externa”, também procedente na medida em que denota que a eficácia das normas constitucionais extrapola os limites do direito constitucional, alcançando o direito privado. Cf. neste sentido, Canaris (2004), p. 223 / 240 s.

⁷ Embora, como abaixo se verá, a retórica da decisão Lüth (v. nota seguinte) fale de sistema axiológico “objetivo”, a eficácia horizontal pode e, dogmaticamente falando, deve ser “re-subjetivada”: A obrigação do juiz de interpretar o direito privado à luz dos direitos fundamentais tem por consequência jurídica uma pretensão jurídica individual, qual seja, a pretensão do indivíduo à vedação do Judiciário interpretar o direito privado sem considerar a relevância da aplicação normativa para o exercício das liberdades públicas. Sobre a tese da “re-subjetivação”, cf.: DREIER (1993), p. 41 s., LÜBBE-WOLFF (1988), p. 282 e PIEROTH e SCHLINK (2000), p. 20s., 25 s.

³ Cf. a esse respeito: PIOVESAN (1999), p. 134. TRINDADE (1992), p. 317 s., SILVA, J. A. (2000), pp. 165 ss. e TAVARES (2003), p. 391 – 393 e a fundamentação em Martins (2004 b), no texto sob “4.1” e nota de rod. 124: A fórmula trazida do direito constitucional norte-americano vem sendo hoje consciente ou inconscientemente cada vez mais utilizada pelos internacionalistas e constitucionalistas brasileiros (combinada com o disposto no art. 4º II CF, “prevalência dos direitos humanos”) como fundamento constitucional positivo do método hermenêutico aqui utilizado.

porque a *Drittwirkung* baseia-se na obrigação de omissão do Estado, nada obstante a retórica da decisão chamada Lüth do TCF alemão⁸, onde fora desenvolvida jurisprudencialmente pela primeira vez, apontar como salientado⁹ em outra direção.

Os direitos fundamentais sociais pressupõem, ao contrário dos direitos fundamentais chamados “clássicos”, o *status positivus* da lição Jellinekiana e como tal uma relação jurídica bipolar entre Estado e indivíduo, onde o Estado é obrigado a prestar algo. Neste caso, quem está obrigado a realizar a prestação são os órgãos do Legislativo e da Administração Pública. O vínculo do Judiciário não tem o caráter específico que ele tem no caso dos direitos fundamentais clássicos, onde por interpretação do direito infraconstitucional pode, em tese, ferir direito fundamental ao ignorar sua “eficácia horizontal”, ainda que a norma abstratamente considerada não seja inconstitucional.¹⁰

A Constituição Social¹¹, ou seja, aquela que apresenta um programa de política econômica, limitando positivamente o legislador e com isso obrigando-o a legislar em um determinado sentido não será, portanto, objeto do presente estudo. No mais, a despeito da Constituição Federal de 1988 pretender ser uma Constituição da Sociedade e não somente do Estado¹², a explanação limitar-se-á ao estudo do vínculo dos órgãos estatais, mesmo porque o vínculo de terceiros, quando não diretamente expresso pelo texto constitucional somente virá à tona pela dogmática do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais conforme há de se demonstrar, por meio do estudo de sua obrigação de interpretar os direitos fundamentais de acordo ou à luz dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*).¹³

Apesar do argumento segundo o qual a Constituição Federal de 1988 seria também uma “constituição da sociedade brasileira” e não somente do Estado brasileiro, o vínculo imediato dos particulares aos direitos fundamentais não pode ser fundamentado até por

⁸ BVerfGE 7, 198 Cf. abaixo, sob “V2”

⁹ V. acima, nota 7.

¹⁰ Sobre essa relação bipolar e seu significado junto à interpretação dos direitos fundamentais, cf. MARTENS (1972), pp. 7 ss.

¹¹ Sobre o conceito correlacionado à idéia de um Acordo de Classes (“*Klassenkompromiss*”) na República de Weimar, cf. ANSCHÜTZ (1923), p. 26 s.

¹² Sobre essa dicotomia, cf. sobretudo Canotilho (2001), p. 152.

¹³ O *Ausstrahlungswirkung* (efeito de “irradiação”) não tem fundamento constitucional expresso nem na *Grundgesetz* alemã nem na CF brasileira, porém tem sido considerado como derivação lógica do princípio da supremacia da constituição e seu caráter de constituição dirigente. Cf., por exemplo, SARMENTO (2004), pp. 277 ss. com menção à obra de CANOTILHO *op. cit.* na nota anterior.

questões lógico-formais ligadas a qualquer ordenamento jurídico. Caso contrário, boa parte – senão todo o direito privado – teria sua autonomia gravemente comprometida em face dos direitos fundamentais, os quais abrangem praticamente todos os aspectos da personalidade humana¹⁴.

Tome-se como exemplo a liberdade de expressão do pensamento do art. 5º IV CF. Qual seria a consequência se se partisse da tese segundo a qual os direitos fundamentais vinculariam particulares e Estado da mesma forma? Entre outras, cite-se a impossibilidade de se cumprir contratos publicitários. É óbvio que o contratante em uma campanha publicitária de cervejas, por exemplo, nada está interessado na verdadeira opinião do contratado, e o que aqui mais interessa: a conduta de respeito à livre expressão do pensamento do contratado não é devida como o é por todos os órgãos estatais. Pense-se na liberdade de associação ou de consciência e de crença: Não seria constitucional, por exemplo, que um “pai de santo” não admitisse o ex “pastor evangélico” em sua comunidade religiosa, ou que uma associação de proteção ambiental não admitisse em seus quadros um ex empresário do setor madeireiro? Tais condutas nunca poderão ser questionadas com base nas diversas medidas do controle de constitucionalidade derivadas dos diversos direitos fundamentais. A observância é devida, portanto, somente pelo Estado, incluindo o Estado-Juiz. Os direitos fundamentais são nesse sentido “regras reflexivas da liberdade juridicamente ordenada”¹⁵. Elas são “reflexivas” porque a pessoa do remetente normativo é a mesma do destinatário. “Destinatário” normativo é a pessoa de direito público ou privado a quem a ordem imperativa, a obrigação constante na norma se destina. Não há que se confundir destinatário com os beneficiários, no caso, os titulares dos direitos fundamentais. Relevante para o controle de constitucionalidade em face dos direitos fundamentais (podendo constituir-se em objeto do exame) é, assim, somente o que o Estado-Legislador fixa como regra geral e abstrata, o que e como o Estado-Governo/Administração fixa como regra geral e abstrata e as executa em prol da Administração deste mesmo Estado e da realização de políticas públicas e como o Estado-Juiz decide as lides.

¹⁴ Esta sempre representou a principal objeção à tese da chamada eficácia horizontal imediata superada já na década de 1950 pela tese da eficácia horizontal mediata (por intermédio da interpretação e aplicação de conceitos abertos ou cláusulas gerais do direito privado). Cf. DÜRIG (1956), pp. 117 ss. Até hoje este tem sido um dos principais argumentos utilizados pelos céticos do fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico. Cf. a respeito: SCHUPPERT e BUMKE (2000), pp. 72 ss. Uma apresentação abrangente e detalhada na literatura brasileira sobre o modo da eficácia horizontal (diferenciação da eficácia horizontal “direta” X “indireta” – pela via das cláusulas ou regras gerais que contêm conceitos abertos) foi a pouco oferecida por Sarmento (2004). Vide também as apresentações desta dicotomia em CANOTILHO (2003), p. 339 ss. e principalmente NEUNER (2003), p. 245 ss.

¹⁵ O conceito é depreendido da obra de POSCHER (2002), pp. 315 ss. e reflete bem a natureza jurídica de tais normas, pois eles dão parâmetro ao Estado-Legislador que de modo imediato procura harmonizar interesses e bens jurídicos colidentes no plano social. Destarte, os direitos fundamentais são regras sobre regras de conflitos, não se confundindo com estas últimas.

Acresça-se a este dado lógico-formal a interpretação gramatical e sistemática do art. 5º *caput* CF. Este dispositivo constitucional “garante” a “inviolabilidade” de certos direitos individuais e coletivos. Trata-se de um teor, que designa um órgão estatal por excelência como destinatário da norma. Tanto o verbo garantir, quanto o objeto “inviolabilidade” de direitos, ainda que peremptoriamente não excluam o vínculo imediato de particulares aos direitos fundamentais, criam uma obrigação do Estado de garantir a inviolabilidade que ele cumpre pelo exercício das funções estatais básicas: legislação, governo/administração e jurisdição. Não faz sentido dogmático dizer que o particular está obrigado a garantir a inviolabilidade dos direitos interindividuais: O particular só está obrigado a “respeitar” o direito de outrem pelas leis infraconstitucionais, as quais estabelecem, como no caso da lei civil, em sua maioria, obrigações sinalagmáticas por meio de restrições até certo ponto dispositivas ou defendem o interesse público com dispositivos cogentes ou, no caso da lei penal, tipificam certas condutas como crime ou contravenção. Destarte, garantir a inviolabilidade de direitos significa garantir que esse Estado regulamentador ou tipificador de condutas nocivas a bens jurídicos muito relevantes a princípio não poderá dispor de certas esferas¹⁶ da liberdade individual ou coletiva, exceto se tal disposição for permitida por um limite constitucional¹⁷ à garantia tutelada.

Também o sistema no qual está inserido o art. 5º *caput* CF e sua lógica sistemática interna (interpretação combinada com o art. 5º § 1º CF) revela que, no título chamado “Direitos e Garantias Fundamentais”, estão firmadas obrigações endereçadas diretamente somente aos órgãos estatais. A aplicabilidade imediata prescrita pelo art. 5º § 1º CF não somente torna a eficácia dos direitos independente do legislador regulamentador¹⁸, como

também reforça a tese do vínculo exclusivamente estatal dos direitos fundamentais, pois a aplicabilidade em geral, quer seja imediata ou mediata (leia-se mediante lei regulamentadora), é característica própria de quem “aplica” o direito, em termos técnicos: somente órgãos estatais, sobretudo da Administração direta ou indireta/Governo e jurisdicionais (ou, ainda, por particulares no exercício de poder estatal delegado)

Isto posto, a relevância dos direitos fundamentais para as relações privadas não é imediata como o é para o comportamento dos órgãos estatais. A este reconhecimento, adequa-se perfeitamente a defesa processual constitucional de direitos fundamentais: Todos os instrumentos processuais constitucionais, sejam eles do controle abstrato, sejam eles do controle concreto, incluindo aqui o recursal extraordinário, incidental ou os remédios constitucionais, só podem ter por objeto ato potencialmente inconstitucional do Estado (legislador ou aplicador da norma jurídica). Mas o comportamento particular não é, como se verá, absolutamente irrelevante em face dos direitos fundamentais. O problema do presente ensaio é justamente estabelecer a *medida da relevância* e suas implicações na práxis jurídica.

III. VÍNCULO DO LEGISLADOR

A constituição brasileira não define expressamente em nenhum dispositivo o sujeito do vínculo aos direitos fundamentais. O art. 5º § 1º CF, entretanto, estabelece a regra geral da aplicabilidade imediata. Assim, em primeiro lugar, os poderes Judiciário e Executivo (Governo e Administração Pública) estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais, não precisando esperar sequer a regulamentação de tais direitos (aplicabilidade imediata). O vínculo do legislador aos direitos fundamentais pareceu, frente ao próprio conceito de constitucionalidade, tão óbvio ao constituinte que ele não o declarou expressamente.

