

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**MARIANA MORSOLETTO CARMO**

**ALGUNS PARÂMETROS À PONDERAÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE DA  
HORIZONTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL**

**CURITIBA**  
**2008**

**MARIANA MORSOLETTO CARMO**

**ALGUNS PARÂMETROS À PONDERAÇÃO JUDICIAL NO CONTROLE DA  
HORIZONTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL**

Dissertação apresentada à Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre na área de concentração Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève

**CURITIBA**

**2008**

## PÁGINA DE APROVAÇÃO

Esta Dissertação foi julgada APTA para obtenção do título de Mestre e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Mestrado Interinstitucional em Direito.

**Curitiba (PR), de de 2008.**

**Professora Doutor CLÈMERSON MÈRLIN CLÈVE**  
Orientador

**Professor Doutor EROUTHS CORTIANO JUNIOR**  
Coordenador

Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores

**Professor Doutor CLÈMERSON MERLIN CLÈVE**  
Orientador e Presidente da Banca

**[Professor Título Nome]**  
Universidade... – Membro

**[Professor Título Nome]**  
Universidade... – Membro

**DEDICATÓRIA**

Ao Luiz Vergílio, por me comprazer em ser sua tutelada no programa de mestrado e no curso da vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos professores, em especial ao orientador Professor Clèmerson, pelas horas de  
conversas, dedicação e sapiência;

À Cláudia Honório, pela assistência atenciosa e constante;

Ao Professor Alexandre Morais da Rosa, pela atenção despendida em todo  
processo de desenvolvimento deste trabalho;

Aos amigos Luiz Vergílio e Pacheco, que tornaram real o sonho deste curso;

Aos colegas mestrandos, especialmente Adri, Ju e Paty, pelo companheirismo  
durante o curso;

À mãe, pai, Tinho, Zé, amigos e colegas de trabalho no Ministério Público e nas  
Faculdades Campo Real, pela compreensão constante.

## RESUMO

CARMO, Mariana Morsoletto. **Alguns parâmetros à ponderação judicial no controle da horizontalidade dos direitos fundamentais no Brasil**. 2008. Trabalho de Dissertação apresentado à Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

Esta pesquisa, com enfoque na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo e adotando como marco teórico de base os modelos normativos de Dworkin e de Alexy, tem por objeto de estudo alguns parâmetros que servem à ponderação judicial diante do conflito entre direitos fundamentais e autonomia da vontade, considerando a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, a horizontalidade dos direitos fundamentais, sendo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o marco normativo de referência. Seu objetivo geral é analisar a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas no Brasil, dentro do cenário de desenvolvimento da nova teoria constitucional e sua influência na construção da teoria dos princípios, nas transformações da teoria dos direitos e garantias constitucionais e na constitucionalização do Direito Privado, de modo a apresentar um breve estudo inserido na perspectiva de efetividade dos direitos fundamentais e assim, de realização dos ditames democráticos do Estado de Direito.

Palavras-chave: Teoria dos Princípios. Ponderação. Direitos Fundamentais. Autonomia da Vontade.

## ABSTRACT

CARMO, Mariana Morsoletto. **Some parameters to the judicial balance in the control of the horizontal of the basic rights in Brazil.** 2008. Work of Dissertação presented to the Federal University of the Paraná, Curitiba, 2008.

This research, with approach in the perspective of the constitutionalism contemporary and adopting as theoretical landmark of base the normative models of Dworkin and Alexy, has for study object some parameters that ahead serve to the judicial balance of the conflict between basic rights and autonomy of the will, considering the incidence of the basic rights in the private relations, that is, the horizontal of the basic rights, being the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 the normative landmark of reference. Its general objective is to analyze the applicability of the basic rights to the private relations in Brazil, inside of the scene of development of the new constitutional theory and its influence in the construction of the theory of the principles, in the transformations of the theory of the rights and guarantees constitutional and in the constitucional of the Private law, in order to present a briefing thus inserted study in the perspective of effectiveness of the basic rights and, of accomplishment of the democratic rules of the Rule of law.

Word-key: Theory of the Principles. Balance. Basic rights. Autonomy of the Will.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	11
------------------	----

### Capítulo 1

#### NEOCONSTITUCIONALISMO:

#### Teoria dos Princípios e Ponderação

1.1. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS COMO ASPECTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO .....	14
1.1.1. <i>Contornos contemporâneos do constitucionalismo</i> .....	14
1.1.2. <i>Teoria dos Princípios: o modelo dual de Ronald Dworkin e o modelo de três níveis de Robert Alexy</i> .....	25
1.2. A PONDERAÇÃO COMO TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO E HARMONIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS E BENS CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS EM ROTA DE COLISÃO.....	32
1.2.1. <i>Delineamentos gerais da técnica da ponderação</i> .....	33
1.2.2. <i>Algumas propostas de parâmetros à ponderação</i> .....	38

### Capítulo 2

#### DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTONOMIA PRIVADA:

#### Perspectiva Neoconstitucional

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E NEOCONSTITUCIONALISMO .....	46
--	----



2.1.1. <i>Desenvolvimento histórico dos Direitos Fundamentais: breve retrospecto</i> .....	46
2.1.2. <i>Posição estrutural e interpretação dos Direitos Fundamentais no sistema constitucional brasileiro sob a perspectiva neoconstitucional</i> .....	54
2.2. AUTONOMIA PRIVADA E NEOCONSTITUCIONALISMO.....	63
2.2.1. <i>Um breve relato para retomada dos fundamentos jusfilosóficos da liberdade individual: a ética aristotélica da liberdade para opção pela excelência moral</i> .....	64
2.2.2. <i>Autonomia privada e neoconstitucionalismo: intersecção que institui o Direito Civil contemporâneo</i> .....	72

### Capítulo 3

#### PONDERAÇÃO E HORIZONTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. A HORIZONTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	84
3.3.1. A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas .....	84
a) Principais construções teóricas.....	86
a.1.) <i>A negação da incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas: teoria do “state action”</i> .....	86
a.2.) <i>A afirmação da incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas: teoria da incidência direta e teoria da incidência indireta</i> .....	88
a.3.) <i>Teoria dos deveres de proteção do Estado</i> .....	92
3.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS versus AUTONOMIA DA VONTADE: Critérios de ponderação e Efetividade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas.....	93
3.3.1. <i>O conflito gerado pela afirmação da horizontalidade dos Direitos Fundamentais</i> .....	94

	10
3.3.2. <i>Referenciais teóricos e estruturas metodológicas para a procedimentalização racional da colisão</i> .....	96
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	106
ANEXOS – Jurisprudência dos Tribunais Brasileiros.....	111
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS .....	119

## INTRODUÇÃO

A presente Dissertação tem como objeto um estudo sobre a horizontalidade dos direitos fundamentais inscritos na ordem constitucional brasileira, analisando algumas propostas de parâmetros à decisão judicial que se encontra frente ao conflito normativo decorrente da incidência dos direitos fundamentais nas relações particulares: direitos fundamentais x autonomia da vontade. Delimita-se a pesquisa e justifica-se sua realização a partir da necessidade de se aprofundar os conhecimentos alusivos aos métodos lógico-rationais utilizados para superação das colisões ocorrentes entre os direitos fundamentais inscritos na Constituição brasileira, genericamente considerados, e autonomia privada.

O tema suscita especial interesse em face da reiteração com que se apresentam situações em que a liberdade individual para o estabelecimento de negócios jurídicos encontra-se restrita em nome dos preceitos de igualdade material e dignidade humana que a doutrina jurídica tem propagado no mundo todo. No atual cenário de desenvolvimento do Direito, a avultação da complexidade das relações sociais encontra-se aliado à necessidade da construção e aperfeiçoamento de técnicas capazes de garantir, ao máximo, a eficácia dos direitos fundamentais.

Deste modo é que a teoria dos princípios, proposta especialmente por Dworkin e Alexy, torna-se um instrumento capaz de garantir a adaptabilidade do sistema à nova realidade social, considerando que aquele tem por essência a rigidez positivista e a finalidade de realização da dignidade humana. Os princípios passam a ser considerados como espécies de normas, caracterizados pela generalidade e abertura e é assim que o conteúdo se torna adaptável e o ordenamento jurídico apto a responder os anseios da sociedade contemporânea.

O seu objetivo institucional é a obtenção do Título de Mestre pelo *Programa de Mestrado Interinstitucional Universidade Federal do Paraná e Faculdades Campo Real*, iniciado em outubro de 2006.

O objetivo geral é analisar alguns parâmetros voltados à resolução dos conflitos entre os direitos fundamentais, considerados como princípios

constitucionais gerais e a autonomia da vontade, princípio fundamental da república brasileira, levando-se em conta a teoria dos princípios e a necessidade de procedimentalização racional das decisões judiciais acerca de colisões principais.

Os objetivos específicos são delinear as influências neoconstitucionais na construção das teorias dos princípios e dos direitos fundamentais e no Direito Privado, como patamar mínimo para a compreensão do ambiente no qual ocorre a colisão principal em questão; descrever algumas teorias que retratam a incidência ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas; estimular, ainda, debates com o fito de desenvolvimento doutrinário, jurisprudencial, legislativo e acadêmico.

Para atingir os objetivos almejados, inicia-se tratando, no Capítulo 1, das bases teóricas que ensejam o uso da técnica da ponderação, descrevendo o cenário em que se desenvolve o neoconstitucionalismo, bem como traçando os principais contornos da perspectiva normativa característica do Direito Constitucional contemporâneo. Trata-se da consideração das normas como gênero que comporta duas espécies: as regras e os princípios, relatando especificamente o modelo proposto por Dworkin. Ainda, complementando com a concepção de Alexy de que a interpretação/aplicação das normas demanda o estabelecimento de um terceiro nível procedimental.

A concepção de um procedimento necessário à aplicação das regras e princípios é essencial à compreensão de que a técnica da ponderação como meio usado na solução de colisões principiológicas – e neste trabalho, especificamente, utilizada pelo julgador – necessita do estabelecimento de determinados padrões de preferência e de limites à atividade judicial que demanda seu uso, já que se trata de um método que, apesar de conceber a otimização dos ideais neoconstitucionais, permite um alto grau de discricionariedade às decisões judiciais.

O Capítulo 2 é dedicado a estabelecer uma análise das características estruturais do sistema jurídico brasileiro em relação aos direitos fundamentais e à autonomia da vontade, preceito básico do Direito Privado, compreendendo o desenvolvimento histórico destes institutos como premissa essencial ao entendimento das suas perspectivas atuais.

Na última parte, Capítulo 3, busca-se definir a extensão da horizontalidade dos direitos fundamentais no Brasil, através da compreensão das principais teorias acerca do tema, para enfim apresentar alguns critérios de delimitação da atividade judicial para decisão quanto ao emprego de direitos fundamentais nas relações privadas no direito brasileiro apontados pela doutrina.

A presente dissertação se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados os pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a horizontalidade dos direitos fundamentais, com ênfase para sua adoção no Direito Constitucional Brasileiro.

## Capítulo 1

### NEOCONSTITUCIONALISMO: Teoria dos Princípios e Ponderação

#### 1.1. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS COMO ASPECTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

##### 1.1.1. Os contornos contemporâneos do constitucionalismo

###### a) *O Direito Constitucional no cenário da transmodernidade*

As constantes mutações, no mais variados setores da vida, por que passa uma sociedade, este complexo agrupamento de indivíduos, representam a imagem do Direito em cada período histórico. O desenvolvimento da manipulação da natureza pelo homem transforma-se constantemente, de modo que a decadência de uma sociedade é retratada quando esta intervenção torna-se insuficiente às suas próprias demandas.

Neste contexto é que se desenvolvem, sucessivamente, os paradigmas<sup>1</sup>, concepções teóricas que representam o cenário e o modo de atuação de uma sociedade no universo. Um paradigma é substituído por outro quando o corpo social anseia por mutações, pela criação de uma nova versão do cosmos que rodeia e permeia os sujeitos em crise<sup>2</sup>.

O contexto social vivido atualmente é marcado pela globalização, fenômeno caracterizado pela veloz transformação mundial de fatos atinentes às searas econômica, social e jurídica. Em termos filosóficos, vivemos o paradigma da

---

<sup>1</sup> “Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 219.

<sup>2</sup> “O que hoje chamamos ‘crise’ não é apenas a situação em que se chocam forças de natureza conflitante – o futuro está no equilíbrio e a vida está a ponto de adquirir um formato novo mas imprevisível – mas antes e acima de tudo um estado no qual provavelmente nenhum formato emergente se consolida e dura muito tempo.” BAUMAN, Zygmunt, *Em busca da política*, p. 148. Ainda, na p. 151, “estar em ‘crise’ já não é mais visto como uma lamentável reviravolta do destino ou um infortúnio, mas como um atributo inevitável da condição humana.”

transmodernidade. O rótulo é em si, elucidativo: refere-se a um momento sucessor e adverso da era moderna, conforme se explica a seguir.

Desenvolvido com bases aristotélicas e católicas da visão de mundo baseada na razão humana e na fé, o paradigma filosófico da modernidade, marca do século XIX, desenvolveu-se simultaneamente às ciências e à conquista pelo conhecimento nas mais diversas áreas do saber. Trata-se de uma vertente filosófica calcada na crença da razão de todos os seres humanos, institui um projeto de emancipação dos indivíduos, que, por sua natureza e em decorrência de sua característica racional, são livres e iguais.

A modernidade fundamenta a subjetividade transcendental, por isso é também conhecida por paradigma do sujeito ou da consciência. Isso significa que concebe o sujeito de uma forma universal, atribuindo à condição humana individual uma capacidade de ação, pensamento e julgamento. Ao estabelecer o indivíduo transcendental, ou seja, a modernidade desconsidera as peculiaridades próprias de cada sujeito, afasta seus aspectos empíricos; valorizando a autonomia individual.

A Modernidade precisa ser compreendida – provisoriamente – com base nessa ruptura provocada pelos acontecimentos do século XVIII, que forneceriam as condições para a percepção do mundo tomando como referência novos pressupostos que iriam lançar as bases de seu início nas revoluções científicas do século XIV. Ou seja, a Modernidade inicia-se pela fundação na Razão dos critérios que lhe dão sentido – um processo de autocertificação, como afirma Habermas –, reexaminando e reinterpretando seu passado imediato à luz de uma nova cosmovisão. A Modernidade é caracterizada, em última análise por um lento processo de ruptura com os elementos vinculados à tradição europeia, fundada na religião.<sup>3</sup>

Porém, este projeto gera as chamadas ‘promessas da modernidade’, das utopias; são promessas de liberdade, igualdade, paz, dominação da natureza, entre outras. A modernização dentro da globalização formal do capital, sob o ponto de vista de filósofos pregadores da *Ética da Libertação*<sup>4</sup>, apresenta duas

---

<sup>3</sup> CAPELLARI, Eduardo. *Crise da Modernidade e a Constituição*, p. 25/26.

<sup>4</sup> O precursor da *Ética da Libertação* é Dussel. Sua principal obra sobre o tema é *DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação. Na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Jaime A. Clasen, Ephraim Ferreira Alves e Lúcia M. E. Orth. 2ª. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2002. Dussel inspirou-se em Lévina para a construção inicial do seu pensamento. Trata da caracterização do *Outro*, expressão utilizada para designar o sujeito vítima, excluído de um sistema violento que é reflexo do processo de globalização

faces: de um lado, o conceito de emancipação racional, de outro, a justificativa da exclusão material de uma maioria de pessoas inaptas a acompanhar e inserir-se neste processo.

Assim é que o chamado Mito da Modernidade, este paradoxo apresentado pela modernização do processo civilizatório, é responsável pela percepção do Outro: vítimas, pobres e excluídos. Este é o sujeito da modernidade. Sujeito objeto do estudo das 'éticas da minoria', 'éticas da moda', nas expressões utilizadas por Dussel<sup>5</sup>.

O paradigma sucessor, a pós-modernidade<sup>6</sup>, supera seu antecessor – modernidade – apontando suas críticas na descrença em suas promessas. Registra a pluralidade social, levando em consideração as idiosincrasias e a reconsideração da importância do estudo de valores éticos para as ciências sociais. As críticas pós-modernas e suas propostas são, assim, aceitas pelo paradigma transmoderno que hoje vivenciamos:

Propomos, então, dois paradigmas contraditórios: o da mera 'Modernidade' eurocêntrica, e o da Modernidade subsumida a partir de um horizonte mundial, onde o primeiro desempenhou uma função ambígua (por um lado como emancipador, e, por outro, como cultura mítica da violência. A realização do segundo paradigma é um processo de 'Transmodernidade'. Só o segundo paradigma inclui a 'Modernidade/Alteridade' mundial.<sup>7</sup>

Concretamente, o contexto transmoderno é representado pela desconstrução das fronteiras entre os países, pela formação de blocos econômicos e possibilitada pelo veloz desenvolvimento dos meios de comunicação. Ainda,

---

e dominação do mercado. Menciona na p. 370 da obra citada que *"O outro, carnalidade sensível, aparece ao contato não só como rosto, mas como vítima."*

<sup>5</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*, p. 163.

<sup>6</sup> *"Referências críticas à Modernidade, denúncias do fim do projeto da Modernidade, demonstrações de evidências dos limites da razão moderna, desocultamento das aporias modernas pululam em meio a um turbilhão de publicações com linguagem estilizada e, no mais das vezes, contraditória, constituem um espectro cujo vetor aponta para uma nova era – a era pós moderna."* CAPELLARI, Eduardo. *Crise da Modernidade e a Constituição*, p. 61. Ainda, na p. 70, a afirmação de que, pelos preceitos pós modernos *"a aceitação de que o fim da Modernidade é o momento em que não foi mais possível sustentar que é factível, por meio de um único sistema filosófico, dar explicações que tenham eficácia em todos os domínios do saber humano: em nível cognitivo, em nível de conhecimento, em nível prático, em nível moral e também em nível subjetivo, em nível artístico. No momento em que perdemos esta unidade de sistema, ou a possibilidade de haver um sistema filosófico que explique as diversas regiões fundamentais do saber e do convívio humano, chegamos ao fim da Modernidade."*

<sup>7</sup> DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*, p. 188.



convivemos com o avanço tecnológico no terreno da informática e da bioética, com a necessidade de especialização profissional, acirrada pela competição mercantilista.

Este processo de globalização encerra determinantes efeitos no campo da política e do direito. O Estado não possui mais crédito para ocupar o espaço de agente que proporciona justiça social através da intervenção – propugnada pelos socialistas e pela doutrina do *welfare state* – e o espaço público imbrica-se cada vez mais com o privado.

As normas jurídicas, então, não mais propugnam liberdade individual ou outros direitos tidos por naturais, sequer conteúdos que devem receber atuação estatal positiva. O ícone atualmente prestigiado pelo direito é a construção de textos legislativos e o desenvolvimento de técnicas de interpretação e aplicação, capazes de garantir eficácia à norma.

A presente caracterização paradigmática, em que se visualiza o cenário sobre o qual incide o direito, ainda que breve, é essencial à compreensão do assunto proposto neste primeiro capítulo, qual seja, as relações entre o documento constitucional e o contexto social atual. Segundo o constitucionalista Luiz Roberto Barroso, “*a Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo.*”<sup>8</sup>

As Constituições passam a ser consagradas, após as revoluções liberais, como documentos construtores de uma sociedade justa e é de acordo com o paradigma vertente em uma sociedade é que a Constituição assume a feição necessária à concretização dos valores de justiça. O paradigma filosófico da transmodernidade é composto pelas mesmas razões de fato que instituem o constitucionalismo contemporâneo.

A decadência da modernidade é responsável por uma revisão da teoria constitucional, pelo questionamento da cientificidade, neutralidade e completude do direito. As Constituições assumem um papel de concretização de

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, p. 01.

valores impregnados no seio social, considerando a pluralidade de sujeitos e a revitalização do conceito de democracia.

No Brasil, no ano de 1988, a promulgação da Constituição sucede o regime militar ditatorial, instituindo o Estado Democrático de Direito. Na mesma linha jusfilosófica europeia, a dogmática jurídico-constitucional brasileira sofre atualmente o impacto de um conjunto de idéias inacabado, denominado provisoriamente de neoconstitucionalismo<sup>9</sup>, em que a eficácia dos valores inseridos na Constituição demanda, entre outros fenômenos, a construção de uma nova hermenêutica, a reabilitação da teoria da argumentação e uma nova versão à teoria dos direitos fundamentais.

*b) Desenvolvimento do neoconstitucionalismo e conteúdo da nova teoria*

As transformações sociais, econômicas e políticas que caracterizam a transmodernidade são fatores relevantes à compreensão do movimento constitucionalista que caracteriza os dias de hoje. Falar sobre um constitucionalismo contemporâneo significa compreender um novo modelo de Direito Constitucional que começa a se desenvolver no final do século XX, em diversos países e também no Brasil.

Rotulado provisoriamente de neoconstitucionalismo ou pós positivismo, o novo modelo representa um conjunto de premissas que sucede os ideais jusnaturalistas e jupositivistas. Tal sucessão não deve confundir-se com superação: o neoconstitucionalismo representa a compreensão da Constituição como guardião de valores comuns compartilhados entre vários indivíduos submetidos à mesma ordem jurídica; de tal modo que se caracteriza pelo resgate dos valores éticos do jusnaturalismo, sem desdenhar das conquistas de segurança obtidas pelo positivismo jurídico. Segundo Barroso,

... o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória

---

<sup>9</sup> “Lo que haya de ser el neoconstitucionalismo em su aplicación práctica y em su dimensión teórica es algo que está por verse. No se trata, como se acaba de apuntar, de un modelo consolidado, y quizá ni siquiera pueda llegar a estabilizarse em el corto plazo, pues contiene em su interior una serie de equilibrios que difícilmente pueden llegar a convivir sin problemas.” CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*, p. 11.

guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ético e direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumento do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.<sup>10</sup>

As diversas escolas jusnaturalistas têm a origem dos seus ideais difundidos na antiguidade pela cultura grega, postulando que todos os seres humanos, por conta de sua racionalidade, são essencialmente livres e iguais. Trata-se de uma base filosófica impregnada por valores éticos de justiça, de liberdade e igualdade.

Os valores jusfilosóficos difundem-se através do iluminismo (século XVIII) nos Estados Unidos e na Europa. Trata-se de um movimento intelectual que propôs o desenvolvimento harmonioso da sociedade baseado na razão humana, devendo, para tanto, estar garantida a liberdade do homem. Por isso, o conteúdo jusfilosófico do iluminismo justificou as revoluções liberais e marcou, assim, a estruturação do constitucionalismo moderno. As constituições, como conquista revolucionária, passam a ser os documentos jurídicos que resguardam direitos naturais do homem, a garantia de não intervenção estatal na esfera individual. O pano de fundo do constitucionalismo moderno é o confronto entre liberdade individual e o absolutismo<sup>11</sup>.

Ao integrar os textos jurídicos, o jusnaturalismo alcança seu apogeu. Entretanto, com o desenvolvimento das ciências, naturais e sociais, a filosofia jurídica sofre um abalo, por conta da insegurança característica dos valores éticos e morais. E assim é que, paradoxalmente, a ascensão jusnaturalista é simultânea à

---

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 19.

<sup>11</sup> "No século XVIII uma parte da intelectualidade da Europa reagiu ao Absolutismo Monárquico e tudo que o acompanhava. Esta reação teve o nome de Iluminismo ou Época das Luzes. O Iluminismo pode ser definido a priori como um movimento intelectual que tinha por característica uma confiança absoluta no progresso e, principalmente, na razão que desafiou em seu século (e por sua atualidade às vezes continua desafiando) a autoridade e incentivou o livre pensamento como meio de alcançar o objetivo principal dos iluministas, a felicidade humana." CASTRO, Flavia Lages de. *História do Direito. Geral e Brasil*, p. 205.

sua decadência<sup>12</sup>. A conquista dos direitos de liberdade propiciou o desenvolvimento científico das diversas áreas de conhecimento, iniciando-se o movimento positivista.

O termo positivismo não é, sabiamente, unívoco. Ele designa tanto a doutrina de Auguste Comte, como também aquelas que se ligam à sua doutrina ou a ela se assemelham. Comte entende por 'ciência positiva' *coordenation de faits*. Devemos, segundo ele, reconhecer a impossibilidade de atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando os fatos e suas relações recíprocas como o único objeto possível da investigação científica.<sup>13</sup>

Na seara jurídica, a conjugação da atribuição de segurança aos direitos naturais e a caracterização científica do direito foram fatores propícios à consolidação do juspositivismo. Representado especialmente por Hans Kelsen<sup>14</sup> e Herbert Hart<sup>15</sup>, a filosofia de direito positivo representa o culto à norma como modo de aquisição do *status* de ciência pelo Direito, através da possível universalidade da concepção normativa desprovida de axiologia. A norma passa a ser, então, objeto de estudo da ciência do Direito, sendo considerada uma moldura em que se adaptam conteúdos valorativos. Estes, por sua vez, objeto de estudo de outras ciências, como a sociologia e a política.

De forma sumária, compreende-se o juspositivismo kelseniano através da adoção, pelo filósofo, da distinção kantiana entre “ser” e “dever ser”. No domínio do *ser* atuam as ciências naturais, enquanto que o *dever ser* representa a posição estratégica da norma, caracterizando-se a ciência jurídica como uma ciência normativa. Esta perspectiva vislumbra o Direito em um estudo neutro, puro, sem a intervenção de matizes afetas às ciências naturais.

Concebida essa ciência normativa, não há espaço para o empirismo ou para as influências sociológicas, históricas, psicológicas ou filosóficas. Com base

---

<sup>12</sup> Neste sentido BOBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. vol. I, p. 659.

<sup>13</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*, p. 31.

<sup>14</sup> O ideal juspositivista de Kelsen, representante da passagem das perspectivas jurídicas filosóficas para a perspectiva científica, na busca da delimitação do objeto de conhecimento do Direito, foi proposto na obra KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.

<sup>15</sup> Na Inglaterra, o positivismo jurídico foi representado por Hart, em sua obra HART, Herbert L. *O conceito de Direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1973.

em uma estrutura piramidal do ordenamento jurídico, a ciência jurídica ocupa-se da análise de validade/invalidade de uma norma em relação à outra, de acordo com a posição hierárquica ocupada. Padrões valorativos, por exemplo, bom/mau, bem/mal, certo/errado, justo/injusto ou moral/imoral, devem ser apreciados no processo de construção da norma jurídica, mas não devem ser, todavia, objeto de estudo da ciência jurídica. A Ciência do Direito, na visão de Kelsen, assim, se caracteriza a partir da adoção de três categorias nucleares: a objetividade, neutralidade jurídica e autonomia científica.

Nessa mesma ordem de idéias, o modelo de direito adotado era o de regras, enunciado por Hart, em sua obra *“O Conceito de Direito”*. O direito é considerado um conjunto de preceitos regravativos, de modo que, se alguma situação individual não se encontrar agasalhada pelas regras (por inexistência apropriada, porque se manifestam vagas ou por qualquer outra razão), então, esse caso não pode ser decidido mediante aplicação do direito. Nessa hipótese, deveria ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, que exerce seu discernimento pessoal, o que importa afirmar: é facultado ultrapassar o próprio direito na busca por algum tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

Hart admite, assim, que as regras possuem limites imprecisos, ou, como prefere, uma *“textura aberta”*. Para ele, *“todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas”*<sup>16</sup>, ou, conforme a leitura de Dworkin, Hart admite que seu modelo não alcança a totalidade das situações existentes no mundo dos fatos. Para solucionar esse problema, admite, então, que os juízes, em certa medida, exercitem seu poder discricionário, inclusive com a criação de novas regras<sup>17</sup>. Conclui Hart que *“as leis são fontes de direito, não parte do próprio direito”*<sup>18</sup>. Essa é a fórmula que adota para explicar um certo nível de discricionariade<sup>19</sup> do julgador.

