

DIREITOS FUNDAMENTAIS E ENTES PARTICULARES: APLICABILIDADE E RESTRIÇÕES A PODERES NORMATIVOS

Marcelo Sampaio de Couto Melo¹
Orientador: Marcelo Lima Guerra²

SUMÁRIO: Introdução. O que são direitos fundamentais. O suporte fático amplo e limites externos dos direitos fundamentais. As regras da proporcionalidade. Função interpretativa e de aplicação direta. Direitos fundamentais e Direito Privado. Possíveis críticas. Eficácia horizontal mediata e imediata. Possibilidade e problemas da eficácia horizontal. Vinculação positiva e negativa. Casos excepcionais. Investigação das peculiaridades na eficácia horizontal. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este trabalho busca, de modo necessariamente superficial, analisar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre entes particulares e o papel que essas espécies normativas podem desempenhar na declaração de nulidade de negócios jurídicos. Após uma breve exposição da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, adotada como ferramenta de trabalho, é feita uma análise da sua aplicabilidade nas relações entre entes privados.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Princípios. Proporcionalidade. Aplicabilidade. Entes particulares. Entes privados. Vinculação. Eficácia horizontal. Poderes normativos. Competência. Restrições.

¹ Marcelo Sampaio de Couto Melo é estudante do quinto semestre do curso de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Email: marcelosampaio21@gmail.com

² Marcelo Lima Guerra é Pós-Doutor (Università degli Studi di Pavia), Doutor e Mestre (PUC-SP) em Direito. Professor Adjunto 4 da Faculdade de Direito da UFC.

1. INTRODUÇÃO³

A temática dos direitos fundamentais vem ganhando espaço na doutrina brasileira desde o advento da Constituição Federal de 1988. O assunto permanece controverso, com várias teorias sendo propostas para sua melhor compreensão.

Tradicionalmente, a aplicabilidade dos direitos fundamentais tem sido concebida como uma forma de fundamentar exigências dos cidadãos contra o Estado, o que ficou convencionado chamar de eficácia vertical dos direitos fundamentais.

É, portanto, mais recente e polêmica a discussão sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais em casos de conflitos entre particulares, o que caracteriza a chamada eficácia horizontal. Busca-se, ao longo da análise desenvolvida, expor os fundamentos dessa controvérsia e esclarecer de que modo deve se dar a incidência dessas espécies normativas em relações entre entes privados.

Como referencial teórico do presente estudo, serão utilizadas as contribuições dadas à teoria dos direitos fundamentais por Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva. Contudo, em virtude do tema específico deste trabalho, não será apresentada nenhuma defesa dessas contribuições a críticas que lhes foram feitas.

2. O QUE SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme prenunciado na introdução, este trabalho procura desenvolver o tema da chamada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” a partir da peculiar concepção de Robert Alexy dessas espécies normativas e da contribuição de Virgílio Afonso da Silva para o desenvolvimento da teoria de Alexy. É essencial, portanto, que previamente seja feita uma breve elucidação dessa teoria dos direitos fundamentais⁴ antes de adentrar no campo específico da sua aplicação nas relações entre entes particulares.

O que seria, então, para Robert Alexy e Virgílio Afonso da Silva, um direito fundamental?⁵

Os direitos fundamentais são normas-princípio, mandamentos de otimização do ordenamento jurídico.⁶ Eles ordenam a realização de um valor⁷ na

³ Agradeço à Professora Uinie Caminha (UFC) pelas críticas feitas à apresentação oral deste trabalho, na I Semana e ao professor Marcelo Lima Guerra pela orientação.

⁴ Para os propósitos deste trabalho, a expressão “direitos fundamentais” significa o mesmo que “princípios”, e ambos serão usados livremente para se referir ao mesmo conceito.

⁵ É importante ressaltar que a teoria dos “direitos fundamentais” aqui exposta não se aplica a tudo quanto está previsto no Art. 5º da Constituição Federal, que possui vários dispositivos com estrutura de regra, e não de princípio. Além disso, “princípios”, para os fins deste artigo, não são todas e quaisquer normas de importância fundamental para o ordenamento jurídico. Ambas as expressões, são, portanto, utilizadas no sentido técnico que será melhor elucidado ao longo do trabalho. Sobre o assunto, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.1, pp. 607-630.

⁶ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 90.

maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas apresentadas em cada caso concreto. As possibilidades fáticas dizem respeito às restrições materiais à efetivação de alguma medida (como a escassez de recursos), enquanto as possibilidades jurídicas estão relacionadas à possibilidade de colisão entre dois ou mais princípios, o que ocorre quando os comandos de um conflitam com os de outro.

Isso os põe em contraposição às tradicionais regras jurídicas, ou normas-regra, pois estas podem ser aplicadas ou não, sem meio termo e sem possibilidade de satisfação em diferentes níveis. Quando normas-regra entram em conflito, ocorre o que se chama de antinomia, e uma delas é expurgada do sistema, enquanto os princípios permanecem no ordenamento após uma colisão, apesar de haver a possibilidade de um deles ser severamente restringindo em um caso concreto. Por sempre estarem presentes em forma abstrata no sistema jurídico, eles devem ser considerados em qualquer caso em que sejam implicados.

Dessa forma, se for tomado em consideração o direito fundamental à saúde, prescrito no Art. 196 da Constituição Federal de 1988, poderia ser dito que ele prescreve inúmeras condutas que realizam o valor saúde, o que inclui tanto ações: construção de hospitais, criação de órgãos para regular a entrada de remédios e alimentos no País, promulgação de uma legislação favorável a produção de medicamentos genéricos; como omissões correlatas, a exemplo do não fechamento de hospitais, dentre outras.

2.1 O SUPORTE FÁTICO AMPLO E LIMITES EXTERNOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Da amplitude de condutas prescritas por um único princípio se torna desde já óbvio a razão da ressalva sobre as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Se os direitos fundamentais tutelam uma diversidade tão grande de condutas, é natural e inevitável que haja colisões no momento de aplicá-los, pois maiores serão as chances de que um princípio P1 comande algo incompatível com a efetivação do comando de um princípio P2.