Com efeito, a idéia de que o legislador ordinário possa estipular norma jurídica que se contraponha à norma hierarquicamente superior, ou melhor, suprema dentro do Estado, soa primeiramente obtusa.

Trata-se, entretanto, de uma impressão altamente enganosa. A aferição do respeito do legislador aos direitos fundamentais não é tarefa tão simples assim. Não se pode pensar que basta a contraposição de dois textos normativos de naturezas tão diversas quanto o são as normas constitucionais e as infraconstitucionais para se verificar a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional.

Em face do caráter bastante genérico e abstrato de certas normas de direito fundamental, principalmente das liberdades clássicas, pode-se dizer que esta primeira impressão é fruto de uma ingenuidade dogmática.

Os alemães perceberam a gravidade do problema principalmente depois da primeira experiência constitucional republicana vivida sob a *Constituição de Weimar de 1919*: O legislador ordinário não raro derogava até então os direitos fundamentais a pretexto de

¹⁶ Tais esferas da liberdade individual correspondem a determinadas áreas da vida social dentro das quais o “programa normativo” (conceito importado da obra jusmetodológica de Friedrich MÜLLER) contido no dispositivo constitucional seleciona alguns comportamentos que não poderão ser previamente obstados ou posteriormente sancionados pelo Estado. Cf. MARTINS (2003), p. 24 s.

¹⁷ Cf. MARTINS (2003), pp. 27 ss.

¹⁸ Relativizando esta regra do art. 5º § 1º CF temos BASTOS (2004), p. 421 s. para quem a aplicação imediata dar-se-ia na medida do “tanto quanto possível”. Citando o caso de dispositivos que contêm ressalvas (exclusão de condutas tuteladas) e reservas legais (submissão do exercício aos limites a serem impostos pelo legislador) Bastos mistura o problema da eficácia imediata em face dos órgãos do Judiciário e Administração Pública com os problemas das reservas legais e de direitos fundamentais de cunho normativo (*normgeprägte Grundrechte*) como a propriedade. Se, de um lado, da liberdade profissional poderá se valer o titular daquele direito fundamental nos limites estabelecidos pela lei e, de outro, o exercício do direito de propriedade somente poderá ser exercido “graças” ao ordenamento jurídico privatístico (direito das coisas), a cláusula da aplicabilidade imediata significa tão somente o vínculo imediato do Judiciário e Executivo, em nada modificando o sistema normativo das reservas legais e dos direitos fundamentais de cunho normativo. Razão assiste à preleção de BASTOS, no entanto, quando ele enfatiza a vontade do constituinte de evitar a desclassificação das normas do art. 5º como meras normas programáticas de baixa densidade normativa. As reservas legais e direitos fundamentais de cunho normativo (e não comportamental como a maioria dos direitos fundamentais clássicos) todavia nada têm em comum com a desfiguração ocorrida, como salientado na nota seguinte, na realidade jurisdicional da 1ª república alemã.

harmonizá-los com interesses sociais, coletivos e de *raison* estatal.¹⁹ Tal problema foi afastado com a promulgação da constituição alemã (*Grundgesetz*) até hoje vigente, em seu artigo 1º III, que determinou expressamente que os direitos fundamentais lá elencados vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário como "direito diretamente vigente" (aplicabilidade imediata).²⁰

A CF não o fez, como dito, expressamente. No entanto, a previsão do controle abstrato de normas por meio das ações constitucionais, sobretudo da ADI prevista no artigo 102 I CF, combinada com o art. 5º § 1º CF, oferece um fundamento constitucional seguro para a afirmação do vínculo imediato do legislador aos direitos fundamentais.

Mas a dúvida persiste: O que significa esse vínculo específico do legislador, vez em que já se despediu acima da visão ingênua da contraposição direta de dois textos normativos? Schlink²¹ definiu esse vínculo, a partir de uma interpretação histórica dos direitos fundamentais como sendo o salto conceitual dos direitos fundamentais enquanto "reservas de lei" (conceito vigente no século XIX e ainda sob a Constituição da Rep. de Weimar) para "reservas de lei proporcional" (conceito vigente sob a égide da Constituição alemã ora em vigor). Direitos fundamentais enquanto meras "reservas de lei" significam a garantia contra intervenções ilegais da Administração e do Judiciário. A liberdade estaria garantida graças à atividade legiferante infraconstitucional.²² Ao legislador ordinário caberia, exclusivamente, estipular os moldes e limites das liberdades tuteladas. Tais garantias restavam, portanto, inócuas em face deste legislador que detinha o poder de livre disposição sobre elas.²³

Direitos fundamentais enquanto "reservas de lei proporcional" significam que o

produto legislativo que a priori tem a função constitucional de disciplinar o exercício dos direitos deverá ser controlado no que tange ao seu conteúdo normativo. A lei passa a ser considerada intervenção estatal (*Eingriff*) no exercício dos direitos e não mera "conformação" do direito (*Ausgestaltung*).²⁴ Tal intervenção pode restar ou não legitimada ou justificada constitucionalmente. Em suma, a justificação dependerá de sua proporcionalidade.²⁵

IV. VÍNCULO ESPECÍFICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNO E SEU CONTROLE JURISDICIONAL

Os órgãos da Administração pública e do governo (Executivo) têm, além do vínculo formal aos direitos fundamentais (observação dos limites da competência para estatuir decretos, portarias, regulamentos e demais atos legais materiais), um vínculo material específico que significa o exame da *concretização do chamado poder discricionário* da Administração Pública.

A Administração Pública tem uma margem de ação e avaliação junto a casos concretos necessária ao cumprimento de suas tarefas.²⁶ O uso desta margem de ação equivale ao poder dito discricionário que, no entanto, está submetido a amplo controle jurisdicional de legalidade e constitucionalidade.²⁷ O poder discricionário pode ser aberto pelos conceitos abertos ou indeterminados, também chamados de cláusulas gerais, os quais desempenham neste contexto da aplicação de regras do direito administrativo uma função semelhante àquela enfrentada pelo juiz junto à interpretação do direito privado.²⁸ Tanto neste como naquele caso a ser estudado no tópico abaixo temos uma constelação triangular ou tripolar.²⁹

¹⁹ A eficácia dos direitos fundamentais foi na Alemanha até 1919 bastante reduzida. Primeiro porque (sobretudo até 1871) eles eram garantidos tão somente no plano infraconstitucional, na melhor das hipóteses nas constituições dos diversos Estados germânicos ainda não unificados. Assim, o direito infraconstitucional que contra eles se chocava não era nulo. A eles deveria ser adaptada a ordem jurídica e somente por meio desta os direitos fundamentais poderiam ser juridicamente realizados. Assim, eles eram entendidos como "reserva de lei" na medida em que ofereciam resistência contra intervenções dos monarcas e suas Administrações, mas não contra o legislador. Cf. WAHL (1979), pp. 321 ss. Ainda sob a égide da Constituição da Rep. de Weimar (1919 - 1932), a eficácia jurídica, o próprio vínculo dos órgãos estatais e seus efeitos eram bastante polêmicos. Havia uma disputa entre aqueles que propugnavam pela plena eficácia e aqueles que, principalmente em face dos direitos fundamentais sociais, reconheciam neles apenas o caráter de normas programáticas. Cf. THOMA (1929), p. 5. Cf. recentemente HÖFLING (2003), p. 106, que fala em "questão de princípio" da época da Rep. de Weimar.

²⁰ Partindo da experiência traumática do domínio absoluto do arbítrio totalitário do governo nacional-socialista (1933 - 45), o constituinte da *Grundgesetz* (1949), teve como objetivo neste dispositivo fortalecer a normatividade dos direitos fundamentais. Cf. a respeito com amplas ref. bibl.: HÖFLING (2003), p. 106.

²¹ Cf. SCHLINK (1984), p. 459 s.

²² No caso da Alemanha do Século XIX, descontando-se o rol da Constituição da revolução frustrada de 1848, não existiu um rol positivado de direitos fundamentais pelo menos não no plano da Confederação dos Estados germânicos que, antes de 1871, enquanto tal sequer existia. A primeira constituição do então "2º Império alemão", a de Bismarck - 1871, por exemplo, não continha um rol. Assim, direitos fundamentais eram assegurados somente no plano infraconstitucional.

²³ Cf. nota anterior e PIEROTH e SCHLINK (2000) pp. 8 ss.

²⁴ A diferença entre conformação e intervenção foi dogmaticamente muito bem trabalhada por BUMKE (1998), pp. 180 ss.

²⁵ Cf. MARTINS (2003), pp. 27 ss.

²⁶ Cf. MEIRELLES (2004), p. 116 - 118 e MELLO (2004), pp. 394 ss., salientando a discricionariedade também quanto ao fim perseguido, pois a qualificação do interesse público comporta certa margem de ação (cf. *ibid.*, p. 395) e FORSTHOFF (1973), p. 84 ss.

²⁷ Cf. a boa análise e relativização da estrita contraposição dos conceitos de "poder discricionário" e "poder vinculado" de MEDAUER (2001), pp. 125 - 135; MELLO (2004), p. 401 e 860 ss. e DI PIETRO (2004), p. 210 - 212.

²⁸ Com muita precisão anota DI PIETRO (2004), pp. 210 ss., em sua preleção sobre o controle jurisdicional do exercício do poder discricionário da Administração, uma tendência no sentido de se limitar ainda mais a discricionariedade da Administração quando suas decisões se embasarem em "conceitos legais indeterminados" *in verbis* (*op. cit.*, p. 211): "Começa a surgir no direito brasileiro forte tendência no sentido de limitar-se ainda mais a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial. Essa tendência verifica-se com relação às noções imprecisas que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato (interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública etc.). Trata-se daquilo que os doutrinadores alemães chamam de "conceitos legais indeterminados" (cf. Martin Bullinger, 1987): *Mutatis mutandis* é, conforme se verá no tópico seguinte, o mesmo que ocorre junto à limitação do "poder" do juiz (sua autonomia junto à interpretação do direito infraconstitucional). Quanto maior a indeterminação da norma infraconstitucional aplicanda, maior a eficácia das medidas ou parâmetros especificamente constitucionais e por conseguinte menor a "discricionariedade" do juiz.

²⁹ A respeito das relações tripolares em direito administrativo cf. POSCHER (2002), pp. 290 ss.

Se o problema do controle do exercício da discricionariedade administrativa é o problema mais óbvio do vínculo da Administração aos direitos fundamentais, ele não representa absolutamente o mais complexo. Com efeito, do controle de legalidade pode depender o controle de constitucionalidade se um dispositivo constitucional for potencialmente violado (exemplo: reserva legal concretizada por ato regulamentar administrativo de forma desproporcional). Mera ilegalidade pode ofender o art. 37 *caput* CF e, ser, por isso, também eivada do vício de inconstitucionalidade.³⁰ Sua aferição está, entretanto, cercada de problemas e equívocos constitucionais processuais.

