

O DEVER DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PRIVADO: ANÁLISE CONCRETA

THE DUTY OF PROTECTION TO THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE LAW: CONCRETE ANALYSIS

*Iuri Bolesina**

*Tamiris Alessandra Gervasoni***

RESUMO

Na lógica da constitucionalização do direito privado, dos aportes da fenomenologia hermenêutica, analisando-se um caso, na qual uma escola de ensino médio negava-se a efetuar a matrícula de aluno com deficiência em turma regular diante de condenação judicial que a obrigava a fazê-lo. Realizou-se o estudo teórico sobre a constitucionalização do direito privado no Brasil, abordando-se a teoria dos deveres de proteção aos direitos fundamentais e o seu desenvolvimento pela jurisprudência. Ao final, analisou-se o caso, no qual a escola foi condenada a realizar a matrícula do aluno com base nos direitos fundamentais da igualdade e da educação, demonstrando-se que a leitura do direito privado à luz da legalidade constitucional, valendo-se de teorias, como o dever de proteção nas relações entre privadas foi determinante para a solução do caso, ao possibilitar a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais em prol do respeito, da proteção e da promoção da dignidade humana.

Palavras-chave: Direito privado constitucionalizado; Dever de proteção; Direitos fundamentais; Estudo de caso.

* Doutorando e mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional – Imed. Integrante do Grupo de Pesquisa “Intersecções jurídicas entre o público e o privado”, coordenado pelo pós-doutor Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. Professor da faculdade de direito da Faculdade Meridional – Imed. iuribolesina@gmail.com.

** Mestranda com Bolsa Capes Prosup em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Graduada pela mesma instituição. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela Professora pós-doutora em Direito Marli Marlene Moraes da Costa. tamirisgervasoni@gmail.com.

ABSTRACT

In the logic of constitutionalization of private law, of the hermeneutic phenomenology contributions by analyzing a case in which a high school refused to effect the registration of disabled students in regular class before judicial condemnation that forced her to do it. There was a theoretical study on the constitutionalization of private law in Brazil, addressing the theory of protective duties to fundamental rights and its development in the case law. At the end, it analyzed the case, in which the school was ordered to carry out the registration of the student based on the fundamental rights of equality and education, demonstrating that the reading of private law in the light of constitutional legality, taking advantage theories of the duty of protection in relations between private was crucial to the case of the solution enabling direct and immediate implementation of fundamental rights for the respect, protection and promotion of human dignity.

Keywords: Private law constitutionalized; Duty of protection; Fundamental rights; Case study.

INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito representou uma verdadeira transformação direta em todas as áreas jurídicas, bem como indireta em outros espaços sociais, não sendo diferente no que diz respeito ao direito e aos interesses privados. Com o fenômeno denominado constitucionalização do direito privado, as matérias que classicamente diziam respeito a tal âmbito foram repersonalizadas, colocando-se a dignidade da pessoa humana como início e fim. A partir disso, inúmeras inovações apresentaram-se, dentre as quais das teorias conectadas aos direitos fundamentais, como a teoria dos deveres de proteção, a qual determina ser obrigação de todos, mas principalmente do Estado, a tutela dos direitos fundamentais, objetivando seu respeito, proteção e promoção.

Neste cenário, o presente estudo pretende uma análise da aplicação da teoria do dever de proteção, em um contexto de direito privado na legalidade constitucional, a partir de um estudo de caso. Para tanto, o trabalho divide-se em três eixos, sendo que o primeiro intenta elaborar algumas notas sobre a constitucionalização do direito privado, mais pertinentes para o estudo de caso proposto. Destacar-se-á, assim, especialmente, os efeitos trazidos por tal fenômeno no que toca à repersonalização do direito.

Na sequência, mirar-se-á a reconstrução histórico-teórica da teoria do dever de proteção, destacando suas origens jurisprudenciais germânicas e algumas doutrinas que trataram do tema. Neste íterim, também demonstrar-se-á a recepção desta teoria pela Constituição brasileira e sua forma de vinculação aos direitos fundamentais.

Por fim, realizar-se-á um estudo de caso, acerca de um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual apreciou uma apelação civil de uma escola privada que se negava (sob o argumento de não ser obrigada por ser instituição privada) a efetuar a matrícula do aluno com deficiência em turma regular e apelava de ter sido condenada a fazê-lo. O acórdão decidiu o caso com base na teoria dos deveres de proteção aos direitos fundamentais, demonstrando, em concreto, um dos efeitos da constitucionalização do direito privado.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O direito privado é historicamente considerado como um ramo do direito no qual a vontade e os interesses individuais possuíam tratamento privilegiado, inclusive sobre as ideias de interesse público e estatal. Essa noção aparece e se solidifica especialmente a partir do surgimento do Estado Moderno de cariz liberal, no qual é notável a distinção realizada entre interesses particulares e interesses coletivos. Neste contexto, aliás, as percepções alimentadas pelo positivismo jurídico irão impregnar-se no imaginário social e alocar-se na dogmática jurídica.