Acontece que os valores comandadas pelos direitos fundamentais são tuteladas num nível *prima facie*⁷, o que significa dizer que qualquer conduta que realize um valor tutelado constitucionalmente, seja ele a saúde, a liberdade, a preservação ambiental, o desenvolvimento econômico, a informação, ou qualquer outro, merece ser devidamente considerada como tutelada pelo respectivo princípio no momento da aplicação do direito.

Isso ocasionará frequentes colisões entre princípios, dando ensejo à necessidade de superação de um ônus argumentativo em decisões judiciais, na efetivação de políticas públicas, na promulgação de leis, e, como será visto adiante, na defesa de alguns atos particulares. Esse é o custo da manutenção do respeito aos direitos fundamentais e da efetividade de uma constituição que os prescreva.

A tutela *prima facie*, que, reitere-se, é devida em face de qualquer conduta que realize um valor consagrado constitucionalmente, implica não numa realização obrigatória de tais condutas, mas tão somente na necessidade de que todas elas sejam seriamente consideradas e discutidas no momento da ponderação

⁷ Marcelo Lima Guerra, Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil, pp-86-87.

⁸ Cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, p. 45

entre princípios colidentes, a partir da qual poderá ser decidida, definitivamente, qual a conduta a ser realizada.

Toma-se aqui a concepção mais ampla possível sobre a extensão da tutela dada a um direito fundamental: tudo que estiver em seu âmbito temático será por ele protegido, e, no entanto, a proteção em nível definitivo a uma conduta tutelada por um direito fundamental só será atingida após sua ponderação com outros princípios colidentes em um caso concreto⁹, vale dizer, após serem consideradas as condições fáticas e jurídicas que se apresentarem no momento de aplicação do direito.¹⁰

Isso significa, por exemplo, que o princípio da preservação ambiental exige que o poder público proíba a instalação de indústrias em solo brasileiro, e que o princípio da liberdade de expressão tutela a realização de protestos barulhentos em frente a hospitais.

O que impede que essas implicações do que foi até agora exposto sejam a base de um argumento *ad absurdum* que refute a concepção de direitos fundamentais elucidada é o fato de que a tutela oferecida pelos direitos fundamentais antes de ponderação é tão somente *prima facie*¹¹. O princípio da preservação ambiental tem que ser sopesado com o princípio do desenvolvimento econômico e o da liberdade econômica, que, contrariamente, prescrevem a não intervenção estatal na instalação de indústrias, ao passo que a liberdade de expressão dos manifestantes precisa ser ponderada com o direito à saúde dos hospitalizados.

Somente após a consideração das circunstâncias de cada caso concreto pode ser alcançada uma conclusão sobre o que é realmente devido, qual a norma de conduta prescrita por algum princípio que deve ser seguida. Os limites da efetiva proteção outorgada por um princípio constitucional é determinado por esses juízos ponderativos e pelas possibilidades materiais de efetivação que se apresentem; possuem, portanto, limites a serem determinados por fatores externos a eles. Pela teoria de direitos fundamentais aqui adotada, é quase inconcebível que algum deles tenha aplicação sem colidir com outro.¹²

2.2 AS REGRAS DA PROPORCIONALIDADE

Para auxiliar e racionalizar essa atividade de ponderação, são propostas três regras da proporcionalidade¹³: adequação, necessidade, e proporcionalidade em sentido estrito, a serem aplicadas sucessivamente em cada colisão.¹⁴

⁹ Concreto aqui pode significar também hipotético, um caso imaginado.

¹⁰ Sobre o suporte fático, limites e extensão de tutela dos direitos fundamentais, cf. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*, pp. 65-167.

¹¹ “Um comando *prima facie*” pode ser traduzido como “um comando a ser seguido na falta de melhor opção”.

¹² Os limites externos e suporte fático amplo são talvez os pontos mais controversos da teoria dos direitos fundamentais apresentada. As críticas a esses pontos não serão aqui consideradas. Para uma defesa da teoria exposta, cf., por todos, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais*.

¹³ Essas regras são frequentemente chamadas de “princípios da proporcionalidade”, o que não é compatível com a formulação aqui defendida de princípio como espécie normativa que admite sopesamento, restrições e realização em diferentes níveis. Para uma análise detalhada desse problema terminológico, cf.

A adequação é uma ferramenta para determinar se uma conduta é ou não tutelada (*prima facie*) por um princípio. Se, por exemplo, para evitar a violência em um jogo de futebol, proíbe-se que sejam, no dia do jogo, usadas camisas dos times que disputarão a partida, e os torcedores resolvem simplesmente usar camisas comuns com as cores dos seus respectivos times, percebe-se que aquela conduta não foi adequada à efetivação do princípio da segurança pública, pois não dificultou a organização das torcidas rivais.

Se, no entanto, uma conduta for adequada à realização de um princípio (ou vários), procede-se ao primeiro passo de verdadeiro sopesamento, uma espécie de ponderação preliminar: a necessidade. A partir dela verifica-se se não há alguma conduta alternativa àquela considerada, que realize o princípio tão efetivamente quanto esta, mas ao mesmo tempo restringindo menos outros princípios. Por exemplo, se é planejada a construção de uma estrada, ligando duas cidades, e verificado que essa conduta é adequada a efetivação da liberdade de locomoção e do desenvolvimento econômico, é necessário ainda considerar se não há alguma rota alternativa à que está sob planejamento que cause menos danos ao meio ambiente.

Após ser determinado que uma conduta é adequada e necessária, é preciso ainda determinar se a restrição que ela causa a outros princípios é proporcional, e aqui entra em ação a ferramenta da proporcionalidade em sentido estrito. O nível de restrição a um direito fundamental deve ser diretamente proporcional ao nível de realização de outro direito fundamental em concreto. Além disso, deve ser considerada a consistência das provas apresentadas que sustentam a alegação de restrição/efetivação dos direitos fundamentais implicados, além da importância em abstrato destes e a força dos argumentos a favor dessa importância.