Por exemplo, a idéia da não relevância de ofensas constitucionais “reflexas” ou indiretas tal qual propalada pela jurisprudência do STF é desarrazoada do ponto de vista dogmático. Segundo tal jurisprudência, a Administração (assim como os órgãos do Poder Judiciário), por seus atos (administrativos e regulamentares) somente feririam a constituição se se pudesse aferir uma ofensa direta que não estaria presente se uma norma infraconstitucional, na qual se baseasse o ato atacado e objeto do exame de constitucionalidade, tivesse que ser interpretada. Uma dogmática consistente deve, entretanto, prescindir totalmente desta diferenciação, mesmo porque a Administração, excetuando-se o exercício arbitrário e/ou abusivo do poder de polícia, dificilmente ferirá diretamente dispositivo constitucional. Na maior parte das vezes, a Administração fere dispositivo constitucional ao concretizar dispositivo infraconstitucional.³¹

Da problemática da ofensa reflexa há de se distinguir a questão processual da subsidiariedade da tutela constitucional e, também, a questão de ofensa meramente legal:

Apesar da ausência de expressa prescrição constitucional, o recurso extraordinário tem como pressuposto processual o prequestionamento. Como se sabe, o prequestionamento, um pré-requisito da admissibilidade do recurso extraordinário de fulcro ainda sumular, traduz-se pela obrigatoriedade do *judex a quo* de enfrentar a questão de constitucionalidade e decidi-la. A legitimidade material do instituto processual é patente: ela liga-se ao princípio da subsidiariedade da tutela constitucional tendo em vista a prevenção de sobrecarga do STF, órgão exclusivamente competente para o julgamento do RE. Além disso, o objeto direto de exame de constitucionalidade no RE é a decisão do *judex a quo* e não norma em tese inconstitucional. Daí a necessidade dele manifestar-se sobre a questão constitucional. Por outro lado, poder-se-ia considerar eventuais omissões a despeito de provocação da parte interessada como objeto do exame na espécie. Embora se trate de um pré-requisito “objetivo” consubstanciado em obrigação direcionada aos órgãos jurisdicionais de segunda e eventualmente terceira instância, omissões do tribunal *a quo* tem sido repetidas vezes interpretadas em prejuízo da parte interessada que se vê obrigada

³⁰ Este assunto ainda não foi devidamente investigado pela doutrina brasileira. Nos limites da presente exposição basta sua menção, vez em que seu tratamento científico justifica uma abordagem específica.

³¹ Justamente quando extrapola os limites de seu poder discricionário. Cf. entre muitos Mello, *op. cit.*, p. 401.

a interpor por vezes sucessivos embargos de declaração contra decisão omissa. Sem poder aprofundar-se no assunto, pode-se afirmar a incoerência com aquela – pela doutrina brasileira por vezes tão prolatada – natureza objetiva do controle de constitucionalidade (mesmo aquele que é ensejado no controle concreto) e com alguns princípios processuais de lastro constitucional (art. 5º XXXV CF), como *jura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi jus*.

A ofensa meramente ilegal, ou seja, a ilegalidade *stricto sensu* cometida pela Administração não enseja controle de constitucionalidade, exceto se o art. 37 *caput* CF restar no caso violado.³² A questão diz respeito ao problema do direito constitucional específico e da constitucionalização do ordenamento jurídico, problemas bastante complexos que não podem ser melhor delineados nos limites da presente exposição.³³ Na prática, porém, tendo em vista o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, o problema fica prejudicado, pois o STF tem, ao contrário do TCF alemão³⁴, uma competência superrevisória bastante abrangente, ou seja, aqui o problema do estabelecimento da fronteira entre a competência em razão da matéria do STF e dos demais tribunais superiores e/ou regionais federais e/ou de justiça não se revela como no sistema de controle concentrado de cunho alemão.³⁵

³² Cf. as hipóteses na n. rod nº 30.

³³ sobre o assunto: SCHUPPERT e BUMKE (2000), p. 36 ss.; MENDES (2004), pp. 14 ss. e uma apresentação do problema bastante sucinta em MARTINS (2004 a) p. 220.

³⁴ Lá o problema da definição do *spezifisches Verfassungsrecht* e do modo correto de se lidar com a *mittelbare Verfassungswidrigkeit* (inconstitucionalidade mediata) foi basicamente ensejado pelo *Elfers-Urteil* (BVerfGE 6, 32 / 36 ss. 41). Segundo esta decisão, uma norma jurídica que cerceie a liberdade geral de ação (*allgemeine Handlungsfreiheit*) tutelada pelo art. 2 I Grundgesetz, estará lhe violando se ela não puder ser considerada como parte do ordenamento jurídico constitucional (*verfassungsmässige Ordnung*) que abrange segundo a dogmática alemã, toda norma que formal e materialmente não se choque contra dispositivos constitucionais, ou seja, nenhuma norma inconstitucional pode cercear a liberdade geral de ação, entendida como tal a garantia da liberdade “não tipificada” nos dispositivos específicos que se seguem ao art. 2 I Grundgesetz. Todavia, o TCF não incluiu na vedação, o ato administrativo meramente ilegal. Este deveria ter segundo a tese do *spezifisches Verfassungsgericht* sua eficácia suspensa pelos órgãos da jurisdição administrativa. Destarte eventual erro de aplicação da legislação infraconstitucional que não tangencie nenhuma área de proteção de direito fundamental não será objeto do exame de constitucionalidade: “A reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) contra uma norma pode se basear no seu choque contra direito infraconstitucional se e quando o direito fundamental for atingido em seu substrato fático; a reclamação constitucional contra decisões judiciais (e, quando vier ao caso, também contra atos administrativos) por sua vez só pode se basear na ausência de base legal (*Rechtslosigkeit*) ou em sua inconstitucionalidade específica”. Cf. PESTALOZZA (1991), p. 177. Vê-se que a noção de *mittelbare Verfassungswidrigkeit* na doutrina alemã tem um significado bem mais restrito do que a fórmula totalmente aberta da irrelevância de ofensas reflexas para o exame de constitucionalidade de decisões judiciais e até de leis materiais na jurisprudência do STF. Ela também é coerente com o sistema concentrado do controle alemão. O maior problema no entanto reside na má compreensão pelo STF dos substratos fáticos (áreas de proteção) das normas de direito fundamental e da natureza do vínculo de cada órgão estatal às normas constitucionais. Muitas ofensas consideradas pelo STF como indiretas ou reflexas são na verdade ofensas diretas, o que falta é uma dogmática das áreas de proteção dos direitos para se definir a relevância do ato administrativo e das leis materiais de autoria de órgãos de governo e Administração em face dos direitos fundamentais e verificação da possível violação.

³⁵ Cf. MENDES (2004) e Martins (2004 a), pp. 223 ss.

V. VÍNCULO ESPECÍFICO DO JUDICIÁRIO

1. Interpretação do direito infraconstitucional "à luz dos direitos fundamentais"

Como visto, também os órgãos do Poder Judiciário estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais (art. 5º § 1º CF: "aplicação imediata"). Eles portanto não somente controlam o respeito dos dispositivos constitucionais pelos órgãos da Administração ou mesmo a constitucionalidade abstrata da lei formal, podendo negar-lhe a aplicabilidade com base em suposta inconstitucionalidade, como também tem sua atividade específica de interpretação e aplicação do "direito infraconstitucional constitucional"³⁶ como objeto do controle por instância superior, em última instância, pelo STF em sede do julgamento do RE.

A seguinte reflexão ajuda a precisar o momento deste vínculo específico:

Restringir-se-ia um tal vínculo à proibição endereçada a certos órgãos (juizes, turmas, câmaras e tribunais) de aplicarem norma inconstitucional? Uma resposta afirmativa a esta pergunta excluiria da apreciação do controle de constitucionalidade uma atividade estatal relevante para o exercício de quaisquer liberdades e, portanto, com um potencial ofensivo muito grande: a *interpretação vinculante do direito infraconstitucional*.

Por isso, deduz-se³⁷ do vínculo formal e material do Judiciário aos direitos fundamentais (e aqui se trata também de uma teoria e dogmática desenvolvidas pelo direito constitucional alemão, sobretudo pela já supra citada decisão Lüth³⁸ que os órgãos jurisdicionais podem violar direitos fundamentais por sua atividade específica, qual seja, a interpretação e aplicação de normas jurídicas, independentemente da constitucionalidade abstrata destas. A idéia é que o órgão jurisdicional, ao realizar a subsunção de norma infraconstitucional, pode violar, durante o processo de interpretação, dispositivos constitucionais.

A violação por órgão jurisdicional ocorre principalmente quando da aplicação de regras ou cláusulas gerais principalmente aquelas imbuídas de conceitos abertos ou

indeterminados a casos concretos que tangenciem áreas da liberdade tuteladas por direitos fundamentais

Trata-se da aplicação da regra da "interpretação conforme os direitos fundamentais" ou "interpretação orientada pelos direitos fundamentais"³⁹ como elemento ou espécie do gênero da "interpretação conforme a constituição" que foram desenvolvidas também pelo direito constitucional alemão, mas que vêm sendo (sobretudo a "interpretação conforme a constituição") recepcionadas pela doutrina pátria e amplamente acolhida pela jurisprudência do STF.

A "interpretação conforme os direitos fundamentais" distingue-se da "interpretação conforme a constituição" no que tange ao seu campo de atuação. Enquanto esta, como método hermenêutico constitucional, propugna pela escolha da interpretação mais condizente com a constituição em havendo mais de uma interpretação possível do ato normativo⁴⁰, aquela *concretiza o vínculo específico do órgão jurisdicional*, na medida em que ordena uma interpretação de regras e cláusulas gerais que, segundo o seu teor, não tangencia o âmbito protegido da liberdade individual, sendo mais favorável possível à realização dos comportamentos individuais ou status tutelados pelas garantias constitucionais.⁴¹ Segundo esta doutrina, as normas definidoras dos direitos fundamentais teriam um efeito ou uma eficácia horizontal mediata, porque, no momento da aplicação de regras gerais, o órgão jurisdicional deveria observar a relevância das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado. O juiz deveria interpretar tais regras à luz dos direitos fundamentais para que sua prestação jurisdicional não viole tais garantias.

Esta dogmática surgiu com uma metáfora: a metáfora de feixes de luz (*Lichtausstrahlung*) que irromperiam os limites do direito constitucional penetrando no direito privado por entre frestas (*Einbruchstellen*) que seriam abertas por cláusulas gerais, cuja interpretação, necessariamente integrativa, deveria levar em consideração os "valores" constitucionais, no caso os direitos fundamentais. Sua luz alcançaria, deste modo, todo o ordenamento. Por isso, o direito privado deveria ser interpretado à luz dos direitos fundamentais.

³⁶ O conceito "direito infraconstitucional constitucional" ora cunhado significa o direito infraconstitucional, cuja constitucionalidade abstrata está presente no caso decidendo. A violação pode, em tese, somente ocorrer junto à interpretação e aplicação de tal regra. Cf. a relativização do problema da eficácia horizontal como *Drittwirkung* por SCHWABE (1971), p. 105. 141 ss.; *Idem* (1977), p. 213 ss. Pelo fato do juiz agir sempre com poder de império estatal e não fazer sentido para efeitos da qualidade jurídica de seus atos a distinção rígida entre a aplicação de direito público e direito privado, suas decisões terão sempre que ser medidas em face dos direitos fundamentais. Sua teoria foi alcunhada de teoria triangular (*Dreiecktheorie*) porque a relação jurídica de direito fundamental entre dois indivíduos somente se completaria, como ocorre com qualquer lide, quando trazida à apreciação do Judiciário. Como os direitos fundamentais têm supremacia sobre o direito infraconstitucional, conteúdo e forma da decisão são atividades vinculadas aos direitos fundamentais. Cf. também: SCHLINK (1976), pp. 215 ss.; *idem* (1984), pp. 464 ss. e MARTINS (2001), p. 40 ss., 44 s.