---

<sup>16</sup> HART, Herbert A. *O Conceito de Direito*, p. 17.

<sup>17</sup> DWORKIN. *Levando os Direitos a Sério*, p. 32-34.

<sup>18</sup> HART, Herbert A. *O Conceito de Direito*, p. 17-18.

<sup>19</sup> Discricionariade: “Espaço de livre ação do juiz, dentro do qual este pode exteriorizar sua convicção sobre os elementos do processo e, sem opor-se ao espírito da lei, criar a norma concreta que é a sua decisão.” MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*, p. 32.

De tudo, tem-se que, no modelo positivista, o ordenamento jurídico é um conjunto de regras, sistematizado pela concepção de validade/invalidade de uma em relação à outra de acordo com um critério hierárquico, em que os conflitos entre regras, quando ocorrentes, devem resolver-se a partir da invalidade de uma delas. E assim é que o juspositivismo dissocia-se do jusnaturalismo na medida do espaço existente entre segurança jurídica e valores de justiça.

As explicações do direito pela doutrina positivista são colocadas em xeque marcadamente no período posterior à Segunda Guerra Mundial. A partir de então, muito se propugnou a crise<sup>20</sup> do juspositivismo. O colapso do positivismo se dá ante o fato de que ao defender a neutralidade jurídica no processo de exegese do direito, apregoava-se a existência de um dogma incontestável, o da completude lógica do ordenamento jurídico.

Entretanto, razões histórico-políticas representaram a deficiência estatal para concretização dos direitos, especificamente os fundamentais, seja por questões econômicas, seja pelo aviltamento do pluralismo social, gerando discussões até mesmo sobre o conceito de democracia.

O modelo da democracia representativa, como alternativa possível em uma sociedade que se complexificou – seja pela transformação dos modelos/sistemas produtivos, seja pela destruição dos espaços tradicionais de decidir coletiva e coercitivamente –, tornou-se um instrumento incapaz de responder adequadamente a todos os anseios, pretensões, intenções, etc.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Sobre a insuficiência do modelo juspositivista e seus contornos, Lenio Streck: *“Parte-se, pois, da premissa de que as práticas argumentativas do Judiciário, da dogmática jurídica e das escolas de Direito são consubstanciadas pelo que se pode denominar de sentido comum teórico dos juristas ou campo jurídico (Warat-Bourdiueu), o qual insere-se no contexto da crise do modelo de Direito de cunho liberal-individualista. Essa crise do modelo (dominante) de Direito (ou modo de produção do Direito) institui e é instituída por uma outra crise, aqui denominada/trabalhada como crise do paradigma epistemológico da filosofia da consciência, ainda (pre)dominante no modo-de-fazer-hermeneutica no interior do campo jurídico vigorante no Brasil.”* STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, p. 18.

<sup>21</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luís. *Uma democracia federal. Novos lugares para a política democrática*. In: AVELÁS NUNES, Antonio José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*, p. 190. A conclusão do autor, neste texto (p. 204/205) é que *“no que respeita à questão democrática, partindo-se do reconhecimento de sua imersão em um espectro de diluição de seu modelo moderno (representativo), pretendeu-se entendê-la como uma estratégia de constituição de espaços de autoridade legítima não mais subsumida nos limites das*

Nas sociedades plurais, como bem alerta Gisele Cittadino, “*regionalismos dos mais variados gêneros convivem com pretensões universalistas, sejam econômicas, sejam democráticas*”<sup>22</sup>. Esse novo modo de convívio rompe com o modelo das sociedades tradicionais, as quais eram marcadas pela idéia do “*todo homogêneo*”<sup>23</sup>. Segundo a autora, a sociedade democrática contemporânea não pode ser apreendida dessa forma.

A multiplicidade de valores culturais, visões religiosas do mundo, compromissos morais, concepções sobre a vida digna, enfim, isso que designamos por pluralismo, a configura de tal maneira que não nos resta outra alternativa senão buscar o consenso em meio a heterogeneidade, do conflito e da diferença.<sup>24</sup>

Assim é que, o pluralismo social exerce determinante interferência na caracterização do modelo jurídico contemporâneo. É fator responsável pela insuficiência do modelo juspositivista, já que a idéia da completude é prejudicada pela desatualização legislativa e, por mais adequado que seja um determinado ordenamento jurídico, sempre haverá a possibilidade de existirem lacunas.

Reconhecida a insuficiência do positivismo jurídico e a impossibilidade da concepção do direito como uma teoria pura, inatingível por conceitos morais reinantes em cada comunidade organizada e aos influxos dos valores sociais da política jurídica, a segunda metade do século XX passa a constituir-se o marco de um novo movimento, provisoriamente denominado de neoconstitucionalismo por uns, e pós-positivismo por outros, destinando-se a resgatar esses conceitos e valores.

Trata-se de um modelo que busca o resgate da influência dos valores éticos e morais de uma sociedade nas questões jurídicas através da concepção de uma nova hermenêutica, centrada na supremacia hierárquica da

---

*esferas estatais, assim como ressubstancializada pela reassunção de sua desformalização como projeto e como referência.”*

<sup>22</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo. Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 3ª Ed.. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 76, 246p.

<sup>23</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo. Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, p. 78.

<sup>24</sup> CITTADINO, Gisele. *Pluralismo. Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, p. 78.

Constituição e constituída por elementos que buscam suprir as lacunas do positivismo jurídico.

Para que o neoconstitucionalismo seja alcançado, alguns pressupostos, oriundos da afirmação do constitucionalismo, devem estar, necessariamente, presentes. (...) As três primeiras condições, que chamamos de *pressupostos*, são de natureza formal, a saber: uma constituição rígida, a presença de uma jurisdição constitucional e a força vinculante da Constituição. Esses três pressupostos já se encontravam presentes na formação do constitucionalismo. (...) As outras condições são de natureza material: a aplicação direta das normas constitucionais, a sobre interpretação, a interpretação conforme a Constituição e a influência da Constituição sobre as relações políticas.<sup>25</sup>

O constitucionalismo contemporâneo, ou neoconstitucionalismo, então, caracteriza-se pela revisão do papel da Constituição na concretização de valores éticos que não podem desprender-se do próprio direito. Algumas marcas dessa nova dimensão podem ser relacionadas: (a) superação do legalismo; (b) reconhecimento da força normativa da Constituição; (c) passagem da Constituição para o centro do sistema, constituindo-se em parâmetro de interpretação das normas infraconstitucionais; (d) reconhecimento do caráter normativo dos princípios; (e) resgate da teoria da argumentação como forma de balizar a racionalidade prática; (f) revalorização e reconstrução dos ideais democráticos, da dignidade humana e da solidariedade.

Dentre as novidades introduzidas pelo modelo neoconstitucional, merece especial destaque nesta pesquisa o reconhecimento do caráter normativo dos princípios e o resgate da teoria da argumentação como forma de balizar a racionalidade prática.

Enquanto a vertente juspositivista encarou os princípios como base de construção do direito, como valores reinantes no desejo de convivência harmoniosa entre os cidadãos, relegando essas normas a uma instância secundária no ordenamento jurídico, colmatação de lacunas<sup>26</sup>, atualmente encontra-se em

---

<sup>25</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo. A Invasão da Constituição*, p. 73.

<sup>26</sup> Gustavo Zagrebelsky lembra que, conforme a mentalidade do positivismo jurídico, as normas em forma de princípios, por conterem "*fórmulas vagas, referências a aspirações ético-políticas, promessas não realizáveis pelo momento, esconderiam um vazio jurídico e produziram uma contaminação das verdadeiras normas jurídicas com afirmações políticas, proclamações de boas*



construção uma teoria dos princípios adequada aos anseios da sociedade transmoderna, que reconhece o pluralismo social e a importância da solidariedade neste cenário.

### 1.1.2. Teoria dos Princípios<sup>27</sup>: o modelo dual de Ronald Dworkin e o modelo de três níveis de Robert Alexy

É longínqua a noção de que o estabelecimento de uma ordem jurídica é essencial à manutenção da convivência harmoniosa dos homens em sociedade. Esta é a finalidade do Direito. O ordenamento jurídico é um instituto que deve ser entendido como um conjunto de normas impostas pelo Estado aos indivíduos, mas não um conjunto destituído de determinação, pois ele aglutina certa unidade e uma certa coerência intrínseca.<sup>28</sup>

Conseqüência natural dessa compreensão é o questionamento sobre o que é norma jurídica para efeitos de delimitação do ordenamento jurídico. Os propósitos neoconstitucionalistas reestruturaram o conceito de norma jurídica, passando a considerá-la não mais apenas como imperativo do *dever ser*, mas como peça elementar do ordenamento jurídico que se desdobra ora em regras, ora em princípios. E assim é que, no contexto neoconstitucional, os princípios ganham status normativo.<sup>29</sup>

#### a) O modelo normativo dual na proposta de Ronald Dworkin

---

*intenções, etc. Estas normas não poderiam ser alegadas ante um juiz por parte dos interessados, seriam causas de aspirações frustradas e, deste modo, alimentariam a desconfiança no Direito; se alguém pretendesse extrair delas conseqüências jurídicas concretas aumentaria a confusão e a insegurança. Ditas normas teriam uma importância exclusivamente política e virtual.*

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil*, p. 112. Ainda, "...desde que a Constituição sendo, como é, (...) uma expressão do consenso social sobre os valores básicos, se torna (...) o alfa e o ômega da ordem jurídica, fazendo ao nosso ver, de seus princípios, estampados naqueles valores, o critério mediante o qual se mensuram todos os conteúdos normativos do sistema." BONAVIDES, Paulo. *Curso de Directo Constitucional*, p. 261.

<sup>27</sup> Este termo é proveniente do latim "principium". Em sentido leigo, expressa a idéia de origem, começo, ponto a partir do qual. Em terminologia científica expressa a sentido de fundamento ou causa. Aliás, neste segundo sentido foi empregado por Aristóteles na *Metafísica*, liv. V, 1, 1012b 32-1013-1019. Sua introdução na filosofia deu-se pelas mãos de Anaximandro. MACEDO, Sílvio. *Princípios*. Verbetes. in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 61. São Paulo: Editora Saraiva, 1977, p.11.

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1070/1071.

<sup>29</sup> "A última década do século passado é marcada, no campo da meditação sobre o direito, pelo paradigma dos princípios." GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/aplicação do Direito*, p. 42.

A insuficiência do positivismo jurídico, aliado a fatores históricos determinantes, após a Segunda Guerra Mundial, causou um abalo na crença de que a absoluta vinculação do intérprete às regras, sob o raciocínio subsuntivo, fosse capaz de proceder a julgamentos axiologicamente aceitos pela comunidade. Diante disso, a concepção juspositivista dos princípios é colocada em pauta de discussão, sendo questionado, então, o papel destes preceitos na ordem jurídica.

As razões histórico-políticas desse questionamento, aliadas ao pluralismo social, gerador da necessidade de um conjunto normativo capaz de garantir direitos a todas as pessoas indistintamente, em nome da igualdade material, são causas de determinante interferência na revitalização principiológica.

Ronald Dworkin é um jusfilósofo de relevo no estudo de questões afetas ao neoconstitucionalismo. Isso porque desenvolveu, nos Estados Unidos, em meados dos anos 50, a teoria da normatividade dos princípios. Após sumariar o pensamento de Hart, critica o modelo de regras, afirmando a existência de situações jurídicas que o direito expresso nesse modelo não alcança solucionar. Tratam-se dos *hard cases*.

A saída proposta por Dworkin para solução dos *hard cases* é a de que o juiz – para ele, o juiz ideal, denominado genericamente de Hércules, deve ter “*capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas*” – quando inexistentes regras, não deve buscar a solução do problema a partir de bases políticas, ou seja, legislando. Deve, para tanto, invocar os princípios como fundamento jurídico .

Como exemplo de caso difícil, traz a tona o caso *Riggs versus Palmer*, conforme o qual, ainda no século XIX, o Tribunal de Nova Iorque foi chamado a pronunciar-se acerca do direito de herança em favor do herdeiro nomeado em testamento, mesmo após este ter ceifado a vida do testador – seu avô – com a finalidade de antecipar a sucessão.

Nesse caso, o Tribunal, ainda que reconhecendo a existência de regras que amparavam o herdeiro infiel, não procedeu à aplicação destas, por entender aplicável ao caso, a par do sistema regravativo, o preceito essencial do direito costumeiro de que “*A ninguém será permitido beneficiar-se através de sua própria torpeza*”. Assim, a decisão, motivada em um princípio, foi de que o herdeiro indigno não perceberia sua herança.<sup>30</sup>

Esse, entre outros casos, teve a decisão judicial concretizada com um padrão de substância e sustentabilidade em princípios jurídicos e não em regras. E assim é que as regras<sup>31</sup> e os princípios<sup>32</sup> passam a ser considerados espécies normativas, dotadas das mesmas características inerentes à imperatividade: um comando jurídico imposto a todas as pessoas, dotado de *tipicidade*, que é a exata descrição da conduta humana pela lei; *heteronomia*, pois o descumprimento da conduta descrita no comando gera uma conseqüência que atinge a esfera externa do indivíduo e a *coercibilidade*, que é a possibilidade do uso da força para aplicação de sanção ao descumprimento.<sup>33</sup>

A diferença entre regras jurídicas e princípios jurídicos é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.<sup>34</sup>

As regras jurídicas aplicam-se como dispositivas – raciocínio subsuntivo, “*tudo-ou-nada*” – ou seja, ocorrido certo fato ventilado por regra jurídica válida, como corolário lógico, devem suas disposições ser aceitas. Nos princípios jurídicos, o raciocínio é diverso. Diante das condições fáticas contempladas nesta espécie normativa, as conseqüências jurídicas não se seguem de forma automática, porque seu enunciado não externa a vocação de estabelecer, de forma isolada, as

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 37.

<sup>31</sup> Barroso conceitua regras jurídicas como “*proposições normativas aplicáveis sob a forma de tudo ou nada*”. Como tais, se “*os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos*”. BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 30.

<sup>32</sup> Princípios “*são enunciados que fazem possível uma descrição econômica de uma determinada realidade (nesse caso, o Direito), e cumprem, portanto uma função didática, lato sensu, de grande importância*” ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, p. 20. Ainda, Miguel Reale prefere definir os princípios como “*verdades fundantes de um sistema de conhecimento*” que condicionam “*a validade das demais asserções que compõem dado campo do saber*” REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 305.

<sup>33</sup> Utiliza-se, para tal compreensão, a concepção realeana de *norma de conduta* descrita na obra REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª. ed. 6ª. tiragem. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 39.

condições que tornem sua aplicação necessária. Os princípios, aliás, são simples enunciados de razão que conduzem o argumento em uma certa direção. Como tais, carecem de uma decisão única, particular.<sup>35</sup>

Outros pontos de dissensão<sup>36</sup> entre os padrões normativos do neocosntitucionalismo – regras e princípios – são relacionados pela doutrina dworkiana, entre eles: (a) *distinção lógica*: regras são aplicadas por completo ou não são aplicáveis. É o caráter disjuntivo do tipo tudo-ou-nada; os princípios, ao contrário, ainda que sejam semelhantes às regras, não se aplicam automaticamente. Sua aplicação tem lugar apenas quando as condições suficientes se manifestam. Em determinadas hipóteses, contudo, a norma de fundo dos princípios pode não prosperar, caso em que os princípios podem ser simplesmente desconsiderados; (b) *distinção quanto à dimensão*: nos casos de conflitos de duas regras, por elas não comportarem dimensão de peso ou importância, a solução deve partir do pressuposto de que uma delas não pode ser válida.<sup>37</sup>

Devido à expansão do tema atualmente, inúmeras diferenças entre as categorias normativas – regras e princípios – são apresentadas pela doutrina nacional e estrangeira. Sinteticamente, a esse respeito, a versão de Canotilho:

Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin, *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antonómicas excluem-se. Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigência de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, p. 39.

<sup>36</sup> “Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida em que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grande rasgos, distinguir la Constitución da la ley”. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil*, p. 109-130.

<sup>37</sup> DWORKIN. *Levando os Direitos a Sério*, p. 22 e ss.

qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. (...) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas “exigências” ou “standards” que, em “primeira linha” (prima facie), devem ser realizados; as regras contêm “fixações normativas” definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. (...) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas).<sup>38</sup>

*b) O modelo normativo de três níveis em Robert Alexy*

Robert Alexy, não diferente de Dworkin, tem seus estudos bastante considerados nas pesquisas atuais, admite o modelo dual que atribui a normatividade das regras e dos princípios. Reconhece que *“uma teoria dos princípios com ordem débil permite estruturar racionalmente em um bom caminho a decisão jurídica no âmbito das lacunas de abertura do sistema”*.<sup>39</sup>

Em que pese estabelecer a adequação do modelo de dois níveis às perspectivas jurídicas contemporâneas, admite a existência de imperfeições no modelo. Isto porque as normas jurídicas são determinações estritas de resultados, não delineando um quadro completo do sistema jurídico: *“nem os princípios nem as regras regulam por si mesmos sua aplicação; eles representam só o lado passivo do sistema jurídico”*.<sup>40</sup>

Quatro razões<sup>41</sup> representam o impedimento da fundamentação de um resultado ou de uma decisão apenas a partir das regras e dos princípios: (a) a linguagem dos textos jurídicos é demasiadamente vaga, (b) há sempre a possibilidade concreta de surgirem conflitos de normas, (c) existem casos que necessitam uma regulação jurídica, sem que exista uma norma e (d) a possibilidade de, em casos especiais, uma decisão contrariar o teor literal de uma norma.

<sup>38</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1087/1088.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 24.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 24.

<sup>41</sup> ALEXY, Robert. *Teoría da Argumentação Jurídica*, p. 17.

Um modelo completo, na proposta de Alexy, exige que se agregue a estes “lados passivos” – regras e princípios – um outro “lado ativo”, ou seja, um procedimento que propicie a aplicação das regras e dos princípios. Através da crítica ao subjetivismo da decisão e da questão de racionalidade prática<sup>42</sup>, propõe, com efeito, um terceiro nível àquele modelo dual, isto é, o do “*procedimento da aplicação das regras e princípios*”.<sup>43</sup>

Cuida desse procedimento prático racional de aplicação de regras e princípios, a teoria da argumentação jurídica. Stumm afirma que a “*argumentação jurídica é concebida como uma atividade lingüística, na qual se questiona a correção dos enunciados normativos, sem estabelecer a priori qual é o justo*”.<sup>44</sup>

A finalidade, nos dias atuais, do resgate da teoria da argumentação jurídica são duas: (a) *vinculação sistêmica*: resulta da racionalidade da pertinência ao sistema jurídico tanto de um nível de regras, como outro de princípios; (b) *fundamentalidade racional dos juízos de valor*: resulta do reconhecimento evidente da metodologia jurídica de que há certa improbabilidade de um sistema de regras metódicas estabelecer apenas um resultado. Desse modo, a questão central da argumentação e do procedimento reside na fundamentação racional dos juízos de valores.

Se Dworkin, a partir do juiz Hércules, afirmou a possibilidade de, em cada caso difícil, a obtenção de um resultado determinado, mediante a aplicação de regras e princípios, os últimos considerados em sentido forte, Alexy afirma a possibilidade de cada caso poder comportar mais de um resultado prático ou solução plausível racionalmente, em razão da debilidade material das normas principiológicas. Ou seja, da não possibilidade de existência de uma única decisão correta.

---

<sup>42</sup> O desenvolvimento de uma proposta teórica de superação da abordagem dos jusnaturalistas e dos juspositivistas, com bases nas teorias da argumentação e em busca de concretização de uma racionalidade prática, ou seja, de interpretação e aplicação da norma constitucional não apenas do ponto de vista lógico formal, mas adequado à realidade social, em vários aspectos, foi trabalhado na obra SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Renovar, 2002.

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. *El Concepto y La Validez del Derecho*, p. 24.

<sup>44</sup> STUMM. Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 48.

O juiz sempre tem o compromisso de decidir da melhor forma possível: este é o desafio dos estudos de racionalidade prática atuais. Alexy afirma, para tanto, que essa decisão deve ter como suporte normativo as regras e os princípios e como força ativa o procedimento argumentativo racionalmente controlável e sempre passível de revisão por uma instância superior.

A tarefa de administrar a justiça segundo a lei às vezes pode 'exigir em particular que esses julgamentos de valor inerentes à ordem constitucional mas que não têm nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes de lei, devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário. Os juízes devem se precaver de arbitrariedades nesse processo; suas decisões têm de ser fundamentadas na argumentação racional."<sup>45</sup>

Eros Roberto Grau sustenta que *“a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito; no direito há apenas o aceitável (justificável)”*.<sup>46</sup> A partir desta premissa, ele nega de forma peremptória a existência de uma única resposta verdadeira para o caso jurídico. Dessa forma, haveria a possibilidade de, em cada caso, chegar a mais de uma solução verdadeira, todas racionalmente justificadas. No mesmo sentido:

... a nova retórica pode atuar no sentido de fazer com que a decisão judicial seja tomada de forma racional dentro dos limites deixados pela textura aberta da norma jurídica. A interpretação, considerada como operação racional, apenas pode delimitar o campo dentro do qual a autoridade judicial poderá decidir, mas não leva a uma conclusão unívoca.<sup>47</sup>

Em síntese, é por meio de um terceiro nível do sistema jurídico que essas diversas soluções seriam construídas. Ou seja, via um procedimento de aplicação das regras e princípios no qual o juiz buscaria descobrir a solução adequada com base na fundamentação racional dos juízos de valor.

É de extrema relevância para o desenvolvimento desta pesquisa a compreensão do modelo de três níveis proposto por Alexy. Isso porque, o autor propõe uma técnica procedimental-argumentativa que será apresentada na seqüência e que cabe às situações que envolvem colisões principais e demandam,

<sup>45</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 34.

<sup>46</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, p. 35.

<sup>47</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, p. 03/04.

pois, o uso da técnica da ponderação. Trata-se da construção de um sistema metódico que incide sobre os princípios e fundamentam racionalmente sua aplicação.

## 1.2. A PONDERAÇÃO COMO TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO E HARMONIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS E BENS CONSTITUCIONALMENTE TUTELADOS EM ROTA DE COLISÃO

O neoconstitucionalismo, modelo de Direito mais adequado aos anseios da sociedade contemporânea, ainda que consideradas as várias vertentes sobre o tema que se possam apresentar, possui algumas características peculiares. Quando o pluralismo social passa a fazer parte do jogo, a Sociedade se transforma mais rapidamente e as relações humanas se tornam crescentemente mais complexas. É nesta perspectiva social, de coexistência de uma pluralidade de valores, que o Direito, através da onipresença da Constituição, deve conferir garantias das mais variadas matizes axiológicas.

Os princípios passam de uma posição de mera diretriz aos preceitos infraconstitucionais a verdadeiras normas; as normas, então, se tornam mais genéricas, mais abertas a receber diversas interpretações possíveis. E um dos questionamentos que surge diante de tais transformações é o alargamento do ativismo e subjetivismo judiciais<sup>48</sup>, já que o juiz como intérprete da norma, passa a aplicá-la não mais através de um raciocínio lógico-subsuntivo, mas de ponderação.

Não olvidando que a ponderação seja uma técnica de interpretação e aplicação da norma jurídica, que nasce no seio neoconstitucional e, portanto, visa justamente a permitir a flexibilidade hermenêutica, a doutrina vem apresentando critérios balizadores para aplicação racional desta técnica, de modo que a generalidade a ela característica, garantindo o retorno da ética ao campo jurídico, não fulmine uma das principais conquistas juspositivistas: a segurança jurídica.

---

<sup>48</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 34; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 589; BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 362; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, p. 39; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, p. 182, entre outros doutrinadores.



### 1.2.1. Delineamentos gerais da técnica da ponderação

Assim como outras expressões lingüísticas no universo jurídico, malgrado as diferenças que apresentam os significados comuns e jurídicos, o termo 'ponderação' guarda um significado congruente aqui e na linguagem comum: ponderar significa sopesar, estabelecer uma média baseada na atribuição de pesos a duas ou mais situações. É a busca de equilíbrio entre fatos opostos, situações conflitantes.

Consagrada como técnica de interpretação e de aplicação das normas de Direito Constitucional contemporâneo, trata-se de um método que complementa o domínio da hermenêutica. Se durante o período em que o Direito operava na sociedade de modo quase matemático, dentro dos moldes positivistas, a subsunção, que era o método mais adequado, atualmente não se trata de um método suficiente. Conforme já exposto, o neoconstitucionalismo não se sobrepõe ao positivismo, mas complementa-o; da mesma forma, a ponderação não se sobrepõe à subsunção, complementa-a.

O pano de fundo da ponderação é um conflito normativo, ou seja, uma antinomia<sup>49</sup>. A contraposição de duas ou mais normas que, por serem genéricas – no caso, os princípios – e, portanto, passíveis de aplicação em variadas situações, adaptam-se ao mesmo tempo a um mesmo fato, gerando resultados diferenciados, demanda o uso desta técnica. A ponderação é usada, então, para que o intérprete jurídico opte pela norma que ofereça a melhor consequência.

De las distintas acepciones que presenta el verbo 'ponderar y el sustantivo 'ponderación' em el language común, tal vez la que mejor se ajusta al uso jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas. Em la ponderación, em efecto, hay siempre razones em pugna, intereses o bienes em conflicto, em suma, normas que

---

<sup>49</sup> Chaïm Perelman afirma que a antinomia ocorre “quando o sistema em vigor parece prescrever duas soluções incompatíveis”. O autor levanta quatro pontos elementares para a correta compreensão do instituto jurídico. Para ele, a antinomia ocorre quando haja “(1) duas normas de direito positivo, (2) cada qual com uma diretriz oposta à outra, (3) sejam simultaneamente prescritas e que (4) tenham igual validade para resolver uma mesma situação”. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*, p. 635.

nos suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión.<sup>50</sup>

Mas não podem ser ignoradas outras feições dadas pela doutrina à técnica, que são essenciais à compreensão de seu conceito. Por exemplo, a ponderação – genericamente considerada – como forma de aplicação de princípios<sup>51</sup> ou meio de solucionar qualquer conflito normativo, principiológico ou não, e ainda algumas outras concepções que tornam qualquer atividade de interpretação essencialmente ponderativa.

O Direito, seguindo as idéias de Bobbio, é “*um sistema de normas*” e sistema deve ser compreendido como uma “*totalidade ordenada*”, ou ainda, “*um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem*”. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário “*que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento coerente entre si*”.<sup>52</sup>

A noção de um ordenamento sistematizado, coerente, não exclui o fato de que a antinomia é um fenômeno essencialmente jurídico<sup>53</sup>. A ponderação não pode ser considerada como único meio de solucionar um conflito entre normas, porque a doutrina clássica encarregou-se de estabelecer métodos – os chamados critérios e metacritérios para a solução de antinomias – eficientes para tanto.

A doutrina tradicional<sup>54</sup>, de cunho positivista, estabelece, entre outros, os seguintes critérios: (a) *cronológico*: verbaliza-se na máxima latina “*lex*

<sup>50</sup> SANCHIS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, p. 137. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

<sup>51</sup> “...a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas. Não é correto, pois, afirmar que os princípios, em contraposição às regras, são carecedores de ponderação. A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 50.

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria General del Derecho*, p. 3-74.

<sup>53</sup> “A coerência lógica não é requisito essencial do direito, mas do sistema jurídico, logo a incompatibilidade entre normas é um fato. Não há como negar a possibilidade dos órgãos jurídicos estabelecerem normas conflitantes entre si, ante a impossibilidade de conhecerem todas as normas existentes”. DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 111.

<sup>54</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 96/97; BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, p. 204/210; BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 124 e seguintes.