Sob um viés cronológico e situando o local na fala na França (pelo seu valor histórico aos sistemas jurídicos de tradição romano-germânicos), é possível sustentar que um dos efeitos da Revolução Francesa foi a criação da dicotomia público-privado.¹ Tal distinção teve uma perspectiva social, na qual os interesses e a vida privada não diziam respeito ao Estado (e, em alguma medida, o inverso também era verdade), e uma perspectiva jurídica, que consagrou que os direitos e deveres do indivíduo apareceriam no Código Civil e os direitos e deveres do Estado estariam anotados na Constituição.²

A dimensão social, embebida pela dimensão jurídica, criou um imaginário de que os interesses e ações privadas ou particulares (nelas inseridas não apenas os atos individuais, mas também aqueles que dissessem respeito à família e aos clubes privados, por exemplo) não interessassem ao Estado ou ao público, sendo que somente eventualidades contrárias à ordem jurídica, como ilegalidades civis ou penais, ingressariam na esfera do público. Isso perpetuou, como bem se sabe, comportamentos contemporâneos nos âmbitos da família, do trabalho e dos contratos em geral.

Por sua vez, a dimensão jurídica – também afetada pela dimensão social – fazia o Código Civil daquela época se equivaler à Constituição deste período.

¹ Fazia-se uma evidente confusão entre o conteúdo do “público” e do “estatal”, tratando-os como sinônimos. Não se reconhecia a figura do público não estatal, tampouco a distinção entre interesse público e interesse estatal.

² TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Seria o Código Civil a “Constituição dos particulares”.³ Isso porque, primeiro, a ideia de uma dicotomia jurídica entre o público e o privado demarcava duas esferas condicionantes e limitadoras reciprocamente, pois seria público o que não fosse privado e vice-versa, ao mesmo tempo que o alargamento de uma acaba na diminuição da outra.⁴ Logo, o que era do indivíduo jamais seria do Estado ou do público. Segundo, a própria teoria jurídica reinante naquele espaço e tempo (positivismo exegético) demarcava como “correto” que a Constituição anotasse deveres negativos/abstenções ao Estado (ou seja, em via oposita, direitos de defesa para o cidadão) e o Código Civil prevê-se direitos de liberdade aos cidadãos (implicando em deveres de tolerância para o Estado).⁵ No mesmo sentido, no que trata do cidadão individualizado, a Constituição prestava-se às relações lidas como “verticais”, ou seja, entre o Estado e o indivíduo, ao tempo que o Código Civil regulava a totalidade das relações “horizontais” entre as partes privadas, portanto.

No século XX, especialmente com o surgimento de legislações esparsas (microsistemas, estatutos etc.), a centralidade que pretendia o Código Civil visava regular questões de ordem concomitantemente pública e privada, começando a ruir a visão dicotômica e, com ela, toda a teoria que a sustentava. O surgimento destas legislações, por seu turno, escancara duas situações: a primeira delas representada na falta de mobilidade que a legislação possuía diante do dinamismo das relações sociais; e a segunda vista com a impossibilidade de se deixar as relações interprivadas sem, ao menos, alguma influência e regulamentação a partir dos interesses públicos, por questões de justiça social e distributiva.⁶ Como resultado, o positivismo exegético é sucedido pelo positivismo normativista e o Estado começa a legislar sobre algumas relações de cunho histórico eminentemente privado/individual.

No mesmo século, os atos de lesa humanidade vivenciados no interstício da Segunda Guerra Mundial e, posteriormente, o resultado do Julgamento de Nuremberg, evidenciaram a carência das teorias jurídicas e a necessidade de novos modelos jurídicos que tutelassem a dignidade humana em todos os âmbitos. Essa percepção dá forças ao constitucionalismo enquanto forma de se respeitar, proteger e promover os direitos humanos e fundamentais. A partir disso, espalha-se

³ LÓBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010, p. 13-15.

⁵ LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010, p. 59-61.

⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Tradução de de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 598-626.

pelo mundo, com maior ou menor intensidade, de uma ou de outra forma, a ideia de um constitucionalismo democrático e normogênico em forma, mas principalmente em substância (pois a criação e o conteúdo da criação deveriam deferência à Constituição).⁷

Da Alemanha sobrevivem inúmeras teorias que orbitam os direitos fundamentais e a sua forma de tutela. Dentre as mais relevantes para o direito privado (brasileiro) estão a força normativa da Constituição;⁸ a eficácia irradiante da Constituição e o dever de proteção aos direitos fundamentais;⁹ a aplicação direta (e imediata) dos direitos fundamentais; a tessitura sempre aberta e receptiva da ordem constitucional aos direitos humanos; a oxigenação principiológica dos regramentos privados com base em “regras de conteúdo aberto”.¹⁰ Ao lado dessas destaca-se igualmente uma nova hermenêutica e a transformação dos poderes/deveres da jurisdição constitucional.