³⁷ Cf. com maiores ref. bibliográficas: HÖFLING (2003), p. 113 s.

³⁸ BVerfGE 7, 198, 204 ss.

³⁹ O TCF alemão distingue entre o momento da interpretação e o momento da aplicação da norma, ambos devendo ser "conforme a ou orientados pela constituição". Cf. a clara exposição deste escalonamento do exame da constitucionalidade de decisões judiciais em SCHLAICH (1994), pp. 184 ss.

⁴⁰ Cf. entre muitos BONAVIDES (2003), pp. 473 ss.

⁴¹ Cf. PIEROTH e SCHLINK (2000), p. 21: "Diese grundrechtskonforme ist ein Unterfall der sog. Verfassungskonformen Auslegung".

2. A decisão “Lüth” do Tribunal Constitucional Federal alemão

Em matéria de direitos fundamentais, sua interpretação e aplicabilidade, a decisão Lüth de 1958 é talvez a mais clássica decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão que deu azo, embora seja sempre muito criticada, à construção de uma dogmática criada sobretudo pela jurisprudência do TCF alemão:

O cidadão alemão Erich Lüth, conclamou, no início da década de cinquenta (na época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por Veit Harlan, uma antiga celebridade do filme nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme “*Jud Süß*” de 1941). Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth com base no § 826 BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conchamação ao boicote), sob ameaça de uma pena pecuniária. Esta ação foi julgada por todas as instâncias ordinárias como procedente, sendo suspensa somente por decisão do TCF em 1958, não porque o dispositivo aplicado, o § 826 BGB, fora julgado inconstitucional, mas porque a sua interpretação, naquele caso, violava a liberdade de opinião de Lüth, tutelada pelo art. 5º I 1 GG. Na fundamentação da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, lê-se⁴²:

*“Sem dúvida, os direitos fundamentais servem, em primeira linha, para assegurar uma esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções do poder público; eles são, por isso, direitos de resistência (*Abwehrrechte*) do indivíduo contra o Estado. Este caráter resulta do desenvolvimento histórico da idéia de direitos fundamentais como oriundos de processos que levaram ao seu assentamento nas constituições dos vários Estados. Também os direitos fundamentais da Lei Fundamental têm este sentido. Com a colocação do seu capítulo logo no início, quis-se enfatizar a primazia da pessoa humana e sua dignidade em face do Estado. A isto corresponde o fato do legislador ter previsto um remédio constitucional especial para a proteção destes direitos somente contra atos do poder público, qual seja, a reclamação constitucional. Da mesma maneira, é correto afirmar, todavia, que a Lei Fundamental, no seu capítulo dos direitos fundamentais, não pretendendo ser um ordenamento axiológicamente neutro, estabeleceu um ordenamento axiológico objetivo (*objektive Wertordnung*) e que, justamente por isso, reforçou-se a eficácia dos direitos fundamentais. Este sistema axiológico, cujo ponto central corresponde à personalidade humana e sua dignidade, as quais devem se desenvolver livremente dentro da sociedade, deve valer como uma decisão fundamental constitucional*

para todas as áreas do direito. Legislação, Administração e Jurisdição recebem dela diretrizes e impulsos” (grifos do trad.).

Nada obstante toda a carga jus-axiológica desta decisão (argumento do sistema axiológico encontrado no texto constitucional), nela se encontram as bases do pensamento de um amplo vínculo da atividade jurisdicional, que vai além da mera vedação de aplicação de dispositivo inconstitucional.

3. Decisão “Antena Parabólica” do TCF alemão

Mais recentemente, o TCF alemão decidiu um caso⁴³, onde o problema da eficácia horizontal revelou-se em toda sua plenitude. Tratou-se, desta vez, da interpretação e aplicação de normas do código civil alemão (§ 535, 536 BGB) que prescrevem regras gerais para o contrato de locação imobiliária. A lide compôs-se a partir dos seguintes fatos:

Um cidadão turco, residente na Alemanha, firmou um contrato de locação, figurando como locatário. Por ter à época ainda fortes relações com a Turquia, o locatário pediu à locadora, uma pessoa jurídica do ramo da construção civil, sua autorização para instalar no telhado do prédio a qual pertencia o apartamento objeto da locação uma antena parabólica para captação de sinais de TV provenientes da Turquia. A locadora não autorizou a instalação. Inconformado com a negativa e entendendo ver seu direito violado, promoveu em face da locadora uma ação equivalente à cominatória do ordenamento jurídico-processual brasileiro. A ação foi julgada improcedente e esta sentença de primeira instância foi confirmada na instância recursal. Esgotada a via jurisdicional ordinária, o locatário ajuizou a cabível reclamação constitucional⁴⁴ contra a decisão do tribunal estadual com fulcro no art. 5º I 1, 2ª Parte da *Grundgesetz*, que garante a *liberdade de informação*, entendida esta segundo o teor daquele dispositivo constitucional, como a liberdade de acesso a fontes de informações a todos acessíveis. O TCF alemão, considerando a interpretação dos §§ 535, 536 pelo tribunal estadual bastante omissa no que tange à observação da relevância do art. 5º I 1, 2ª Parte *Grundgesetz* para o caso, julgou a Reclamação Constitucional procedente, determinando a suspensão da decisão do tribunal.

Em sua fundamentação, O TCF sustentou⁴⁵, em síntese, que

„(...) a liberdade de informação é garantida de forma ampla pelo art. 5º I 1, 2ª Parte da Grundgesetz, não se podendo deduzir do dispositivo constitucional a restrição da proteção a determinados tipos de informações. Exige-se apenas que a informação tenha como destinatário o público em geral. Esta qualidade define-se exclusivamente a partir de dados fáticos e não de normas jurídicas que regulamentam o acesso a informação. Tais normas não representam o contorno da área de proteção da liberdade

⁴³ Cf. BVerfGE 90, 27

⁴⁴ Cf. BVerfGE 90, 27 (30 s.)

⁴⁵ Cf. BVerfGE 90, 27 (32 s.)

⁴² Cf. BVerfGE 7, 198, 204 s.

de informação, mais sim devem ser, enquanto limites de um direito fundamental, controladas no que tange a sua constitucionalidade. Os meios de comunicação de massa (a partir do lat. *Media* sobre o ingl. *mass media* para "mídia" em português, n. trad.) são todas as fontes de informação a todos acessíveis no sentido do dispositivo constitucional em pauta (...). É o que vale principalmente para o caso de estações de rádio e canais de televisão. A *Grundgesetz* não faz distinção entre fontes nacionais e estrangeiras. Por isso, a todos acessíveis no sentido do dispositivo constitucional são também todos os canais de televisão e estações de rádio, cujas recepções são possíveis na República Federativa da Alemanha. Se a recepção depender de aparato técnico (...), então a proteção do direito fundamental abrange também a consecução e o uso de um tal aparato. De outra forma, restaria o direito fundamental praticamente sem valor naqueles casos onde o acesso a informação pressupõe meios técnicos de suporte. Assim, a instalação de uma antena parabólica que possibilite a recepção de canais de televisão (e/ou estações de rádio, n. trad.) que são transmitidos via satélite é igualmente protegida pelo direito fundamental do art. 5 I 1, 2ª Parte *Grundgesetz*.⁴⁶

A partir deste ponto, o TCF começa a analisar o objeto do exame propriamente dito, ou seja, a decisão do tribunal estadual que aplicou os §§ 535, 536 BGB para a solução da lide⁴⁶:

"Este direito fundamental exige atenção também no âmbito da lide cível sobre a instalação de antenas em imóveis locados. Embora a liberdade de informação segundo o art. 5 II Grundgesetz tenha como limite, entre outros, aqueles positivados nas leis gerais – a estas pertencendo também as prescrições do código civil (BGB) que definem os direitos e obrigações de locatários e locadores –, a Constituição exige, por outro lado, que, junto à interpretação de tais normas e nomeadamente junto à concretização de cláusulas gerais, os direitos fundamentais atingidos sejam observados para que seu conteúdo axiológico em face do ordenamento jurídico tenha eficácia também ao nível da aplicação normativa (cf. BVerfGE 7, 198 [205 ss.] – jurispr. pacificada).

Não existem normas na BGB, que tratem expressamente da instalação de antenas em imóveis locados. No entanto, geralmente os tribunais civis fundamentam decisões sobre conflitos envolvendo a instalação de tais aparatos receptores nas prescrições gerais dos §§ 535, 536, 242 BGB. Na medida em que, com base nestas normas, pretende-se realizar a instalação de um aparato receptor, necessário se faz que, junto a sua interpretação e aplicação, o direito fundamental da liberdade de informação seja considerado.

(...)

A decisão atacada não observou suficientemente esta exigência (de se interpretar o direito infraconstitucional à luz do direito fundamental da liberdade de informação, n. trad.). Ainda que o tribunal estadual não tenha ignorado que o direito fundamental da

liberdade de informação deva ser observado junto à interpretação e aplicação dos §§ 535, 536, 242 BGB, ele descuidou dos interesses específicos de informação do autor da reclamação constitucional por razões que, em face do direito fundamental, não podem prevalecer."

A decisão *Parabollantene* significa um salto qualitativo da assim chamada dogmática da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais que, como visto, descreve o vínculo específico do Poder Judiciário aos direitos fundamentais. Se na decisão Lüth exigida era tão somente a total ignorância pelo juiz ou tribunal da eficácia horizontal mediata no caso decidendo, na decisão ora discutida o TCF fundamentou uma segunda exigência: A eficácia não só poderia ser "não totalmente ignorada", como também deveria ser *suficientemente observada*⁴⁷. Pressupõe-se, portanto, que o juiz conheça e compreenda com relativa precisão a área de proteção⁴⁸ do direito fundamental, cuja violação potencial ele somente desta forma pode evitar.

No caso da *Parabollantene*, o tribunal estadual valeu-se de razões consideradas precárias pelo TCF em face da tutela constitucional da liberdade de informação. O problema se deu em torno da interpretação do *conceito de uso contratual* (uso conforme o objeto do contrato) do imóvel locado. Para se interpretar esta norma, o juiz teria que considerar os interesses contratuais de ambas as partes. O problema é que, no caso, tais interesses encontravam, principalmente do lado do locatário, uma ressonância constitucional. Enquanto o juiz de primeira instância julgou sem maiores fundamentos o direito de propriedade da locadora como prevalecente no caso, pelo simples fato de existir vários outros tipos de fontes de informação como jornais e vídeos em língua turca ou a possibilidade dos filhos nascidos na Alemanha traduzirem as notícias veiculadas pela TV alemã sobre o país de origem⁴⁹, o tribunal estadual fundamentou a decisão pela prevalência da propriedade da locadora e sacrifício do interesse do locatário pela informação na possibilidade de receber um canal de TV turco pelo sistema de TV a cabo. Este seria em breve instalado no condomínio onde se encontrava o imóvel locado. Outro argumento utilizado pelo tribunal estadual foi o fato de rádios locais conterem também programação turca. O tribunal estadual julgou por estas razões que o locatário extrapolou, no uso da coisa locada, os limites contratuais. Também por motivos de tratamento igual dos demais locatários, a locadora não poderia autorizar esse uso extraordinário. Essa interpretação do § 535 BGB e subsequente decisão, todavia, firmou-se segundo o TCF sobre uma *incompreensão do direito fundamental da liberdade de informação* e por isso o feriu.