É por isso que mesmo após descobrir que a estrada, para retomar o último exemplo, é adequada à efetivação do desenvolvimento econômico e da liberdade de locomoção, ao mesmo tempo que é a alternativa menos restritiva à preservação ambiental, pode ser verificado, por meio da proporcionalidade em sentido estrito, que ela não deve ser construída, pois o dano ao meio ambiente ainda não é proporcional ao desenvolvimento econômico e melhoria nas condições de transporte que ela trará.

Se omitir de construir a estrada implicará uma restrição aos princípios do desenvolvimento econômico e da liberdade de locomoção, ao passo que efetiva a preservação ambiental; em contraponto, a construção da estrada ocasionará o contrário, efetivando a liberdade de locomoção e o desenvolvimento econômico, e restringindo a preservação do ambiente. As regras da proporcionalidade desempenham um papel importante na racionalização da solução desse tipo de conflito.¹⁵

Virgílio Afonso da Silva, O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, n. 798, pp. 23-50.

¹⁴ Robert Alexy propõe o uso da “máxima da proporcionalidade”, que se desdobraria nas três regras mencionadas. Cf. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, pp. 116-120.

¹⁵ Essas regras não possuem previsão expressa no ordenamento brasileiro, mas estariam implícitas na positivação de normas-princípio e no regime constitucional adotado. Além disso, elas podem ser inferidas de modo mais direto de alguns dispositivos da Constituição Federal brasileira, como o que prevê o devido processo legal, prescrevendo o respeito (leia-se necessidade de consideração e

2.3 FUNÇÃO INTERPRETATIVA E DE APLICAÇÃO DIRETA

Nessa ordem, impõe-se distinguir duas funções distintas, mas intimamente relacionadas, a serem desempenhadas em geral pelos direitos fundamentais. Uma é a de aplicação direta dos princípios, presente nos exemplos de colisão entre princípios utilizados anteriormente; a outra é interpretativa, na determinação, a partir das regras da proporcionalidade, da norma-regra a ser aplicada em um dado caso concreto.

Acontece que as normas e os sinais linguísticos que as veiculam não se confundem. Quem presume isso comete um erro de categoria, pois um texto não possui um significado inerente, independente do seu intérprete. O significado se forma na mente do receptor da mensagem, ele não está “contido” nesta como algo inequívoco e pronto para ser extraído.¹⁶

Enquanto é certo que o texto legislativo de certa forma circunscreve a atividade do intérprete, limitando as possibilidades normativas a serem extraídas, estas permanecem numerosas. Na aplicação da lei há problemas de vagueza, ambiguidade, lacunas, antinomias, e mesmo os casos de interpretação que parecem mais seguros podem apresentar problemas, como demonstram recentes avanços no ramo da semântica cognitiva¹⁷.

O auxílio na escolha de qual será a norma entre as várias candidatas é uma função importantíssima dos direitos fundamentais e das regras da proporcionalidade: dentre as várias normas-candidatas¹⁸ que se apresentem ao intérprete, uma delas será a mais proporcional, a que mais efetiva princípios e, ao mesmo tempo, causa a menor restrição possível em outros.

Ao invés de se extrair possibilidades de conduta diretamente de um princípio, se verifica quais princípios tutelam as condutas comandadas por cada norma-candidata através da regra da adequação, e posteriormente verifica-se a proporcionalidade de tal conduta através da aplicação da regra da necessidade, e, subsequentemente, da proporcionalidade em sentido estrito.

Como pode ser constatado, a função interpretativa dos direitos fundamentais em nada difere da sua função de aplicação direta, salvo pela constrição do texto legislativo às possibilidades de condutas a serem consideradas pelo aplicador do direito. Mesmo essa constrição pode ser rejeitada caso nenhuma das normas-candidatas se apresentem suficientemente proporcionais, pois nesse caso nenhuma delas seria válida por violação à constituição, fonte formal hierarquicamente superior e fundamento de validade de todas as normas do ordenamento.

ponderação) aos princípios constitucionais processuais, tais quais a efetividade, contraditório, ampla defesa, celeridade, entre outros.

¹⁶ Cf. Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, e Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do direito*.

¹⁷ Cf., por todos, George Lakoff, *Women, fire and dangerous Things: what categories reveal about the mind*.

¹⁸ A expressão gramaticalmente correta seria “candidatas a norma”, tradução de “norm-candidates” mas prefere-se “normas-candidatas” por ser mais sucinta e indicar mais diretamente o objeto a que se refere

Essa é a forma mais clara de proceder à chamada interpretação conforme a constituição e à declaração de nulidade sem redução de texto, técnicas interpretativas que, apesar de frequentemente mencionadas, muito raramente são explicadas com a necessária profundidade. Quando um texto legislativo não apresenta alternativas interpretativas racionalmente sustentáveis em conformidade com a Constituição é o caso de declarar o texto por completo como inconstitucional, recusar sua aplicação e, se o texto não possui prospectiva de aplicação proporcional em qualquer outra hipótese, expurgá-lo do ordenamento, retirando sua validade como fonte formal.¹⁹

No entanto, os princípios não cumprem somente essa função interpretativa. Eles devem também ser aplicados diretamente, extraíndo-se comandos deles mesmos quando não há textos que os concretizem em relação a determinado caso concreto (lacunas legislativas), ou quando as fontes formais aplicáveis se apresentam inconstitucionais, seja por não apresentarem alternativas em conformidade com as regras da proporcionalidade ou quando entrarem em conflito com uma norma-regra constitucional.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO

Após exposto o que se entende por direitos fundamentais ou princípios para os fins deste trabalho, é o momento de cogitar da aplicação da teoria apresentada em conflitos entre entes particulares.