No Brasil, a Constitucionalização do Direito se dá, efetivamente, com a Constituição de 1988, que bebe de fontes plurais, cidadãs, democráticas e advindas e em prol da dignidade humana. As alterações de cunho constitucional impõe, também, uma ampla revisão do direito privado brasileiro, tanto no que diz respeito à constitucionalidade das leis já existentes, quanto no que tange à interpretação destas legislações e, igualmente, no que trata da criação de novas previsões normativas. Tem-se o que se convencionou denominar como “repersonalização do direito privado”.¹¹ Em termos diretos, o direito privado na legalidade constitucional¹² equivale:

- (1) na aplicação direta e constante da Constituição nas relações privadas,
- (2) na interpretação e (re)leitura dos regramentos de direito civil a partir (e ao concluir) e de acordo com a Constituição, (3) na criação da

⁷ GERVASONI, Tamiris Alessandra; BOLESINA, Iuri. *O dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional de políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014, p. 14.

⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. XV-XX-XIII, 2007, p. XIX.

¹¹ FACHIN, Luis Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 11.

¹² PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-3.

legislação civil coadunada com a Constituição e, por fim, (4) na inserção de conteúdos outrora infraconstitucionais e da experiência jurisprudencial consolidada no texto constitucional.¹³

Entende-se, desde então, que a Constituição é o ponto de maior relevância formal e substancial da ordem jurídica brasileira e que as legislações infraconstitucionais estão a ela subordinadas, mas não em um sentido negativo apenas, pois também realizam a função de amadurecimento e complementariedade. Impõe-se uma circularidade sinérgica: os conteúdos porosos dos princípios constitucionais e direitos fundamentais criam e dão diretrizes de interpretação às legislações infraconstitucionais, ao mesmo tempo que estas legislações conferem concretude específica aos conteúdos porosos dos princípios e direitos fundamentais.¹⁴

A despeito da análise de alterações concretas específicas também, tem-se que, até a constitucionalização do direito privado, há vigência das dicotomias público privado/constituição-código civil. Com o fenômeno da Constitucionalização do direito (e, portanto, também do direito privado), essa visão dicotômica desaparece (não havendo falar em intersecções jurídicas entre o público e privado, pois a ideia de intersecção pressupõe a dicotomia).¹⁵ Público e privado são dimensões de cada norma jurídica,¹⁶ de modo que a dimensão privada importa a dimensão pública e vice-versa. Um contrato de compra e venda entre particulares diz respeito às partes privadas contratantes, mas também ao interesse público e estatal, já que determinadas questões (como o objeto do contrato, eventuais cláusulas abusivas, as partes contratantes etc.) dialogam, concomitantemente, com os interesses públicos e privados.

Os direitos fundamentais constitucionalmente previstos (ou seja, em um documento tido como público) passam a reger o Código Civil e as relações entre partes privadas (historicamente noções de cunho privado), criando dinâmicas

¹³ REIS, Jorge Renato dos; BOLESINA, Iuri. O mínimo existencial nas relações privadas e a sua concretização pelo Poder Judiciário: considerações em paralelo à análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul – TJRS. *Revista da Ajuris*, v. 41, 2014, p. 372.

¹⁴ ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica. Os contornos metodológicos do direito civil constitucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, 2013, p. 104.

¹⁵ LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 12.

¹⁶ Entende-se norma jurídica como o produto da interpretação de uma regra, direito fundamental ou princípio e não o oposto, como se fosse gênero das espécies regras e princípios. Logo, diferente do que assevera Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51-85), opta-se pela lógica de que texto é norma são elementos distintos, mas conectados. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 336.

de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (não necessariamente horizontais),¹⁷ de modo direto e imediato.¹⁸ Instaure-se um diálogo constante e, assim, público e privado, na ordem jurídica, rendendo-se a unicidade, a coerência e a integridade do sistema.¹⁹ Não bastasse isso, passam a aparecer conteúdos e legislações de interesse coletivo e/ou difuso de interesse público e privado ao mesmo tempo. Passa também a ser impossível dividir a ordem jurídica em pública e privada, uma vez que é igualmente inviável apontar momentos exatos de acontecimentos ora apenas públicos, ora apenas privados.

Neste quadro, vale consignar, por fim, em seguimento às linhas dos desafios apontados por Fachin,²⁰ que a constitucionalização do direito privado impõe uma revisão de comportamentos privados e públicos (além da revisão das teorias), os quais se iniciam na vida em sociedade, perpassam o ensino jurídico e desaguam na prática jurídica.