*posterior derogat priori*”, conforme a qual entre duas normas incompatíveis prevalece a posterior; (b) *hierárquico*: seu axioma base é “*lex superior derogat inferiori*”. Por este critério, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior; no confronto entre inferior *versus* superior, a solução reside na maior ou na menor força de seu poder normativo e (c) *especialidade*: sua proposição jurídica em latim é “*lex specialis derogat generali*”, ou seja, a norma especial prevalece sobre a geral.

É importante também, a diferenciação juspositivista entre as denominadas antinomias jurídicas próprias em oposição às antinomias jurídicas impróprias. Adaptando seu conceito aos imperativos normativos neocosntitucionalistas, são consideradas próprias aquelas antinomias que ocorrem entre regras jurídicas. Sua resolução dá-se por meio da exclusão de uma das regras do ordenamento, sempre respeitando critérios e metacritérios previstos pelo sistema jurídico. Antinomias jurídicas impróprias, por seu turno, ocorrem quando são colidentes os princípios, em situação de oposição entre princípios.

Ao inverso das antinomias jurídicas próprias, nas quais o conflito reside do campo da validade normativa, no caso das antinomias jurídicas impróprias a solução é diversa, ou seja, não resulta a eliminação de uma das normas em contenda. Nos casos de antinomias impróprias, conforme essa nova vertente jurídica, a resolução se dá por meio da adoção de uma ponderação entre os bens protegidos por uma e outra norma.

A ponderação é, então, “a atividade pela qual se avaliam não apenas enunciados normativos ou normas, mas todas as razões e argumentos relevantes para o discurso, ainda que de outra natureza (argumentos morais, políticos, econômicos etc.).<sup>55</sup> Trata-se de um instrumento útil à aplicação das normas em conflito na perspectiva neoconstitucional, especialmente dos princípios, mas não exclui o uso dos critérios tradicionais para solução de antinomias.

---

<sup>55</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 27.

Dois ou mais dispositivos legais abertos, com edição ao mesmo tempo, dispostos em mesma hierarquia, sem qualquer relação de generalidade/especialidade entre si, quando entram em rota de colisão, exigem o uso da ponderação. Em uma decisão judicial que, por exemplo, demande a opção por uma norma, quando há viabilidade de aplicação de várias outras normas à mesma situação fática, indicando resultados diferentes, o juiz deverá optar, de acordo com sua convicção, pela norma mais adequada, ou seja, aquela que indica o melhor resultado.

A abrangência das normas principiológicas e as variáveis possibilidades fáticas de sua aplicação permitem a vulnerabilidade do Direito frente às transformações sociais e também ao pluralismo social, de modo que as previsões legais são sempre atualizáveis. Esta é a grande vantagem da estrutura normativa neoconstitucional. Pelo fato de a norma contar com essas características é que o uso da ponderação se torna imprescindível, inevitável. A uma ordem jurídica maleável, torna-se inaplicável um método estanque de interpretação e aplicação do Direito.

A abertura dos sistemas normativos, em diversos países – especialmente os sistemas constitucionais, já que as Constituições consagram os valores máximos em relação à dignidade humana, possibilitando adequação ao pluralismo – trouxe consigo, então, e também como característica do neoconstitucionalismo, a técnica da ponderação de valores. Malgrado as vantagens oferecidas pela técnica à estrutura normativa neoconstitucional e também o reconhecimento de sua imprescindibilidade, ainda muitas críticas são direcionadas à ponderação.

Entre os argumentos que se propõem a demonstrar as incongruências da técnica, figura intensamente o grau de subjetivismo das decisões judiciais. Não existem, senão em construção doutrinária e jurisprudencial, parâmetros racionais que direcionem a escolha do juiz em relação a um ou outro bem jurídico em jogo. Muitas propostas têm sido construídas para balizar a ponderação, não de modo estanque, mas como meio de orientação e

direcionamento das decisões judiciais. Se a ponderação busca o equilíbrio, então é possível que haja o estabelecimento de determinados padrões.

Inúmeras conseqüências negativas são apontadas como decorrentes desta ampla liberdade judicial, entre elas: a usurpação das funções dos poderes, através da confusão entre as funções legislativa e judiciária; insegurança jurídica, posto que a imparcialidade do juiz tem sido colocada em xeque há algum tempo, entre outros, gerando decisões recheadas de voluntarismo e incontrolláveis.

Impossibilidade de colher da Constituição parâmetros materiais susceptíveis de balizar objectivamente o recurso ao método, subjectivismo, intuição e arbitrariedade, transferência ilegítima de poderes do legislador para o juiz com substituição da reserva da lei pela reserva de sentença, dissolução dos controlos típicos de Estado de Direito, corrosão da força normativa da Constituição, nivelação e indiferenciação dos direitos fundamentais, tirania dos valores e fórmula vazia, de tudo a ponderação de bens no domínio dos direitos fundamentais tem sido, e com argumentos de peso, acusada.<sup>56</sup>

Em especial, a grande preocupação, mesmo pela atualidade do tema, diz respeito à restrição de direitos fundamentais da esfera individual quando uma decisão judicial opta por um e não outro direito fundamental em jogo. Em alguns países, e também no Brasil, os direitos fundamentais são preceitos com elevada carga valorativa, previstos, em sua maioria, na Constituição, fato que lhes confere superioridade hierárquica, não entre si<sup>57</sup>, mas em relação às normas infraconstitucionais e ainda, estruturam-se como imperativos principiológicos. Assim, e explanar-se-á esta abordagem nos itens subseqüentes. Os direitos fundamentais, enquanto normas dotadas destas características estão, naturalmente, em constante colisão, nas mais variadas situações fáticas.

---

<sup>56</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 640.

<sup>57</sup> “O princípio da unidade hierárquico-normativa [da Constituição] significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional. (...) o princípio da unidade da constituição é uma exigência da ‘coerência narrativa’ do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juizes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as ‘lerem’ e ‘compreenderem’, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça.” CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1109.

Em sede de neoconstitucionalismo, considerando a posição estrutural e axiológica dos direitos fundamentais, tanto a ponderação é inevitável, como são imprescindíveis diretrizes de orientação à atividade judicial ponderativa. Não se trata de estabelecer critérios imutáveis, – porque aí, as próprias raízes neoconstitucionais desfalecem – mas da adoção de um método, um procedimento racional acerca do exercício da opção pelo melhor resultado prático.

### 1.2.2. Algumas propostas de parâmetros à ponderação

Ao se tratar do estabelecimento de critérios materiais que servem como parâmetros para o exercício da ponderação, algumas conclusões são inarredáveis. Uma delas é que se trata de uma técnica de aplicação do Direito que naturalmente segue três etapas<sup>58</sup>: a *primeira*, refere-se à identificação dos elementos normativos incidentes no caso concreto, dos argumentos pertinentes e passíveis de aplicação e dos possíveis resultados. Na *segunda* etapa, o juiz faz a conjugação das conclusões da primeira etapa com a situação concreta que lhe é apresentada; os autores indicam que esta é a fase puramente ponderativa, em que leva-se em consideração o senso comum, a história, cultura e crenças da comunidade em que se atua. Como *terceira* e última etapa, profere a sua decisão com base nos argumentos e conclusões obtidas nas etapas anteriores.

As duas primeiras etapas podem, sob um aspecto teórico, ser caracterizadas como ponderação em abstrato e ponderação em concreto, sucessivamente. No primeiro caso, significa que as possíveis soluções a conflitos normativos partem de situações hipotéticas, vagas, sem qualquer conexão com a vida real. Na segunda etapa, que pode ser caracterizada como a ponderação em concreto, a incidência das hipóteses pré-estabelecidas dependerá das circunstâncias particulares de cada caso concreto; por isso diz-se que a ponderação é um método que depende essencialmente do caso concreto.

Para a ponderação em abstrato, é possível estabelecer alguns parâmetros gerais, que servem como orientação estabelecida previamente à

---

<sup>58</sup> Sobre as três etapas: Ávila, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 79 e seguintes; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, p. 91 e seguintes.

ponderação em concreto. Deste modo, em que pese a permanência da subjetividade judicial – repita-se, imprescindível à manutenção do sistema constitucional contemporâneo – tratam-se de critérios que orientam a atividade jurisdicional. À ponderação em concreto, resta a exigência de um critério de proporcionalidade.

*a) À ponderação em abstrato, alguns parâmetros gerais*

*a.1.) A preferência das regras aos princípios e a preferência das normas que realizam diretamente Direitos Fundamentais*

O estabelecimento de padrões à ponderação em abstrato não pretende ser eles rígido, imutável, mas sim, a fixação de preferência na opção do intérprete por um ponto de partida com seqüência à ponderação em concreto. Neste sentido é que a autora Ana Paula de Barcellos propõe duas dimensões limítrofes à atividade judicial ponderativa:

- (i) em uma situação de ponderação, as regras (constitucionais e infraconstitucionais) devem ter preferência sobre os princípios constitucionais; e (ii) os enunciados que atribuem direitos fundamentais aos indivíduos devem ter preferência sobre as demais disposições que com eles por acaso se choquem.<sup>59</sup>

A preferência das regras em relação aos princípios é conclusão decorrente da própria estrutura normativa que vige nos sistemas constitucionais contemporâneos. As regras estabelecem condutas específicas; têm por objetivo um determinado comportamento humano no sentido indicado no texto. Os princípios visam à concretização de valores, indicam estados ideais, mas não indicam quais ações devem ser praticadas para que este fim seja atingido.

Se a ordem jurídica estabelece determinadas condutas específicas como necessárias à manutenção da organização social, as regras, por se tratarem de imperativos específicos, sobrepõem-se aos princípios, que são normas abertas. Regras aplicam-se sob o raciocínio *tudo ou nada*: se incidem na situação fática, de pronto devem ser aplicadas.

---

<sup>59</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional*. In: BARROSO, Luiz Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 67.

Além disso, os princípios, por sua generalidade, são passíveis de aplicação a uma grande gama de situações. Havendo precedência dos princípios sobre as regras, estas acabariam desnecessárias, teríamos um ordenamento composto quase unicamente por princípios. E sabe-se que um sistema jurídico harmônico depende do equilíbrio entre a justiça que poder ser conferida pelos princípios e a segurança típica das regras. Segundo Canotilho,

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um ‘sistema de segurança’, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. (...) O modelo ou sistema baseado exclusivamente em princípios levar-nos-ia a conseqüências também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflituantes, a dependência do ‘possível’ fáctico e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema.<sup>60</sup>

Relativamente ao caráter preferencial das normas que descrevem direitos fundamentais, é possível afirmar que este parâmetro decorre da superioridade axiológica adquirida pelos direitos desta natureza no cenário neoconstitucional. É comum, na doutrina, a indicação de que os direitos fundamentais ocupam o centro do sistema. São eles que realizam valores relacionados à dignidade humana. Neste sentido:

...verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.<sup>61</sup>

Se os direitos fundamentais guardam em sua essência, atualmente, a viabilização da dignidade humana, não podem ser afastados quando conflitarem

<sup>60</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1085.

<sup>61</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 84.



com outras normas. A superioridade axiológica dos direitos fundamentais e a construção de teorias que buscam a sua validação material – a exemplo do Garantismo Jurídico (Ferrajoli)<sup>62</sup> – justificam a preferência que têm as normas desta natureza em conflito com outras normas.

*a.2.) O estabelecimento de precedências ou prioridades ‘prima facie’ (Robert Alexy)*

As críticas metodológicas de Alexy ao modelo dual de regras e princípios podem ser traduzidas como o entendimento de que as decisões judiciais poderiam ser sempre justificadas com base nos princípios. Como consequência, o argumento referente à clausura das decisões restaria afastado. Ademais, o sistema de dois níveis, em que pese apresentar vantagens sobre o de sistema de regras, é um sistema aberto em que o conteúdo das normas principiológicas é vago; assim, não há possibilidade de precisão de apenas uma resposta, uma decisão correta.

Alexy leciona que essa objeção poderia ser eliminada se fosse possível estabelecer o que ele chama de “*ordem dura ou firme*”, isto é, uma ordem dos princípios ou uma ordem dos valores controláveis, que em cada caso conduzisse exatamente a um resultado. Entretanto, as discussões já demonstraram que um sistema de relações fixas e hierarquizados não seria realizável ou factível diante do problema da medição dos pesos e das intensidades de realização dos valores ou dos princípios. Ainda, ao estabelecer uma ordem dura de princípios, volveriam os mesmo problemas juspositivos:

A idéia de ordem de valores constitucional, se realizável, permitiria uma solução das colisões que envolvessem os direitos fundamentais, já não segundo os critérios subjectivos pessoais do julgador, mas baseada em padrões constitucionais objectivos. Segundo esta proposta, a Constituição não se limitaria a ser um conglomerado de regras e princípios, antes instituindo uma ordenação auto-suficiente e racionalmente apreensível dos bens constitucionais que pré-determinaria, se bem que não

---

<sup>62</sup> “Com efeito, a Teoria Geral do Garantismo Jurídico, entendida como modelo de Direito está baseada no respeito à dignidade da pessoa humana e seus Direitos Fundamentais com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais...” MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal e Bricolage de Significantes*, p. 86.

mecanicamente, a solução de eventuais colisões segundo procedimentos quase-subsuntivos.<sup>63</sup>

Apesar disso, Alexy admite ser possível a instauração de uma “*ordem débil*” fundada em três elementos: (a) um sistema de condições de precedência; (b) um sistema de estrutura de ponderação e (c) um sistema de precedência *prima facie*.

Acerca das condições de precedência, tem-se que: “*As condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o pressuposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente*”. Esse raciocínio possibilita a adaptação, em cada caso concreto, de novas combinações de características que devem ser avaliadas. Continua aberta a possibilidade de se chegar a decisões diferentes entre situações diversas, mesmo porque os princípios são mandados de otimização; aliás, a otimização dos princípios é uma marca da dissensão entre Dworkin e Alexy .

Alexy, ao contrário de Dworkin, que inclui em seu conceito de princípios apenas os direitos fundamentais individuais, propõe um conceito mais elástico dos princípios, albergando neste também os bens coletivos, nunca desconsiderando seu caráter de mandato otimizado, ou seja, de que sua realização deve ocorrer na maior medida possível.

O sistema de precedências *prima facie* caracteriza-se pela ausência de determinações definitivas; ainda assim, oferece cargas de argumentação. Dessa maneira, “*criam uma certa ordem no âmbito dos princípios*”. A determinação da relação de precedência é a indicação de condições pelas quais, em uma determinada situação fática, um princípio precede o outro. Trata-se da formação de uma estrutura de ponderação, isso significa a construção dos alicerces sobre os quais poderá ser exercido o trabalho intelectual da ponderação.

Da estruturação à intelecção ponderativa: eis a passagem da primeira para a segunda etapa procedimental do raciocínio judicial diante de uma

---

<sup>63</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 640.

colisão principiológica. É relevante salientar que a operação concreta da ponderação demanda o uso da proporcionalidade, um artifício hermenêutico maleável e ao mesmo tempo racional.<sup>64</sup>

*b) Para a ponderação em concreto, a proporcionalidade*

Proporcionalidade significa equilíbrio, uma relação de harmonia entre dois ou mais objetos. Em análise jurídica, percebe-se que, *lato sensu*, a proporcionalidade ultrapassa essa idéia, já que incorpora ainda “*considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para proteção de um determinado direito*”.<sup>65</sup> No quadro do constitucionalismo contemporâneo, a proporcionalidade guarda estreitas relações com a ponderação, já que segundo Willis Santiago Guerra:

...resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um ‘princípio dos princípios’, o ‘princípio da proporcionalidade’, também denominado de ‘mandamento da proibição de excesso’, que determina a busca de uma ‘solução de compromisso’, na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu ‘núcleo essencial.’<sup>66</sup>

O emprego da proporcionalidade dispõe ao intérprete diversos caminhos; o mais adequado é aquele que utiliza todos os meios necessários à obtenção do melhor resultado. Trata-se de uma escolha, de uma opção. O que se estabelece é que esta escolha deverá ser pautada pelos seguintes elementos: adequação, necessidade e razoabilidade<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Para as finalidades neoconstitucionais, a assunção da proporcionalidade pelo Direito Constitucional passou a contribuir “*notavelmente para conciliar o direito formal com o direito material em ordem a prover exigências de transformações sociais extremamente velozes, e doutra parte juridicamente incontroláveis caso faltasse a presteza do novo axioma constitucional.*” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 398-399.

<sup>65</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, p. 71.

<sup>66</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 61-63.

<sup>67</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 22.

Explica-se. De acordo com o princípio da *adequação*, o meio escolhido deve revelar conformidade e maior utilidade ao fim desejado em relação aos outros disponíveis; por questão de *necessidade*, deve ser o meio menos gravoso aos bens e valores constitucionalmente protegidos, que por ventura colidam com aquele consagrado na norma interpretada, no caso desta pesquisa. Finalmente, esta técnica deverá respeitar a proporcionalidade em sentido estrito – *razoabilidade* – o meio deve revelar-se, de um lado, o mais vantajoso na realização dos valores tutelados, e do outro, gerar o mínimo de desrespeito de outros princípios cruzados.

Conclusão evidente da adoção do modelo de três níveis de Alexy, ou seja, regras, princípios e procedimento, é a idéia de que a Constituição adquire um novo sentido, ou seja, passa a ser encarada como “*um texto normativo-positivo, contendo normas que possuem densidade e abertura variadas pela natureza dos conteúdos que veiculam*”<sup>68</sup>. Ainda, sobre a função da proporcionalidade enquanto critério de ponderação:

...restringir abusos de toda espécie. Dessa maneira, não se pode, invocando-o, coibir abusos ou excessos esgrimindo com mais abusos ou excessos. Indubitavelmente, não se devem combater desproporcionalidades com outras maiores. Com efeito, o princípio da proporcionalidade quer dizer finalística e essencialmente isto: temos de fazer concordar os valores jurídicos e, quando um tiver que preponderar sobre o outro, mister salvaguardar, ao máximo, aquele que restou relativizado. (...) Faz-se, por conseguinte, merecedora de elogios a Carta que abriga valores ou princípios, à primeira vista, contraditórios. Quer me parecer, com efeito, que uma Constituição democrática forçosamente precisa apresentar tensão interna congênita, sob pena de não traduzir, de modo legítimo e sem permanente legitimação, os multifacéticos anseios alojados no corpo e na alma da sociedade, suscitando ou impondo o permanente trabalho interpretativo de compatibilização e de dação de vida organizada às prescrições fragmentárias.<sup>69</sup>

É possível afirmar, ainda que através da proporcionalidade, é possível a operação de concordância prática. Concordância prática significa a realização máxima possível dos preceitos normativos em colisão. Trata-se de um exercício de argumentação que, na seara judicial, pode ser compreendida como o

<sup>68</sup> STUMM. Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 37.

<sup>69</sup> FREITAS, Juarez. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Vol. 34. Curitiba: Editora Síntese, 2000, p. 65.

resultado buscado por uma decisão judicial que, sempre dentro dos limites da possibilidade, confira a cada um dos titulares dos direitos conflitantes o máximo exercício desses, sem exclusão de um pelo outro.

...dado o idêntico peso constitucional dos bens em colisão, aquilo que há a fazer não é proceder à respectiva ponderação para chegar a uma decisão de preferência, mas sim, procurar a relação otimizada de todos eles através do estabelecimento de uma concordância prática entre os princípios em oposição.<sup>70</sup>

Proporcionalidade e concordância prática: relativamente à colisões principais e ponderação, são temas de exaustiva abordagem. Nesta pesquisa, basta não se olvidar que são padrões para exercício de ponderação em concreto. A partir das premissas obtidas na ponderação em abstrato, vislumbra-se a necessidade de conformação entre os preceitos normativos conflitantes e o melhor resultado, o que significa a consequência prática em que se verifique o implemento de valores de justiça e ética.

---

<sup>70</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 685.

## Capítulo 2

### DIREITOS FUNDAMENTAIS E AUTONOMIA PRIVADA: Perspectiva Neoconstitucional

#### 2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E NEOCONSTITUCIONALISMO

A compreensão do enlace dos direitos fundamentais com a autonomia privada pressupõe uma abordagem do desenvolvimento, conteúdo, posição estrutural e interpretação dos direitos fundamentais. E pretender dissertar acerca dos direitos fundamentais é uma atividade, no mínimo, audaciosa, para não dizer perigosa ou espinhosa. Não é o intuito deste trabalho desenvolver uma pesquisa completa sobre as transformações históricas desta espécie de direitos.

Entretanto, para conseguir o desfecho dos objetivos elencados na introdução, faz-se imprescindível a menção a alguns aspectos marcantes do longo período histórico que representou o desenvolvimento dos direitos fundamentais, essenciais, inerentes à condição humana, remontando, inclusive, ao tempo em que o amor, a liberdade, conhecimento e justiça representaram o foco principal das pretensões à explicação do homem pelo homem.

São as aspirações individuais relativas ao reconhecimento e garantia dos direitos relacionados à dignidade, que, em conjunto e em constante desenvolvimento, determinam mutações paradigmáticas no Direito. Da justiça à segurança, hodiernamente, o desafio dos juristas é a construção de um modelo de Direito capaz de, em nome da supremacia constitucional e através da hermenêutica, permitir o pleno exercício dos direitos fundamentais por seus titulares.

##### *2.1.1. Desenvolvimento histórico dos Direitos Fundamentais: breve retrospecto<sup>71</sup>*

###### *a) Da Antiguidade à Idade Média: a construção*

---

<sup>71</sup> As informações trazidas para o desenvolvimento deste item foram extraídas do estudo desenvolvido nas obras ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003 e COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 3ª. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

Entre todas as lições que se apreenderam até hoje pela humanidade, a mais bela de todas, é sem medo de errar, o reconhecimento de que o ser humano, em que pese diferenças individuais e culturais é, peculiarmente, a classe de ser vivo marcada pela igualdade em relação à sua essência, à sua dignidade. Ora, mas em que consiste a dignidade humana? Todas as respostas construídas para responder esta questão representam um entendimento necessário ao estudo sobre direitos fundamentais, seja na seara mitológica, filosófica ou científica.

A mitologia, especialmente entre os gregos, na seara aqui trabalhada, representa um conjunto de crenças populares acerca do direito e da justiça, atribui a estas categorias características diferentes das que atribuímos atualmente. A justiça, em caráter mitológico, é um atributo inatingível ao ser humano, decorre da vontade de uma autoridade divina – Zeus – que indica ao rei o modo de agir para a prosperidade do seu povo. O rei é um ser enviado por um deus à terra para exercer sua vontade sobre o povo e por isso merece respeito e obediência. A mitologia toma o direito e justiça como mágica, ou seja, são caracteres inexplicáveis, apenas a fé nas criaturas divinas e na existência de elementos imutáveis no mundo é aceita. A mágica, para essa crença, se confunde com o poder de administração do rei.

Tempo de Homero e Hesíodo, em torno dos séculos VIII e VII a.C., é este em que não interessa qual seja a vontade de Zeus, desde que seja cumprida, é considerada justa. Zeus tinha o poder de indicar ao rei a distribuição de prosperidade: mais àqueles que proferem julgamentos corretos e menos aos que julgam de forma incorreta. A mitologia é, assim, a gênese do pensamento filosófico no tocante à crença de que as leis humanas são fruto do destino, emanadas de uma lei universal, e não meramente arbitrárias como se apresentam.

Os séculos seguintes foram marcados pelo desenvolvimento das culturas, o domínio da arte, da literatura, filosofia e ciência. Não satisfazem mais as explicações mágico-religiosas, despidas do caráter racional que identifica o ser humano. A racionalidade passa, então, a compor a sabedoria grega, sendo ponto de

partida à reflexão do homem pelo próprio homem. A essência absoluta de existência das coisas cede espaço à percepção relativa e individual de cada ser humano através dos seus sentidos.

A razão, tida como uma faculdade própria do homem, que o distingue dos animais, é considerada um “referencial de orientação do homem em todos os campos em que seja possível a indagação ou investigação”.<sup>72</sup> O direito é então considerado produto do homem, é de caráter enganoso a atribuição de divindade às leis, afinal, são elas a solidificação do arbítrio dos governantes, que em nome do seu proveito e interesse, ditam as características daquilo que é justo.

O reconhecimento de que as leis são impostas através da força, gera como conseqüência uma revolta causada pela fixação de uma ideologia que apresentava a diferença e contraposição entre a justiça da lei, do homem, e da justiça natural, que impõe leis necessárias, próprias da natureza humana. Nasce, então, toda idéia de Direito Natural em contraposição ao direito posto pelo ser humano com objetivo de domínio sobre a Terra, com o uso dos elementos culturais de que dispõe, sempre em nome da satisfação de seus interesses. Ross retrata a crítica sofista às instituições sociais existentes através da seguinte afirmação:

As leis humanas são a corporificação do poder arbitrário dos governantes. Todo governante produz leis que lhes são proveitosas e chama de justo aquilo que serve aos seus próprios interesses. A doutrina da justiça imanente às leis não passa de uma capa astuciosa que encobre o predomínio da força.<sup>73</sup>

Em seqüência histórica, tem-se Platão e Aristóteles como os filósofos responsáveis pela reconstrução da fé no caráter absoluto e eterno das coisas e este período representou a transição das crenças mitológicas para a metafísica<sup>74</sup> que, em tempo, essencialmente possuem a mesma origem, mas

<sup>72</sup> ABBGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 824.

<sup>73</sup> ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, p. 275.

<sup>74</sup> “Ciência primeira, por ter como objeto o objeto de todas as outras ciências, e como princípio um princípio que condiciona a validade de todos os outros. Por esta pretensão de prioridade (que a define), a metafísica pressupõe uma situação cultural determinada, em que o saber já se organizou e dividiu em diversas ciências, relativamente independentes e capazes de exigir a determinação de suas inter-relações e sua integração com base num fundamento comum. Essa era precisamente a situação que se verificava em Atenas em meados do século IV a.C. graças à obra de Platão e seus discípulos, que contribuíram poderosamente para o desenvolvimento da matemática, da física e da política.” ABBGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 660/661.



contornados de maneira diversa: a metafísica adaptou a credibilidade na natureza à racionalidade humana.

Os romanos, sob a regência da filosofia estoíca<sup>75</sup>, também pregaram ideais de coexistência social livre e igualitária. A liberdade consignada na harmonia entre natureza e razão: o homem deve ser livre e independente para viver moralmente. De outro aspecto, quando os homens são todos livres para tanto, são também iguais perante Deus. Então é que se observa a distinção dos romanos, que retrata a resignação à filosofia grega, entre *jus naturae* e o *jus civile*, sendo o segundo expressão racional do primeiro.

A análise da noção acerca da razão humana segue sua construção com ares ao cristianismo. Através de Tomás de Aquino, especialmente, a concepção cristã de distinção entre corpo e alma representa um legado da proposição aristotélica das facetas sensual e racional do ser humano. Eis o momento de reconhecimento da supremacia do Direito Natural sobre o direito dos homens, sendo seu pressuposto de validade.

Santo Tomás procurou realizar a grande síntese entre a cultura pagã antiga (a 'razão aristotélica') e os ensinamentos e os dogmas da Igreja Católica (a teologia cristã da 'revelação' e da 'fé').<sup>76</sup>

E assim é que se forma a base, essencialmente filosófica, do esplendor dos sistemas de Direito Natural, marcado pela disseminação dos ideais iluministas na seara econômica, política e jurídica nos séculos XVII e XVIII. Inspiração das revoluções liberais, o iluminismo foi representado por grandes nomes, entre eles, John Locke e Emmanuel Kant, responsáveis na elaboração de um Direito Natural não teológico, mas com assento na natureza humana.