A partir do reconhecimento de normatividade a todos os dispositivos constitucionais, sem exceção, passou-se a indagar se os direitos fundamentais teriam alguma função a desempenhar no ramo do direito privado, ou se sua aplicabilidade se restringia a reivindicações contra o Estado.

Por conta da controvérsia que envolve a aplicabilidade dos direitos fundamentais em relação entre particulares, será procedida à defesa desta contra possíveis objeções, passando pela análise e refutação de argumentos que se voltam contra a normatividade dos princípios de modo geral, antes de se adentrar propriamente no tema da eficácia horizontal.

3.1 POSSÍVEIS CRÍTICAS

É frequentemente levantado o argumento de que há uma crise de legitimidade no judiciário para a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos do legislativo ou para a aplicação direta dos direitos fundamentais, o que se baseia na concepção de que a legitimidade numa democracia provém exclusivamente do processo eletivo.

Embora isso talvez seja compatível com um discurso metajurídico, para uma crítica das instituições vigentes em um país, não é um argumento a ser considerado como modo de sustentar a não aplicabilidade dos direitos fundamentais no contexto normativo atual da maior parte do mundo ocidental. Em especial no Brasil, cuja Carta Magna expressamente prevê poderes difusos em todo o Judiciário para a declaração de inconstitucionalidade dos mais variados atos normativos, além de possuir um dispositivo que explicitamente demanda a aplicação imediata dos

¹⁹ Cabe a ressalva de que há, obviamente, dispositivos constitucionais “não-principiológicos”, que, por estarem em uma posição hierárquica diferenciada, possuem certas peculiaridades, que não serão exploradas neste artigo

direitos fundamentais,²⁰ tal tipo de afirmação se afigura em contradição com o sistema vigente.

A Constituição é atualmente a fonte formal suprema dos poderes normativos de todos os agentes públicos – e ela concede poderes suficientes ao Judiciário para a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais. Partindo de um corte epistemológico que considera apenas questões que partem da aceitação do sistema posto e põe de lado considerações acerca da sua própria legitimidade, não há espaço para o tipo de questionamento aqui considerado.

Mesmo que fosse concedido, já em outro nível de discurso, que agentes não eleitos não devem rever atos de agentes eleitos, é de se perguntar o que poderia ser feito quando estes concedessem àqueles, irreversivelmente, os poderes para fazer justamente isso, como foi feito em 1988 no Brasil – não haveria aí uma legitimidade e democratização por derivação?

É preciso enfrentar também o argumento de que a positivação dos direitos fundamentais é responsável pela insegurança jurídica. Como visto acima²¹, a insegurança jurídica é, infelizmente, um fenômeno que não pode ser eliminado por completo. Não há espaço aqui para aprofundar os problemas decorrentes da necessidade de veiculação de normas através de sinais linguísticos, mas independentemente do que for dito sobre a insegurança jurídica, atribuí-la à normatividade dos direitos fundamentais é um equívoco que deve ser exposto.

O direito legislado sempre apresentou uma margem enorme de discricionariedade para os órgãos julgadores, e os direitos fundamentais, quando aplicados de acordo com a teoria apresentada, só têm a contribuir com uma maior vinculação na fundamentação de decisões jurisdicionais e na construção de um corpo bem formado de precedentes, o que irá aumentar, não diminuir, a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Para aqueles preocupados com a desestabilização do comércio jurídico que supostamente seria causada pelo cumprimento do dever constitucional de aplicar os direitos fundamentais para questionar a validade de negócios jurídicos, é possível também apontar o fato de que essa tese vem sendo aplicada há 54 anos no Tribunal Constitucional alemão²² e 64 anos na Suprema Corte americana²³, sem a aparição de qualquer sinal de proliferação de “anarquia jurídica” na Alemanha ou Estados Unidos.²⁴

De qualquer forma, um ato normativo, seja ele praticado por um agente estatal ou por um particular, deve estar em consonância com os direitos fundamentais. Se esse ato jurídico (*lato sensu*) causar uma restrição a um princípio em grau desproporcional à efetivação de outro princípio, ele não possuirá fundamento de validade, por estar em conflito com uma norma hierarquicamente superior, uma norma-princípio constitucional, não chegando mesmo a adquirir existência jurídica, independentemente de qualquer consideração sobre o comércio

²⁰ Constituição Federal, art. 5º, § 1º

²¹ Cf. tópico 2.3.

²² Cf. “caso Luth”. Para uma análise crítica dos fundamentos da decisão do Tribunal Constitucional nesse caso, cf. Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*, pp. 78-80.

²³ Cf. *Shelley v. Kraemer*.

²⁴ Registre-se que a segurança jurídica é um princípio constitucional implícito no ordenamento brasileiro, também merecendo séria consideração no momento de ponderação.

jurídico²⁵. Se um ato normativo de particular é, de fato, capaz de causar restrições a direitos fundamentais é uma questão autônoma que será explorada durante o desenvolvimento deste trabalho.

Além disso, pode ser apontada a objeção de que, no Brasil, a legislação de direito privado, através de cláusulas abertas, já regula suficientemente os casos que seriam de eficácia horizontal. O fato de os princípios incidirem primariamente de modo mediato na ordem jurídica brasileira não retira deles ou da teoria aqui exposta qualquer relevância. A resposta a essa crítica segue no tópico seguinte.

3.2 EFICÁCIA HORIZONTAL MEDIATA E IMEDIATA

Antes da exposição sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, é ainda necessário fazer uma breve digressão sobre uma classificação frequentemente utilizada nos trabalhos produzidos sobre o tema da eficácia horizontal: a da aplicação imediata (direta) dos direitos fundamentais em relações entre privados, que ainda é de possibilidade controversa, e da aplicação mediata, efetuada por intermediação legislativa (função interpretativa dos princípios), já de aceitação relativamente pacífica.