Decisões como esta e a acima tratada (Lüth) deixam claro quais são as conseqüências dogmáticas que devem ser reconhecidas por qualquer Poder Judiciário pertencente a uma

⁴⁶ Cf. BVerfGE 90, 27 (33 s.)

⁴⁷ Cf. SCHLAICH (1994) p. 186 e SCHLINK (1984), p. 464.

⁴⁸ Sobre o conceito, sua instrumentalidade e aplicabilidade, cf. Martins (2003) p. 24 s.

⁴⁹ Cf. BVerfGE 90, 27 (39).

ordem constitucional que o vincule a direitos fundamentais. O vínculo específico revela-se, dogmática e técnico-juridicamente falando, no momento da interpretação e aplicação do direito infraconstitucional – principal mas não exclusivamente – daquelas cláusulas gerais que exigem do magistrado o uso de uma hermenêutica integrativa que deve, desta maneira, ocorrer “à luz dos direitos fundamentais”. O exemplo seguinte mostra um caso limítrofe desta eficácia horizontal.

4. Eficácia horizontal da autonomia privada junto à interpretação de contratos bancários

A interpretação de contratos deve a princípio atender ao princípio da autonomia da vontade. Ao nível constitucional, o bem jurídico “autonomia da vontade” pode ter por conteúdo algo diferente da imposição do cumprimento de uma cláusula contratual.⁵⁰

A máxima *Pacta sunt servanda* não tem, com efeito, validade absoluta quando há uma disparidade muito grande de forças entre os contratantes. Contratos de adesão com cláusulas leoninas são suscetíveis, também segundo a doutrina e jurisprudência brasileiras, principalmente com o advento da nova lei civil, à revisão e controle. Trata-se, por outro lado, de uma intervenção na autonomia privada tutelada no plano do direito civil que se justifica por regras encontradas na própria lei civil que a limitam como a proibição do enriquecimento sem causa e da usura.

O TCF alemão foi muito além desta parca restrição, em sua decisão conhecida como *Bürgschaft* (Fiança), ao analisar um contrato bancário, onde uma jovem de 21 anos figurava como fiadora no contrato de conta corrente firmado com uma instituição financeira por seu pai, que desejava ver ampliado seu limite de crédito de 50 para 100 mil marcos. Para conceder este aumento, a instituição financeira exigiu a garantia pessoal da fiança, prática comum naquele mercado financeiro. A cláusula contratual relativa à fiança limitava-a a 100 mil

⁵⁰ Autonomia da vontade no sentido negativo clássico pressupõe a inexistência de óbices estatais à liberdade contratual. Porém, o sentido positivo do conceito de autonomia da vontade pressupõe justamente o oposto, ou seja, a criação de um controle estatal que possibilite de maneira relativamente eficaz a equidade de chances e condições. Segundo a dogmática alemã dos direitos fundamentais, este seria um mandamento derivado do art. 1 I 2 *Grundgesetz* que determina não somente a “observação” (mandamento de não intervenção) como também “proteção” (mandamento de intervenção) da dignidade da pessoa humana (“observá-la e protegê-la é dever de todas as autoridades estatais”, determina o citado dispositivo da *Grundgesetz*). O dever de proteção ativa da dignidade da pessoa humana foi exportado para boa parte dos direitos fundamentais arrolados a partir do art. 2 *Grundgesetz* por terem estes um “substrato de dignidade humana” (a respeito, v. Martins 2004 b, sob “2.2”) e trabalhado dogmaticamente sob a alcunha de *staatliche Schutzpflicht* (dever de tutela estatal). Trata-se, neste mister, como boa da doutrina alemã tem sustentado de uma modernização da dogmática da *Drittwirkung* ou da “outra face” do mesmo conceito, pois ambos referem-se à relevância dos direitos fundamentais em relações tripolares (particular – Estado – particular). Nada obstante, modo de aplicação e momento de eficácia são diversos: Em termos esquemáticos, a *Drittwirkung* pressupõe obrigação de não intervenção do Estado-Juiz (reconstrução liberal clássica da figura) e a *Schutzpflicht* pressupõe a intervenção pelo Estado-Legislador embora esta também possa ser reconstruída negativamente quando se parte da idéia de que a omissão corresponde à uma intervenção negativa contra a qual o direito fundamental também oferece resistência. Cf. a respeito: MARTINS (2001), p. 85 s e 151 ss e o comentário a respeito de POSCHER (2002), p. 200, n.º 175.

marcos acrescidos de eventuais juros de mora e correção monetária. No entanto, a fiadora não contava com formação profissional, não tinha patrimônio e percebia um salário mensal de pouco mais de um por cento daquele valor. Todavia, ninguém se preocupou com este fato no momento da assinatura do instrumento contratual: O funcionário da instituição financeira chegou a dizer que a fiadora não estaria incorrendo em grande risco; que se tratava de uma mera formalidade. O devedor, pai da fiadora, gozava na época de bom crédito, era um corretor de imóveis bem sucedido. Mas dois anos depois, sua dívida para com o banco batia na casa dos 2,4 milhões de marcos. O banco então resolveu rescindir o contrato e exigir da fiadora o pagamento dos 100 mil marcos acrescidos dos juros de mora e da correção monetária. A fiadora ajuizou, em seguida, uma ação declaratória de nulidade da cláusula de fiança. A ré (instituição financeira) ofereceu reconvenção e obteve êxito na primeira instância. O tribunal superior estadual deu provimento ao recurso de apelação da autora reconvinde. Esta decisão, porém, foi suspensa em grau de recurso de revisão pelo Tribunal Superior Federal (BGH). Esgotada a via jurisdicional ordinária, a jovem ajuizou uma reclamação constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal, alegando que seu direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade tutelado pelo art. 2 I *Grundgesetz* que abrange, entre outros direitos da personalidade, a autonomia privada estaria sendo violado pela decisão do BGH. O TCF julgou esta reclamação procedente e suspendeu a decisão do BGH. Na fundamentação, depois das típicas considerações abstratas sobre a eficácia horizontal tal qual desenvolvida em Lüth, lê-se entre outras coisas⁵¹:

“O contrato de fiança objeto do julgamento do BGH diferencia-se substancialmente de outras garantias de crédito comuns no dia a dia. A reclamante (...) assumiu por meio dele um risco extraordinariamente elevado sem ter com o crédito por esta via assegurado um interesse econômico próprio. Desistindo daquelas prescrições quase todas dispositivas do BGB, ela responsabilizou-se pelo risco empresarial de seu pai numa proporção que sobrepujou em muito sua capacidade econômica. Era de se prever desde o início, o que fora para a instituição financeira facilmente perceptível, que a reclamante, no caso de inadimplência no pai, provavelmente não seria capaz até o fim de sua vida de se livrar da dívida contraída. Neste contexto, tinha-se que se questionar as condições e razões da realização do contrato, principalmente porque as petições apresentadas pelas partes processuais se concentraram neste ponto. A reclamante demonstrou nas duas primeiras instâncias (onde as provas dos fatos são apreciadas, n. trad.) que o banco violou suas obrigações pré-contratuais relativas à instrução do cliente e impôs interesses próprios a partir da inexperiência negocial da fiadora. O Tribunal Superior Estadual acolheu esta tese. Ao contrário, o BGH não viu ensejo algum para o controle do conteúdo do contrato de fiança. A questão sobre se e como ambos os parceiros contratuais puderam de fato decidir sobre o fechamento e conteúdo do contrato não foi levantada pelo BGH. Neste

⁵¹ BVerfGE 89, 214 (230 ss.)

ponto, reside a ignorância da autonomia privada tutelada constitucionalmente.

2 a) Segundo a pacífica jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a conformação das relações jurídicas pelo particular de acordo com a sua vontade corresponde a uma parte da liberdade geral de ação (...). O art. 2 I *Grundgesetz* garante a autonomia privada como "autodeterminação do indivíduo na vida jurídica" (...). Uma violação da garantia de direito fundamental da autonomia privada pode ser suscitada, quando o problema da ausência de paridade contratual não for, em absoluto, visto ou quando sua solução for tentada com meios inadequados.

3. A decisão atacada do BGH é caracterizada por uma tal violação".

Vê-se, por essas e outras decisões onde a dogmática da *mittelbare Drittwirkung* foi relevante, que seu foco não é a existência de um sistema objetivo de princípios ou valores constitucionais que determinaria de forma precisa o modo de interpretação de todo o direito⁵². Esta dimensão ou caráter objetivo dos direitos fundamentais existe, mas tem como pano de fundo uma outra problemática, qual seja, o caráter de norma de competência negativa⁵³ que todo dispositivo constitucional traz em si. As liberdades de comunicação social, por exemplo, se outorgam, de um lado, diretamente ao indivíduo pretensões de resistência contra intervenções estatais em comportamentos assegurados por tais liberdades, de outro, retiram objetivamente (independentemente do exercício do direito de ação, no Brasil, principalmente pela interposição do recurso extraordinário) competências específicas estatais. No caso das liberdades de comunicação social, por exemplo, é vedado ao Estado, independentemente de se constatar uma violação de direito subjetivo específico, implementar medidas que levem à concentração da chamada "mídia", por exemplo, porque a variedade e multiplicidade de órgãos de mídia muito mais contribuem para o alcance daquilo que já se convencionou chamar de "tarefa pública da imprensa"⁵⁴ (hoje estendida à "mídia" em

geral), do que o processo de monopolização desta função por poucas empresas. O que acontece com os direitos fundamentais em torno da comunicação social tem natureza exemplar e pode ser exportado para outras garantias fundamentais. Em todas elas, a eficácia específica aqui diz respeito muito mais ao controle abstrato e, portanto, ao vínculo específico do Legislativo e Governo do que do Judiciário. Por isso, no caso da eficácia horizontal, o caráter clássico dos direitos fundamentais como normas que oferecem resistência à intervenção (qual seja, uma interpretação do direito infraconstitucional que resulte numa intervenção na área de proteção de um direito fundamental) é o caráter atingido, de tal sorte que sua existência não pressupõe a existência daquele sistema axiológico propugnado na decisão Lüth, muito menos que a *Drittwirkung* seja a única ou maior responsável pela hipertrofia dos direitos fundamentais ou constitucionalização do ordenamento, fenômeno que, no caso do sistema concentrado alemão, causa problemas de delimitação da competência do TCF⁵⁵. Ela é sim, pelo contrário, corolário necessário do vínculo da atividade jurisdicional aos direitos fundamentais.

5. Eficácia horizontal indireta na interpretação do novo Código Civil brasileiro

O novo código civil brasileiro é deveras proficiente em cláusulas gerais ("conceitos abertos")⁵⁶ que exigem do juiz do feito um esforço interpretativo integrativo. Regras como a tradicional prescrição da boa-fé, passando pelo dano moral junto a violações de direitos da personalidade e sobretudo a novidade "função social do contrato" oferecem-se como material privilegiado de aplicação e fundamentação (*sedes materiae*) dos critérios ora delineados⁵⁷.

Tais regras gerais até têm o condão de dar mais liberdade hermenêutica ao juiz que, no entanto, não pode dela abusar, sob pena de incorrer em subjetividade, senão até mesmo em arbítrio, desrespeitando seu dever constitucional⁵⁸.

⁵² Ao contrário, neste sentido cf. MENDES (1999), p. 228 s.

⁵³ Cf a respeito: PIEROTH e SCHLINK (2000) p. 2.