#### *b) Da Idade Média aos dias atuais: os ideais*

---

<sup>75</sup> “Uma das grandes escolas filosóficas do período helenista, assim chamado pelo pórtico pintado (Stoá Poikíle) onde foi fundada, por volta de 300 a.C., por Zenão de Cício (...) o estoicismo compartilhou a afirmação do primado da questão moral sobre as teorias e o conceito de filosofia como vida contemplativa acima das ocupações, das preocupações e das emoções da vida comum.” ABBGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 375.

<sup>76</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *O pensamento político medieval: Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino*. In: WOLKMER, Antonio Carlos (org.) *Introdução à História do Pensamento Político*, p. 52.

A opressão governamental e os privilégios do sistema feudal e da sociedade de castas da Idade Média na Europa foram o combustível do anseio pelo reconhecimento da liberdade individual. Para tanto, ao Estado, que muitas vezes se confundia com o governante, foram necessárias limitações de intervenção na propriedade privada e nas relações contratuais. As vantagens direcionadas às classes sociais nobres deveriam ser abolidas em nome da preservação dos direitos naturais de liberdade e igualdade.

A ascensão do jusnaturalismo neste período ocorreu por conta da larga disseminação dos seus ideais, tendo em vista o desejo libertário de uma grande massa popular reprimida pela autoridade arbitrária dos governantes. A necessidade de centralização política na Idade Média foi o foco da construção de teorias que justificavam o absolutismo, entre elas, a propugnada por Maquiavel em “*O Príncipe*”, segundo o qual pela a manutenção do rei no poder, eram válidos todos os meios necessários para tanto.

O iluminismo foi um movimento intelectual assentado na filosofia jusnaturalista que se expandiu na Europa no século XVIII, pregando, pois, que a sociedade é uma reunião voluntária de pessoas e, assim, torna-se relevante a preservação da liberdade individual, capaz de assegurar a igualdade entre os cidadãos. Verifica-se, assim, uma reação à opressão monárquica da época, interventora nas relações particulares e responsável pela concessão desigual de privilégios entre as classes sociais, tudo em nome da consolidação do poder capaz de organizar a sociedade.

Nunca ninguém deixou de reconhecer no povo francês, empobrecido e escravizado pelos Bourbons, o direito de reação e de reivindicação; porém nunca se deixou profligar aqueles excessos e aquelas crueldades praticadas em nome da lei e da justiça.<sup>77</sup>

Não apenas na Europa o iluminismo refletiu suas luzes. Todo processo de independência dos Estados Unidos foi marcado pela concretização de valores liberais. Dentre as treze colônias norte americanas sob a égide da metrópole inglesa, as localizadas no sul, produtoras agrícolas, poderiam conferir mais

---

<sup>77</sup> ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*, p. 171.

vantagens econômicas à Inglaterra, porque ao norte, o clima era semelhante ao da Europa, dificultando a produção complementar.

Assim é que as colônias do norte passaram a desenvolver-se de tal modo a ultrapassar as produções inglesas e este fato possibilitou a atribuição de peculiaridades a esta região, capazes de identificá-la como tendente à independência. Nas declarações assinadas em nome do povo das colônias do norte, o que se verificava era a identificação, para eles, entre liberdade política e liberdade metafísica. Sobre este estandarte é que os colonos, com o reconhecimento da liberdade e, assim, praticamente independentes, reagiram contra todas as tentativas de intervenção inglesa para boicote do desenvolvimento colonial, como por exemplo, o aumento das taxas do açúcar (*Sugar Act* - 1764) e do selo (*Stamp Act* - 1765).

Diante de todos estes conflitos é que floresce entre as colônias da América um “*sentimento anti inglês*”<sup>78</sup>, uma crença em um governo independente, gerada pela revolta dos americanos formados nas bases iluministas, questionando o fato de não serem aplicados às colônias os valores de igualdade bradados na Inglaterra, consignados inclusive no *Bill of Rights*.

Em 1775 é que o povo da Virgínia, através de seus representantes, apresenta a “Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia”, um marco de concretização formal dos indicativos iluministas de liberdade e igualdade, redigidos já no primeiro Artigo:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.<sup>79</sup>

No ano seguinte, todas as colônias americanas, por representação de seu povo, reúnem-se na Filadélfia e com redação de Thomas Jefferson, promulgam a “Declaração de Independência”, contida por ideais essencialmente iluministas: igualdade, liberdade e busca de felicidade. Na seqüência, pela

---

<sup>78</sup> CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito. Geral e Brasil*, p. 229.

<sup>79</sup> Artigo 1º. da Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia.

manutenção da união das colônias sem prejuízo da autonomia conquistada, foi elaborada a Constituição americana (1787), que determinou as bases da união e a forma de governo dos Estados Unidos.

Na Europa, no ano de 1789, eclodiu a Revolução Francesa, em que o iluminismo inspirou o processo de conquista de poder político pelos burgueses. Ao dominar a economia francesa, os burgueses - proprietários e contratantes - imbuídos pela necessidade de proteção ante o despotismo estatal, proclamaram a proteção dos direitos individuais na “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”.<sup>80</sup>

Tratava-se da disseminação do paradigma liberal, em que o Estado absolutista era adversário da liberdade individual. Deste modo, a garantia de preservação dos valores de dignidade humana só poderia ocorrer se houvesse uma reeducação do poder estatal, devendo ser dividido em funções - executiva, legislativa e judiciária<sup>81</sup> - e com intervenção nas relações humanas somente para garantia de preservação dos valores necessários à condição humana, em uma atuação negativa frente aos direitos chamados de primeira geração ou direitos de liberdade.

A conquista de limitação do poder estatal, capaz de garantir o prestígio da igualdade formal, da liberdade individual, especialmente em relação à preservação dos valores inerentes ao direito de propriedade, representou o combustível para o desenvolvimento do regime econômico capitalista. Estas, aliás, foram características marcantes do chamado constitucionalismo liberal, afinal, as Constituições eram os documentos que guardavam os valores conquistados.

Neste contexto histórico, do crescimento das atividades mercantis e industriais, verifica-se o nascimento de uma superação ideológica: a passagem do

---

<sup>80</sup> “...a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tornou-se uma fonte inspiradora dos direitos universais e muitas das constituições que repetiram seus principais postulados não representam senão o sentir de cada povo, despertado para a fixação nacional de normas que, em verdade, constituem um patrimônio da humanidade.” ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*, p. 187.

<sup>81</sup> A teoria da separação dos poderes foi capitaneada por Montesquieu e justificada em suas explicações sobre o que denominou de ‘governo moderado’: “Um governo moderado poderá, se o quiser e sem se arriscar, afrouxar suas molas, pois se mantém em virtude de suas leis e por sua própria força.” MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*, p. 40.

liberalismo para o socialismo. É responsável por esta transição uma necessidade inculcada no seio social, no início do século XX, de maior intervenção estatal para a garantia de determinadas condições mínimas ao desfrute das conquistas liberais.

Impõe-se, para tanto, uma nova geração de direitos fundamentais: os direitos sociais. Caracteriza-se o Estado do Bem Estar Social, considerado necessário à preservação da lógica capitalista, uma vez que o Estado passa a disciplinar as forças existentes no mercado. O bem estar do cidadão foi concretizado através da legislação de normas relativas à economia e ao trabalho, direitos relacionados à promoção da justiça distributiva.

Gisele Citadino explicita que a recusa ao constitucionalismo liberal, marcado pela defesa do individualismo racional, consubstancia-se em um constitucionalismo comunitário, que prioriza os valores de igualdade e dignidade humana. Para a autora, *“implementar justiça distributiva é o objetivo fundamental do constitucionalismo comunitário.”*<sup>82</sup>

Malgrado o reconhecimento dos direitos sociais represente a concretização legal dos anseios na época, a atuação positiva do Estado na vida do cidadão é obstaculizada pela escassez de recursos materiais essenciais à efetivação das pretensões sociais. Diante desta situação é que as normas definidoras de direitos sociais ganham o rótulo da programaticidade<sup>83</sup>, necessitando, pois, da edição de normas infraconstitucionais para regulamentação de seu conteúdo.

As normas programáticas<sup>84</sup> tornam-se representantes de um descrédito na eficácia do direito. O fato de registrarem meras diretrizes ao legislador

---

<sup>82</sup> CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, p. 15 e p. 73.

<sup>83</sup> Sobre os níveis de eficácia das normas constitucionais, SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

<sup>84</sup> Normas programáticas *“são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os poderes públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.”* MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. Apud BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 119. Atualmente compreende-se que *“às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes da constituição.”* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria Constitucional*, p. 1102.

não satisfaz o desalento social, não concretiza resultados efetivamente positivos à desventura da população. Este é, então, o terreno fértil ao desenvolvimento, na teoria do direito, de novas técnicas de interpretação das normas, especialmente constitucionais, capazes de realizar a concretização dos direitos fundamentais.

Se em determinados períodos históricos a humanidade vivenciou a luta e conquista pela afirmação dos direitos fundamentais, hodiernamente o desafio que se encerra, é a criação e manipulação de mecanismos capazes de fazer valer estes direitos.

### *2.1.2. Posição estrutural e interpretação dos Direitos Fundamentais no sistema constitucional brasileiro sob a perspectiva neoconstitucional*

O estudo dos aspectos históricos concernentes aos direitos fundamentais é imprescindível à compreensão do tema<sup>85</sup>. Por constituírem-se em aspirações do homem enquanto ser vivo racional, relativas à dignidade da pessoa, os direitos fundamentais se transformam ao longo do tempo, assumindo uma característica multifacetada. Isto significa que, em cada período histórico, essa classe de direitos ocupa um diferente posicionamento na seara jurídica, assumindo atributos diversos, em consonância com as perspectivas humanas então vigentes.

Tomando como base a análise dos direitos fundamentais enquanto direitos positivados em uma ordem constitucional, vale salientar que: é o fato de os direitos considerados naturais serem incorporados em uma ordem jurídica, sofrendo a incidência de atuação do Estado, mais ou menos intensiva, estando, portanto, consignados em lei, que caracteriza a positivação dos direitos fundamentais.

---

<sup>85</sup> Descartando a concepção jusnaturalista, José Afonso da Silva, ao apresentar algumas características dos direitos fundamentais afirma que eles “são históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se de desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito, na essência do homem ou na natureza das coisas.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 179.

A elevada carga axiológica que possuem estes direitos, herança das bases do jusnaturalismo<sup>86</sup>, traz consigo a exigência de que sua positivação esteja apta a assegurar não apenas a intervenção do Estado para garanti-los, mas que seja capaz de guardar a eles o cume hierárquico no sistema jurídico em relação a outros direitos. É por isso, então, que os direitos fundamentais integram a Constituição, que, em um sentido material, significa o corpo legislativo de um Estado que assume o conteúdo *“das determinações mais importantes, única merecedoras, segundo entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria constitucional.”*<sup>87</sup>

Incorporados à Constituição, os direitos fundamentais passam a assumir características inerentes à sua condição, então, de norma constitucional. Submetem-se ao controle de constitucionalidade, gozam de superioridade hierárquica, dependem de um processo complexo para alteração legislativa, sendo, muitas vezes um limite material de revisão e, especificamente nesta pesquisa, é de especial relevância a força normativa que adquirem. Ao integrarem o texto constitucional, os direitos fundamentais passam, de meras perspectivas esperançosas, características das grandes declarações de direitos, a ser concebidos como normas jurídicas.

Anterior à abordagem sobre as influências do neoconstitucionalismo e da nova hermenêutica constitucional nas normas definidoras de direitos fundamentais, em que se visualiza o forte aspecto material destas, faz-se necessária a compreensão estrutural – ou formal – dos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional brasileira.

Assim é que, em um primeiro momento, ao estudo dos aspectos formais dos direitos fundamentais, serve-nos de aparato dogmático o conceito juspositivista de que são fundamentais os direitos a que o legislador conferiu esta característica, ou seja, são fundamentais porque o legislador disse que o são. De

---

<sup>86</sup> “... a positivação jurídico-constitucional não ‘dissolve’ nem ‘consome’ quer o momento de ‘jusnaturalização’ quer as raízes fundamentantes dos direitos fundamentais (dignidade humana, fraternidade, igualdade, liberdade)” CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 354.

<sup>87</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional* p. 81.

outro giro, a nova hermenêutica constitucional representa um resgate dos valores éticos e morais que incidiram sobre o jusnaturalismo na construção dos direitos naturais, de modo a conciliá-los com o formalismo necessário do direito positivo. Tudo em nome da busca pela composição entre a justiça e a segurança jurídica.

*a) Posição estrutural dos direitos fundamentais na Constituição brasileira*

Inicialmente, cumpre estabelecer um acordo de linguagem para definir os termos e expressões que guardam relação com os direitos fundamentais. É divergente o tratamento doutrinário sobre o tema e muitas expressões são usadas como sinônimos de direitos fundamentais, malgrado a elas ser atribuído conteúdo próprio. É o caso de expressões como Direitos Humanos e Direitos Naturais, Direitos do Cidadão e Liberdades Públicas.

*Direitos Humanos e Direitos Naturais*, termos comumente utilizados nos tratados e declarações internacionais são aqueles considerados, por uma concepção do jusnaturalismo, inerentes ao homem. Transformam-se em *Direitos Fundamentais* ou *Liberdades Públicas* quando positivados em uma ordem jurídica que, a partir de então, no conceito de muitos doutrinadores, passa ser democrática. *Direitos do Cidadão*, por sua vez, são aqueles conferidos ao homem enquanto participante da Sociedade Civil, da qual o Estado é instrumento<sup>88</sup>.

*Liberdades Públicas*, em um conceito proposto por Nalini, “representam status negativus e impõem ao Estado uma conduta negativa”<sup>89</sup>; é um termo que se refere à historicidade dos Direitos Fundamentais, eis que a liberdade foi um dos direitos pioneiros a serem almejados pelo homem diante da opressão estatal existente nos séculos XVIII e XIX.

Considerando os direitos fundamentais como aqueles direitos inerentes ao ser humano que estão positivados na Constituição e portanto,

---

<sup>88</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça*, p. 09.

<sup>89</sup> NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*, p. 82.



reconhecidos pelo Estado como direitos essenciais, é possível afirmar que do ponto de vista formal,

... os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (unabänderliche) ou pelo menos de mudança dificultada (erschwert) a saber direitos universalmente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição.<sup>90</sup>

Não se deve olvidar que os direitos fundamentais estão especialmente vinculados à liberdade e dignidade humanas por causa da sua origem histórico-filosófica. Esses valores, desde sua concepção, representaram condições do ser humano enquanto criatura desvinculada do Estado e que, por isso, apresentam-se justamente como limites à atuação estatal. Por representarem características da criatura humana, são universais, isto é, não se distinguem os titulares desses direitos, todo ser humano pretende a liberdade e a dignidade e esta pretensão torna os homens iguais entre si.

Os direitos fundamentais, no Brasil, assumem as características<sup>91</sup> gerais propostas por estudiosos e juristas no mundo todo: são universais, recheados de valores éticos, ocupantes de posicionamento privilegiado no sistema, inalienáveis, imprescritíveis e, por seu caráter aberto, relativos. Dotados destas características, verifica-se, na seqüência, que direitos correspondentes a cada uma das gerações históricas estão presentes na Constituição do Brasil.

Lembremos que às declarações de direitos se atribui a gênese jurídica dos chamados direitos de primeira geração ou direitos de liberdade que, no final do século XIX, inauguram a previsão estatal de garantia a direitos fundamentais pelas constituições. Passo seguinte, início do século XX, verifica-se a inserção nas constituições dos direitos de segunda geração ou direitos sociais. Na seqüência, ganham status constitucional os direitos de terceira geração, direitos coletivos e, por fim, atualmente lutam por um espaço constitucional os direitos de quarta geração,

---

<sup>90</sup> BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 561.

<sup>91</sup> “Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimir-los, eram ali ‘direitos naturais, inalienáveis e sagrados’, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 562.

relativos à globalização institucional dos direitos fundamentais, a tentativa do resgate aos valores de solidariedade e fraternidade.

A composição da Constituição brasileira encontra as quatro classes de direitos acima mencionadas. Sob o título de “*Dos Direitos e Garantias Constitucionais*”, a partir do artigo 5º. o texto constitucional descreve o conteúdo e as formas de garantia dos Direitos Individuais (Capítulo I); Direitos Sociais (Capítulo II); Direitos de Nacionalidade (Capítulo III) e Direitos Políticos (Capítulo IV). Imersas especialmente neste título é que as características de cada uma das gerações de direitos encontram previsão jurídica constitucional.<sup>92</sup>

Remetendo ao neoconstitucionalismo, vale citar, ainda, a perspectiva garantista de Luigi Ferrjoli, que apresenta um conceito formal de direitos fundamentais, uma definição estrutural de que se tratam de direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos, considerando-se o seu status de pessoa<sup>93</sup>. Para ele, existem quatro categorias de direitos fundamentais: *direitos humanos*, correspondentes a todos os seres humanos de forma igualitária; *direitos públicos*, direitos reconhecidos somente aos cidadãos; *direitos civis*, direitos atribuídos a todas as pessoas capazes de exercer a autonomia privada nas relações negociais e *direitos políticos*, direitos dos cidadãos em relação à representação e democracia política.<sup>94</sup>

São diversas as classificações propostas pela doutrina aos direitos fundamentais atualmente e, em certa medida, todas elas convergem para as mesmas conclusões relativamente ao modo de interpretação destes. Neste trabalho, para análise da estrutura de direitos fundamentais no Brasil, pela profundidade da

---

<sup>92</sup> O constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho admite a previsão de direitos fundamentais por lei infraconstitucional ao apresentar a distinção entre posições jurídicas constitucionais e posições jurídicas legais: “*As primeiras são posições imediatas, derivadas da constituição, independente da lei; as segundas caracterizam-se por serem posições subjectivas, dependentes do direito legal*”.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1187. Ainda, na mesma obra, p. 382, a distinção do mesmo autor em relação a direitos fundamentais formalmente constitucionais, direitos expressamente consagrados na constituição formal e direitos fundamentais constantes das leis, mas não formalmente normados na constituição.

<sup>93</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 19.

<sup>94</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, p. 22/23.

abordagem, optou-se pelas lições do mestre português Canotilho, que apresenta uma construção com base na classificação de Robert Alexy.

Nas lições desse constitucionalista, a sistematização positiva dos direitos fundamentais comporta normas que consagram direitos subjetivos e normas que consagram deveres objetivos e, ainda, normas do tipo regra e normas do tipo princípio, caracterizadas por uma dimensão subjetiva e/ou uma dimensão objetiva.

Quer as normas garantidoras de direitos subjetivos quer as normas impositivas de obrigações objectivas ao Estado podem ter a natureza de princípio. (...) quando se fala em dimensão objectiva e dimensão subjectiva das normas consagradoras de direitos fundamentais pretende-se salientar a existência de princípios e regras consagradores de direitos subjetivos fundamentais (dimensão subjectiva) e a existência de princípios e regras meramente objectivos (dimensão objectiva).<sup>95</sup>

Explica-se. As normas consagradoras de um direito subjetivo são aquelas em que um sujeito tem direito a um determinado ato que é representado como dever de outrem em relação a esse; representa uma *relação trilateral* entre o titular, o destinatário e o objeto do direito.<sup>96</sup> Por sua vez, as normas consagradoras de um dever objetivo implicam uma relação entre indivíduo e o Estado, estabelece um dever que não encontra relação com qualquer titular concreto.

Seguindo a sorte das distinções já apresentadas entre regras e princípios, na esteira da 'teoria dos direitos fundamentais' de Alexy, Canotilho afirma a possibilidade de que os direitos fundamentais estejam previstos tanto em forma de regras como de princípios. Tanto as regras definidoras de direitos fundamentais como os princípios definidores de direitos fundamentais podem apresentar-se sob uma dimensão subjetiva – relação trilateral – como dimensão objetiva – dever do Estado perante o indivíduo.

Ainda com Canotilho, temos que a estrutura normativa de uma Constituição se delinea a partir de quatro grupos: (a) *princípios estruturantes*; (b) *princípios constitucionais gerais*; (c) *princípios constitucionais especiais* e (d) *regras*

---

<sup>95</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1176.

<sup>96</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1176.

*constitucionais*.<sup>97</sup> Os direitos fundamentais inserem-se na categoria de princípios constitucionais gerais.

Conforme abordagem anterior, é decorrência dos preceitos neoconstitucionalistas a conclusão quase unânime entre os doutrinadores constitucionalistas contemporâneos de que os princípios gerais do direito e os princípios constitucionais apresentam diferenças. A principal delas é a força normativa que os princípios constitucionais assumem quando inseridos na ordem jurídica positiva. Segundo Bonavides,

A inserção constitucional dos princípios ultrapassa, de último, a fase hermenêutica das chamadas normas programáticas. Eles operam nos textos constitucionais da segunda metade deste século uma revolução de juridicidade sem precedente nos anais do constitucionalismo. De princípios gerais se transformaram, já, em princípios constitucionais.<sup>98</sup>

Assim, na qualidade de princípios constitucionais, os direitos fundamentais assumem atualmente o caráter da normatividade. A força normativa da Constituição, propugnada por Hesse, ganha efetividade quando a nova doutrina constitucional considera normatividade aos princípios. As normas definidoras de direitos constitucionais, sejam elas regras ou princípios, abandonam o caráter programático que as acompanha desde que o juspositivismo propugnou que a aplicabilidade do direito deve cingir-se à leitura gramatical do texto normativo.

E isso porque os as normas que preceituam direitos relacionados à natureza livre e digna do ser humano devem ser essencialmente abertas às adaptações necessárias ao percurso histórico de evolução da humanidade. Dado a esta característica – a abertura normativa – é que enquanto normas programáticas não operam decisivamente sobre a realidade, a Constituição é então, um instrumento de perspectivas, nada mais. A partir da doutrina contemporânea, capitaneada especialmente por Alexy e Dworkin, a Constituição passa a ser um instrumento de realização, já que mesmo dotadas de abertura, por serem normas podem ser diretamente aplicáveis.

---

<sup>97</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1090.

<sup>98</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 259.

O estudo dos direitos fundamentais atualmente exige a preocupação com a sua eficácia, com a realização plena dos valores inseridos na Constituição. O resgate dos valores de fraternidade, universalmente almejados, demanda o desenvolvimento de pesquisas e da criação de técnicas hermenêuticas capazes de alargar a esfera de concretização dos direitos fundamentais.

*b) Interpretação das normas definidoras de direitos fundamentais sob a perspectiva neoconstitucional*

O neoconstitucionalismo representa o desenvolvimento de teorias que visam sustentar a efetividade dos direitos fundamentais, através da proposta de uma nova hermenêutica, em que esses direitos devem ser plenamente exercidos por seus titulares. Para tanto, logram caracterizar-se como normas jurídicas – imperativas e coercíveis – que ocupam a posição de princípios gerais no sistema constitucional, passíveis de aplicação em diversas situações fáticas. Fazer valer os direitos fundamentais em um maior número de situações possíveis é um meio para possibilitar a materialização da perspectiva neoconstitucional, legitimando os fins democráticos do Estado.<sup>99</sup>

A hermenêutica constitucional no Brasil, por influência das transformações paradigmáticas ocorrentes no mundo, transformou-se de modo intenso a partir dos anos cinqüenta. Estas transformações influenciam sobremaneira o modo de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. As aspirações históricas variadas, na determinação da forma de encarar esta classe de direitos, culminam hodiernamente na necessidade de concretização fática desses direitos e então, a velha hermenêutica formalista torna-se insuficiente. Bonavides encara esta mutação da seguinte forma:

Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna – separação de poderes e distribuição de competências, enquanto forma jurídica de neutralidade aparente, típica do constitucionalismo do Estado liberal – se transportou para a parte

---

<sup>99</sup> Apresentando a teoria garantista de Luigi Ferrajoli, Alexandre Morais da Rosa leciona que: “*De fato, não se pode legitimamente afrontar o constante nos direitos individuais, bem como, de outro, deve-se garantir a sua máxima extensão, sob pena de deslegitimação das instituições estatais.*” MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal e Bricolage de Significantes*, p. 87.

substantiva, de fundo e conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais da liberdade, sob a égide do Estado social.<sup>100</sup>

A nova hermenêutica eleva o conceito material da Constituição e ante a singularidade de tal documento jurídico atribui a ele uma diversidade de novos métodos interpretativos. Destacam-se, para a abordagem do tema aqui proposto, a interpretação dos preceitos infraconstitucionais à luz do conteúdo constitucional, – a chamada interpretação conforme a Constituição – o destaque conferido aos estudos do parâmetro da proporcionalidade e a concepção objetiva dos direitos fundamentais. São as características especiais de interpretação e aplicação que figuram a tão aclamada reconstrução do Direito Constitucional.

A interpretação conforme a Constituição, significa a opção, pelo intérprete/aplicador, do sentido que melhor corresponda ao conteúdo – muitas vezes axiológico – constitucional diante de várias possíveis interpretações do texto infraconstitucional. É uma conclusão decorrente da unidade do sistema jurídico e da supremacia constitucional<sup>101</sup>.

À caracterização da proporcionalidade, dedicou-se um estudo, ainda que breve em vista da vasta produção científica acerca do tema, no capítulo anterior deste trabalho. A proporcionalidade apresenta-se como instrumento imprescindível à ponderação de direitos fundamentais e/ou preceitos constitucionais em rota de colisão e assim, representa item de relevância destacada nos estudos de hermenêutica constitucional.

A concepção objetiva dos direitos fundamentais guarda estreita conexão com o caráter estrutural principiológico destes. Trata-se da conclusão dogmática de que os direitos fundamentais devem ultrapassar a barreira subjetiva da relação indivíduo-Estado, funcionando como ordem essencial de toda sociedade, em todas as relações jurídicas. É o caráter aberto da espécie normativa *princípio* que permite a irradiação dos direitos fundamentais a todo ordenamento jurídico.

---

<sup>100</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 584.

<sup>101</sup> Segundo Barroso, "... o princípio guarda suas conexões com a unidade do ordenamento jurídico e, dentro desta, com a supremacia da Constituição". BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 192.

Os direitos fundamentais, então, são normas de caráter universal, com textura aberta, fato que permite a inserção de conteúdo indeterminado e que influenciam a interpretação de textos normativos de caráter público e privado. Em estudo à interpretação dos direitos fundamentais, ao abordar a objetividade das normas desta natureza, Bonavides explica que:

Com efeito, os direitos fundamentais, ao extrapolarem aquela relação cidadão-Estado, adquirem, segundo Böckenförde, uma dimensão até então ignorada – a de norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, mas compõe a abóbada de todo o ordenamento jurídico enquanto direito constitucional de cúpula.<sup>102</sup>

A crítica comumente direcionada pelos estudiosos de interpretação constitucional a este caráter objetivo e principiológico dos direitos fundamentais é a de que a abertura normativa, a par de satisfazer a necessidade de adaptação de conteúdos éticos e morais necessários à máxima otimização dos valores de justiça, pode, por outro lado, acarretar a perda de racionalidade na aplicação do direito, gerando insegurança jurídica quanto ao fortalecimento do Poder Judiciário ao aplicar o direito utilizando-se de uma interpretação sem fronteiras.

Aí então é que a ponderação judicial carece da construção de parâmetros de racionalidade que sirvam de balizas à atividade decisional e a aplicação dos direitos fundamentais, normas principiológicas e de caráter objetivo, especificamente quando em confronto com outros bens constitucionalmente protegidos no caso concreto, resta inserida neste contexto, nos moldes anteriormente explanados.

### 2.3. AUTONOMIA DA VONTADE E NEOCONSTITUCIONALISMO

O Estado e o Direito são instrumentos instituídos com a finalidade de organização da sociedade; para tanto, interferem pontualmente no exercício da liberdade individual. O presente item tem por finalidade a descrição dos fundamentos da liberdade e, seqüencialmente, do desenvolvimento histórico-jurídico

<sup>102</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 588.

e conteúdo da noção de autonomia da vontade. Verifica-se que a liberdade individual como condição de humanidade dos seres é a gênese do reconhecimento jurídico da autonomia da vontade.