A classificação carece de interesse prático. Como demonstrado acima, no tópico 2.3, os signos linguísticos que veiculam normas, por conta de características inerentes à comunicação humana, inevitavelmente oferecem uma variedade de normas-candidatas a serem consideradas pelo intérprete frente a um caso concreto. Esse fenômeno ocorre de maneira ainda mais intensa na legislação de direito privado de diversos Estados modernos, como o Brasil, que consagram “cláusulas abertas”, permitindo ainda maior “liberdade” ao intérprete na aplicação de um dispositivo infraconstitucional.²⁶

Há, na maioria dos casos, uma quantidade tão grande de normas-candidatas que podem ser racionalmente extraídas da legislação de direito privado, que sua presença será de certo modo indiferente na solução de conflitos.

Afinal, a única função da legislação infraconstitucional num ordenamento com princípios positivados constitucionalmente é constringir as possibilidades de conduta a serem consideradas pelos envolvidos no conflito em relação às possibilidades de conduta que poderiam ser tomadas em conta se os princípios implicados pudessem ser aplicados diretamente. Ao passo que essa legislação oferece um grande número de normas-candidatas, possibilitando a consideração de uma gama maior de condutas, seu propósito, de certa forma, é derrotado.

Portanto, apesar de ser difícil vislumbrar a necessidade de recorrer à aplicação direta de um princípio na solução de um conflito entre particulares, pois normalmente haverá uma norma-candidata extraível da legislação que atende de modo satisfatório aos testes de proporcionalidade na solução do caso concreto,

²⁵ Sobre a diferenciação entre normas primárias, que impõem deveres, e normas secundárias, que indicam em que condições podem ser criadas outras normas válidas em relação a um sistema, cf. H. L. A. Hart, *The concept of law*. Essa distinção permite compreender melhor o que é uma violação de dever e o que é uma impossibilidade jurídica; um suposto negócio jurídico que viole direitos fundamentais se enquadra nessa segunda categoria.

²⁶ A essa “liberdade” é contraposta, obviamente, a necessidade de respeito aos princípios constitucionais implicados, que irão impor um ônus argumentativo a ser superado na escolha da norma, vinculando o intérprete.

sempre será necessário recorrer à função interpretativa dos direitos fundamentais, e esta, como explicado, pouco difere da sua função de aplicação direta, principalmente quando o dispositivo infraconstitucional aplicável ao caso contém uma cláusula aberta. De qualquer forma, quando a legislação infraconstitucional for omissa ou não apresentar normas-candidatas aplicáveis ao caso concreto por inconstitucionalidade, será caso de aplicação direta dos princípios constitucionais.

Nada do que foi exposto neste tópico está em conflito com a explicação geral sobre a função interpretativa e de aplicação direta dos direitos fundamentais do tópico 2.3; não há, portanto, nenhuma peculiaridade da legislação de direito privado que justifique um tratamento diferenciado na sua aplicação, sendo desnecessária a distinção entre “eficácia horizontal mediata e imediata”, tão frequentemente feita nos trabalhos sobre o tema dos direitos fundamentais e relações entre particulares.²⁷

Negar a aplicabilidade direta, quando cabível, dos direitos fundamentais nos conflitos entre entes privados significa negar vigência à constituição que os prevê, efetivamente invertendo a hierarquia normativa estabelecida. Mais estranho ainda é negar a sua função interpretativa, posto que nesses casos os direitos fundamentais só têm à acrescentar na construção de uma sólida fundamentação à uma decisão estatal.

3.2 POSSIBILIDADES E DESAFIOS DA EFICÁCIA HORIZONTAL

É de se indagar: é possível aplicar tudo que foi até agora dito sem modificações para a solução de conflitos em que a restrição a direitos fundamentais venha de um particular, e não do Estado? Haveria mesmo possibilidade de um particular violar direitos fundamentais, e seriam essas violações idênticas às do poder público? O que foi dito até agora neste trabalho se aplicaria em relação aos particulares?

A própria definição dada por Robert Alexy aos direitos fundamentais parece demonstrar a inadequação da aplicação de sua teoria na perspectiva de um ente não estatal: parece absurdo que alguém (que não o Estado) seja incumbido de considerar um princípio constitucional qualquer como algo a ser realizado da melhor maneira possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Isso equivaleria a dizer que, quando uma pessoa acorda, lembra que precisa efetivar o direito fundamental a saúde, e por isso decide se alimentar e ir à academia; quando ela vai ao trabalho, busca realizar, da melhor maneira possível, o princípio do desenvolvimento econômico, ou mesmo que a existência desse princípio foi a própria razão que a levou a procurar um emprego; quando joga um copo descartável numa lata de lixo, ao invés de no chão, o fez porque sopesou sua liberdade com a necessidade de preservação ambiental.

A ridicularidade dos exemplos evidencia que há algo de diferente na relação dos particulares com os direitos fundamentais, pois, enquanto a omissão de ir à academia ou ao trabalho não constituiria uma violação de direitos fundamentais, alguns dos outros exemplos já utilizados neste trabalho demonstram que sempre foi

²⁷ Trabalham com essa classificação, por exemplo, Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*; Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*; Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*; Carlos Roberto Siqueira Castro, *A constituição aberta e os direitos fundamentais*; Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos fundamentais e direito privado*.

aceita a tese de que particulares podem violar direitos fundamentais, ainda que aceita inconscientemente. Afinal, a quem pode ser atribuída a restrição do direito fundamental à saúde no caso da realização de um protesto barulhento próximo a um hospital se não aos próprios protestantes, particulares no exercício da liberdade de expressão?

É certo que o Estado, ao não cumprir seu papel de intervir na situação, criando uma legislação que proíba essa conduta e ordenando a dispersão dos protestantes, também estará violando o direito fundamental à saúde²⁸, mas sua violação advém de uma omissão que se torna inconstitucional somente a partir da ação (ou possibilidade de ação) dos particulares.