O DEVER (CONSTITUCIONAL) DE PROTEÇÃO

O dever de proteção aos direitos fundamentais (*Schutzpflicht*) é inicialmente desenvolvido pela jurisprudência alemã, sendo sua origem observada, de forma mais emblemática no caso Lüth,²¹ o qual é considerado um marco essencial

¹⁷ “(...) a expressão ‘eficácia horizontal’ têm sido rejeitada, principalmente em face da circunstância de que expressiva parcela da doutrina acabou aderindo à concepção segundo a qual, em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor do poder social, isto é, uma relação caracterizada pela desigualdade, estar-se-ia diante de uma configuração similar que se estabelece entre os particulares e o Estado e, portanto, de natureza vertical, já que a existência de uma relação horizontal pressupõe tendencial igualdade. (...) optamos por abandonar as expressões ainda habituais, filiando-nos aos que preferem tratar o tema sob o título de ‘eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares’ ou mesmo ‘vinculação dos particulares – ou entidades privadas - aos direitos fundamentais’, por traduzir de forma mais precisa e fidedigna, a dimensão específica do problema, já destacada.” SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e o direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 114.

¹⁸ Não obstante a existência de um conjunto de teorias que tratem da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficácia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 219-237.), o Brasil, a partir do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Especial 201.819/RJ, no ano de 2005, pacificou o entendimento (institucional) de que a teoria aceita é a da eficácia imediata. Não bastasse, note-se a previsão do art. 5º, § 1º, da Constituição.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, p. 343-367, 2013.

²⁰ FACHIN, Luis Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12-13.

²¹ “Sem embargo, a consagração explícita da dimensão objetiva dos direitos fundamentais só ocorrerá sob a égide da Lei Fundamental de Bonn. O marco essencial é sem dúvida o julgamen-

no estudo e na compreensão dos direitos fundamentais visto que “nenhuma decisão ampliou tão eficazmente a proteção dos direitos fundamentais quanto a sentença do caso Lüth, em 1958”.²²

Neste caso, consolidou-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, a partir de um dos seus desdobramentos decorre o dever de proteção, reconhecendo-se que os direitos fundamentais não se restringem à esfera do direito público, mas irradiam-se para todos os âmbitos jurídicos. Assim, atribuiu-se aos direitos fundamentais “o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflicht*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais”.²³

Atribuiu-se, assim, aos direitos fundamentais, a partir da perspectiva objetiva, “o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflicht*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais”,²⁴ sendo que “a proteção dos direitos fundamentais foi impulsionada para o nível de aplicação do direito”.²⁵ Dessa forma, se os direitos fundamentais, diante da sentença proferida no caso Lüth, não se delimitam mais apenas no seu aspecto subjetivo, “sendo também princípios objetivos (...) eles produzem para o Estado não só efeito limitador, mas também efeito intimativo”.²⁶

Mais adiante, ainda na Corte Constitucional alemã, ao tratar sobre a descriminalização do aborto, em 1975, diante de uma proposta legislativa com tal objetivo, é ponderado a admissão da interrupção ou não da gestação, pairando o questionamento de reproduzir, ou não, a situação norte-americana (nos Estados Unidos o aborto é legal em todos os estados desde 1973, a partir da decisão da Suprema Corte no caso *Roe versus Wade*²⁷), país que não apenas descrimina-

to do caso de Lüth, pela Corte Constitucional germânica no ano de 1958”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 122.

²² GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 176.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 148.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 148.

²⁵ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*, p. 276.

²⁶ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*, p. 277.

²⁷ “The Casey decision was based on an opinion signed by only three justices – O’Connot, Kennedy, and David Souter – but that opinion stands as an authoritative statement of what the case decided. It laid down three principles: that government has a legitimate interest in fetal life and in the health of a pregnant woman from the inception of pregnancy; that women have a right to abortion until a fetus becomes viable (which in contemporary medicine means roughly the end of second trimester); and that government may not place an ‘undue burden’ on that right even in furtherance of those legitimate interests”. DWORKIN, Ronald. *The supreme*

lizou o aborto como criou o direito de abortar (certamente com restrições, como só podendo ser realizado nas primeiras semanas de gestação), garantido tal direito sob o argumento de que a mulher deve dirigir e organizar sua vida privada como melhor lhe convier.