A pretensão aqui proposta é do enlace entre as explicações filosóficas acerca da liberdade – e desde já com alerta da impossibilidade de esgotamento do tema neste momento – e a posição atual da autonomia da vontade face à ordem jurídica, buscando explicações nos fundamentos primevos que legitimam o reconhecimento da autonomia individual nas negociações privadas.

Trata-se de uma abordagem essencial à construção da presente pesquisa, já que a efetividade horizontal dos direitos fundamentais, conforme se verificará, pressupõe o embate entre a previsão constitucional dos direitos fundamentais e da autonomia privada: preceitos que decorrem de uma mesma origem jusnaturalista e que, no compasso do desenvolvimento histórico, apartam-se, cada um voltado à realização de uma tarefa no universo de factibilização da dignidade humana.

### *2.2.1. Um breve relato para retomada dos fundamentos jusfilosóficos da liberdade individual: a ética aristotélica da liberdade na opção pela excelência moral*

Liberdade é tema essencial em um trabalho que pretende discorrer acerca dos direitos fundamentais. Especificamente nesta pesquisa, em que um dos objetivos é a contraposição entre estes e a autonomia privada, desenvolver uma compreensão, ainda que breve, sobre os fundamentos da liberdade é tarefa imprescindível, já que a liberdade é pressuposto de um e de outro.

É longínqua a preocupação dos filósofos com a explicação dos fundamentos da liberdade. Optou-se, nesta pesquisa, pela análise dos conceitos vinculados à independência humana, autodeterminação e responsabilidade pelas conseqüências relativas aos atos praticados. É a capacidade que o homem tem para escolher os caminhos de orientação de sua vida em todos os aspectos.

...na filosofia, duas concepções de liberdade se contrapõem historicamente. No sentido aristotélico, ela traduz o poder de



autodeterminação, de deliberação sem interferências externas. Liberdade, assim, é um ato de escolha entre vários possíveis. Na concepção oposta, a liberdade não é um ato de escolha do indivíduo, mas o produto de um contexto externo a ele, seja a natureza (para os estóicos e para Espinosa), a cultura (para Hegel) ou uma infra-estrutura econômico-social (para Marx).

<sup>103</sup>

Vale ressaltar, pois, que os iluministas desenvolveram teses voltadas às relações da liberdade humana com a intervenção estatal, sendo esta essencial à conservação da ordem social através da limitação da primeira. São as concepções de estado de natureza e estado de guerra as justificativas para a instituição do Estado e do Direito. Veja-se, então, as propostas de John Locke e Thomas Hobbes sobre essas relações.

Em Locke, o estado de natureza<sup>104</sup> corresponde ao exercício total da liberdade, ao estado natural dos homens para agir de acordo com a sua conveniência em relação às posses e às suas necessidades, limitado apenas pelas leis da natureza. É um estado marcado, também, pela igualdade, na medida em que os homens, criaturas da mesma espécie, são todos livres, todos possuem as mesmas faculdades. Ainda, a transgressão de um homem em relação às leis da natureza, por exemplo, a vida, liberdade, saúde ou posses dos outros homens, legitima todos os outros homens a repreendê-lo.

O mesmo filósofo apresenta uma segunda condição humana decorrente da liberdade: o estado de guerra<sup>105</sup>. Enquanto o estado de natureza representa a igualdade entre os homens livres, esse é um estado de inimizade e destruição, gerado pela imposição de poder de um homem ao outro. E quando o poder revela-se como a capacidade de imposição de força de um homem a seu semelhante, sem que haja uma instância superior a que se possa recorrer, os homens encontram-se em estado de guerra.

Para Hobbes, estado de natureza e estado de guerra identificam-se. Durante o exercício da liberdade, no estado de natureza, os homens, por instinto,

<sup>103</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Eficácia e efetividade do direito à liberdade*. In: BARROSO, Luiz Roberto, *Temas de Direito Constitucional*, p. 76.

<sup>104</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*, p. 23.

<sup>105</sup> LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*, p. 31.

agem em nome das paixões e o conflito entre interesses iguais coloca-os em estado de guerra de todos contra todos.

A despeito das diferenças conceituais em uma e outra teoria, ambas justificam a intervenção das leis humanas no comportamento das pessoas. Através de um pacto entre os integrantes da sociedade, em nome da paz, é aceita a submissão a uma entidade criada com o fim de garantir a ordem social: esta entidade é o Estado<sup>106</sup>. Ressalte-se que a adesão a este pacto, a este contrato social, é exercício da liberdade, pois, através da sua capacidade de escolha é que o homem opta por submeter-se a um poder que delimite o próprio exercício da liberdade em nome da harmonia social.

Entretanto, quando se concebe a possibilidade de limitação da liberdade humana pelo próprio homem, o governante, cria-se um terreno fértil ao desenvolvimento da arbitrariedade. E a arbitrariedade é excesso, é a imposição imoderada de força de um sobre o outro. É prejudicial, porque negativa. Não é desejável pelo o ser humano que, por sua essência, é livre.

Os governos absolutistas do final do século XVIII representaram o florescimento do exercício da arbitrariedade, processo que sofreu interrupção com a assunção dos ideais iluministas pela imensa gama populacional reprimida. As grandes revoluções liberais, e a própria expressão é elucidativa, propugnaram a liberdade como condição natural do homem e, por isso, a impossibilidade do uso arbitrário da força dos governantes.

Ditas revoluções, notoriamente a americana e a francesa, são o marco histórico do reconhecimento, pelo Estado, do direito natural do ser humano à liberdade. O Estado, então, ao prestigiar a liberdade, passa a ser instituição garantidora desta. Mecanismos para abstenção do poder estatal são previstos em lei, ou seja, a liberdade passa a ser um direito juridicamente reconhecido.

---

<sup>106</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*, p. 128.

Os Estados passam a ser regidos por um conjunto de leis considerado supremo; este conjunto normativo é a Constituição. Com efeito, o constitucionalismo moderno representa o marco inicial de reconhecimento de limites à atuação estatal e estes limites são a liberdade do indivíduo e direitos fundamentais, sendo aquela considerada uma espécie destes.

É válida a consideração que o homem, instintivamente, sempre buscou a preservação da sua liberdade. E isso porque ser livre significa ser digno. Diante das transformações sociais ao longo do tempo, é verificável a constante variação dos aspectos de liberdade que proporcionam dignidade. O paradigma liberal, com gênese iluminista, desenvolveu-se justamente sobre o fundamento de que é indigno ao ser humano ter sua liberdade restringida por conta do exercício arbitrário do poder.

No momento em que, então, perante a lei, todos os homens são iguais e livres, exsurge nova problemática. Todos sendo livres, a possibilidade de alcance dos ideais torna-se restrita e somente os detentores de poder, conseguem viver dignamente usufruindo da liberdade, agora reconhecida.

Explica-se. O período histórico de conquista do reconhecimento jurídico da liberdade é, quase imediatamente, sucedido pelo início da expansão do capitalismo, modelo econômico que fundamenta o desenvolvimento social na prioridade da busca pelo lucro. Busca esta que é possibilitada e caracterizada pela liberdade individual, então reconhecida pelo Direito. Aos detentores de poderio econômico, o encaixe é perfeito, tornando os objetivos factíveis. Ocorre que, nos países subdesenvolvidos, a maioria da população é formada por uma classe social baixa; a pobreza impossibilita a conquista do lucro e, conseqüentemente, passa a ser considerada impeditiva também ao exercício da liberdade.

Neste cenário, de inaptidão do liberalismo econômico para garantir a dignidade humana, a ideologia socialista ganha credibilidade. O Estado, então, deve assumir uma postura ativa e interventora para concretização de fatores garantidores de dignidade humana. Trata-se de uma atuação positiva para fornecimento de condições consideradas essenciais para tanto, como a saúde, a educação, trabalho,

por exemplo. Considera-se que um ser humano não tem condições para viver livremente sem que possua atributos mínimos para tanto.

Na medida em que o ente estatal não dispõe de recursos necessários ao cumprimento das promessas socialistas, tem-se duas conseqüências. De um lado, dita intervenção não atinge os objetivos almejados, por causa da ausência de meios para tanto; de outro, a intervenção, por sua própria essência, representa a limitação, pelo Estado, de um direito humano essencial e reconhecido pelo próprio ente interventor: a liberdade individual.

Assim é que o desenvolvimento do capitalismo favoreceu o exercício da liberdade, mas alimentou a desigualdade social; o socialismo privilegiou a igualdade material, mas sufocou o exercício da liberdade. Durante as tentativas históricas, portanto, de implementação dos três componentes do ideal revolucionário francês – Liberdade, Igualdade e Solidariedade – sofreu de consideração a última.

Os tempos hodiernos são marcados pela ideologia neoliberal. Há a preservação da liberdade individual, mas a solidariedade entre os seres livres merece aviltamento. No Brasil, a previsão da Constituição de 1988 entre os princípios fundamentais é que: *“Art. 3.: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.”* As normas prevêm e a doutrina justifica a instituição de conceitos para efetivação da solidariedade, a exemplo da função social dos institutos privados e da boa fé objetiva, adiante explicitados.

Atualmente, então, é possível concluir que a dignidade humana é representada pela conjugação dos valores de justiça, liberdade e solidariedade. O Direito não deve perder a sua essência de instrumento de ordem e paz social e assim é que os estudos e pesquisas jurídicas voltam-se, hoje, ao desenvolvimento de técnicas para viabilizar o entrelaçamento de tais objetivos. Por se tratarem de valores éticos, tais objetivos são passíveis de alterações de conteúdo em relação às perspectivas sociais; entretanto, são produtos construídos há longa data, com uma essência imutável, um matiz filosófico que não pode perder-se, sob pena de desvirtuamento dos próprios fundamentos de igualdade entre os homens.

Busca-se, neste momento, um retrocesso às raízes explicativas das relações da liberdade com a justiça e solidariedade. Para tanto, a análise que ora se propõe, é a ética aristotélica. Uma proposta de exercício da liberdade fundado na excelência moral do indivíduo, da liberdade como resultado das virtudes do homem, consolidadas posteriormente na doutrina católica, em nome do exercício de amor, benevolência e caridade entre os homens.

Dentre os inúmeros escritos do filósofo grego Aristóteles, datados de um período próximo a 350 a.C., algumas de suas obras versaram sobre a *Ética*, e dentre estas, uma foi dedicada a seu filho Nicômacos: "*Ética a Nicômacos*". Trata-se de um compêndio de reflexões e ensinamentos sobre as coisas que são boas para o homem, de um modo de vida desejável, em que o homem tem a faculdade para optar por atos escolhidos racionalmente em nome da busca pelo bem supremo: a felicidade.

Parte da premissa de que toda ação tem um propósito, uma finalidade. Considerada como auto-suficiente, a felicidade é o bem supremo e fim último das ações humanas. O homem é dotado de razão e por isso, pode optar pelo modo de vida que melhor lhe convier e por isso, o filósofo define a felicidade como "*uma forma de viver bem e conduzir-se bem*". Tal condução, para a conquista do bem supremo, deve ser pautada por um atributo que o homem desenvolve ao longo de sua vida, a excelência moral.

A excelência moral é uma grandeza da alma, é a característica do homem que age em relação ao seu semelhante com amor e solidariedade. O homem, individualmente considerado, por ser dotado de razão e assim, consciência, é o único ser capaz de amar e de ser solidário através da benevolência com os seus semelhantes. Não se trata de um atributo inerente ao ser humano, mas sim, praticado através de hábitos de sabedoria; a natureza não confere ao ser humano a qualidade de ser bom, mas permite a opção para tanto. Quando o homem escolhe a prática dos bons hábitos, mais facilmente será feliz.

Os bons hábitos estão relacionados à escolha pela amabilidade, pela afabilidade, sinceridade, entre outras qualidades formadoras do caráter do homem bom<sup>107</sup>. São qualidades que o homem opta por seguir dia-a-dia para ser feliz. Assim, bondade e solidariedade são, sim, necessários à obtenção de felicidade; mas é de não olvidar-se que há um pressuposto para tanto: a liberdade. Ou seja, o homem deve ser livre para escolher ser benevolente. Somente o indivíduo, por ser dotado de razão, possui, entre todos os seres, o livre arbítrio para ser bom e amar as pessoas, para construir a solidariedade.

A razão humana é o fundamento da liberdade. O homem é livre por sua própria natureza e essa condição é que permite a opção pela excelência moral, condição essencial para a convivência em sociedade. Todos buscam a felicidade; o homem é um ser gregário. Conclusão é que uma sociedade em que há o desenvolvimento, por cada indivíduo, de hábitos correspondentes à excelência moral, é uma sociedade em que permeia o amor; não há espaço, assim, para um estado de guerra de todos contra todos onde existe amor e bondade.

A solidariedade<sup>108</sup>, há muito desejada e nunca como hoje discutida, é um estado desejável por todos para que a vida em sociedade não seja um óbice à felicidade. Somente é solidária a sociedade composta por homens felizes; somente são felizes os homens bons; somente são bons os homens livres. A solidariedade pressupõe, então, a liberdade<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> Descrente desta lógica, Bauman questiona: “Será realmente o tipo de liberdade prometido de início? Originalmente, o que prometiam os pensadores da modernidade emergente era uma liberdade ativa, a liberdade de fazer coisas e refazê-las para melhor se adequarem à existência humana. O que tinham em mente era a liberdade do ser humano. Liberdade que tinha como elemento primordial a capacidade de dar às coisas uma forma tal que os membros da espécie não fossem mais impedidos de agir de acordo com o mais humano dos seus dons naturais: o poder de fazer juízos racionais e se portar segundo os preceitos da razão (...) O que é preciso dizer, no entanto, é que a esta altura a idéia perdeu muito de sua credibilidade, que a promessa de leva-la à prática não existe mais e que a liberdade cuja chegada se anuncia tem apenas uma remota semelhança com aquela outrora prometida (...) A liberdade que de fato existe é definida como a ausência de restrições impostas por uma autoridade política.”<sup>107</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*, p. 77/78.

<sup>108</sup> “Solidariedade. Termo de origem jurídica que, na linguagem comum e na filosófica, significa: 1º: inter-relação ou inter-dependência; 2º: assistência recíproca entre os membros de um mesmo grupo (p.ex. S. familiar; S. humana, etc.) Neste sentido, fala-se de solidarismo para indicar a doutrina moral e jurídica fundamentada na solidariedade.” ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 918.

É relevante destacar, neste contexto, que há, também, a disseminação de que a solidariedade seja pressuposto da liberdade, e não o contrário exposto acima. Bauman explicita que,

A solidariedade (ou, antes, a densa rede de solidariedades grandes e pequenas, superpostas e cruzadas) serviu em todas as sociedades como um abrigo e garantia de certeza (ainda que imperfeitos) e, portanto, de crédito, autoconfiança e coragem sem os quais o exercício da liberdade e a vontade de experimentar são impensáveis.<sup>110</sup>

Ora, mas considerando a liberdade como pressuposto da solidariedade, é utópico acreditar que todos os homens têm a consciência de que devem ser bons para serem felizes, não se trata de uma opção geral. Mesmo Aristóteles relata a necessidade de bens exteriores para concretização da felicidade, entre eles, os amigos, riqueza e poder político, *“...a felicidade também requer bens exteriores, pois é impossível, ou na melhor das hipóteses não é fácil, praticar belas ações sem os instrumentos próprios.”*<sup>111</sup>

Especialmente em razão da riqueza e do poder político é que entra em cena a justiça. Seguindo a linha do autor em comento, *“justo é aquilo que é conforme a lei é correto, e o injusto é o ilegal e iníquo”*<sup>112</sup>. Mais ainda, justiça é a mais elevada forma de excelência moral, considerada como tudo que está na esfera de ação do homem bom. A justiça, como a solidariedade, também pressupõe a liberdade<sup>113</sup>. O sentido proposto por Aristóteles é o de que o homem justo se comporta em conformidade com a norma natural, divina ou positiva. É uma virtude que integra todas as outras; quem a possui pode usa-la não só em relação a si mesmo, mas em relação aos outros, é uma questão de opção.

Há muitos outros sentidos para esta expressão sujeita a tantas polêmicas filosóficas, jurídicas e políticas. Um deles, por exemplo, é o de que justiça é uma qualidade da norma, relativa à possibilidade de a norma intervir de modo

<sup>110</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*, p. 37.

<sup>111</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, p. 27.

<sup>112</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, p. 92.

<sup>113</sup> *“Foi Kant quem identificou justiça e liberdade: ‘A tarefa suprema da natureza em relação à espécie humana’ é uma sociedade em que a liberdade sob leis externas esteja unida, no mais alto grau possível, a um poder irresistível, o que uma constituição civil perfeitamente justa.”* ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 595.

positivo nas relações humanas. Em contraposição ao conceito de liberdade individual, cabe, pois, primeiro sentido apresentado.

A justiça representa a harmonia dos desejos e pretensões individuais em conflito na sociedade e por isso, é considerada um princípio de Direito relacionado. Sob o fundamento de que os homens são igualmente livres, ninguém deve ser submetido a um tratamento desigual, e assim é que a justiça é a oposição da arbitrariedade e orientação suprema para a criação do direito positivo.

Liberdade, solidariedade e justiça são condições naturalmente intrínsecas ao ser humano. Na medida em que os homens, reunidos em sociedade, constituem o Estado e o Direito para organização do grupo, permitem, por opção, a intervenção externa aos atributos que naturalmente são constitutivos da própria humanidade. A forma e a extensão desta intervenção tem sido objeto de diversas construções doutrinárias. A necessidade que impera é, muitas vezes, a retomada da essência desses três institutos, que é a natural liberdade do ser humano por sua capacidade racional, sob pena de estar incurso em equívocos irretocáveis relativamente à aplicação do direito positivo.

No terreno das relações privadas, a liberdade é condição *sine qua non*. Desde a instituição romana de Direito Civil, passando pela elevação valorativa e jurídica da propriedade e do contrato no ideário liberalista e ainda hoje, na consecução dos negócios jurídicos, a autonomia da vontade é pressuposto de existência dos institutos de Direito Privado. A consideração das transformações sociais e a implicação da justiça e solidariedade neste setor devem ser, pois, suficientes explicações à restrição da liberdade individual, já que esta constitui a essência do Direito Privado, da solidariedade e da justiça.

### *2.2.2. Autonomia da vontade e neoconstitucionalismo: intersecção que institui o Direito Civil contemporâneo*

#### *a) O processo de constitucionalização do Direito Civil*



O Direito Civil, enquanto ramo da ciência jurídica voltado à regulamentação das relações particulares, foi – e, em certa medida<sup>114</sup>, ainda é – considerado o principal ramo do Direito Privado. Entre as quatro fundações do Direito Civil ocidental, destacam-se duas de relevância histórica: a primeira é o direito romano, *ius civilis*, um conjunto de regras aplicadas especificamente aos cidadãos romanos, até a queda do Império Romano e o conflito de ordens jurídicas diante da invasão dos bárbaros e a segunda, a instalação de um direito comum europeu, que se opera com o renascimento dos escritos de direito romano encontrados na Itália e no sul da França e que passam a ser aplicados de forma subsidiária.

No momento em que o Direito Civil passa a ser considerado o pressuposto teórico da construção jurídica moderna, em que a Sociedade necessita de uma readequação aos novos anseios, visualiza-se, no início do século XIX, especialmente na Europa, a ascensão da terceira fundação. Trata-se de uma fundação calcada na necessidade de resguardar os interesses de uma nova classe, a burguesia, constituída por contratantes e proprietários e representante da proteção ante a desenfreada ação do monarca.

É o marco do enaltecimento do Direito Privado sobre o Direito Público, característica essencial do chamado Direito Civil Clássico, um Direito Civil burguês, com pano de fundo liberal, caracterizado pela valorização da igualdade de

---

<sup>114</sup> A medida é decadência cada vez mais vertente da dicotomia Direito Público x Direito Privado. Foi no terreno das revoluções liberais e do constitucionalismo moderno que os ideais iluministas de liberdade, igualdade e fraternidade deram origem à Constituição, que representa o objeto principal do Direito Público. O Direito Público é o conjunto de normas que regulamentam, de modo geral, comportamentos humanos necessários à proteção de um interesse da coletividade, um interesse social. Visa também reduzir a arbitrariedade dos governantes, regularizando o poder do Estado. O Direito Privado, por sua vez, remonta da Antiguidade, mas a sistematização do Código Civil Napoleônico (1807) representou um fato decisivo para a concretização dos ideais burgueses de privacidade e individualismo. Este conteúdo do Código Napoleônico influenciou a cultura civilista brasileira e encontra-se até hoje no corpo legislativo civil e na mentalidade de alguns civilistas. Trata-se de uma divisão que, aos poucos, vem tendo seu abismo diminuído pela tentativa de equilíbrio entre o exercício das atividades privadas com o interesse público. Ainda assim, é de grande utilidade dogmática, especialmente nos cursos de graduação em Direito, considerado como critério distintivo o interesse predominante da regulamentação normativa: particular ou coletivo. Nesse sentido, “*A perspectiva dicotômica entre direito público e direito privado encontra-se, enfim, superada. Não convém que se tomem os fenômenos recíprocos de interpenetração eventualmente verificados como intromissões, porquanto tais processos não são constantes nem absolutos; seguem, isto sim, o fluxo dos fatores sociais, as modificações dos campos da vida humana, vistos, portanto, por um prisma sociológico histórico.*” LUDWIG, Marcos de Campos. *Direito Público e Direito Privado: A superação da dicotomia*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do Direito Privado*, p. 112.

todos perante a lei e assim, da liberdade sobre os institutos da propriedade, do contrato e do comércio.

A igualdade, fundada na idéia abstrata de pessoa, partindo de um pressuposto meramente formal, baseado na autonomia da vontade, e na iniciativa privada, no entanto, veio acompanhada de um paradoxo, que traduz uma conseqüência do modelo liberal-burguês adotado: a prevalência dos valores relativos à apropriação de bens sobre o ser, impedindo a efetiva valorização da dignidade humana, o respeito à justiça distributiva e à igualdade material ou substancial.<sup>115</sup>

A ascensão da burguesia nos níveis econômico, social, intelectual e político, iniciada no século XVII, se deu de forma gradativa, iniciando-se com a prática de uma economia de uso que, através da implementação do comércio, se transforma em uma economia de troca. A autosuficiência do burguês em seu trabalho, que o diferencia do servo por não dever obediência ao senhor feudal, faz surgir a noção de autonomia e com ela, a necessidade de proteção à liberdade de contratar e da liberdade sobre a propriedade individual.

A Revolução Francesa – de cunho liberal e essencialmente burguesa – é que registra a dominação política pela classe burguesa e assim, da origem de um Direito Civil patrimonializado, construído com base no lema que enuncia os princípios da revolução – liberdade, igualdade e fraternidade – e na busca por segurança jurídica. Essa segurança se materializa na criação de um sistema que apregoa a distinção entre Sociedade Política e Sociedade Civil, em que esta tem a sua liberdade de pactuar garantida por aquela. O Estado, em uma atuação negativa, deve abster-se de intervenções na seara privada como forma de garantir a preservação de liberdade negocial. É nesse tempo e em decorrência dessas circunstâncias históricas, que a autonomia da vontade torna-se o ponto de referência do sistema jurídico.

Um sistema jurídico em que a autonomia da vontade ocupa posição estrelar – em que se revela um abismo entre as esferas pública e privada, um cenário em que há a imposição de limites legais ao poder do Estado, retratado, por exemplo, na tripartição dos poderes – passa a exigir a busca por valores

---

<sup>115</sup> RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, p. 07.

universalmente aceitos, crença da possibilidade da criação de leis não lacunosas, abstração do sujeito de direitos e patrimonialização dos bens, que então são considerados mercadorias.

O Direito Civil clássico é, portanto, representante de proteção ao direito de propriedade e, por conta da igualdade formal, as pessoas, sejam proprietárias ou não, são sujeitos de direitos. E é justamente diante desta noção que começam a emergir desigualdades materiais, eis que os ordenamentos não consideram as diferenças empíricas do sujeito, conforme explanação pré-compreensiva inicial deste trabalho.

A aceleração do desenvolvimento industrial e tecnológico faz eclodir a Segunda Guerra Mundial, geradora da pobreza, do êxodo rural e conseqüente massificação das camadas populacionais excluídas ante o crescimento desenfreado de uma economia capitalista que se instalava no mundo.

O expressivo número de pessoas que neste momento assumiram a postura de excluídos reivindica, então, uma postura interventora do Estado, que passa a ter o dever de propiciar proteção dessas. Se o Estado é um instituto criado com a finalidade de organizar a Sociedade, a exclusão aqui aventada é sinônimo de desorganização e então, acredita-se que a atuação positiva do Estado é meio legítimo para garantir condições anteriores e por isso, básicas, ao exercício da liberdade.

Este contexto de intervenção estatal nas relações jurídicas privadas representa o declínio do Direito Civil clássico, essencialmente liberal, e a construção de um Direito Civil contemporâneo, em que a liberdade sobre a propriedade, o poder autônomo de contratar e comercializar passam a sofrer interferências estatais em nome dos possíveis prejuízos que estes atos possam causar à coletividade.

A construção de um novo paradigma se estrutura na união cada vez mais sólida entre Direito Público e Direito Privado. Em uma Sociedade dominada pelo mercado, a atuação positiva do Estado é considerada imprescindível,

imperando a noção de que as pessoas são seres humanos antes de serem sujeitos de direitos e de que os bens têm um valor de uso e não apenas de troca.

O direito público e o direito privado constituíram, para a cultura jurídica dominante na Escola da Exegese, dois ramos estanques e rigidamente compartimentados. Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4º. da Lei de Introdução ao Código Civil, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito.<sup>116</sup>

O Direito Civil contemporâneo é marcado pela necessidade de intervenção estatal pela busca de equidade nas relações jurídicas particulares, atribuindo-se aos institutos privados uma função social, é o fenômeno da intervenção estatal na vida jurídica privada. A justificativa para tanto é a demanda coletiva pela construção de uma sociedade que seja, ao mesmo tempo livre, justa e solidária .

O Direito, para o cumprimento de seus objetivos, acompanha o homem enquanto membro de uma sociedade em constante evolução. Anseios e necessidades de grupos de pessoas impulsionam a construção de teorias filosóficas, científicas e também de ordenamentos jurídicos aptos a resguardar os interesses destes grupos. Esta é uma realidade antiga. Nas palavras de Ubirajara Mach de Oliveira: *“À semelhança do mundo natural, o que se relaciona com as áreas culturais também se caracteriza pela dinamicidade peculiar do se humano.”*<sup>117</sup>

Retomando conceitos anteriormente trabalhados, mas adaptando-os ao desenvolvimento da noção de autonomia da vontade, temos que o jusnaturalismo filosófico do século XVI foi um movimento filosófico que justificava a existência de direitos natos, inerentes ao ser humano, através de uma crença em valores naturais. A noção defendida por esta corrente é a de que o homem é detentor de pretensões que, independente de reconhecimento jurídico, são legítimas.

---

<sup>116</sup> TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, p. 03.

<sup>117</sup> MACH DE OLIVEIRA, Ubirajara. *Princípios Informadores do Sistema de Direito privado: a autonomia da vontade e a boa fé objetiva*, p. 42.

As revoluções liberais tiveram como combustível a busca pela solidificação e afirmação desses direitos naturais, uma busca pela segurança através do reconhecimento pelo Estado dos mesmos. As populações pugnavam pela legislação dos direitos propostos pelo justnaturalismo.