Tal ação dos particulares cria uma situação de inconstitucionalidade para que demanda intervenção estatal exatamente por ser, ela mesma uma violação de direitos fundamentais. O mesmo poderia ser dito de inúmeros outros exemplos, como o da colisão entre a liberdade de expressão e a honra (e possivelmente também a dignidade da pessoa humana) em casos de ofensas dirigidas de um ente privado a outro. Um notório caso de clara eficácia horizontal no Brasil, o do HC 82.424, em que Siegfried Ellwanger, por escrever e distribuir livros de conteúdo anti-semita, havia sido condenado à prisão com base num dispositivo de Lei que criminaliza a incitação ou indução a discriminação ou preconceito de raça ou religião, foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal com base em direitos fundamentais e sem menção expressa a vinculação dos particulares, o que demonstra a aceitação implícita da tese.²⁹

3.3 VINCULAÇÃO POSITIVA E NEGATIVA

O que foi exposto no tópico anterior evidencia que é necessário distinguir as violações de princípios por omissão das por ação. A ativa efetivação dos direitos fundamentais é função do Estado imposta constitucionalmente em considerável parte dos Estados modernos. Somente a ele é razoável atribuir tal dever, e sua atuação não se justifica se completamente desvinculada a este fim.

Ao mesmo tempo, na sua missão de efetivar direitos fundamentais o Estado precisa ser proporcional na sua atuação, a fim de não causar restrições injustificáveis a outros direitos fundamentais, o que só é permitido quando absolutamente necessário.

²⁸ Novamente ressaltando que se trata de uma violação por ser uma restrição desproporcional do princípio em relação a efetivação de outro, e não somente por ser uma restrição.

²⁹ Virgílio Afonso da Silva (*A constitucionalização do direito*, pp. 167-170) critica a discussão entre os ministros do STF pela recorrência a princípios constitucionais como forma de fundamentação porque esse seria um caso de eficácia mediata, no qual o legislador já havia previamente “feito o seu sopesamento”. Esse argumento ignora tudo quanto foi dito no tópico 3.2. É discutível se as ações de Ellwanger realmente configuram “incitação à discriminação” racial ou religiosa, ou se elas se destinavam a isso, e, mesmo se aquele dispositivo fosse inequivocamente aplicável nesse caso, é dever do Supremo Tribunal Federal controlar a constitucionalidade da legislação, o que poderia levar a uma declaração de inconstitucionalidade ou, quando menos, de nulidade sem redução de texto.

Isso permite dizer que o Estado está, ao mesmo tempo, vinculado positivamente e negativamente. Positivamente, pois sua atuação está condicionada à efetivação dos direitos fundamentais positivados, o que é capaz de tornar uma omissão sua inconstitucional; negativamente, porque ele deve cumprir sua missão de efetivação de um dado direito fundamental de modo que restrinja outros em grau mínimo, dever que, quando desrespeitado, torna uma ação sua inconstitucional.

Combinando ambos os tipos de vinculação, pode-se verdadeiramente afirmar que, para o Estado, os direitos fundamentais são mandamentos de otimização, pois o compelem a sempre atuar para efetivá-los em grau máximo (vinculação positiva), restringindo-os somente quando necessário, e sempre em grau mínimo (vinculação negativa). Resumindo, o Estado pode violar direitos fundamentais tanto por ação quanto por omissão.

O mesmo não pode ser dito dos particulares. As pessoas de direito privado, naturais ou jurídicas, não possuem uma obrigação ativa de efetivação de direitos fundamentais; eles não são entes criados com o propósito primário de servir à coletividade, ao contrário do Estado³⁰. Esse fato é o que conduz aos resultados aberrantes nas tentativas vincular positivamente entes que não possuem tal vinculação.

Por isso, procede a crítica de Virgílio Afonso da Silva a Wilson Steinmetz, em relação à afirmação deste último, sem ressalvas e maiores explicações, de que devem ser aplicadas as regras da proporcionalidade nos casos de eficácia horizontal.³¹

As regras da proporcionalidade têm aplicação tradicionalmente teorizada do ponto de vista do agente estatal, e, portanto, do ponto de vista de um agente positivamente vinculado. Normalmente, a regra da adequação é exposta como uma forma de filtrar quais as condutas possíveis para o agente estatal, porque ele só poderá escolher uma conduta qualquer no exercício das suas funções se ela for ao menos adequada à efetivação de algum princípio, já que a atuação do Estado só é válida se realizada com este propósito.

Esse não seria o caso dos agentes particulares. Eles são livres para atuarem sem ter que se preocupar se estão ou não efetivando direitos fundamentais. Portanto, tentar usar a regra da adequação como uma norma de seleção das condutas possíveis para um ente privado conduz a resultados absurdos.

Apesar da falta de vinculação positiva, é óbvio, como acima já demonstrado por alguns exemplos, que os particulares são vinculados negativamente por direitos fundamentais, pois há casos claros e incontroversos em que eles são violados a partir de ações daqueles. Há, portanto, lugar para um controle dos atos de particulares a partir de direitos fundamentais.

Em suma, para o Estado cuja constituição formal positiva direitos fundamentais, estes funcionam realmente como mandamentos de otimização, pois sua atuação é totalmente vinculada, positiva e negativamente. Para os entes de direito privado, no entanto, os direitos fundamentais vinculam somente negativamente, salvo em casos especiais que serão considerados no próximo tópico.

³⁰ Pelo menos não necessariamente, ainda que se reconheça a ocorrência desse fenômeno no caso das fundações de direito privado, que devem ser tratadas como entes particulares excepcionais para os fins da aplicação da teoria aqui apresentada.

³¹ Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, pp. 160-164.

3.4 CASOS EXCEPCIONAIS

Apesar do quanto exposto acima, há casos que desafiam a classificação proposta. Parece haver uma área de vagueza ineliminável entre vinculação positiva e negativa e em que se torna incerto se há ou não um dever a ser imposto a um ente privado.

É o que ocorre quando um tal ente se coloca em uma posição, através de uma ação (que estaria relacionada a vinculação negativa), que possivelmente torna uma omissão sua (relacionada a vinculação positiva) inconstitucional: por exemplo, alguém adquire um latifúndio (ação), e o mantém na improdutividade por vários anos (omissão).