⁵⁴ Essa "*öffentliche Aufgabe der Presse*" encontrou ressonância jurídico-positiva em quase todas as leis de imprensa que na Alemanha são da competência do legislador estadual. No entanto, a opinião dominante na doutrina alemã afirma não se tratar de um conceito jurídico do qual derive maiores consequências como privilégios ou restrições, mas sim de um conceito que sintetiza de forma heurística o significado da imprensa. O conceito no entanto remete o estudioso da dogmática alemã da liberdade de imprensa e da dogmática geral dos direitos fundamentais (aquela tem em relação a esta muitas vezes uma relação paradigmática) à discussão em torno da interpretação e do duplo caráter dogmático (caráter subjetivo e institucional-objetivo) da liberdade de imprensa nos anos 1960 e 1970, discussão esta travada por autores como FORSTHOFF (1963), p. 633 s., para quem o julgamento do cumprimento da tal "tarefa pública da imprensa" poderia ter um efeito "destrutivo", por SCHEUNER (1965), pp. 1 ss.; SCHNUR (1965), pp. 101 ss.; LERCHE (1971), pp. 21 ss., 45 e SCHOLZ (1978), pp. 46 ss., 81 ss. entre outros. Essa discussão em torno do caráter institucional-objetivo foi retomada e estendida à dogmática geral no início da década de 1990 entre outros por BÖCKENFÖRDE (1990), pp. 1 ss.; ALEXI (1990), p. 49 ss. e DREIER (1993), pp. 27 ss., embora aqui o caráter objetivo dos direitos fundamentais não se restrinja somente à garantia institucional da liberdade de imprensa, alcançando outros conteúdos. Bastante crítico em relação ao risco de instrumentalização da liberdade de imprensa em prol de um certo absolutismo do processo democrático tem-se Kull (1993), p. 663 ss. Acompanhando toda essa evolução e também bastante crítico, cf. MARTINS (2001), pp. 90 ss.

⁵⁵ Trata-se do problema de se definir a fronteira do chamado "direito constitucional específico", único objeto da jurisprudência daquele tribunal.

⁵⁶ Sem fazer menção explícita aos conceitos abertos do novo código civil e seu papel dogmático, MARTINS-COSTA (2004), p. 61, 64 ss. logrou uma feliz conceituação ao tratar do assunto, alcinhando-o de ultrapassagem de um modelo de "incomunicabilidade" (entre direito público e privado).

⁵⁷ Na clássica lição de PONTES DE MIRANDA, regras de boa-fé seriam a expressão de regras gerais de interpretação, o que denota uma abertura parcial do direito privado a medidas normativas vindas de fora do direito civil, preservando porém seu caráter cogente (leia-se: vinculando também o juiz a uma determinada maneira de interpretar o direito civil): "Regras de boa-fé são regras de uso do tráfico, gerais, porém de caráter cogente, que de certo modo ficam entre as regras jurídicas cogentes e o direito não cogente, para encherem o espaço deixado pelas regras jurídicas dispositivas e de certo modo servirem de regras interpretativas". Vide PONTES DE MIRANDA (1954), p. 331 s.

⁵⁸ Semelhantemente ao que ocorre com a competência discricionária da Administração. Cf a discussão acima (sob "IV") e a referência bibliográfica trazida na n. rod. n.º 28.

O vínculo específico do Judiciário prescinde totalmente da rasa distinção feita entre princípio e regra⁵⁹. Uma noção de princípios constitucionais que se baseie nesta distinção prejudica a correta compreensão do problema. Segundo seus adeptos⁶⁰, regras e princípios enquanto espécies do gênero “norma jurídica” distinguem-se-iam por um certo grau de concreção ou proximidade com um caso específico que teriam as regras ao contrário dos princípios que se caracterizariam por serem mais abstratos, abrangentes, revelando diretrizes que poderiam ser mais ou menos perseguidas no caso concreto. As regras, ao contrário, conheceriam somente uma resposta binária a problemas concretos: regra cumprida / regra descumprida. Quando aplicada à dogmática dos direitos fundamentais, estes seriam, em grande parte, princípios contendo por isso mandamentos de otimização a serem concretizados no caso concreto segundo uma relação hierárquica a ser definida conforme todas as nuances e fatores do caso decidendo⁶¹. Quando aplicada às cláusulas gerais da lei civil, que, segundo o entendimento germânico já tradicional, oferece as portas de comunicação entre direito privado e direito constitucional, um tal conceito de princípio transfere, na prática, ao juiz o poder de criar a regra *ad hoc*. Além de significar uma clara afronta ao preceito constitucional de separação ou “harmonia” (segundo o teor do art. 2º CF) de poderes, esse entendimento acaba com o rigor da dogmática e, portanto, comprometendo boa parte da racionalidade jurídica⁶².

Imprescindível é, pelo contrário, somente que o juiz, em primeiro lugar, conheça o alcance de cada tutela constitucional, vale dizer, que ele saiba que comportamentos individuais ou coletivos, mas que correspondam sempre a *direitos públicos subjetivos*⁶³, são abrangidos pelo dispositivo constitucional e qual a obrigação estatal derivada da norma (principalmente: de não intervenção ou de prestação). Em segundo lugar, o juiz deve conhecer todo o direito constitucional positivo, vale dizer, saber qual a relação de uma norma com outra, conhecer o sistema constitucional e saber que dispositivos constitucionais podem ser utilizados pelo Estado para justificar intervenções nos âmbitos ou áreas protegidas pelos direitos fundamentais⁶⁴.

A seguir, busca-se, após uma despreziosa análise do processo de constitucionalização do direito civil, elementos que podem ser relevantes no caso concreto da interpretação das regras gerais ou conceitos abertos do código civil brasileiro à luz dos direitos fundamentais.

a) Função social do contrato e o “risco” da constitucionalização

O art. 421 do código civil brasileiro promulgado em 2002 trouxe certamente o conceito mais aberto do qual se tem notícia ao fixar a regra segundo a qual a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da “função social do contrato”. Este dispositivo oferece não somente uma “porta”, mas sim um “largo portão de entrada” do direito constitucional no direito privado. Fala-se nesse contexto com certo entusiasmo pueril da constitucionalização do direito privado, como se isso significasse garantia de eficácia real do direito constitucional.

Com efeito, a constitucionalização do direito privado assim como de todo ordenamento não representa algo em si positivo. Ao contrário, ela pode, dadas algumas circunstâncias, comprometer a própria concretização constitucional. Sem ter a pretensão de exaurir o problema nos limites da presente exposição, pode-se tão somente lembrar que o comprometimento da autonomia do direito privado em face do direito constitucional leva à confusão normativa que tem ao cabo do processo (de constitucionalização total) necessariamente a ineficácia material de normas do direito privado e do direito constitucional (até por confusão entre objetos e medidas ou parâmetros do controle de constitucionalidade). O problema foi devidamente diagnosticado pela doutrina constitucional e privatística alemã⁶⁵. Trata-se, de fato, como bem asseverou Canaris⁶⁶, de um fenômeno internacional. Mas se pode estar diante de um fenômeno que, controladas as suas proporções, ou seja, garantidas a “produtividade” de cada ramo do direito positivo (por mais que se critique a dicotomia direito público / direito privado), representa, como com precisão assentou Martins-Costa⁶⁷ em recente ensaio, a superação de um modelo de incomunicabilidade estranha à praxis jurídica. Postura devida pela doutrina no entanto é o acompanhamento crítico e a parcimônia na derivação de conseqüências, pois há o risco de descaracterização de todo o ordenamento jurídico quando se suspende a diferença “Constituição – Lei formal (eventualmente: - lei material) – Realidade”. Suspendida essa diferença, a constituição e o direito constitucional perdem os seus papéis principais como “ordem fundamental” (*Grundordnung*) e como “ordem-limite” (*Rahmenordnung*)⁶⁸.

A partir deste quadro de risco, deve-se entender o uso de conceitos abertos como o ora em pauta pelo operador jurídico e por aqueles que trabalham na elaboração dogmática. Não resta dúvida de que o legislador civil brasileiro de 2002, como o comprovam os diversos artigos publicados na imprensa diária pelo autor do projeto-lei que serviu de base para as votações⁶⁹, que os novos conceitos abertos como a função social do contrato foram

⁵⁹ Sobre a crítica à distinção, novamente: MARTINS (2004 c), sob “4.1” – “4.4”.

⁶⁰ Cf. os autores indicados acima, na nota de rodapé 1.

⁶¹ A relação hierárquica no caso concreto dependeria de todos os fatores envolvidos, daí tratar-se de uma “*bedingte Vorrangrelation*” (“relação de hierarquia condicionada”), Cf. ALEXY (1996), p. 81.

⁶² MARTINS (2004 c), sob “4.4.3” e na Alemanha cf. por muitos: POSCHER (2002), pp. 75 ss.

⁶³ Trata-se da definição precisa da área de proteção subjetiva (titularidade) e da área de proteção objetiva (comportamentos, posições ou bens jurídicos tutelados). Sobre o assunto da definição da área de proteção, cf. MARTINS (2003), p. 24 s.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 25 ss.

⁶⁵ Cf. com amplas ref. bibliográficas jurisprudenciais por muitos: SCHUPPERT e BUMKE (2000), pp. 24 ss.

⁶⁶ CANARIS (2003), pp. 241 ss. Cf. também, no original, CANARIS (1999), pp. 74 ss.

⁶⁷ MARTINS-COSTA (2003), pp. 68 ss.

⁶⁸ Sobre o assunto cf. ALEXY (2002), pp. 12 ss.

⁶⁹ Cf. por muitos REALE (2003), p. A-2.

cunhados sob a influência do espírito da constituição vigente promulgada 14 anos antes. Assim, a rigidez da separação entre direito constitucional e direito privado foi bastante relativizada senão suspensa pelo novo código civil. Nada obstante, as novas regras do direito civil deverão ser controladas a partir das medidas constitucionais assim como a sua aplicação. Isso significa que a nova lei civil continua sendo possível objeto do controle de constitucionalidade. Suspender definitivamente a fronteira causa por um lado a confusão entre objeto e medida do controle, tornando-o impossível. Daí decorre o comprometimento da eficácia do direito constitucional. De outro lado, a elevação das regras civis à categoria de conformação do texto constitucional significa a quebra total da autonomia da instância política legislativa, uma vez que sua conformação dos direitos, obrigações e conflitos entre particulares não fica somente – como ocorre tradicional e corretamente – submetida a um controle de constitucionalidade e como tal ao atendimento de certos limites, como também resta totalmente supérflua quando, de qualquer sorte, os conflitos interindividuais deverão ser avaliados a partir das normas constitucionais.