No entanto, o Tribunal Constitucional alemão optou por uma direção distinta. Reconheceu que a mulher possuía autonomia e domínio sobre sua vida privada e sua esfera íntima, não podendo tais circunstâncias ser desconsideradas, todavia advogou que a vida humana não é propriedade de ninguém, que o fato de a vida ser gerada no útero da mulher não lhe confere domínio sobre o feto e, assim, a vida intrauterina também é merecedora de tutela do Estado. Tal proteção não se referia somente a atos que poderiam ser praticados pela mulher com a intenção de promover um aborto, indo mais adiante, alcançando também possíveis estímulos efetuados com esta finalidade realizados por terceiros que convivessem com a gestante.²⁸

Dessa forma, a defesa da vida delinea-se em uma ampla obrigação²⁹ ao Estado no sentido de evitar também possíveis condutas privadas com a pretensão de efetivar e/ou estimular a prática do aborto, assim, percebe-se, pela menção aos estímulos referidos, que tal dever de proteção foi compreendido pelo tribunal também num viés preventivo, pois, “quando do cumprimento do dever de tutela por parte do Estado, a lesão ainda não ocorreu, o que denota o seu caráter geral preventivo”.³⁰

Reconheceu-se, portanto, expressamente o dever de proteção (*Schutzpflicht*) do Estado perante os direitos fundamentais, estabelece-se a necessária proteção independentemente daquele que esteja interferindo em seu pleno exercício ou proteção, ou seja, ainda que tal violação ao direito fundamental tenha origem em ato realizado pelo próprio Estado ou por atores particulares, pois, em face da amplitude do dever de proteção, “ele não só proíbe – evidentemente – intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora (...) dos direitos fundamentais”.³¹

court phalanx: the court's new right-wing bloc. New York: New York Review Books, 2008.

²⁸ “O TCF introduziu a dogmática com a necessidade de se defender a vida nascitura contra ameaças a este bem jurídico representadas por um aborto, o qual poderia ser feito ou estimulado por particulares, como a própria gestante, ou pela via do meio social imediatamente próximo (família, médicos, amigos etc.)”. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*. Traduzido por Beatriz Hennig et al. Montevidéu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005, p. 54.

²⁹ “A defesa da vida, nesse contexto, corresponde ao dever mais amplo do Estado de proibir certa conduta privada, qual seja: a realização da interrupção do processo gestativo pelo aborto”. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, p. 84.

³⁰ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, p. 84.

³¹ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, p. 266-267.

Nesse sentido, para o cumprimento e/ou observação do dever de proteção pelo Estado, não é necessário que contra este haja uma pretensão direcionada, nem que este figure em qualquer aspecto na situação fática posta, é preciso apenas que se encontre o direito fundamental sob uma ameaça, violação ou simplesmente que este esteja desprotegido, pois mesmo que nem sempre reconhecida “(...) uma pretensão subjetiva contra o Estado (...) tem-se a identificação de um dever deste tomar as providências (...) para a realização ou concretização dos direitos fundamentais”.³² Desta forma, o dever de proteção deve ser observado em uma perspectiva de prevenção, e não apenas de caráter corretivo, ou seja, após a violação ao direito fundamental ter se configurado.

(...) é curioso comprovar que circunscrevemos direitos humanos a uma simples reivindicação ou demanda judicial, interposta ante os tribunais uma vez que os mesmos tenham sido violados. Logo, costumamos defender uma concepção pós-violatória dos direitos humanos, ignorando ou fazendo pouco caso da dimensão pré-violatória. Os direitos humanos parecem que somente existem uma vez violados, não importando aquela dimensão de sua realidade que se constrói e se destrói antes de acudirse ao Estado.³³

Uma atuação preventiva certamente demandaria um desempenho diferenciado ao Estado, implicando custos, possibilidades de ação, informações sólidas, bem como o movimento de todo um aparato público; ocorre que “a prevenção tende a detectar perigos ainda na fonte e, na medida do possível, antecipar-se a seu surgimento”,³⁴ dessa forma não se permitiria a ocorrência do dano, o que, em geral, acarreta em um menor grau de atuação e em maiores custos para os entes públicos.³⁵

Já na segunda decisão proferida sobre o aborto em 1993 (*BverfGE* 88, 203), também pelo Tribunal Constitucional alemão, determinou-se que seria imprescindível que em tal atuação fossem observados parâmetros extremos de excesso (*Übermassverbot*) e insuficiência (*Untermassverbot*), sendo que a Constituição apenas determinaria a proteção como uma meta a ser alcançada, mas não o caminho a ser trilhado para se chegar nela.³⁶ O *Bundesverfassungsgericht* pronunciou-se,

³² MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 689.

³³ RUBIO, David Sánchez. *Fazendo e desfazendo direitos humanos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010, p. 16.

³⁴ GRIMM, Dieter. *Constituição e política*, p. 280.

³⁵ Para ilustrar, imagine-se que determinada mulher, no Brasil, resolva realizar um aborto e o faz de modo ilícito diante das previsões do atual Código Penal 103. Além dos gastos com a possível investigação policial, acusação ministerial e processamento judicial, é igualmente possível que esta mulher tenha problemas de saúde física na realização do aborto, visto que, ocorrendo de forma ilegal, não há garantia alguma de qualidade no procedimento, bem como problemas psicológicos, por algum dos variados motivos que a mente humana pode engendrar.