Os exemplos desses casos excepcionais são variados, mas todos parecem seguir o modelo básico apresentado: ação, que não é por si só inconstitucional, seguida de uma omissão cuja prática só foi possível por conta da ação prévia e que pode ser considerada violadora de direitos fundamentais.

Alguns exemplos não apresentam dificuldades: se uma sociedade limitada decide firmar contrato com o poder público ela obviamente estará vinculada positivamente nos termos e limites do cumprimento do seu contrato. Um caso ligeiramente mais controverso seria o da vinculação de uma sociedade que não firmou contrato algum com o Estado, mas que disponibiliza um serviço de natureza essencial; nesse caso dificilmente alguém se insurgiria contra a afirmação de que a sua omissão na prestação de tal serviço é inconstitucional por violação de direitos fundamentais. Essa sociedade também estaria vinculada positivamente.

Mais controverso ainda seria o caso de uma sociedade que venda planos de saúde e não preveja o fornecimento de certo tipo de tratamento comum (transplante de coração, por exemplo) em qualquer dos seus planos. Essa omissão seria inconstitucional? Poderia a sociedade ser forçada a prever o tratamento em algum dos planos que oferece, ou, ainda mais drasticamente, a bancar o tratamento de emergência de algum de seus segurados, ainda que este não esteja previsto no contrato firmado?

A solução para essas questões não pode ser prevista em abstrato. A previsão constitucional da função social da empresa e da propriedade não ajuda na solução de tais casos, pois pode ser argumentado que ela é simplesmente um postulado que reafirma a vinculação negativa dos particulares, exigindo que eles não se utilizem das suas propriedades e atividades econômicas de forma anti-social, com a finalidade de prejudicar terceiros, e, com isso, nada dizendo sobre a necessidade de uma postura ativa dos particulares na efetivação dos direitos fundamentais.

Como dito, os casos apresentados são excepcionais e devem ser analisados em todas as suas peculiaridades, sempre tomando em conta os direitos fundamentais afetados, com atenção ao próprio direito fundamental à liberdade do particular cuja omissão está sendo julgada em sua possível (in)constitucionalidade.

Além disso, é importante notar que, mesmo nos casos excepcionais que envolvem flagrantes inconstitucionalidades por omissão, os particulares são vinculados positivamente de forma pontual: mesmo a empresa que presta algum serviço público em regime de concessão, não podendo se recusar a prestá-lo, pode decidir aplicar seu dinheiro como entender melhor, contanto que aquele serviço continue sendo prestado da forma ajustada contratualmente.

Por serem excepcionais, na exposição seguinte, tais casos não serão mais considerados para uma melhor fluência do texto, e, portanto, os particulares serão tidos como entes que nunca são vinculados positivamente; que fique registrada, porém, a ressalva de que essas afirmações devem ser interpretadas no contexto do que foi comentado no presente tópico.

3.5 INVESTIGAÇÃO DAS PECULIARIDADES NA EFICÁCIA HORIZONTAL

Nesse momento, será considerado como os direitos fundamentais podem ser aplicados em conflitos entre particulares. Já foi observado que a aplicação das regras da proporcionalidade na perspectiva de particulares, quando conduzida da mesma forma como é na perspectiva do Estado, conduz a resultados absurdos por conta da falta de vinculação positiva dos entes privados. Seria o caso, então, de abandonar o uso das regras da proporcionalidade em casos de eficácia horizontal?

Quando explicitado o fato de que a vinculação dos particulares se dá somente de forma negativa, os erros dos exemplos anteriores se tornam visíveis: a regra da adequação não pode ser utilizada do ponto de vista de um particular para descobrir quais as ações cuja prática ele pode cogitar; sua vontade é livre e desvinculada.

No entanto, um ato seu, normativo ou não, pode ser questionado judicialmente. Nesse caso, de maneira necessariamente parcial, a regra da adequação será utilizada pelo particular para verificar quais os princípios fundamentais que tutelam sua conduta, possibilitando que ele monte sua defesa. Ele pode também tentar demonstrar a constitucionalidade do seu ato através de uma ponderação entre os princípios fundamentais que tutelam sua conduta e aqueles outros por ela restringidos, ao invés de simplesmente apresentar ao órgão julgador quais os princípios que o favorecem.³²

Uma hipótese talvez um pouco menos provável, mais ainda concebível, é a de que um particular faça essa ponderação preventivamente (de modo necessariamente superficial) frente a uma possível restrição considerável a um direito fundamental causada por uma hipótese de ação sua, para verificar mesmo a possibilidade dessa ação ser declarada inconstitucional, evitando possíveis embaraços legais. Caso a possibilidade seja grande, ele pode optar por alguma outra medida que satisfaça igualmente seus interesses e ao mesmo tempo não restrinja de modo desproporcional os direitos fundamentais afetados, o que seria um uso adaptado da regra da exigibilidade.

Esse esboço de modelo para os usos das regras da proporcionalidade por um particular, apesar de útil para certos fins, é de todo irrelevante para a solução dos litígios envolvendo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Afinal, quando um ato for questionado judicialmente, o responsável pela decisão será o órgão julgador. A partir da perspectiva dele veremos que não há nenhuma verdadeira modificação no uso das regras da proporcionalidade para a efetivação do efeito horizontal dos direitos fundamentais.

3.6 RESTRIÇÕES A PODERES NORMATIVOS

³² Conforme já explicado exaustivamente, o uso da função interpretativa dos direitos fundamentais se dá de forma quase idêntica ao uso da função de aplicação direta, portanto tudo quanto exposto nesse parágrafo é igualmente válido caso haja algum texto legislativo aplicável ao caso.

Virgílio Afonso da Silva, após descartar a aplicabilidade da regra da proporcionalidade em conflitos entre particulares por conta das dificuldades apreendidas acima, que surgem em razão dos equívocos já identificados, propõe que, na análise da constitucionalidade de negócios jurídicos, devam ser observados dois parâmetros independentes: o grau de consciência do agente das normas individuais que estava criando, o que ele denomina como grau de falseamento da autonomia privada³³; e o grau de restrição que normas individuais criadas pelo negócio estão ocasionando a seus direitos fundamentais no caso concreto.