O direito locatício alemão, por exemplo, há décadas vem consolidando políticas de governo específicas, ora privilegiando o locador, ora o locatário, de acordo com as vicissitudes do mercado imobiliário e da política habitacional e social que se pretende implementar. Sem conhecer a figura da função social do contrato, mas somente a máxima de que a propriedade obriga, ou seja, pode ser limitada pelo legislador, o TCF alemão já reconheceu a garantia do direito constitucional de propriedade ao locatário⁷⁰. Nada obstante as críticas a aquela jurisprudência, parte-se de uma ampla margem de conformação legislativa enquanto prática política que só será cerceada se a mesma for julgada como uma intervenção não justificada em esfera individual protegida constitucionalmente por norma de direito fundamental

A função social do contrato segundo a prescrição do art. 421 do Código Civil brasileiro pode servir como porta de entrada dos direitos matrizes “liberdade” e “igualdade” do art. 5º *caput* CF e eventualmente de outros dependendo do caso concreto. Nada obstante

⁷⁰ Cf. BVerfGE 89, 1 (5 ss.) Trata-se do direito de domínio da coisa locada pelo locatário uma posição jurídica protegida também pelo art. 14 I *Grundgesetz* segundo esta decisão do TCF alemão. Interessante notar é que o TCF não acolheu a alegação do reclamante segundo a qual seu direito de resistência à confirmação judicial da rescisão do contrato de locação (denúncia vazia) derivaria do Art. 14 II *Grundgesetz* que prescreve o vínculo social da propriedade. Segundo o TCF, este dispositivo conteria somente uma “diretriz e limite para a obrigação jurídico-objetiva imposta ao legislador de fixar o conteúdo e limites da propriedade. Ele determina ao legislador que este observe junto à criação do direito locatício de forma ponderada os interesses do locatário (cf. BVerfGE 37, 132 (140 s.)), todavia não eleva a proteção do locatário a uma outorga de direito fundamental subjetivo (cf. BVerfGE 21, 73 (83); 80, 137 (150))”. Esta decisão demonstra a necessidade do conhecimento pelo juiz de qualquer instância ou juízo das dogmáticas dos direitos fundamentais. Em face da dogmática do direito fundamental à propriedade, por exemplo, o juiz precisa saber que a “função social” representa a fixação pelo constituinte de um limite *vis generis*: ao mesmo tempo positivo (dever de intervenção estatal – staatliche Schutzpflicht) e dever de não intervenção – *Abwehrrecht*) e não como sustenta parte da doutrina brasileira de um “elemento constitutivo da propriedade”. Cf. o desenvolvimento desta tese em Martins (2004 d)

todos os conflitos político-filosóficos entre liberdade e igualdade, os dois foram tutelados paralelamente aparecendo um ao lado do outro harmoniosamente como direitos “invioláveis”⁷¹. Quanta margem de ação o legislador deixa à parte contratual econômica e socialmente mais forte e quanta proteção e igualdade de pontos de partida de chances e condições ele garante à parte contratual mais fraca é da alçada exclusiva da instância política, do legislador⁷². Tarefa do juiz não é substituir essa política pela sua concepção de “justiça social” ou outras derivadas do conceito aberto da “função social do contrato”, mas sim controlar e rever certas cláusulas contratuais firmadas sobre uma desproporção considerável de forças, considerável ao ponto de afetar a autonomia privada da parte mais fraca como demonstrou a decisão *Bürgerschaft* acima apresentada. Naquele caso, a garantia da inviolabilidade da igualdade da parte mais fraca acabou sendo absorvida pela garantia da inviolabilidade da liberdade (enquanto autonomia privada) da mesma parte mais fraca. Outro direito fundamental que pode ser relevante para a interpretação deste conceito geral é a liberdade profissional e empresarial do art. 5º XIII CF se de sua interpretação puder resultar o cerceamento de comportamentos individuais que possam ser qualificados como exercício de profissão, ofício ou trabalho.

Assim, a função social do contrato não é cláusula capaz de sempre transformar a máxima *pacta sunt servanda* em *rebus sic stantibus* quando do cumprimento do contrato, muito menos de suspender toda a autonomia do direito civil brasileiro. É óbvio que não foi esta a intenção do legislador. Mas a confusão dogmática pode levar ao enfraquecimento cada vez maior da eficácia geral de normas tanto das constitucionais quanto daquelas que delas qualitativamente se distinguem: as normas de direito privado.

b) “Boa-fé”, “probidade”, “usos” e “bons costumes”

Os demais conceitos gerais positivados na nova lei civil brasileira já conta com uma longa tradição. Todos eles podem ser encontrados em outros ordenamentos jurídicos sobretudo no BGB alemão que serviu de base para grande parte do código de Clóvis Beviláqua.

No art. 422, o código fala em princípios de “probidade” e “boa-fé” que deveriam ser guardados pelos contratantes na conclusão e execução dos contratos. O art. 113 traz outra regra de interpretação dos negócios jurídicos: eles devem ser interpretados segundo a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. O art. 187 define como ilícito o exercício de direito de maneira a exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Todos estes conceitos abertos podem servir de entrada para as dogmáticas dos direitos gerais da personalidade tutelados constitucionalmente (sobretudo art. 5º *caput*, 5º

⁷¹ Cf. PIEROTH e SCHLINK (2000), p. 101 s

⁷² Legislador em sentido lato, cf. PIEROTH e SCHLINK (2000), p. 101 s

V e 5º X CF), mas também de direitos fundamentais de comunicação (principalmente art. 5º IV e IX CF) na interpretação de cláusulas contratuais e avaliação pelo juiz do conflito trazido a sua apreciação. Quando o código fala no art. 187 em "exercício de direito", pode-se trazer à tona o disposto no art. 5º XXII e ss. CF que definiu a tutela constitucional do direito de propriedade ao mesmo tempo em que criou pelo inciso XXIII uma reserva legal qualificada pela "função social" da propriedade.

c) Dano moral junto a violação de direitos da personalidade

Finalmente, o dano moral foi definido pela nova lei em seu art. 186 como ilícito que obriga o violador do direito à indenização específica. De um lado, o dispositivo em pauta é derivação e conformação do dispositivo constitucional do art. 5º X CF. Por outro lado, ele também pode ser usado, dado o caráter indefinido, aberto ou pelo menos da dificuldade de mensuração do dano moral, como porta de entrada de dogmáticas de outros dispositivos constitucionais como a da garantia da inviolabilidade do domicílio (art. 5º XI CF), da correspondência (art. 5º XII CF) e da liberdade de locomoção (art. 5º XV CF), ainda que esses direitos sejam classicamente direitos fundamentais de resistência à intervenção estatal. No entanto, está-se neste ponto muito mais próximo da dogmática do dever estatal de tutela a ser cumprido em primeira linha pelo legislador⁷³ do que da eficácia horizontal em sentido tradicional. Neste sentido, o artigo 186 CC representaria a tentativa do legislador de cumprir essa sua obrigação de proteção de direitos da personalidade, prescrita pelo art. 5º X CF. Apesar disso, o indeferimento não ou mal fundamentado de um pedido de indenização por dano moral surgido a partir de violação privada daqueles direitos fundamentais de resistência à intervenção poderá representar uma intervenção direta injustificada na área de proteção do respectivo direito fundamental por mais que se resista à idéia de que a omissão estatal possa ser, dogmaticamente falando, equivalente à ação interveniente⁷⁴. Podem ocorrer neste momento da aplicação normativa colisões de direitos fundamentais que exigem do juiz do feito pleno conhecimento da dogmática geral dos direitos fundamentais, em especial da dogmática do direito fundamental à igualdade.

O estudo da dogmática da colisão de direitos fundamentais embora também muito relevante para a observância do vínculo do Judiciário (toda a dogmática dos direitos fundamentais o é) extrapola os limites fixados pela determinação do objeto do presente ensaio, devendo ser retomado em ensaios e/ou demais trabalhos futuros.

⁷³ A cumprir a obrigação de proteção ou tutela estatal é chamado em primeira linha o legislador que deve criar mecanismos de proteção adequados à proteção do bem jurídico constitucional (objeto do direito fundamental). Cf também já acima, n. rod 50. Segundo a dogmática constitucional alemã, ele estaria inclusive limitado positivamente a agir, ou seja, o meio de proteção escolhido além de adequado deveria ser suficiente para o alcance do propósito de proteção implícito na obrigação em pauta. Limitação positiva significa a observância do que CANOTILHO (2000), p. 267, traduziu para o português como uma "proibição de defeito" (*Untermassverbot*).

⁷⁴ Tese defendida sobretudo por Martins (2001), p. 62 s.

CONCLUSÃO: TESES

O produto do presente trabalho revela-se, quando é sistematicamente apresentado, pelas seguintes teses que podem tanto ensejar a discussão quanto nortear a sua esperada crítica:

1. Embora a Constituição Federal de 1988 seja em grande parte uma "Constituição Social" e ser além de uma Constituição do Estado brasileiro também uma Constituição "da Sociedade", o vínculo específico do Judiciário aos direitos fundamentais expresso junto à atividade de interpretação do direito infraconstitucional só tem relevância junto aos direitos fundamentais clássicos e em constelações tripolares.

2. No caso de constelações notadamente bipolares dos direitos fundamentais sociais, a inconstitucionalidade propriamente dita pode ser cometida por omissões legislativas e administrativas. O juiz pode neste caso ao negar provimento a pedido embasado em lei conformadora de direito fundamental social incorrer em ilegalidade e por consequência inconstitucionalidade, mas nunca somente em inconstitucionalidade como no caso do vínculo específico aqui explanado (excetua-se aqui o caso do Mandado de Injunção por este revelar uma problemática processual).

3. Embora a Constituição Federal de 1988 seja considerada também uma "Constituição de toda sociedade brasileira", os particulares não se encontram por ela vinculados aos direitos fundamentais: Tanto a necessidade lógico-formal de autonomia do direito privado para que em geral se possibilite (*Zwischenschalter*) o controle de constitucionalidade de atos do legislador, quanto o caráter de regra reflexiva (confluência das pessoas do remetente e do destinatário normativo) dos direitos fundamentais, além da interpretação gramatical e sistemática do art. 5º CF, corroboram a tese da não vinculação imediata dos particulares.

4. Ao reconhecimento de direito constitucional material da não relevância direta (ausência do vínculo do particular), alia-se o instrumentário processual constitucional de defesa de tais direitos, pois todos os instrumentos de controle abstrato (obviamente) ou concreto, pela via principal ou incidental ou ainda recursal extraordinária têm por objeto exclusivamente ato do poder público *lato sensu*.

5. O vínculo do legislador aos direitos fundamentais embora não declarado expressamente no art. 5º § 1º CF (onde deveria tê-lo sido) encontra respaldo na previsão da Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 102 I CF.

6. O vínculo do legislador aos direitos fundamentais, que parece óbvio em face do princípio da supremacia da constituição, revela problemas quanto à aferição material concreta de uma norma como inconstitucional. O estudo jurídico-científico do vínculo do legislador principalmente o perpetrado na obra de B. Schlink revela a evolução histórica da natureza dos próprios direitos fundamentais de simples reservas de lei (pressuposto para intervenções da Administração na liberdade e propriedade dos cidadãos) vigente na Europa continental no Séc. XIX até a 1ª experiência republicana germânica para sua natureza hodierna de "reservas de lei proporcional".

7. O vínculo da Administração Pública aos direitos fundamentais revela-se junto ao exercício de sua discricionariedade. Quando a discricionariedade embasar-se em conceitos abertos ou indeterminados, estes desempenharão junto à aplicação do direito administrativo em constelações tripolares o mesmo papel que eles desempenham junto à atividade jurisdicional (cf. teses 10 a 12).

8. Não há que se distinguir entre ofensas constitucionais diretas e “meramente reflexas” para efeitos de prequestionamento em RE ou condição da ação direta de inconstitucionalidade. Tal distinção parte da má compreensão da relação entre direito constitucional e direito infraconstitucional. Deste universo dogmático há de se distinguir o problema da relevância constitucional de ofensas meramente legais, problema este de difícil instrumentalização dogmática dado o art. 37 *caput* CF. Em que medida qualquer ato administrativo ilegal fere o art. 37 *caput* CF ensejando o seu amplo controle de constitucionalidade?