³⁶ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, p. 280.

portanto, lecionando que “as medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis”.³⁷ De tal forma, na busca de uma proteção suficiente, inicialmente, poderia se analisar a proporcionalidade no que concerne à sua dupla face, considerando-se a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

A primeira exerceria a função de parâmetro de avaliação da constitucionalidade das intervenções praticadas nos direitos fundamentais, não podendo tais ocorrer de modo excessivo, havendo, de certa forma, proibição de intervenção. Já quanto à outra face, a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), pode ser compreendida como imperativo de tutela, cujo deve assegurar um “mínimo” de proteção que esteja apto a garantir um padrão constitucionalmente estabelecido.

Neste sentido, compreende-se que a obrigação de prestar um dever de proteção (*Schutzpflicht*) suficiente aos direitos fundamentais refere-se a um dever que deve ser respeitado e promovido pelo Estado; portanto, por todos os seus poderes formadores, ou seja, pelo Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Em outras palavras, “este dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana”.³⁸

É responsabilidade dos três poderes atuar sinergicamente na sua defesa e promoção, não se olvidando o princípio da separação dos poderes, mas, ao contrário, lembrando que cada um deve permear sua atuação pelo dever de proteção nas atividades e funções que lhe competem, assim o legislador deve editar normas que visem à proteção dos direitos fundamentais; o administrador, agir materialmente na prevenção e reparação referentes aos danos e ameaças aos direitos fundamentais; e o Judiciário na prestação jurisdicional direcionar-se à defesa e promoção dos direitos fundamentais.³⁹

Assim, diante da perspectiva da atuação judicial na promoção, proteção e respeito do dever de proteção aos direitos fundamentais, a partir da dupla face da proporcionalidade como possível caminho a ser trilhado em busca de uma proteção suficiente aos direitos fundamentais (com destaque à proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)) observar-se-á adiante um caso concreto que aborda tais preceitos, ponderando-se a possibilidade destas premissas

³⁷ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, p. 280.

³⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 129.

³⁹ MARMELSTEIN, George. *Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. 2007. 149 f. Monografia (Curso de Especialização em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Fortaleza, 2007, p. 44.

constituírem argumentos centrais em uma decisão judicial com o objetivo de proteger os direitos fundamentais.

ANÁLISE DE CASO CONCRETO: A APELAÇÃO CÍVEL N. 70.020.833.109, DO TJ-RS

A ora analisada trata-se de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresentada no acórdão da Apelação Cível n. 70.020.833.109, em ação cominatória, proposta em 07/03/2006 e julgada em 17/09/2008. A análise proposta se dá com o auxílio dos dados da sentença de primeiro grau,⁴⁰ em razão de alguns dados não mencionados no acórdão e tão somente na sentença. O acórdão foi encontrado a partir a palavra-chave *untermassverbot*, no site do respectivo tribunal, que se refere à proibição de proteção insuficiente no caso do dever de proteção aos direitos fundamentais (*Schutzpflicht*). Com a utilização de tal termo, quatro decisões foram encontradas no site, porém, destas apenas relacionava-se com a temática da constitucionalização do direito privado, as outras demais referiam-se a matérias de direito penal.

O caso em concreto, em resumo, trata da apelação civil de uma escola privada que se negava (sob o argumento de não ser obrigada por ser instituição privada) a efetuar a matrícula do aluno com deficiência em turma regular e apelava de ter sido condenada a fazê-lo.

A sentença de primeiro grau esclarece que o aluno em questão logo após seu nascimento sofrera hemorragia cerebral, ocasionando-lhe uma redução cognitiva. Não obstante, teve êxito em concluir o ensino fundamental. O ano subsequente, ao tentar realizar sua matrícula no ensino médio, teve sua solicitação negada pela escola, sob o argumento de que não seria possível o seu prosseguimento na instituição de ensino em razão da sua deficiência. Ainda, aclara que a defesa de primeiro grau da escola foi no sentido de que, depois de realizado estudo específico por equipe técnica da escola, entendeu-se que as necessidades especiais do aluno não poderiam ser atendidas pela escola, de forma que ele deveria ser encaminhado – munido do parecer de terminalidade – para uma escola devidamente equipada para atender o jovem.

O acórdão, por seu turno, narra que a instituição privada de ensino, advogou que a Constituição Federal não determina que o atendimento educacional especializado aos alunos com deficiência(s) seja realizado em escola regular, mas que isto é apenas uma preferência. Tal preferência, aliás, vem expressa na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). Sustentou-se, igualmente, na autonomia pedagógica assegurada pela Constituição que autoriza as instituições privadas a optar pela inclusão ou não (total ou parcial) de atendimento especializado.

⁴⁰ Processo n. 001/1.06.0051615-0, da Comarca de Porto Alegre.