As codificações encontravam neste cenário um solo fértil para o seu desenvolvimento. Já no final deste século, a superação do jusnaturalismo se dá com a estruturação das teorias positivistas, que conferiam relevância ao caráter científico das áreas de conhecimento, atingindo também o Direito, pelo que se concebeu o positivismo jurídico.

O advento das desigualdades sociais resultantes do subjetivismo privatista demandaram, diante da insuficiência do modelo positivista e dos modos tradicionais de interpretação jurídica, estruturadas em um metódico raciocínio subsuntivo, a construção de um novo paradigma jurídico que atendesse aos anseios do sujeito excluído da racionalidade fria se impunha até então.

...o Direito Privado recebe decisivas transformações no seu próprio interior. As exigências da grande indústria obrigam o indivíduo a sair do seu isolamento – no passado favorecido por uma economia agrícola e artesã – para associar-se. Nasce assim as grandes empresas em forma societária, e estas, por sua vez, se coligam em cartéis, consórcios, trusts. O mesmo fenômeno econômico, através das limitações da responsabilidade patrimonial, próprias da sociedade por ações, cada vez mais subtrai qualquer aspecto subjetivo da atividade econômica.<sup>118</sup>

Com o neoconstitucionalismo, este momento reflexivo em que a Constituição passa ocupar o espaço central em uma nova hermenêutica, há imposição de que as interpretações estejam em conformidade com os parâmetros constitucionais – essencialmente públicos – e, por conseqüência, levando-se em consideração o interesse coletivo. Como influência da publicização do espaço privado, ainda, segundo Arenhart,

A evolução social – e tecnológica – torna o indivíduo muito mais interativo com o corpo social, e esta convivência expõe a vida individual à devassa pelo coletivo. Realmente, a evolução da técnica foi capaz de criar potentes lunetas, microfones miniaturizados e outros objetos que podem invadir qualquer ambiente privado. Ao lado disso, a própria evolução da

---

<sup>118</sup> GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado e suas atuais fronteiras*, p. 43.

sociedade, com a concentração populacional e o estreitamento das inter-relações humanas, faz o contato entre as pessoas cada vez mais freqüente e mais próximo, restringindo, por óbvio, o campo individual e fazendo o sujeito cada vez mais imerso no conceito do coletivo.<sup>119</sup>

As influências do paradigma neoconstitucional no Direito Privado, em que os próprios civilistas propugnam a publicização dos institutos privados<sup>120</sup>, em nome da busca pela proteção coletiva, ocorre a constitucionalização do Direito Privado, e a influência das normas que regulamentam direitos fundamentais passa a fazer parte das discussões na seara privada. Os reflexos neoconstitucionalistas no Direito Civil aparecem com a normatização dos princípios e criação de cláusulas abertas, em que se afirma a permissão da interpretação constitucional de alguns preceitos privados e também a reaproximação entre a ética e o Direito.

#### *b) A atual exigência de limitação à autonomia da vontade*

O conceito de autonomia da vontade encontra-se em conexão estreita com os ditames de liberdade<sup>121</sup>. O autor Amaral Neto propõe uma distinção<sup>122</sup>, por ele mesmo reconhecida como não unívoca, entre autonomia da

<sup>119</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*, p. 45.

<sup>120</sup> Neste sentido: "O modelo civilista herdado dos valores vigorantes no final do século passado está na pauta das discussões. Fala-se, agora mais que antes, numa principiologia axiológica de ordem constitucional diante das crises e transformações que emergem das novas demandas calcadas em ideais como a plena cidadania, gerando mudanças nos papéis tradicionalmente cometidos aos institutos fundamentais do Direito Civil: trânsito jurídico (contrato), projeto parental e titularidades (posse, apropriação). É legítimo, por conseguinte, indagar se o ordenamento jurídico tem respondido adequadamente às exigências que os fatos sociais impõem. Para tanto, compreender a constitucionalização do Direito Civil é imprescindível." FACHIN, Luiz Edson. *O Direito Civil Brasileiro Contemporâneo e a Principiologia Axialógica Constitucional*. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Ano 2003. V. 3, p. 236.

<sup>121</sup> "A concepção teórica da autonomia privada é produto do individualismo que reúne e consolida tendências anteriores já verificadas no Direito romano, no Direito canônico, no contrato social e no liberalismo econômico, e que se manifesta, historicamente, no jusnaturalismo." AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectiva e estrutura funcional*, p. 15.

<sup>122</sup> Judith Matins-Costa também propõe a distinção: "A expressão 'autonomia da vontade' não deve ser confundida com o conceito de 'autonomia privada' nem com a sua expressão no campo dos negócios jurídicos, qual seja, a 'autonomia negocial'. 'Autonomia da vontade designa uma construção ideológica, datada dos finais do século passado por alguns juristas para opor-se aos excessos do liberalismo econômico (...) Modernamente (...) designa-se, como 'autonomia privada', seja um fto objetivo, vale dizer, o poder, reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares, e nos limites traçados pela ordem jurídica, de autoregular os seus interesses, estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam, seja a fonte de onde derivam certas obrigações, sejam as normas criadas pela autonomia privada, as quais têm um conteúdo próprio, determinado pelas normas estatais que as limitam, subtraindo ao poder privado autônomo certas matérias, certos grupos de relações, reservadas à regulação pelo Estado." MARTINS-COSTA, Judith. *Mercado e solidariedade social entre*

vontade e autonomia privada. Apesar de não se tratar de uma distinção utilizada no presente trabalho, que traça objetivos de racionalidade prática, vale citar o posicionamento do autor. Para ele,

Autonomia da vontade é o princípio de Direito Privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos (...) E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada.<sup>123</sup>

Ainda, o mesmo autor, para fundamentar a distinção citada, diferencia também liberdade pessoal e liberdade jurídica. A primeira, caracterizada pela faculdade que o indivíduo tem para criar, modificar ou extinguir relações jurídicas e a segunda, a possibilidade de regular juridicamente as relações criadas. Ante o fato de ambos os conceitos advirem da possibilidade de autodeterminação e/ou escolha, opção individual, no conceito aqui adotado, também estes conceitos não operam funcionalidade nesta pesquisa<sup>124</sup>.

No ordenamento jurídico constitucional brasileiro, a prescrição da liberdade é recorrente e isso pode ser considerado uma resposta ao regime ditatorial que assolou o país antes de 1988. Com influência na esfera privada, é possível afirmar que o legislador constituinte permitiu o exercício da autonomia da vontade quando alude, no artigo 1º. inciso IV, como fundamento a República, a *livre iniciativa*, sem prejuízo de outros preceitos normativos que representem o desdobramento deste fundamento. Quanto à estrutura normativa, portanto, que ocupa a autonomia, basta correr os olhos ao título que inaugura a disposição constitucional acerca dos fundamentos da República brasileira: são *princípios fundamentais*.

---

*cosmos e táxis: A boa fé nas relações de consumo*. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do Direito Privado*, p. 615.

<sup>123</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectiva e estrutura funcional*, p. 11.

<sup>124</sup> Corroborando a opção indicada, Hegel afirma que “A vontade que ainda só em si é vontade livre é a vontade imediata ou natural. As determinações diferenciadoras que o conceito, ao determinar-se a si mesmo, situa na vontade surgem na vontade imediata como um conteúdo imediato, são os instintos, os desejos, as tendências, nos quais a vontade se encontra determinada por sua natureza.” HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*, p. 19.

Quanto à forma, portanto, a autonomia da vontade, na classificação de Canotilho<sup>125</sup>, encontra-se substanciada em uma norma constitucional do tipo *princípios estruturantes*. Enquanto espécie principiológica, de caráter aberto, indeterminado, passível de adaptação a diversas situações concretas e de conteúdo atualizável.

Quanto ao conteúdo, importa compreender que, desde a construção do Direito Privado, a autonomia da vontade constituiu princípio essencial e absoluto deste ramo jurídico. Inspirada na vocação antropocêntrica e na vontade racional do homem<sup>126</sup>, a autonomia da vontade representa a possibilidade e capacidade de o indivíduo governar os atos de seu interesse particular, estabelecendo relações negociais que lhe convier.

Esta conveniência não comporta, entretanto, de maneira absoluta, o conteúdo das negociações. A lei é o limite da vontade humana. Os negócios jurídicos, as relações contratuais, as relações de família, sucessórias e, atualmente, as relações empresariais, sem prejuízo de outros institutos privados, encontram-se regulamentados por normas que encontram-se à disposição do indivíduo para que, então, haja opção em submeter-se ou não a elas. Esta possibilidade de escolha à submissão ou não à lei que representa o exercício de autonomia da vontade, da liberdade individual.

Acerca do conceito de negócio jurídico e da influência legal sobre a autonomia da vontade para sua formação, Pamplona Filho e Gagliano explicam que

...costuma-se definir o negócio jurídico, como sendo 'a manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos', 'o ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico', ou 'uma declaração de vontade, pela qual o agente pretende atingir determinados efeitos admitidos por lei'.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1090.

<sup>126</sup> Acerca da autonomia privada, Amaral Neto: "*Pode-se considerar, de maneira geralmente aceita, que seu antecedente imediato é o individualismo, doutrina segundo a qual se concede à pessoa humana um primado, uma supervalorização relativamente à sociedade. O indivíduo como fonte e causa final de todo o direito.*" AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectiva e estrutura funcional*, p. 13.

<sup>127</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral, p. 313.



A possibilidade de livre negociação dominou os códigos do século XIX e então é que a autonomia da vontade ocupou lugar de destaque nos sistemas jurídicos, representando a oposição à intervenção do Estado nas relações privadas. Diametralmente, quando o Estado passa a intervir nas relações sociais com a finalidade de redução das desigualdades, de modo inevitável, interfere também nas relações privadas, especialmente nas questões atinentes à economia e é então que, sem desaparecer, a autonomia da vontade perde a posição de destaque antes ocupada. Nesse sentido,

A autonomia da vontade revela-se, portanto, como produto e como instrumento de um processo político e econômico baseado na liberdade e na igualdade formal, com positivação jurídica nos direitos subjetivos de propriedade e de liberdade de iniciativa econômica. Seu fundamento ideológico é, portanto, o liberalismo, como doutrina que, entre outras formulações, faz da liberdade um princípio orientador da criação jurídica no âmbito do direito privado, pelo menos no seu campo maior que é o do direito das obrigações. Com a intervenção posterior do Estado, e a respectiva legislação especial, limita-se a autonomia da vontade e visa-se estabelecer outro tipo de igualdade, a material, esta referente à possibilidade de acesso a todos os bens e às oportunidades da vida econômico-social.<sup>128</sup>

Através do fenômeno de constitucionalização do Direito Privado é que o Estado, tendo por principal instrumento de intervenção pública a Constituição, intercede nas relações privadas para, em nome da concretização dos valores da dignidade humana, proporcionar a harmonização de interesses particulares contrapostos em relações travadas por indivíduos materialmente desiguais.

Isso significa que os valores tidos por essenciais ao ser humano, inseridos na Constituição, passam a migrar para os sistemas infraconstitucionais, irradiando-se sensivelmente na interpretação e aplicação destas normas. No âmbito privatista, a constitucionalização do Direito Civil representa uma limitação ao exercício da autonomia da vontade; entre os principais limites, tem-se a função social dos institutos privados, a positivação da boa fé objetiva nas relações contratuais e a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

---

<sup>128</sup> AMARAL, Francisco. *O contrato e sua função institucional*, p. 377.

Em tempo, é de extrema relevância a observação de que os limites impostos não representam a exclusão da autonomia da vontade da lógica do Direito Privado, sob pena de desnaturalização, com a perda da essência do próprio ramo jurídico que rege os interesses individuais. Trata-se, conforme expressão de Pamplona Filho e Gagliano, de uma *reeducação*<sup>129</sup> do Direito Privado, do exercício da liberdade negocial sob uma nova ótica, adaptada as anseios sociais contemporâneos.

A função social<sup>130</sup> dos institutos privados é representada pelo uso adequado, pelo indivíduo, dos institutos de direito privado, em prol do bem comum. Significa que o uso da propriedade, do contrato e da empresa, por exemplo, não deve prejudicar a comunidade em que se reflete. A Constituição brasileira atribuiu, inicialmente à propriedade<sup>131</sup> o dever de cumprimento da função social, conforme se depreende da leitura do inciso XXIII do artigo 5º. A doutrina e a jurisprudência encarregaram-se, na seqüência, do desenvolvimento da aplicabilidade da função social ao contrato e à empresa. O Código Civil, em seus artigos 1228, parágrafo primeiro e 421, em consonância com os valores constitucionais, também menciona a função social.

A boa fé objetiva, em contraposição à tradicional boa fé subjetiva<sup>132</sup>, representa um comportamento externo do indivíduo, atitudes aparentes de honestidade, lisura e lealdade entre as partes na relação contratual. No conceito de Mach de Oliveira, significa “a obrigação de cumprir exatamente os deveres

---

<sup>129</sup> PAMPLONA FILHO, Pablo Stolze; GAGLIANO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Contratos*. Tomo I, p. 14.

<sup>130</sup> “A funcionalização dos institutos jurídicos (...) representa, assim, a função econômico-social, a preocupação com a eficácia social do instituto e, no caso particular da autonomia privada, significa que o reconhecimento e o exercício desse poder, ao realizar-se na promoção da livre circulação de bens e serviços e na auto-regulamentação das relações disso decorrentes, condiciona-se à utilidade social que tal circulação possa representar, por ser o meio mais adequado à adequação das necessidades sociais, com vistas ao bem comum e ao seu objetivo de igualdade material para todos em face das exigências de justiça social, idéia essa que se desenvolve paralelamente à evolução do Estado moderno como ente ou legislador racional.” AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectiva e estrutura funcional*, p. 21.

<sup>131</sup> Sobre o tema, vide CRUZ FONTES, André Ricardo. *Limitações Constitucionais ao Direito de Propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, p. 435.

<sup>132</sup> A boa fé subjetiva representa uma intenção do indivíduo, possui, então, um caráter subjetivo, introspectivo, não exteriorizado. Segundo Mach de Oliveira, “...dela não se extrai nenhum dever de conduta”. MACH DE OLIVEIRA, Ubirajara. *Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa fé objetiva*, p. 58.

*emergentes do contrato – a lealdade ao contrato – e a necessidade jurídica de ter em conta, no exercício dos direitos, os interesses da outra parte.*<sup>133</sup>

É proposital, nesta pesquisa, a abordagem sintética e meramente conceitual da função social dos institutos privados e da boa fé objetiva, suas formas de incidência e legitimidade dogmática, que constituem temas amplamente desenvolvidos pela doutrina civil-constitucionalista. A pretensão é a reserva de espaço de destaque ao desenvolvimento do tema central deste trabalho: a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Sob a perspectiva de constitucionalização do Direito Civil, a horizontalidade dos direitos fundamentais, ou seja, a incidência dos direitos fundamentais nas transações negociais particulares, passa a ser estudada no capítulo seguinte; não se deve olvidar, pois, tratar-se de limite advindo da intervenção estatal na autonomia da vontade, ao lado da função social e da boa fé objetiva.

---

<sup>133</sup> MACH DE OLIVEIRA, Ubirajara. *Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa fé objetiva*, p. 59.

### Capítulo 3

## PONDERAÇÃO E HORIZONTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 3.2.A HORIZONTALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

#### 3.3.1. *A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas*

A proeminência dos direitos fundamentais dentro da ordem jurídica é uma característica marcante do neoconstitucionalismo. Durante séculos os direitos fundamentais caracterizam-se como instrumentos de garantia da dignidade humana. Primeiro, como direitos naturais do indivíduo; depois como direitos essenciais que precisam de reconhecimento pelo Estado e segurança, devendo estar inscritos em textos legais e hoje, entra em pauta a discussão acerca da maior eficácia aos direitos fundamentais, isto é, as pessoas não precisam mais de reconhecimento a esses direitos, mas sim, vivê-los.

Inúmeros mecanismos jurídicos capazes de fazer valer os direitos fundamentais – e por isso, essencialmente neoconstitucionalistas – desenvolvem-se através da doutrina. Entre eles, a elaboração de novas técnicas de interpretação, a concepção de normatividade principiológica, retomada das teorias de argumentação, inserção da semiótica na leitura jurídica, atribuição de eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas, atribuição de limites à autonomia da vontade, em nome da solidificação da solidariedade, criação dos microsistemas (ex.: direito do consumidor, direito da criança e do adolescente, direito do idoso).

A incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas é um assunto ainda bastante controverso. E isto porque os direitos dessa categoria possuem originariamente a função de delimitar a atividade do Estado em relação aos indivíduos componentes da sociedade sob sua égide, numa relação vertical – relação de imposição de poder aos súditos – de atribuições, ou seja, o Estado devendo garantir, em um contexto liberal, os direitos de liberdade dos cidadãos e no contexto social, garantias mínimas de dignidade.

As transformações mundiais que caracterizam filosoficamente a transmodernidade e juridicamente o neoconstitucionalismo, acendem suas luzes

para a problemática da atribuição de horizontalidade aos direitos fundamentais, ou seja, da possibilidade de imposição de respeito aos direitos fundamentais de um indivíduo em relação ao outro. A inversão de valores como igualdade formal x igualdade material; neutralidade da atuação estatal face à dinâmica social x intervenção estatal para garantia da dignidade humana; separação entre Estado e sociedade civil x limitação pelo Estado da autonomia da vontade, justifica o debate em tela.

Malgrado o debate sobre a horizontalidade dos direitos fundamentais esteja em momento estrelar, não é de hoje que aos poucos vislumbra-se a construção de tal abordagem. Trata-se de uma discussão contemporânea ao neoconstitucionalismo, afinal, na década de 1950 iniciou-se, na Alemanha, a construção das primeiras formulações teóricas sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

O rol de exemplos de relações privadas que comportam a possibilidade de aplicação de direitos fundamentais é vasto e as situações, bastante corriqueiras. Entre alguns exemplos, (a) a restrição de liberdades ou bens pessoais (como a religião, a integridade física, imagem, intimidade) consentida pelo titular através de manifestação contratual; (b) a legitimidade da recusa de uma associação ao ingresso de um sócio sem declinar a motivação; (c) a possibilidade de uma instituição de ensino particular recusar a matrícula de um aluno que professe determinada religião; (d) a negação de crédito por instituições financeiras que analisam, unilateral e subjetivamente, o perfil do consumidor; (e) se há contraditório entre particulares, como, por exemplo, a possibilidade de apresentação de defesa por um condômino sancionado sem ser-lhe dada oportunidade para defesa; (f) a exclusão de algumas pessoas em uma contratação por motivos de sexo, raça ou religião. Muitas outras situações poderiam ser aqui enumeradas como forma de demonstrar a relevância da discussão.

Três questões emergem da consideração de horizontalidade dos direitos fundamentais. Primeiro, é possível estender aos indivíduos um dever que é originariamente um limite de atuação estatal? Segundo, em caso positivo, qual é a medida de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas? E por fim, de

que forma justifica-se esta incidência? Respostas diversas podem ser estabelecidas quando as premissas são controvertidas e assim é que estão disseminadas na doutrina algumas teorias explicativas da questão, tomando, cada uma delas, o mesmo ponto de partida – viabilidade e extensão da inserção dos direitos fundamentais nas relações negociais – e estabelecendo conclusões diferentes, por vezes antagônicas. As principais teorias são: da não incidência, da incidência direta, da incidência indireta e dos deveres de proteção.

*b) Principais construções teóricas*

*b.1.) A negação da incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas: teoria do “state action”*

A tradição histórica liberal da origem dos direitos fundamentais como imposição de dever de respeito do Estado para com o indivíduo é o principal argumento de negação da incidência dos direitos desta categoria nas relações privadas. Ainda, a negação ocorre em virtude do reconhecimento de que a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas seria causa de aniquilamento do Direito Privado, posto configurar uma imposição de limite à autonomia privada.

O direito norte americano é pregador deste pensamento. A maioria das cláusulas legais que estabelecem direitos fundamentais na legislação dos Estados Unidos refere-se aos Poderes Públicos. A doutrina explica este posicionamento no fato da operação com a interpretação literal dos textos normativos. As lições de Laurence Tribe, ao referir-se às leis constitucionais americanas, são no sentido de que:

...imunizando a ação privada do alcance das proibições constitucionais, impede-se que a Constituição atinja a liberdade individual – denegando aos indivíduos a liberdade de fazer certas escolhas, com as de que com quem as pessoas se associar. Essa liberdade é básica dentro de qualquer concepção de liberdade, mas ela seria perdida se os indivíduos tivessem de conformar a sua conduta às exigências constitucionais.<sup>134</sup>

---

<sup>134</sup>TRIBE, Laurence. *American Constitucional Law*. 2ª. ed. Mineola: The Foundation Press, 1988, p. 1691. *Apud*. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

Os doutrinadores norte americanos também refutam a interferência dos direitos fundamentais nas relações privadas através de menção à doutrina do “*state action*”, segundo a qual o pacto federativo deve ser preservado, respeitando-se a autonomia dos Estados em relação à União. As relações privadas, nos Estados Unidos, são regulamentadas por legislação em que a competência para elaboração é dos Estados e não da União.

As razões de negação da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas nos Estados Unidos associam-se à sua cultura jurídica impregnada de autonomia, liberdade e individualismo desde a independência norte-americana. Os preceitos de liberdade são a essência do Direito Privado, ao passo que, também a liberdade, mais igualdade e democracia são valores inerentes à atividade estatal. Assim, tanto a tradicional concepção liberalista de origem dos direitos fundamentais, quanto a preservação da autonomia federativa são as explicações de tal negativa.

Malgrado a veemência com que a origem dos direitos fundamentais e a doutrina do “*state action*” são propugnados pelos norte americanos, alguns julgamentos da Suprema Corte demonstram uma amenização à proposta, e este fato se exemplifica através da adoção da chamada “*public function theory*”, que, na explicação de Daniel Sarmento, significa que, “*quando os particulares agirem no exercício de atividades de natureza tipicamente estatal, estarão também sujeitos às limitações constitucionais.*”<sup>135</sup> Consideram os doutrinadores adeptos deste ideal que a autonomia dos Estados é limitada pela Constituição e não há coerência desta autonomia valer-se para contrariar preceitos constitucionais. Ainda, considera-se que a violação por um indivíduo em relação ao outro representa uma falha omissiva do Estado.

---

<sup>135</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 190. O mesmo autor apresenta alguns exemplos de julgamentos que adotaram esta doutrina, entre eles, na mesma obra, p. 191: “O caso mais emblemático de aplicação desta teoria foi o *Marsh x Alabama* (326 U.S. 501), julgado em 1946. Discutia-se se uma empresa privada, que possuía terras no interior das quais se localizavam ruas, residências, estabelecimentos comerciais etc., podia ou não proibir Testemunhas de Jeová de pregarem no interior de sua propriedade. A Suprema Corte declarou inválida tal proibição, pois ao manter uma ‘cidade privada’ (private owned town), a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª. Emenda da Constituição norte americana, que assegura a liberdade de culto.”

Consideradas as exceções, resta concluir pelo domínio da teoria da negação de horizontalidade dos direitos fundamentais nos Estados Unidos. Trata-se de uma doutrina extremista e assim, as críticas são inúmeras. A negatividade de intervenção do Estado nas relações privadas é fruto da conservação efetiva dos institutos de liberdade individual e da crença em uma economia fundada na moral religiosa, da prática negocial ética e fundada na comum expectativa de lealdade espontânea de todos para com seus semelhantes. A intervenção estatal, nesta vertente, ainda que em nome da garantia dos direitos fundamentais, representa um óbice ao exercício livre da excelência moral aristotélica, relatada no capítulo anterior.

*a.2.) A afirmação da incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas: teoria da incidência direta e teoria da incidência indireta*

Os ideais que sustentaram o reconhecimento estatal dos direitos fundamentais no cenário liberalista consignaram-no como forma de obstaculizar a ingerência do Estado nas relações individuais. Em nome do desenvolvimento do capitalismo, a garantia de liberdade plena para firmar negociações particulares torna-se elemento essencial. O giro de concepção firmado com o surgimento do ideário social, inverte consigo a concepção dos direitos fundamentais, posto que passam a ser considerados prestações positivas do Estado ao cidadão. Trata-se da passagem de uma atividade negativa para uma positiva de atividade estatal na seara individual. Atualmente, sob as perspectivas neoliberais, o Direito Constitucional se transforma e então as conquistas por direitos fundamentais torna-se vazias diante da ineficácia que os assola.

Assim é que as construções de cunho neoconstitucional assumem um papel decisivo na realização dos direitos fundamentais e, especificamente, em sede de incidência destes direitos nas relações privadas, diz-se da possibilidade de fundamentação teórica para tal incidência. As teorias da incidência direta e indireta, malgrado as diferenças que apresentam, concebem a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações negociais entre particulares com base em explicações essencialmente neoconstitucionais: o conteúdo material da Constituição, tida como norma superior hierarquicamente, a força normativa dos princípios, a



interpretação conforme a constituição e ainda a dimensão objetiva das normas que preceituam direitos fundamentais.

*A teoria da incidência direta ou imediata, com raízes germânicas*<sup>136</sup>, ao afirmar a possibilidade de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, não opõe nenhum óbice à aplicabilidade direta desses direitos a estas relações, ou seja, as normas constitucionalmente previstas incidem no Direito Privado sem que haja regulamentação infraconstitucional intermediária, aplicam-se de plano às situações que demandem o uso do direito fundamental em jogo quando o Direito Civil não possui regulamentação pertinente neste aspecto. Os fundamentos desta teoria são a unidade do ordenamento jurídico, a força normativa da Constituição e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

...considerando o argumento de que os direitos fundamentais constituem normas que expressam valores aplicáveis para toda a ordem jurídica, em observância ao princípio da unidade da ordem jurídica e ao postulado da força normativa da Constituição, não se poderia aceitar que a esfera de incidência do Direito Privado formasse uma espécie de gueto às margens da Constituição.<sup>137</sup>

A unidade do ordenamento jurídico decorre da sua concepção como sistema, ou seja, um conjunto organizado de normas jurídicas. Sobre esse sistema a Constituição, como norma hierarquicamente superior, submete as demais à

<sup>136</sup> Na ilustração de Canaris, o famoso caso Lüth, inaugural da incidência dos direitos fundamentais em relações privadas na Alemanha: *“Uma sentença do Tribunal Constitucional, que versou sobre uma colisão entre o direito delitivo (da responsabilidade por atos ilícitos) e a liberdade de opinião passou a ser de fundamental importância para as relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado na Alemanha. No caso em exame, um particular (um cidadão de nome Lüth, que ingressou por força dessa sentença na história do direito alemão), apelara, em 1950, aos proprietários e frequentadores das salas de cinema ao boicote de um novo filme, argumentando que o diretor do mesmo rodara um filme anti-semita durante o período nacional-socialista. Os tribunais cíveis consideraram o apelo um ato ilícito, por ofensivo aos bons costumes no sentido do estabelecido pelo § 856 do BGB (Código Civil Alemão), condenando, por conseguinte, o Sr. Lüth a não repeti-lo. Em resposta ao recurso constitucional impetrado pelo Sr. Lüth, o Tribunal Constitucional Federal cassou a sentença do tribunal cível, pois este teria, na aplicação do § 856 do BGB, violado o direito fundamental à liberdade de opinião do Sr. Lüth, assegurado pelo art. 5º, inciso I da LF. Aqui, o Tribunal Constitucional Federal utilizou-se, pela primeira vez, da formulação, entrementes célebre, de que a Lei Fundamental ‘erigiu na seção referente aos direitos fundamentais uma ordem objetiva de valores (...) que deve valer enquanto decisão fundamental de âmbito constitucional para todas as áreas do Direito’. Disso seguiria que o sistema de valores dos direitos fundamentais ‘obviamente também influi no Direito Civil (e) nenhuma prescrição juscivilista pode estar em contradição com ele, devendo cada qual ser interpretada à luz do seu espírito.’” CANARIS, Claus-Wilhelm. *A influência dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha*. In: Revista Jurídica. N. 312. Outubro/2003, p. 10/11.*

<sup>137</sup> CHEQUER, Cláudio. *O Ministério Público e a Promoção dos Direitos Fundamentais nas relações privadas*, p. 83/84.

interpretação do seu conteúdo material. Esta é a justificativa do liame entre as normas constitucionais e infraconstitucionais. Além disso, o ordenamento jurídico constitucional sofre as conseqüências da abertura do sistema, abrigando em suas normas conteúdos fáticos adaptáveis.