9. O vínculo do Judiciário aos direitos fundamentais não se reduz à tradicional competência de declarar expressa ou tacitamente a inconstitucionalidade de norma (ainda que com eficácia *inter pars* dentro do sistema difuso de controle normativo brasileiro), não a aplicando ao caso decidendo, mas se estende à atividade de interpretação de normas em tese constitucionais, cuja aplicação pode revelar-se inconstitucional dada a condição da ignorância pelo juiz da relevância de normas de direito fundamental para o julgamento da relação jurídica privada trazida a sua apreciação. No momento da interpretação e aplicação do direito infraconstitucional revela-se portanto o vínculo específico do Judiciário aos direitos fundamentais.

10. Fundamento normativo infraconstitucional para a concretização do vínculo é oferecido pelas chamadas regras ou cláusulas gerais impregnadas de conceitos abertos ou indeterminados. Estas funcionam como elementos de comunicação entre o sistema normativo constitucional e o sistema infraconstitucional de direito privado.

11. O vínculo do Judiciário poder ser traduzido como expressão da “interpretação orientada pelos ou conforme os direitos fundamentais” como espécie do gênero “interpretação conforme a constituição”. Enquanto esta refere-se à interpretação da norma infraconstitucional mais consoante com a constituição tendo em vista evitar-se a declaração de sua inconstitucionalidade abstrata, aquela refere-se a uma interpretação de regras infraconstitucionais que, abstratamente, não se chocam contra dispositivos constitucionais, mas cuja aplicação pode ferir concretamente um direito fundamental de uma das partes litigantes.

12. O desenvolvimento da dogmática da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais tal qual efetivado principalmente pela jurisprudência do TCF e que implica no vínculo específico do Judiciário aos direitos fundamentais mostra uma evolução da verificação da violação de direitos fundamentais perpetrada especificamente pelo Judiciário que vai da fórmula de “total ignorância” da eficácia pelo juiz do feito (*Decisão “Lüth”*),

passando pela “insuficiência da observação” (*Decisão “Antena Parabólica”*) chegando à necessidade de se observar um dever de proteção ativa pelo Estado contra agressões a alguns direitos fundamentais partidas de particulares (*Decisão “Bürgerschaft”*). Esta última implica no enriquecimento do conceito de autonomia privada (abrangência de um aspecto positivo carecedor de tutela estatal jurisdicional).

13. A eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*) não encontra respaldo na chamada dimensão ou no chamado caráter “objetivo” dos direitos fundamentais e sim no vínculo do Judiciário aos direitos fundamentais. O caráter normativo-objetivo dos direitos fundamentais, ou seja, aquele que denota a norma de direito fundamental como regra de competência estatal negativa independentemente de intervenção ou violação concreta é relevante para o controle abstrato. No controle concreto vale o caráter jurídico-subjetivo clássico como fundamento da obrigação de omissão estatal em face de um exercício concreto de uma das liberdades asseguradas. Neste contexto, mesmo os chamados deveres estatais de tutela ou proteção ativa podem ser reconstruídos juridico-subjetivamente.

14. Os conceitos abertos ou indeterminados tradicionais e os adicionados pela nova lei civil brasileira (sobretudo a novidade “função social do contrato”) servem como *sedes materiae* da dogmática da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais. Destarte, as regras gerais do art. 421, 422, 113 e 187 do novo Código Civil devem ser interpretados à luz das medidas ou parâmetros dos dispositivos do art. 5º ss. CF quando da configuração do caso puder ser apreendida a relevância da decisão judicial em face do exercício de um direito fundamental.

15. A observância pelo juiz da eficácia horizontal e portanto a prevenção de uma violação sua de direito fundamental passa necessariamente por sua compreensão do alcance da tutela constitucional especialmente dos comportamentos especificamente tutelados, do efeito prescrito e do sistema constitucional positivo.

16. A distinção entre regra e princípio não fomenta a criação de uma dogmática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, por conseguinte, o rigor e racionalidade jurídicos, devendo ser, por isso, abandonada.

17. A recepção paulatina pela doutrina brasileira da dogmática alemã da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais trouxe consigo a discussão da chamada constitucionalização do direito privado. Novos conceitos abertos da lei civil como a “função social do contrato” contribuí para o fomento desta discussão. Vê-se notoriamente o processo de constitucionalização do direito privado no Brasil como um fenômeno em si positivo. Ignora-se seus riscos. Dentre os quais, cite-se somente os mais graves: 1º) O comprometimento da autonomia do direito privado e 2º) A ineficácia material de normas do direito privado e do direito constitucional provocada pela confusão entre medida e objetivo de controle.

18. “Boa-fé”, “proibidade”, “usos” e “bons costumes” todos esses conceitos abertos

ou indefinidos podem representar “portas de entrada” das medidas ou parâmetros dos dispositivos constitucionais dos art. 5º ss. CF na solução da lide privada. Já a definição do “dano moral” como ilícito representa em primeira linha o cumprimento pelo legislador do dever de proteção (tutela estatal) prescrito pelo art. 5º X CF, vinculando, assim, o juiz somente indiretamente. O efeito horizontal de uma eventual liberdade colidente ao direito fundamental da personalidade pode revelar-se como novamente relevante, implicando no problema de difícil solução da colisão (concreta) de direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3ª edição. Frankfurt: Suhrkamp 1996.
- _____. “Grundrechte als subjektive Rechte und objektive Normen”. *Der Staat*, Vol. 29, p. 49 – 68, 1990.
- _____. “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Vol. 61, p. 7 – 32, 2002.
- ANSCHÜTZ, Gerhard. *Drei Leitgedanken der Weimarer Verfassung*. Berlin, 1923.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista do Direito Administrativo*, Vol. 215, p. 151 - 179, 1999.
- _____. *Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição de 1988*. Vol. 1. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Grundrechte als Grundsatznormen”. *Der Staat*, Vol. 29, 1990, p. 1 – 31.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BUMKE, Christian. *Der Grundrechtsvorbehalt – Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre 2003, p. 223 – 243.
- _____. *Grundrechte und Privatrechte*. Berlin: DUNCKER & HUMBLOT, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Dogmática dos Direitos Fundamentais e Direito Privado”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre 2003, p. 339 – 357.
- _____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Edit., 2001.

- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª Edição. São Paulo: Atlas, 2002.
- DREIER, Horst. *Dimensionen der Grundrechte - Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten*. Hannover: Hennies & Zinkeisen, 1993.
- DÜRIG, Günther. “Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde – Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes”. *Archiv des öffentlichen Rechts*. Vol. 81, p. 117 – 157, 1956.
- FORSTHOFF, Ernst. “Tagespresse und Grundgesetz”. *Die Öffentliche Verwaltung*. Ano 1963, p. 633 – 635.
- _____. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. 10ª ed. C.H. Beck: Munique, 1973.
- HESSE, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung*. Tübingen 1959.
- HÖFLING, Wolfram. “Kommentar zum Artikel 1 Grundgesetz”. In: Sachs, Michael (Org.). *Grundgesetz – Kommentar*. Munique: Beck Verlag, 2003, p. 78 - 115.
- JELLINEK, Walter. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2ª ed. Berlin, 1919.
- KULL, Edgar. “Dienende Freiheit - Dienstbare Medien?” In: Badura, Peter; Scholz, Rupert. *Festschrift für Peter Lerche zum 65. Lebensjahres: Wege und Verfahren des Verfassungslebens*. Munique: C. H. Beck, 1993, p. 663 – 673.
- LERCHE, Peter. *Übermaß und Verfassungsrecht - Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*. 2ª edição, ampliada com uma nova introdução do autor. Munique e outras: C.H. Beck Verlag 1999.
- _____. *Verfassungsrechtliche Fragen zur Pressekonzentration*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971.
- LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte: Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*. Baden-Baden: Nomos-Verlag 1988.
- MARTENS, Wolfgang. “Grundrechte im Leistungsstaat”. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Ano 1972, p. 7 – 41.
- MARTINS, Leonardo. *Die Grundrechtskollision*, Berlin: Dissertation - Humboldt-Universität, 2001.
- _____. “Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade: Problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros” *Cadernos de Direito da UNIMEP*. Volume 3, nº 5, p. 15 – 45, 2003.
- _____. “Jurisdição e organização jurídica no Brasil e na Alemanha: Uma breve visão panorâmica”. In: Hollensteiner, Stephan (Org.). *Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Lumen Juris, p. 205 – 244, 2004 a.
- _____. “Crime organizado, terrorismo e inviolabilidade do domicílio: Sobre o controle de constitucionalidade de novas regras do direito processual penal alemão e sua relevância

para a interpretação do art. 5º XI CF". Revista dos Tribunais, ano 93, vol. 824, p. 401 – 437, 2004 b.

_____. "Da distinção entre Regras e Princípios e seus problemas epistemológicos, metodológicos e teórico-jurídicos". São Paulo, 2004 c (no prelo).

_____. "Direito Fundamental à propriedade e Tratamento Constitucional do Instituto da Propriedade Privada". São Paulo, 2004 d (no prelo).

MARTINS-COSTA, Judith. "Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil". In: Sarlet, Ingo Wolfgang (Org) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, p. 61 – 85, 2003.

MEDAUER, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição rev. atualizada até as Emendas 41 (da Previdência) e 42 de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade. estudos de direito constitucional*. 2ª ed. S. Paulo: Celso Bastos, 1999.

NEUNER, Jörg. "O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental". in: Sarlet, Ingo Wolfgang (Org) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre 2003, p. 245 – 269.

PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht*. 3ª edição. Munique: Beck Verlag, 1991.

PIEROTH, Bodo; Schlink, Bernhard. *Grundrechte - Staatsrecht II*. 16ª ed., Heidelberg: C.F. Müller-Verlag, 2000.

PIOVESAN, Flávia. "A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos". In: *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 115 – 138, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte - Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. "Direitos Fundamentais e proibição de retrocesso: Algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise". *Revista do Instituto de hermenêutica Jurídica: (Neo)Constitucionalismo*, p. 121 – 168, 2004.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHEUNER, Ulrich. "Pressefreiheit". *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Ano 1965, p. 1 – 100.

SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen*. 3ª ed. Munique: Beck-Verlag, 1994.

SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.

_____. "Freiheit durch Eingriffsabwehr - Zur Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion". *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*. Ano 1984, p. 457 - 468.

SCHNUR, Rupert. "Pressefreiheit". *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Ano 1965, p. 101 – 159.

SCHOLZ, Rupert. *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*. Berlin: Duncker & Humblot 1978.

SCHUPPERT, Gunnar Folke; Bumke, Christian. *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung - Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des "einfachen" Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 2000.

SCHWABE, Jürgen. *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Entwicklung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*. Munique, 1971.

_____. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*. Darmstadt, 1977.

SILVA, Virgílio Afonso da. "O proporcional e o razoável". *Revista dos Tribunais*. Vol. 798, p. 23 - 50, 2002.

_____. "Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção". *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Número 1 (janeiro/junho de 2003), p. 607 – 630.

TAVARES, André R. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

THOMA, Richard. "Einleitung". In: Nipperdey, Hans Carl. *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*. Vol. 1. Berlin: Duncker & Humblot, 1929, p. 1 – 7.

WAHL, Rainer. *Der Staat*. Vol. 18, p. 321 – 334, 1979.