Ainda, destaca que a inclusão do aluno nas turmas comuns não seria possível diante das suas necessidades que careceriam de esforço técnico, o qual não é obrigatório de previsão no projeto pedagógico das escolas, por opção ou impossibilidade; ademais, seria faculdade da própria instituição de ensino a “adoção de procedimentos de avaliação e encaminhamento para alternativas educacionais que concorram para a ampliar as possibilidades de inclusão social do aluno”.⁴¹ Por fim, advoga que a instituição nunca agiu de forma discriminatória, mas que não tinha condições de implementar todo o atendimento técnico e especializado que tal aluno carecia.⁴²

O acórdão foca-se em argumentos de índole constitucional, em especial no que dispõe o artigo 206, que prevê que a educação deve ser prestada com igualdade de condições para acesso e permanência na escola, ressaltando o artigo 209 ao preceituar que o ensino é livre à iniciativa privada, o qual, porém, deve observar a LDB, haja vista que tal lei aplica-se em instituições de ensino públicas e privadas.⁴³ Neste sentido, menciona-se o artigo 58 da LDB, definindo que a educação especial deve ser oferecida preferencialmente na rede regular de ensino. Ainda, enfatizou que a legislação aplicável conduz a interpretação constitucional de que, preferencialmente, alunos com necessidades especiais deverão ser integrados no ensino regular, seja público ou privado, salvo em caso de demonstrada falta de condições pessoais para tanto, hipótese na qual será indicado o ensino especializado.

Neste mesmo sentido, o acórdão evidencia que o aluno cursou todo o ensino fundamental em escola regular e que a negativa apresentada para obstar sua matrícula no ensino médio se deu sem elementos concretos. Isso porque desprovido de avaliação ou indicação de fatos que demonstrem a inaptidão do autor e a necessidade de ensino especializado, bem como em razão do parecer de terminalidade ter sido emitido somente após a citação judicial. Destaca-se que o acórdão sinaliza que o parecer de terminalidade apenas indica a exigência de acompanhamento especializado para o aluno.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 4.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 2-3.

⁴³ “Essa norma contém princípios e regras gerais sobre educação, que devem ser aplicadas tanto às instituições públicas quanto às privadas, não havendo qualquer ressalva quanto à sua aplicação.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 6.

A partir destas premissas, salienta a decisão que “os serviços de educação, quando prestados por particulares por meio de delegação, sujeitam-se ao regime jurídico-administrativo das entidades políticas por ele responsáveis, incluindo suas prerrogativas e obrigações”,⁴⁴ assim, reconhece-se que também as entidades particulares de ensino devem observar o dever (constitucional) de proteção suficiente (*Untermassverbot*) aos direitos fundamentais.⁴⁵

Considera-se, ainda, a proibição de proteção insuficiente na “existência de uma violação do dever de proteção quando as entidades sobre quem esse recai não adotam nenhuma medida concreta ou adotam medidas inteiramente insuficientes ou ineficazes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais”.⁴⁶ Assim, a proibição de proteção insuficiente é verificada no caso concreto a partir da aplicação da (dupla face da) proporcionalidade, vislumbrada no acórdão a partir de “seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” – que na verdade são subprincípios da regra de ponderação alexyana (seria mais correto afirmar que a proporcionalidade pode ser encontrada a partir da métrica da ponderação – ainda que hermenêuticamente estes autores discordem disso –).⁴⁷ Adiante, o acórdão sustentou:

no caso concreto, verifica-se que a conduta da demandada, que impediu a matrícula do autor no ensino médio, é inadequada para garantir o exercício de seu direito fundamental à educação (artigo 6º, *caput*, CF). Ao afirmar que não dispõe da estrutura adequada para oferecer a educação de que necessita o autor e apresentar parecer de terminalidade

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 7.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 7.

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 7-8.

⁴⁷ “O preceito da proibição da insuficiência pode ser dividida em três preceitos parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida estatal é adequada no sentido da proibição de insuficiência caso ela seja apta a alcançar ou promover o objetivo exigido pela norma que obriga o Estado a agir. Por outro lado, uma medida não é necessária se, por outro meio, é alcançado em igual ou maior medida, a realização do objetivo exigido pela norma que obriga o Estado a agir. Por último, o preceito da proporcionalidade em sentido estrito na perspectiva da proibição de insuficiência corresponde à lei da ponderação entre os princípios colidentes, considerando os graus de satisfação ou não satisfação alcançados em igual, ou maior medida, a realização do objetivo exigido pela norma, que obriga o Estado a agir.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 8.

específica, a instituição de ensino, ora demandada, embora compreendida que está adotando medidas protetivas ao portador de necessidades especiais, em realidade, o exclui da rede de ensino, obstaculizando o seu desenvolvimento intelectual.⁴⁸

Desta forma, entendeu o acórdão que a medida tomada pela escola é desproporcional, especialmente ao ser enquadrada em conduta inadequada ao dever de proteção suficiente. Assim sendo, não necessitou seguir na análise dos demais subprincípios, pois a relação entre estes é subsidiária.⁴⁹ Compreende-se dos argumentos explanados na sentença que a instituição de ensino privada é também vinculada ao dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais, devendo observar a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e, portanto, como as medidas (não) adotadas por esta foram demonstradas como insuficientes na proteção ao direito fundamental à educação do autor, a sentença de primeiro grau foi mantida, condenando-se a ré à obrigação de matricular o aluno durante todo o ensino médio.