Ainda, o caráter principiológico das normas que preceituam direitos fundamentais também permite a adaptação de casos concretos variados; esta relatividade dos direitos fundamentais admite, inclusive, situações com qualidades casuais das relações particulares. Ao caráter normativo dos direitos fundamentais e a justificativa de sua aplicabilidade também é possível admitir sua aplicabilidade em relações privadas quando se considera o seu conteúdo objetivo, que faz irradiar valores essencialmente constitucionais por todo o sistema jurídico.

É importante ressaltar que a teoria da incidência direta não pode ser considerada absoluta – tanto é que não logrou desenvolvimento na Alemanha, mas tão somente em Portugal e na Espanha, países em que a incidência é positivada no próprio texto constitucional – seja no sentido de manutenção da autonomia privada como essência do Direito Privado, seja por não considerar a incidência de todos os direitos fundamentais, mas de apenas algumas espécies deles.

Bilbao Ubillos, autor da obra mais longa e completa sobre a matéria, também afirma que existem direitos fundamentais na Constituição espanhola cuja própria estrutura pressupõe a eficácia horizontal imediata, como, por exemplo, o direito à honra, à intimidade, à imagem e à liberdade de religião. Outros, pela natureza, vinculam apenas ao Estado. Não existe, segundo ele, uma homogeneidade entre todos os direitos fundamentais, de modo que se torna necessária uma análise de cada direito fundamental para verificara a existência e a extensão de sua eficácia horizontal. Mas Ubillos também insiste na necessidade de se ponderar, caso a caso, o direito fundamental com a autonomia privada do particular, o que resultará numa proteção diferenciada dos direitos fundamentais no campo das relações públicas e privadas.<sup>138</sup>

Os principais estudiosos brasileiros da doutrina civil constitucional admitem a teoria da incidência direta ou imediata. É o caso, por exemplo, de

---

<sup>138</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 206, em uma das passagens em que o autor se referencia à obra BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Daniel Sarmento, Jane Reis Gonçalves Pereira, Ingo Wolfgang Sarlet. Não há no Brasil, entretanto, previsão legal sobre este aspecto, além disso, trata-se de um tema ainda em desenvolvimento doutrinário e, portanto, a jurisprudência no nosso país aborda a horizontalidade dos direitos fundamentais ainda de modo escasso, conforme pode-se observar dos julgados colacionados em anexo.<sup>139</sup>

Ainda diante de tal escassez, desde logo é importante salientar que os tribunais pátrios têm entendido que os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 incidem de forma direta, imediata, nas relações privadas. A redemocratização do país através da promulgação da Constituição inseriu o Brasil, desde logo, nas diretrizes – ainda que meramente teóricas – do neoconstitucionalismo dos anos cinqüenta.

Uma segunda vertente da admissão da horizontalidade dos direitos fundamentais é a *teoria da incidência indireta ou mediata*. A par de identificarem-se com a teoria antes explanada pelo fato da afirmação da incidência, os adeptos desta teoria privilegiam a atividade do legislador infraconstitucional para adaptar o conteúdo dos direitos fundamentais às relações privadas. Explica Jane Reis Gonçalves Pereira que

...as duas concepções convergem até porque a noção de que os direitos fundamentais desempenham uma função objetiva – representando as escolhas axiológicas da sociedade – é pressuposto para a própria aceitação da idéia de que produzem efeitos nas relações particulares. Partindo desse argumento comum, a teoria da eficácia mediata chega a conclusão diversa. Afirma que a dimensão objetiva e valorativa dos direitos não acarreta sua incidência direta nas relações privadas, mas apenas implica a necessidade de que sejam levados em conta pelo Estado na criação legislativa ou na interpretação do direito privado.<sup>140</sup>

Além dos aspectos formais e materiais decorrentes da nova perspectiva hermenêutica que assola o Direito Constitucional, as teorias que

---

<sup>139</sup> “...a opção, no Brasil, pela eficácia direta não é mais uma questão de escolha, mas de correta interpretação constitucional. Não acreditamos que no Brasil se possa defender, como se faz até hoje nos Estados Unidos, que as normas constitucionais não se aplicam diretamente às relações entre particulares.” MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*, p. 122.

<sup>140</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: BARROSO, Luiz Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 161.

afirmam a incidência levam em conta a presença de forças de dominação negativas imersos na sociedade, ou seja, não oriundo apenas da relação de subordinação Estado-indivíduo, mas também das relações indivíduo-indivíduo.<sup>141</sup>

Os motivos que levaram ao desenvolvimento [da teoria de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas] não são novos; potências privadas que muitas vezes não realizam atos frontalmente à lei, mas induzem a uma situação de fato que atinge um direito fundamental, pela realidade demonstrada. Quem mais pode produzir prejuízo à vida alheia, o Estado ou outros entes particulares? Bancos, organizações sindicais, grupos de pressão, a mídia, clubes privados, têm, conjuntamente, muito mais poder do que o Estado, já limitado nas suas atribuições.<sup>142</sup>

A questão central do tema proposto assenta-se na aceitação da horizontalidade dos direitos fundamentais, isso porque essa anuência suscita o conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada enquanto bens constitucionalmente previstos. Para este conflito, apresentam-se alguns parâmetros de solução propostos pela doutrina no Brasil.

### *a.3.) Teoria dos deveres de proteção do Estado*

A *teoria dos deveres de proteção do Estado*, propugnada pela doutrina alemã – entre os autores, Claus-Wilhelm Canaris – considera que a proteção dos direitos fundamentais é uma tarefa do Estado e, portanto, o legislador, no exercício do poder estatal, tem o dever de fazer inserir no texto infraconstitucional normas relativas a esses direitos, imprescindíveis ao cumprimento da tarefa do Estado para a organização social.

Apesar dos fundamentos diversos, as teorias dos deveres de proteção do Estado e teoria da incidência indireta em muito se assemelham. É que os efeitos, em ambas, dos direitos fundamentais nas relações privadas, são passíveis de irradiação, desde que isto ocorra por intermédio do legislador. São

---

<sup>141</sup> Nesse sentido, destaque-se o pensamento de Michel Foucault, que afirma a existência de um *poder disciplinar*, este um poder que atua em rede, de forma circular, capaz de atravessar um número indeterminado de sujeitos, e não mais poder concentrado nas mãos de apenas um sujeito. Não se trata mais de um poder que se impõe aos sujeitos enquanto súditos, mas de uma forma de poder que paira entre as relações sociais. Nas palavras do autor, “*o poder transita pelos indivíduos, não se aplica a eles.*” FOUCAULT, Michel. ***Em Defesa da Sociedade***, p. 35.

<sup>142</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*, p. 116/117.

teorias que, segundo Daniel Sarmento, não encontram abrigo no sistema brasileiro, porque

... a referida teoria [teoria dos deveres de proteção do Estado], tal como a da eficácia indireta acima comentada, torna a proteção dos direitos fundamentais na esfera privada refém da vontade incerta do legislador ordinário, negando a eles uma proteção adequada, máxime num contexto como o nosso – que, aliás, não difere em substância do que existe na Alemanha – em que os instrumentos de controle de inconstitucionalidade por omissão revelam-se falhos, senão praticamente inócuos.”<sup>143</sup>

Trata-se, portanto, de uma teoria bem construída porque os fundamentos podem ser considerados legítimos. Entretanto, quando se vislumbra os aspectos fáticos que assolam países como o Brasil, diante da insuficiência dos meios existentes para fazer valer o exercício dos direitos fundamentais, não se torna o meio mais eficiente para o alcance da eficácia destes.

### 3.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS *versus* AUTONOMIA DA VONTADE: Critérios de ponderação e Efetividade dos Direitos Fundamentais nas relações privadas

A horizontalidade dos direitos fundamentais coloca em pauta uma das grandes preocupações da doutrina preocupada com o estabelecimento de *standarts* para operacionalização de conflitos principiais. A ponderação é tema recorrente nos estudos de Direito Constitucional contemporâneo, já que a estrutura aberta dos princípios suscita um conflito normativo que ainda carece de um método capaz de tornar a interpretação jurídica, especialmente a aplicação do direito, uma atividade racionalmente prática.

Quando o Direito Constitucional intercede no Direito Privado, buscando a projeção dos direitos fundamentais nas relações particulares, também sobre a intersecção deve incidir a ponderação. É que o cruzamento decorrente da horizontalidade dos direitos fundamentais caracteriza-se pelo confronto entre dois

---

<sup>143</sup> SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luiz Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 239/240. Veja-se que, o referido autor aponta sua crítica à adequação da teoria dos deveres de proteção do Estado ao sistema constitucional brasileiro, mas isso não significa que não admita que o Estado é quem tem a incumbência de proteção dos direitos fundamentais que sofrem lesão ou ameaçada por outros particulares. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 220.

bens constitucionalmente garantidos, aliás, essências máximas de um e de outro sistema: os direitos fundamentais como essência do Direito Constitucional e a autonomia da vontade como essência do Direito Privado.

Aí é que se faz necessária a construção de balizas de operacionalização deste conflito. O desenvolvimento sócio-tecnológico-econômico da sociedade, especificamente a brasileira, acometida pelos então reflexos da globalização, demanda cada vez mais a harmonia do sistema com a realidade fática, de modo que os direitos fundamentais possam ser efetivados, restando garantida a autonomia da vontade ao indivíduo, melhor regente dos seus interesses individuais.

### *3.2.1. O conflito normativo gerado pela afirmação da horizontalidade dos Direitos Fundamentais*

. Se for certo afirmar que as teorias negativistas da horizontalidade dos direitos fundamentais, de cunho extremamente liberal, não concebe a possibilidade da incidência destes nas relações privadas, considerando o Estado como único destinatário dos direitos fundamentais, é certa a conclusão também de que os direitos fundamentais e autonomia privada constituem espécies estanques de garantias jurídicas.

Para os negativistas, os direitos fundamentais possuem uma essência diferente da autonomia da vontade, são raízes, razões de ser diferentes. Assim, não há que se falar em conflito, sequer em ponderação, considerando que somente se submete à atividade ponderativa o embate de dois bens juridicamente protegidos que sejam da mesma natureza, o que não é o caso destas teorias e, portanto, não haveria espaço, nesta dissertação, para continuidade da explanação.

Em realidade, os fundamentos da negação de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas demandam a explanação do tema de uma forma diferente da aqui aplicada. Neste aspecto, os fundamentos filosóficos da autonomia da vontade, a construção aristotélica de liberdade necessária para a opção pela excelência moral e a ética negocial da fidelidade, elementos que não

devem ser descartados em nenhum estudo sobre o exercício da autonomia da vontade, serviriam como base para negar o uso da técnica da ponderação.

A opção deste trabalho pela aceitação da horizontalidade, se deve ao fato de serem as teorias de afirmação as aceitas atualmente pelos tribunais brasileiros, ainda que o tema esteja em construção teórica e metodológica.

Partindo-se, então, da consideração da possibilidade de projeção dos direitos fundamentais nas relações privadas, o resultado inevitável, sejam consideradas as teorias da incidência direta, da incidência indireta ou dos deveres de proteção do Estado, é o conflito entre o direito fundamental de um indivíduo e o exercício da liberdade negocial pelo outro. A questão é: trata-se de um conflito passível de ponderação? Qual deve prevalecer? Quais os critérios para estabelecer a preferência?

À primeira pergunta é possível estabelecer uma resposta positiva. Porque conforme a estrutura constitucional antes estudada, tanto em relação aos direitos fundamentais quanto à autonomia da vontade, verificou-se tratar-se de bens jurídicos albergados em uma norma jurídica principiológica, os primeiros, sendo *princípios gerais* e a segunda, *princípio fundamental* ou *estruturante*. Exposta à ponderação, a colisão em tela está suscetível, nas decisões judiciais, ao exercício discricionário do julgador.

As precedências *prima facie* estabelecem uma certa ordem ou hierarquia – uma ordem ou hierarquia ‘fraca’, porque para uma ‘forte’ falta justificativa jurídico- constitucional – entre direitos fundamentais e autonomia privada, o que é possível em razão do caráter principiológico (‘dimensão principal’) de ambos.<sup>144</sup>

Para o estabelecimento de parâmetros à ponderação exigida no conflito gerado pela horizontalidade em comento e retomando as lições anteriores acerca das balizas doutrinárias trabalhadas no item 1.2 do Capítulo, é possível concluir pelas seguintes premissas:

---

<sup>144</sup> STEINMETZ, Wilson. *Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais*. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação Constitucional*, p. 48.

(a) Como conflito principal que é, passível de ponderação, também submete-se às diretrizes teóricas de estabelecimento de parâmetros em abstrato e em concreto;

(b) Os parâmetros de ponderação em abstrato fornecem, também ao conflito *direitos fundamentais x autonomia da vontade*, orientações vagas, ainda que necessárias, devendo ser complementadas por um conteúdo mais próximo da realidade material do conflito que se apresenta através de um juízo de proporcionalidade;

(c) É o caso concreto que delimita a resposta final do processo de ponderação. Utilizando-se, *prima facie*, de padrões de preferência e, em segundo passo, a proporcionalidade, através de um processo de argumentação em busca da razão prática, os elementos do caso específico é que justificam a resposta final, no caso desta pesquisa, a sentença judicial.

Na seqüência, o que se apresenta, com espeque na doutrina pátria, é uma adequação do processo de ponderação, especificamente no que diz respeito ao estabelecimento de balizas orientadoras da atividade jurisdicional desta natureza em nosso país. Assim, para adaptar os elementos de fato à motivação da decisão, o juiz precisa percorrer um caminho determinado. Neste caso, a determinação do caminho não é definitiva, porque se trata de matéria de estudos em construção. Construção que, certamente, está de acordo com a perspectiva constitucional de efetividade dos direitos fundamentais.

### *3.2.2. Referenciais teóricos e estruturas metodológicas para a procedimentalização racional da colisão*

A busca de racionalização da ponderação não deve ser entendida como modo de estancar o processo de aplicação das normas principiológicas. Conforme já explanado, as diversas situações que ensejam a aplicação deste processo, pelo fato de concederem ao juiz uma ampla margem para o exercício da discricionariedade, necessitam de um direcionamento de bases teóricas e/ou legais capazes de legitimar a decisão.



A colisão entre direitos fundamentais e autonomia da vontade<sup>145</sup>, considerada a horizontalidade dos direitos fundamentais, é uma construção essencialmente neoconstitucional. Adotando-se os critérios de solução de conflitos em abstrato e em concreto a este conflito, a doutrina estabelece os seguintes referenciais:

A) *Parâmetros gerais à ponderação em abstrato*

Na proposta de Ana Paula de Barcellos, exposta no item 1.2.2, 'a' desta pesquisa, a ponderação em abstrato, submete-se a dois critérios: o de que as regras têm preferência sobre os princípios e o de preferência às normas que realizam diretamente direitos fundamentais.

O conflito entre direitos fundamentais e autonomia da vontade se trata de um conflito entre dois princípios, portanto, o primeiro parâmetro perde utilidade no raciocínio aqui necessário. Por seu turno, os direitos fundamentais, em um primeiro momento, têm preferência sobre a autonomia da vontade.

Também Steinmetz aborda a preferência dos direitos fundamentais ao estabelecer parâmetros de precedência *prima facie* ao conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, fundamentando a afirmação no parágrafo primeiro do artigo 5º e no inciso IV do art. 60 da Constituição de 88.<sup>146</sup>

Não apenas por justificativa formal os direitos fundamentais assumem a conclusão de preferência. Esta conclusão advém também do fato de que os direitos fundamentais são compostos por um conteúdo diferenciado das demais normas. É que guardam em seu núcleo o caráter da essencialidade, da fundamentabilidade, isso porque significam diretrizes de realização da dignidade humana, sendo por isso, normas de conteúdo objetivo, posto irradiarem seus valores a todo ordenamento jurídico.

---

<sup>145</sup> Este trabalho não tem a pretensão de colocação do embate da autonomia da vontade com cada um dos direitos fundamentais, tendo em conta a extensão da expectativa. Cinge-se ao estudo da colisão levando em conta a estrutura normativa das normas que definem direitos fundamentais e sua posição no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>146</sup> STEINMETZ, Wilson. *Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais*. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação Constitucional*, p. 49.

Ainda assim, é de incomensurável relevância lembrar que a autonomia privada, retratando o princípio fundamental da República do Brasil da livre iniciativa, é fruto da conquista milenar pela liberdade, condição que humaniza o homem.<sup>147</sup> Então, a conclusão de precedência dos direitos fundamentais à autonomia da vontade pode, sim, sofrer uma inversão. Não se trata de uma baliza estaque, nem assim a doutrina a coloca.

Estabelecida esta precedência, o critério geral de que, em grande parte das vezes, os direitos fundamentais sobrepõem-se às demais normas, a proporcionalidade passa a ser considerada como próxima etapa do raciocínio ponderativo, essencial ao estabelecimento de parâmetros mais específicos à colisão em apreço.

#### B) *Parâmetros para a proporcionalidade à ponderação em concreto.*

A proporcionalidade, conforme já determinado, é um meio utilizado para justificar racionalmente interpretações, conclusões e decisões que envolvem em sua atividade uma elevada subjetividade e mais especialmente, é aplicada nos casos de restrição não permitida de direitos fundamentais. Para compreender a adequação da técnica à colisão que é objeto deste trabalho, Steinmetz:

A aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito das restrições ou limitações de direitos fundamentais – e é esse o âmbito que aqui interessa, porque, primeiro, a colisão de direitos fundamentais (seja em sentido amplo, seja em sentido estrito), dado o caráter principal dos direitos fundamentais, é uma colisão de princípios e, a colisão de direitos fundamentais é um dos fenômenos que se materializam como restrição ou limitação destes direitos – pressupõe a estruturação de uma relação meio/fim, na qual o fim é o objetivo ou finalidade pretendida pela restrição e o meio é a própria decisão normativa (legislativa, administrativa, judicial ou contratual) limitadora que permite tornar possível o alcance ou a promoção do fim almejado. O princípio da proporcionalidade ordena que a relação

---

<sup>147</sup> “...o homem não é apenas um ser racional, nem é perfeito e a ética jurídica não pode pretender que ele o seja. A liberdade do homem individual inclui necessariamente uma margem de arbítrio, é também uma liberdade emocional.” VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 296.

entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser adequada, necessária e proporcional.<sup>148</sup>

O critério de proporcionalidade é uma ferramenta destinada à resolução do caso concreto; é através da proporcionalidade que os elementos específicos de cada caso concreto passam a assumir um papel de elevada preponderância na atividade da ponderação.

Alguns autores estabelecem critérios decisivos para situações concretas privadas em que há a incidência de direitos fundamentais; são pontos de partida que nesta espécie de conflito especificam a opção do intérprete por uma ou outra norma. Os principais<sup>149</sup> critérios abordados são: (a) *a desigualdade fática entre os envolvidos*; (b) *a essencialidade do bem protegido pelo direito fundamental*; (c) *o pluralismo social e os valores de cada comunidade*.

A desigualdade fática entre os indivíduos, do ponto de vista material, é propugnada pelos autores como fator relevante a ser considerado nas questões envolvendo a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações particulares. Eles afirmam que o direito fundamental deve prevalecer à autonomia da vontade quanto maior for a desigualdade material entre as partes. Ao contrário, quanto maior for a paridade das condições fáticas entre as partes, o direito fundamental deve ceder espaço à autonomia da vontade.

Esta conclusão se justifica pelo fato de que as relações assimétricas de poder disseminadas na sociedade tornam prejudicial o exercício da autonomia da vontade pelas partes mais débeis, muitas vezes denominadas hipossuficientes na relação jurídica (por exemplo, expressão utilizada no direito do consumidor).

---

<sup>148</sup> STEINMETZ, Wilson. *Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais*. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação Constitucional*, p. 49.

<sup>149</sup> Outros critérios podem ser estabelecidos, como, por exemplo, “...quanto mais intenso o poder da organização privada maior peso terá o direito fundamental que porventura venha a ser violado (...) quanto mais próximo à esfera privada revelar-se uma relação jurídica, menor a possibilidade de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada...” PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: BARROSO, Luiz Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 188/189 e ainda “Quando o atingido não participa do ato gerador da lesão ao seu direito fundamental, está em jogo apenas a autonomia privada da outra parte da relação jurídica. Neste caso, o peso atribuído à autonomia privada é menor.” SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luiz Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 281.

Del mismo modo que frente a los poderes sociales, sostiene Nipperdey la aplicabilidad de lo derechos fundamentales em las relaciones jurídicas entre privados, cuando uns de las partes, aun cuando no se trate de un poder social, detenta un posición de poder econômico o de outra índole frente a la outra: 'a semejante estado de cosas, que *de hecho* equivale a la sujeción del individuo *al poder soberano*, debem aplicarse directamente las normas constitucionales'.<sup>150</sup>

Mas não é unânime a idéia de que a desigualdade fática pode servir de parâmetro à proporcionalidade nos casos de incidência horizontal dos direitos fundamentais. Veja-se as passagens em Gonçalves Pereira e Virgílio Afonso da Silva<sup>151</sup>.

... a possibilidade de invocar os direitos nas relações privadas não deve ser pautada por critérios de exclusão, mas de gradação. Isso significa dizer que a presença ou não de certos fatos poderá implicar uma maior ou menor intensidade da vinculação das pessoas privadas aos direitos fundamentais, não sendo possível cogitar de uma aplicação incondicionada destes ou da existência de setores completamente imunes à sua incidência. Em decorrência disso, não há como apontar respostas abstratas tal como: os direitos fundamentais são aplicáveis nas relações de poder e não são nas relações entre iguais.<sup>152</sup>

No Brasil, o elevado abismo representante da desigualdade social, faz com que este critério, segundo Daniel Sarmento, assuma um relevo ímpar. E isso porque amplos setores da população travam relações jurídicas com outros particulares mais poderosos, como os empregadores e os fornecedores de bens e serviços, dificultando a implementação da igualdade material. Menciona, ainda, que o terceiro inciso do artigo 3º da Constituição, ao se reportar à solidariedade, permite a proteção das partes mais débeis nas relações privadas.<sup>153</sup>

<sup>150</sup> ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, p. 107.

<sup>151</sup> "Não obstante, Virgílio Afonso da Silva contestou a pertinência do critério de desigualdade material entre as partes da relação jurídico-privada como fator relevante para o calibramento da proteção da autonomia privada. Para ele, o fundamental seria verificar se a autonomia, em cada caso, foi real ou aparente, e não apurar a assimetria entre as partes." SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 263.

<sup>152</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares*. In: BARROSO, Luiz Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 187.

<sup>153</sup> SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luiz Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 274.

Como exemplo de utilização do critério da desigualdade fática na aplicação de direitos fundamentais em uma relação privada, *vide* a decisão do Supremo Tribunal Federal, em anexo.

Em relação à essencialidade do bem jurídico protegido pela norma que atribui um direito fundamental, os autores observam que maior será a proteção ao direito fundamental quanto ele for considerado essencial à vida. Ao contrário, quando o bem jurídico fundamental em jogo puder ser considerado supérfluo, normalmente de caráter patrimonial, este cede espaço para o exercício da autonomia da vontade. E assim é que o peso da autonomia privada para a ponderação não varia apenas de acordo com o grau de desigualdade na relação jurídica, mas também em função da natureza da questão examinada.<sup>154</sup>

Os direitos fundamentais são naturalmente essenciais; originariamente nasceram com o homem e acompanham-no a cada dia na realização da dignidade humana. Entretanto é possível verificar que alguns direitos são considerados menos essenciais que outros porque não se relacionam diretamente com a vida da pessoa<sup>155</sup>. Os bens individuais, juridicamente considerados, relativos ao ser humano, são privilegiados na relação com a autonomia da vontade sempre que contiverem cunho pessoal e não patrimonial.

Um exemplo de aplicabilidade de direitos fundamentais em uma relação privada, balizada pelo critério de essencialidade dos direitos em jogo foi relatada por Moreira:

Exercendo a advocacia em 2003, participamos de um caso de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, onde as partes e o juiz exerceram típico raciocínio argumentativo. O exercício da advocacia gratuita levou-nos a defender, dona Ivani, senhora muito idosa, com mais de 90 anos, que possuía dívidas por inadimplência das cotas condominiais.

---

<sup>154</sup> SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luiz Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 279.

<sup>155</sup> “... no campo das relações econômicas, a essencialidade do bem é um critério importante para aferição da intensidade da proteção conferida à autonomia privada. Portanto, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, quando o bem sobre o qual versar a relação privada puder ser qualificado como supérfluo, a proteção da autonomia negocial será maior.” SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 267.

Não tinha parentes vivos ou pessoas que pudessem ajuda-la, tampouco outro local para morar. O valor da dívida representava anos de sua pequena aposentadoria, em torno de um salário mínimo vigente na época, o qual era integralmente consumido com sua alimentação. O valor do condomínio, um pequeno apartamento no Flamengo, bairro do Rio de Janeiro, era maior que sua aposentadoria. Tinha a ré a assistência dos vizinhos do prédio e não queria nem podia abandonar o apartamento; sequer tinha mobilidade para tanto, e, se perdesse o imóvel, teria de ir para um asilo público.<sup>156</sup>

Os argumentos que justificaram a aplicabilidade no caso narrado foram os seguintes:

- a) a moradia fixa para uma senhora com mais de 90 anos representa mais do que o valor pecuniário correspondente, insere-se nos direitos fundamentais garantidores, no caso, da dignidade da pessoa humana, que, pela adoção da teoria irradiavam as partes no caso concreto. Mais do que isso era um caso de justiça social, um argumento quase-lógico de regra de justiça;
- b) o direito de receber a quantia devida, por um princípio de justiça retributiva, deveria, por sua vez, ser atendido, pois é difícil justificar ao auditório, formado por todos os demais condôminos, a inadimplência não punível;
- c) a ré não tinha como realizar o pagamento, exceto com o próprio imóvel. Costuradas as hipóteses, foi feita uma proposta de acordo, no sentido de destinar o imóvel ao condomínio, que somente alcançaria propriedade plena após o falecimento da ré;
- d) como não tinha herdeiros, o preceptor da herança era o Estado, então, no momento em que a senhora morresse dever-se-ia apurar o montante devido, destinar tal valor ao condomínio e o excedente, se houvesse, seria destinado ao sucessor, o Estado;
- e) dessa forma, o fundamento para compatibilizar o caso à Constituição, preservando a dignidade da ré, bem como evitando prejuízo alheio era a formalização do acordo, de alta elaboração jurídica possível pelo esforço e elaboração das partes e talento do juiz;

---

<sup>156</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Obtenção dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares*, p. 161.

f) assim, com a anuência do autor (condomínio), foi feita uma dação em pagamento, com reserva de usufruto vitalício, e, quando a ré falecer, apurar-se-á o montante das dívidas para o condomínio e o restante será destinado ao legítimo sucessor, o Estado. Tudo orientado para preservar o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, diretamente vinculante às partes particulares.<sup>157</sup>

O terceiro critério aqui trabalhado, apontado pela doutrina pátria, está relacionado ao pluralismo social, de modo a respeitar as diferenças de formação dos grupos integrantes da sociedade brasileira. Tendo em vista que o Brasil é um país de grande extensão territorial e diversidade cultural, econômica e social, com vistas à satisfação do critério de solidariedade proposto pelo legislador constituinte no inciso III do artigo 3º da Constituição, “*a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas travadas no interior de comunidades étnicas e culturais minoritárias não poderá prescindir de considerações acerca da identidade destas comunidades*”.<sup>158</sup>

No mesmo sentido, Gonçalves Pereira afirma que a horizontalidade dos direitos fundamentais não pode conduzir a uma homogeneização da comunidade, devendo haver respeito à preservação das peculiaridades de cada grupo, bem como de sua identidade. Por sua vez, Steinmetz estabelece de maneira ampla as ocorrências sociais capazes de interferir na racionalização da ponderação entre direitos fundamentais e autonomia da vontade:

...entende-se ‘relação de poder’ em sentido amplo, o que compreende aspectos econômicos, sociais, políticos e culturais que determinam o poder dos particulares para fazer prevalecer, em uma relação contratual, posições de vantagem para si. Mais precisamente, no caso de colisão entre direito fundamental e princípio da autonomia privada, há que se verificar, in concreto, a condição econômico-financeira, a posição social, a influência (prestígio) na comunidade e a capacidade reflexiva dos particulares contratantes, e avaliar em que medida todas, algumas ou uma dessas

---

<sup>157</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Obtenção dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares*, p. 162/163.