Dessa forma, a declaração de constitucionalidade do negócio jurídico questionado judicialmente seria devida quanto mais verdadeira fosse a autonomia exercida, e quanto menor fosse a restrição a direitos fundamentais decorrente da celebração do negócio. Se a autonomia fosse mera aparência, e houvesse uma restrição considerável a direitos fundamentais, ou se a autonomia fosse verdadeira e a restrição fosse grave, o negócio deveria ser declarado nulo. ³⁴

Os dois parâmetros devem, realmente, ser considerados quando da análise de um ato normativo privado. No entanto, não há nada que justifique o tratamento desse tipo de caso como algo excepcional. Ele se enquadra no modelo apresentado por qualquer outro caso de eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O modelo seria o seguinte: uma ação (ou possibilidade de ação) de um agente ou grupo de agentes restringe significativamente um ou mais direitos fundamentais; o Estado é, então, convocado a decidir se a restrição é inconstitucional ou não, tomando em consideração os direitos fundamentais que serão realizados e os que serão restringidos pela declaração de constitucionalidade do ato questionado, e a efetivação/restrrição diretamente inversa que ocorrerá pela declaração de inconstitucionalidade do ato, o que será aferido pelo uso das regras da proporcionalidade.

Ora, no caso de uma análise da constitucionalidade de um suposto³⁵ exercício de competência³⁶ por particular (a realização de um negócio jurídico) o juiz necessariamente deverá considerar se a autonomia privada³⁷ foi efetivamente

³³ Quanto mais livre a vontade do agente no momento de celebração do negócio, quanto menos afetada por pressões internas ou externas à relação contratual, mais real será a autonomia exercida.

³⁴ Virgílio Afonso da Silva, *A constitucionalização do direito*, pp. 158-160.

³⁵ Suposto, pois um exercício de competência inválido não é verdadeiro exercício de competência, pois algo que não é reconhecido por um ordenamento jurídico efetivamente não existe para ele, ainda que esse ato inválido e, portanto, juridicamente inexistente tenha consequências práticas e sociais consideráveis.

³⁶ Competência aqui se reporta a um conceito técnico, referente à capacidade de um agente de produzir efeitos jurídicos, alterando posições normativas através da criação de normas (no caso de negócios jurídicos, normas individuais); no direito privado normalmente é dito que um agente competente para certo ato jurídico (*lato sensu*) possui um “direito potestativo”. A nota de rodapé 26 se refere indiretamente a esse fenômeno. Sobre o tema, cf. Alf Ross, *Directives and norms*.

³⁷ Virgílio Afonso da Silva (*A constitucionalização do direito*, pp. 148-153) não admite a possibilidade de uso da autonomia privada num sopesamento. No entanto, o conceito de autonomia se refere ao livre exercício de competência por

exercida, pois o grau em que tenha sido verdadeiramente exercida será correspondente ao grau de restrição que o princípio da autonomia sofrerá caso se decida pela declaração de nulidade do ato normativo por inconstitucionalidade; ao passo que o nível de restrição que um princípio (ou mais) sofre com ato questionado corresponderá ao grau de efetivação deste princípio que a declaração de nulidade trará.

Proceder às verificações que Virgílio Afonso da Silva aponta não é nada mais do que aplicar a regra da adequação. Isso deve ser levado em conta no momento do sopesamento, pois o exame da adequação é uma fase inerente a esse processo. Após essa etapa, o juiz deve proceder à cogitação da exigibilidade das condutas que poderá tomar frente ao caso concreto: revisão contratual ou pura declaração de nulidade, por exemplo. Finalmente, após descobrir a medida exigível, ele deverá fazer uso da proporcionalidade em sentido estrito para verificar se mesmo a medida mais exigível é verdadeiramente proporcional. É forçoso, portanto, concluir que haverá uma aplicação judicial pura das três regras da proporcionalidade, como em qualquer outro caso de eficácia horizontal ou vertical.³⁸

4. CONCLUSÃO

Exposta a teoria dos direitos fundamentais adotada e superados os argumentos contra a sua aplicabilidade de modo geral e especificamente em litígios entre particulares, verifica-se que a principal diferença da eficácia horizontal é a de que ela vincula somente de modo negativo, ressalvados os inevitáveis casos excepcionais que desafiam a classificação proposta.

Em todos os outros aspectos, a solução de litígios com incidência de direitos fundamentais entre particulares se apresenta idêntica à de casos de eficácia vertical. Isso ocorre porque, mesmo quando a violação a um direito fundamental parte de um ente privado, no momento de julgamento dessa ação violadora já se está reivindicando algo do Estado: a neutralização da situação de inconstitucionalidade.

É possível afirmar, portanto, que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais necessariamente faz incidir também a eficácia vertical, pois torna necessária a intervenção do Estado, por causa da sua vinculação positiva.

5. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

particulares, e é inegável que esta é uma parcela importante da fruição da liberdade no Estado moderno, devendo, portanto, ser tratada como um valor positivado e ponderável do ordenamento jurídico.

³⁸ Note-se que aqui não entram em consideração características das partes, como posição financeira, ou grau de instrução, ou a assimetria entre elas, apesar de poderem constituir indícios de falseamento da autonomia privada. Além disso, é necessário considerar que a segurança jurídica provavelmente também estará sendo afetada nesse tipo de caso, em proporção direta à duração do negócio até o momento de sua impugnação.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1989.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

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

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. 2º ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

LAKOFF, George. *Women, fire and dangerous Things: what categories reveal about the mind*. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.

ROSS, Alf. *Directives and norms*. New York: Humanities Press, 1968.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n.1, pp. 607-630, 2003.

_____, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, n. 798, pp. 23-50, 2002.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.