Percebe-se do caso analisado que a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) foi empregada como argumento central da sentença, assegurando o direito fundamental à educação do apelado e, portanto, observando o dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais de forma suficiente aplicado em uma instituição de ensino privado. Ademais, merece destaque o caráter preventivo do dever de proteção que a sentença observou, não permitindo que o direito fundamental à educação fosse violado, assegurando-se a permanência do aluno na instituição.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 8.

⁴⁹ “A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. *Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção*. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve *sempre* proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito”. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 12.

Como extrato final, é possível verificar os efeitos da constitucionalização do direito privado em concreto. Primeiro no que diz respeito à vinculação das partes privadas aos direitos fundamentais de modo direto e imediato. Segundo, no que tange à supremacia da Constituição – no sentido de interpretação adequada – ao regramento privado e aos interesses privados. Terceiro, verifica-se a sinérgica da circularidade complementativa entre os direitos fundamentais à educação e à igualdade, em vista da interpretação dada às condutas privada e aos direitos e deveres privados infraconstitucionais envolvidos. E, por fim, quarto, notou-se a unicidade, coerência e integridade do sistema ao não dividir o contexto legal em questão em público e privado,⁵⁰ uma vez que a ordem jurídica e os interesses envolvidos foram analisados a partir e em prol da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

A constitucionalização do direito privado, para além de suas projeções teóricas, realiza-se a partir de condutas concretas, plasmadas em diversos atos, sejam eles do indivíduo, da sociedade ou do Estado. Neste sentido, o estudo de caso realizado é exemplo de uma decisão jurisdicional que concretizou o direito privado na legalidade constitucional, a partir de uma de suas teorias fundacionais, que é o dever de proteção aos direitos fundamentais. A decisão, como se pode observar, em exercício de jurisdição constitucional difusa, efetuou clara vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e realizou interpretação conforme a carta constituinte, fundindo interesses públicos e privados no interesse constitucional.

O contexto analisado deu-se pela conjugação da constitucionalização do direito privado, a qual consiste, ao menos no Brasil, na aplicação direta e imediata da Constituição às relações privadas, na releitura e interpretação do direito privado à luz da legalidade constitucional, na criação de legislação privada formal e substancialmente, de acordo com a Constituição e na inserção de pautas de direitos e deveres na carta constituinte, os quais outrora limitavam-se a documentos de cunho privado ou de legislação tida como privada.

No mesmo sentido, a teoria do dever de proteção aos direitos fundamentais foi de fundamental relevância para a decisão prolatada, uma vez que determina que, principalmente o Estado, mas sem olvidar o indivíduo e a sociedade, devam adotar condutas que visem o respeito, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais, que, no caso em concreto, diziam respeito de modo

⁵⁰ A sentença de primeiro grau invoca o CDC em sua fundamentação, explicitando o caráter “público-privado” da demanda.

geral à dignidade humana, e de forma específica, ao direito à igualdade e à educação (sem mencionar as questões implícitas ou indiretas que poderiam ter sido invocadas).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, p. 73-114, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014.
- CANARIS, Claus-Wihelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *The supreme court phalanx: the court's new right-wing bloc*. New York: New York Review Books, 2008.
- FACHIN, Luis Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FACHIN, Luis Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- GERVASONI, Tamiris Alessandra; BOLESINA, Iuri. *O dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional de políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.
- LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.
- MARMELSTEIN, George. *Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. 2007. 149f. Monografia (Curso de Especialização em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Fortaleza, 2007.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

REIS, Jorge Renato dos; BOLESINA, Iuri. O mínimo existencial nas relações privadas e a sua concretização pelo Poder Judiciário: considerações em paralelo à análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul – TJRS. *Revista da Ajuris*, v. 41, p. 365-390, 2014.

RUBIO, David Sánchez. *Fazendo e desfazendo direitos humanos*. Santa Cruz do Sul: Edu-nisc, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e o direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*. Traduzido por Beatriz Hennig et al. Montevidéu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 12.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, p. 343-367, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. XV-XXXIII, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

Data de recebimento: 28/03/2016

Data de aprovação: 27/09/2016