<sup>158</sup> SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luiz Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, p. 283.

variáveis foram ou são determinantes para a restrição (ou para a renúncia) contratual a direito fundamental de um dos particulares.<sup>159</sup>

Moreira alerta para a cautela que se deve respeitar quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações particulares relatando um fato balizado por este terceiro critério.

A prática da farra do boi foi secularmente construída e praticada. No caso, foi defendida a sua manutenção pelo Estado de Santa Catarina. É, na verdade, um caso de direito público, mas com implicações argumentativas, com incidência nos particulares, defesa dos animais e praticantes da farra. A Associação de Proteção dos Animais, com sede no Rio de Janeiro, ajuizou uma ação civil pública, que chegou ao STF, em face dos maus-tratos aos animais, já que o artigo 225, VII, da Constituição da República foi violado, porque veda tal prática. O caso tornou-se interessante, quando a defesa do Estado de Santa Catarina alegou que a atividade deveria ser mantida, tendo em vista se tratar de prática cultural que deve ser preservada pelo Estado, fundamentado nos termos do 1º § do artigo 215 da Constituição Federal.<sup>160</sup>

Os critérios de argumentação utilizados nesta decisão foram enumerados da seguinte maneira:

- a) Embora não seja direito fundamental, a prática cultural a que o Estado de Santa Catarina se refere, expressamente, pode ser combinada com o artigo 5º II, já que ninguém será obrigado a deixar de fazer algo senão em virtude da lei;
- b) já a argumentação da Associação Protetora de Animais encontra respaldo em outra norma constitucional (art. 225, inciso VII), esta proibitiva, e também pode ser maximizada em favor dos animais que sofreram maus-tratos, pois que não é moral, nem protegida pelo direito uma prática que não alcança nenhuma finalidade positiva, como seria o boi para alimentação ou para corte, isto é, com finalidade determinada. Em suma, o sofrimento deve ser moralmente combatido, ainda que de animal;
- c) A solução tomada foi pela prevalência da norma proibitiva, ou seja, a que veda os maus-tratos, pois, a norma que visa a manutenção das manifestações culturais é argumentativa e abrangente, ao contrário da norma que veda expressamente, inadmitindo dilatações. A interpretação utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, avaliou a ponderação de interesses, fez sua construção baseada em exemplo típico da

---

<sup>159</sup> STEINMETZ, Wilson. *Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais*. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação Constitucional*, p. 49.

<sup>160</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Obtenção dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares*, p. 191.



argumentação jurídica e, por fim, condenou o Estado de Santa Catarina a uma nova prestação, no seu poder de polícia *uti universi*, ao dispor sobre a vedação da continuidade de tal ato e impondo a obrigação da polícia local de impedir tal atividade, a saber: a farra do boi.<sup>161</sup>

O desenvolvimento social e a abertura do sistema constitucional são fatores que permitem ainda a menção de diversos outros critérios para procedimentalização da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas. Os mecanismos neoconstitucionais, ainda que em processo de refinamento, mostram-se cada vez mais aptos a atender as necessidades dos valores de justiça e de segurança jurídica.

Os critérios de estabelecimento de um procedimento racional às decisões judiciais que necessitem do uso da ponderação como técnica de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais em colisão com a autonomia da vontade não se encerram aqui, seja porque os estudiosos do tema já estabelecem outros parâmetros, seja porque outros parâmetros ainda necessitam ser construídos.

A barreira que se deve ter em vista com a horizontalidade dos direitos fundamentais e então dos limites à ponderação dos bens constitucionalmente previstos que entram em rota de colisão nesses casos é o equilíbrio necessário pela conservação da liberdade individual para realização das relações particulares aliada à efetividade dos preceitos constitucionais que descrevem os direitos essenciais do ser humano.

---

<sup>161</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Obtenção dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares*, p. 191/192..

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho é fruto de inquietantes questionamentos. Sejam relacionados à possibilidade e extensão de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, sejam pela ampla discricionariedade conferida ao julgador na utilização da técnica da ponderação na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Ambos temas afetos ao desenvolvimento de uma nova doutrina constitucional, de uma nova teoria normativa e do resgate da ética à aplicação do Direito. Vivemos o advento do constitucionalismo contemporâneo, movimento que tem por objetivo o aprimoramento de técnicas voltadas à eficácia dos direitos fundamentais.

A intersecção do constitucionalismo contemporâneo com o Direito Privado é um fenômeno necessário quando os anseios de uma sociedade plural são de solidariedade e igualdade material. À conclusão doutrinária de que no Brasil a incidência dos direitos fundamentais não somente é possível, como recomendável, a consequência que desde logo se vislumbra é o conflito entre essa classe de direitos e a autonomia privada.

Diante deste conflito, é necessário o estabelecimento, a partir da análise estrutural de um e de outro preceito, de parâmetros de orientação ao julgador que deve utilizar a ponderação como técnica de aplicação, ora do direito fundamental em jogo, ora da autonomia da vontade, dependendo do caso concreto. São balizas essenciais porque estão em jogo preceitos normativos de elevada carga axiológica relativamente à liberdade e dignidade humanas, valores que há muito se busca concretização, mormente com a instituição do constitucionalismo contemporâneo.

O tema específico, proposto na introdução e enunciado no título, foi especificamente trabalhado no terceiro capítulo, pois julgou-se adequado abordar inicialmente alguns referenciais teóricos indispensáveis à pavimentar sua compreensão. Em face do material colhido e colacionado neste trabalho, é possível a fixação alguns pontos de definição eloqüente, como se apresenta a seguir:

1. Filosoficamente, a realidade social caracteriza-se pelo paradigma da transmodernidade, ou seja, em decorrência do pluralismo social, os valores de solidariedade e resgate da ética são almejados pela manutenção de ordem e harmonia entre os povos. Neste cenário é que o Direito Constitucional, guardião histórico dos anseios sociais pela dignidade humana, sofre transformações direcionadas a suprir as necessidades sociais contemporâneas.
2. O constitucionalismo contemporâneo, intitulado por alguns doutrinadores como neoconstitucionalismo, é responsável por uma nova abordagem normativa, hermenêutica e pelo aperfeiçoamento de técnicas capazes de concretizar os anseios sociais. Entre estas mudanças, destacou-se, nesta pesquisa, pontos principais acerca da teoria dos princípios de Dworkin e de Alexy, da técnica da ponderação para interpretação/aplicação das normas, da nova teoria dos direitos constitucionais e da limitação da autonomia da vontade no Direito Privado, concluindo-se que:

a) A *Teoria dos Princípios*, construída nos anos cinqüenta, capitaneada por Dworkin, representa a atribuição de força imperativa aos princípios, que de meras diretrizes abstratas à aplicação do Direito, passam a ser considerados normas jurídicas, diretamente aplicáveis. As normas são consideradas gênero de preceitos imperativos que comporta duas espécies: regras e os princípios. As regras são normas caracterizadas por sua aplicação sob o raciocínio subsuntivo e os princípios, por comportarem uma gama maior de situações fáticas a que são aplicáveis, dependem de um juízo de ponderação.

Considerando a possível arbitrariedade judicial decorrente da ponderação, Alexy indica que o sistema normativo dual pode ser aperfeiçoado com a implementação de um procedimento, do estabelecimento de parâmetros *prima facie*, capazes de orientar a tarefa do juiz no exercício da ponderação.

b) A *Técnica da Ponderação* será usada para estabelecer o equilíbrio da aplicação de normas em rota de colisão, sendo elas de mesma hierarquia no sistema jurídico, considerando o caso concreto em que se aplicarão.

Levando-se em conta o ativismo judicial passível ante o uso deste mecanismo, a doutrina vem desenvolvendo técnicas capazes de balizar a atividade do juiz face a estas situações de conflito. São parâmetros gerais aplicáveis à ponderação em abstrato e parâmetros especiais, baseados em um critério e proporcionalidade, aplicáveis a cada caso concreto.

- c) *A Nova Teoria dos Direitos Fundamentais*, conquanto seja uma construção recente, não se desligou do perfil que acompanha os direitos fundamentais desde a sua concepção: a dignidade humana. Incorporados às Constituições ainda no século XIX, os direitos fundamentais seguem a sorte das transformações do Direito Constitucional. Se no passado foram considerados normas de caráter programático, meras diretrizes à relação entre Estado-indivíduo, atualmente, enquanto normas principiológicas que são, devem ser diretamente aplicáveis às situações concretas, estendendo-se inclusive, à legislação infraconstitucional.
- d) *A Limitação da Autonomia da Vontade no Direito Privado* é uma consequência do neoconstitucionalismo porque os institutos privados, originalmente individualistas e patrimonialistas, passam a sofrer incidência dos valores de solidariedade propugnados atualmente. Se a Constituição é o documento que, através da previsão de direitos fundamentais, tem a tarefa de resguardar a dignidade humana, ela passa a irradiar a suas luzes aos sistemas infraconstitucionais, gerando assim, o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado. Diante disso, a essência deste ramo jurídico, que é a autonomia da vontade, da liberdade individual e princípio normativo, passa a sofrer limitações de cunho social, entre eles a funcionalização dos institutos privados, a boa fé objetiva e a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.
3. Em abordagem específica, foi possível estabelecer um entrelaçamento entre os aspectos neoconstitucionais abordados através do estudo da horizontalidade dos direitos fundamentais, ou seja, da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Entre as principais teorias sobre o tema, a doutrina pátria optou, ante as características da sociedade e

da Constituição brasileiras, pela incidência direta dos direitos fundamentais nas negociações privadas. Decorrencia desta conclusão é o conflito entre autonomia da vontade e direitos fundamentais.

4. Como espécie de antinomia imprópria, por se tratarem de normas da espécie princípio, a solução deste conflito se dá com o uso da ponderação. Considerando a possibilidade do estabelecimento de parâmetros à técnica, neste caso, alguns critérios servem de baliza à atividade judicial que se defronta a esta colisão, entre eles, considerando a situação brasileira, a desigualdade fática entre os sujeitos do negócio jurídico, o grau de essencialidade do direito fundamental em jogo e os aspectos individuais dos grupos comunitários em que se dará a aplicação normativa.

O apelo final é para que não cessem os estudos apenas a partir de uma visão singela como a ora ofertada, mesmo porque a horizontalidade dos direitos fundamentais suscita outros inquietantes questionamentos além dos aqui abordados. São reflexões abertas a pesquisas mais profundas, tais como a própria conservação dos direitos fundamentais através da negação de sua incidência nas relações privadas.

O exercício da autonomia privada é, em si mesmo, a conquista que resultou de uma luta historicamente longa pelo reconhecimento do direito fundamental que pressupõe todos os demais: a liberdade. Antes disso, como hoje, a intervenção estatal plena também um dia foi justificada pela preservação de ordem social e, ainda assim, a experiência demonstrou que a restrição institucionalizada da liberdade é maligna à tão almejada dignidade humana. E isso porque ao Estado soberano, a quem a sociedade concede o poder de organização, o poder de dizer quais são as leis justas, o poder para julgar e tantos outros poderes, não é possível a concessão do poder de induzir as pessoas a serem boas, a agirem com lealdade e ética.

O exercício da excelência moral, conforme explanação de cunho aristotélico, depende unicamente da escolha individual por sua prática. Mas esse é

um questionamento sem espaço no presente trabalho, senão presta-se como provocação reflexiva ou proposta a ser desenvolvida em trabalhos vindouros.

**ANEXO**  
**Jurisprudência dos Tribunais Brasileiros**

***I. Tribunal de Justiça do Paraná***

Recurso 2006.0006023-2 - Recurso Inominado

Ação Originária 2005.8545

Comarca de Origem Sarandi - JECI

Juiz Relator LUCIANO CAMPOS DE ALBUQUERQUE

Livro 378, folha 26 a 50

Data do Julgamento 06/10/2006

Número do Acórdão 17663

EMENTA: CÍVEL - TELEFONIA - ASSINATURA BÁSICA MENSAL - ILEGALIDADE DA COBRANÇA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - LEGÍTIMA EXPECTATIVA DO FORNECEDOR - TERMO INICIAL DA DEVOLUÇÃO NA CITAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE LIQUIDAÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS. Recurso Inominado Parcialmente Provido.1 - Os princípios constitucionais possuem força normativa sobre o direito privado, entendido este a partir de uma noção de complexidade e unidade do sistema do ordenamento, não representando apenas limitações programáticas ou destinadas ao legislador infraconstitucional. Todo sistema normativo nacional deve ser interpretado de forma a garantir a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, invertendo-se a anterior tendência patrimonialista da hermenêutica, trazendo toda a legislação infraconstitucional à crítica problemática, verificando-se se os institutos jurídicos estão em conformidade com a dignidade da pessoa humana. 2 - O sistema normativo que rege o serviço de telefonia deve ser interpretado sob a ótica de bem de primeira necessidade, a ser usufruído por todas as pessoas e não apenas por uma camada mais abastada da população. O acesso que imponha um pagamento mínimo mensal de aproximadamente 15% do valor de um salário mínimo caracteriza vedação material ao serviço, desrespeitando-se o princípio da dignidade da pessoa humana. 3 - A “assinatura básica mensal” não tem natureza de tarifa em razão de que o custo de disponibilização não caracteriza efetivo serviço prestado a justificar a sua cobrança.

4 - O fato de que a “assinatura básica mensal” não tem natureza jurídica de taxa ou tarifa não implica, de per si, em ilegalidade da cobrança. A existência de uma cobrança depende uma obrigação jurídica que a sustente. Se por um lado inexistente situação jurídica autorizadora de cobrança de taxa ou tarifa, não há vedação legal às partes contratarem um valor que tenha por finalidade a garantia de boa prestação de serviço. Perceba-se que tal tipo de contratação existe largamente na telefonia celular, na qual, no momento da aquisição do aparelho, se oferece ao consumidor uma infinidade de “planos de contratação e utilização do serviço”.5 - Se a cobrança da “assinatura mensal” não tem natureza de taxa ou de tarifa, a obrigação que lhe garante e que é autorizada pela Anatel somente pode ter natureza jurídica contratual. Porém, a forma pela qual se obrigava o consumidor contratante, na medida em que há uma só forma específica e única de contrato, fere frontalmente os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.6 - A concessionária de telefonia fixa tinha o dever de facultar ao consumidor o serviço de telefonia, sem condicionar seu fornecimento ao plano obrigatório de pagamento de tarifa mensal mínima, de forma a não contrariar os artigos 39, inciso I e 46, ambos do Código de Defesa do Consumidor. A ausência de oferecimento de um plano alternativo de acesso ao serviço, sem a cobrança de um alto valor mensal, determina o surgimento de uma cláusula abusiva, pois retira do consumidor a opção de livremente contratar, havendo exagerada desvantagem. Tal situação determina a nulidade da cobrança, na forma do artigo 51, inciso IV, do CDC.7 - A obrigatoriedade do pagamento de um valor mensal, apenas para se ter acesso à faculdade de utilizar um serviço, sem uma possibilidade diversa de escolha como ocorre com a telefonia celular, caracteriza uma nulidade a ser declarada judicialmente. Mas não é a mera existência de uma cobrança de “assinatura mensal básica” que caracteriza a ilegalidade. Havendo previsão contratual, com oportunidade de opção por plano que não vede o serviço sem tal pagamento mensal, perfeitamente legal tal situação, como ocorre com a telefonia celular.8 - Exige-se do fornecedor e do consumidor um comportamento de lealdade e confiança recíproco. Por muitos anos houve o pagamento de valores com o título de assinatura mensal. Se por um lado certamente tais montantes integraram em parte a margem de lucro das fornecedoras, por outro também foram utilizados em melhoria e universalização do sistema. Determinar-se a devolução dos valores causaria uma quebra de legítima confiança surgida junto ao fornecedor. Perceba-se que tal cobrança é feita há muito e de forma autorizada pelo



próprio Estado. Não se trata de cobrança feita de forma sorrateira, ou enfrentando determinações da agência reguladora. Ao contrário, havia um entendimento por parte do Poder Executivo sobre a legalidade desta. Certamente haveria surpresa em relação à legítima confiança do contratante fornecedor com a devolução de uma quantia que, por certo, em parte foi utilizada em benefício do consumidor. Com tal raciocínio nada mais se faz que se buscar solução ao intrincado problema junto ao princípio da boa-fé contratual objetiva. 9 - A partir da citação afasta-se formalmente a legítima expectativa do recebimento dos valores, exclui-se qualquer dúvida quanto à anuência tácita do consumidor sobre a anterior contratação, devendo ser este o termo inicial a ser fixado para a devolução de valores cobrados. Diante da inexistência de liquidação de sentença em sede de Juizado Especial, não se faz possível nos autos determinar-se se houve cobrança após a citação, bem como os valores efetivamente pagos. Dessa forma, tal verba deve ser pleiteada em ação própria.10 - A presença do engano justificável, aferível na permissão da Anatel para a cobrança, afasta a pretensão de devolução em dobro (art. 42, parágrafo único do CDC).11 - Atualmente a matéria referente à “assinatura básica” é objeto de Enunciado desta TRU: Enunciado 32. “O Juizado Especial Estadual é competente para julgamento das ações que versam sobre a legalidade da cobrança da “assinatura básica mensal”.”32.a. “A cobrança da “assinatura básica mensal”, atualmente ofertada no sistema de telefonia fixa, é ilegal.” 32.b. “Não cabe devolução dos valores pagos a título de “assinatura básica mensal” no período anterior à citação da empresa de telefonia, em processo que discute a legalidade de sua cobrança.”. 32.c. “A devolução de valores pagos posteriormente à citação deverá ser pleiteada em ação própria.”DECISÃO: Acordam os Senhores Juízes integrantes da Turma Recursal Única do Juizado Especial do Estado do Paraná, por unanimidade de votos em conhecer do recurso e por maioria de votos, dar parcial provimento, pois o Senhor Juiz Jurandyr Reis Junior manifestou voto divergente, somente quanto ao mérito, por entender que a cobrança da tarifa básica reveste-se de legalidade; nos termos do voto do Relator. Sem sucumbência diante da relevante procedência recursal.

## ***II. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul***

Apelação Cível NÚMERO: 70024527129

RELATOR: Iris Helena Medeiros Nogueira

DATA DE JULGAMENTO: 18/06/2008

ÓRGÃO JULGADOR: Nona Câmara Cível

COMARCA DE ORIGEM: Comarca de Lajeado

PUBLICAÇÃO: Diário da Justiça do dia 24/06/2008

TIPO DE DECISÃO: Acórdão

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. PLANO DE COMPROMETIMENTO DE RENDA. RENDA BRUTA MENSAL. LIMITAÇÃO DE 30%. NÃO COMPROVAÇÃO DE DISPARIDADE. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. VEDAÇÃO. Agravo retido não conhecido. Inteligência do artigo 523, caput e § 1º, do Código de Processo Civil. O sistema jurídico nacional veda a capitalização dos juros (Decreto nº 22.626/33 e Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal), exceção feita às hipóteses legalmente previstas (Súmula 93 do Superior Tribunal de Justiça). Nesse ponto, sendo a Tabela Price, pela sua fórmula exponencial, geradora do anatocismo, deve ser banida do contrato, contando-se os juros de forma simples e linear. As regras impostas por parte do Sistema Financeiro da Habitação para a formação dos contratos, além de obrigatórias, devem ser interpretadas considerando o seu objetivo, que é o atendimento ao direito fundamental de moradia, sem retirar o pagamento do mútuo, a satisfação de outros tantos direitos fundamentais do mutuário e que dizem com sobrevivência da família. Em vista disso, a Lei nº 8.692/93 limitou o valor da prestação ao máximo de 30% da renda bruta do mutuário. A redução da renda autoriza a renegociação do valor do encargo mensal mediante o estabelecimento de novas condições para o cumprimento do contrato, por expressa previsão legal, de forma a manter a proporcionalidade da renda familiar com a prestação. No caso, entretanto, não se mostra possível a renegociação do débito e tampouco a readequação do encargo, uma vez que a autora não trouxe aos autos elementos que comprovassem a disparidade entre o valor do encargo e a renda bruta, o que seria essencial para uma avaliação sobre o tema. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. APELO PROVIDO PARCIALMENTE. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70024527129, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 18/06/2008)

### **III. Superior Tribunal de Justiça**

REsp 907144 / PR

RECURSO ESPECIAL: 2006/0266093-0

Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento: 04/12/2007

Data da Publicação/Fonte: DJ 19.12.2007 p. 1225

Ementa: Direito processual civil. Recurso especial. Ação de execução de alimentos. Valores alegadamente pagos a menor. Revisional de alimentos. Alimentos provisórios. Embargos de declaração. Omissão ausente. Efeito suspensivo concedido ao agravo de instrumento interposto contra decisão que, em antecipação dos efeitos da tutela, reduziu o valor dos alimentos. Irretroatividade. Honorários advocatícios. Critério objetivo de sucumbência. - Não padece de omissão o acórdão recorrido se o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões pertinentes à resolução da controvérsia, embora sem adentrar expressamente o dispositivo de lei invocado pelo recorrente, notadamente porque o julgador não está adstrito a decidir com base em teses jurídicas predeterminadas pela parte, bastando que fundamente suas conclusões como entender de direito. A característica da antecipação dos efeitos da prestação jurisdicional garante a eficácia plena da decisão que fixa os alimentos provisórios, isto é, tal decisão produz efeitos imediatos, valendo os alimentos provisórios desde a data em que fixados até aquela em que alterados. Precedente. Por meio da concessão do efeito suspensivo ao agravo de instrumento, obtém-se a suspensão do cumprimento da decisão agravada, até julgamento final do recurso. A decisão, na hipótese, de antecipação dos efeitos da tutela, terá seu cumprimento suspenso, a partir da decisão concessiva de efeito suspensivo ao recurso contra ela interposto, não antes.

- Ainda mais relevante a questão quando, da própria natureza instável dos alimentos provisórios – frutos de cognição sumária –, advém a necessidade de se delimitar os contornos exatos que podem decorrer da suspensividade concedida em agravo de instrumento, porque tanto pode haver majoração dos alimentos, quanto redução ou, ainda, exoneração, pela concessão da medida in limine litis, que, ademais, pode ser

revogada ou modificada em qualquer fase do processo. O próprio rito de execução escolhido pela credora, disposto no art. 733 do CPC, extremamente gravoso ao devedor de alimentos por prever a prisão civil como meio de coerção ao adimplemento da obrigação, contrapõe-se ao atendimento estrito, pelo devedor, de decisão judicial, ainda que proferida inaudita altera pars, que fixa alimentos em pleito revisional. Se de um lado o alimentante cumpre o provimento jurisdicional que fixa alimentos por ele devidos e de outro corre risco de ser privado de um dos direitos fundamentais do ser humano – a liberdade –, por alegado pagamento a menor em execução de alimentos, deve haver uma austera ponderação entre os conteúdos eficazes emitidos pelos respectivos juízos, no sentido de se evitar decisões conflitantes e ofertar a prestação jurisdicional não apenas no prazo razoável, mas de forma harmônica e equilibrada. A condenação ao pagamento dos ônus de sucumbência decorre do fato objetivo da improcedência do pedido. Precedentes. Se a execução é julgada extinta, em razão de acolhimento de exceção de pré-executividade, na qual desenrolou-se amplo contraditório, são devidos honorários advocatícios, cujo juízo subjetivo desenvolvido pelo julgador, inibe o reexame no âmbito do recurso especial, que apenas poderia ocorrer se sobressaísse o caráter insignificante ou excessivo do montante arbitrado. Precedentes. Recurso especial não conhecido.

#### ***IV. Supremo Tribunal Federal***

RE 201819 / RJ - RIO DE JANEIRO

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 11/10/2005 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ 27-10-2006 PP-00064

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o

Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de

exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

**REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

ALEXY, Robert. *El Concepto y La Validez del Derecho*. 2 ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa Editora, 1997.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. 3 ed. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 9 ed. São Paulo: Ícone, 2001.

AMARAL, Francisco. *O contrato e sua função institucional*. Conferências na Faculdade de Direito de Coimbra. 1999/2000. *Stvdia Ivridica* 48, p. 369-383.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectiva e estrutura funcional*. *Revista de Direito Civil*. Sem data. V. 46. p. 7-26.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: RT, 2000.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las Piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel Derecho, 1996.

AVELÃS NUNES, Antonio José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAUMAN, Zygmunt, *Em busca da política*. Trad. de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luiz Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 7.ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Título. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Themis, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. vol. I. 12 ed. Brasília: UnB e LGE Editora, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CANARIS, Claus-Wihelm. *A influencia dos Direitos Fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha*. In: Revista Jurídica. N. 312. Outubro/2003, 07-22.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 1989.

CAPELLARI, Eduardo. *Crise da Modernidade e a Constituição*. Elementos para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

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

CASTRO, Flavia Lages de. *História do Direito. Geral e Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CHEQUER, Cláudio. *O Ministério Público e a Promoção dos Direitos Fundamentais nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CITADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação*. Na idade da globalização e da exclusão. Trad. Jaime A. Clasen, Ephraim Ferreira Alves e Lúcia M. E. Orth. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Colômbia: Universidad Externado de Colômbia, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *O Direito Civil Brasileiro Contemporâneo e a Princiologia Axiológica Constitucional*. In: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Ano 2003. V. 3.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trad. Perfecto Andrés Ibanez. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas S.A., 1980.

FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FREITAS, Juarez. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Vol. 34. Curitiba: Síntese, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2006.

PAMPLONA FILHO, Pablo Stolze; GAGLIANO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Contratos. Tomo I. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado e suas atuais fronteiras*. Revista dos Tribunais 747/35.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HART, Herbert L. *O conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1973.

HEGEL, G.W.F. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1983.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2 ed. Trad. de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Trad. de Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MACH DE OLIVEIRA, Ubirajara. *Princípios Informadores do Sistema de Direito Privado: a autonomia da vontade e a boa fé objetiva*. Revista de Direito do Consumidor. Sem data. V. 23-4, p. 41-78.

MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002.

MELO, Osvaldo Ferreira de. *Dicionário de Política Jurídica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Decisão Penal e Bricolage de Significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo. A Invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Obtenção dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra, 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantino Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

STEINMETZ, Wilson. *Princípio da Proporcionalidade e Atos de Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais*. In: SILVA, Virgílio Afonso (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11-53.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

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

WOLKMER, Antonio Carlos (org.) *Introdução à História do Pensamento Político*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.